GERARDI NOODT,

NOVIOMAGI,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

OPERA OMNIA,

RECOGNITA, AUCTA, EMENDATA, MULTIS IN LOCIS,

ATQUE

IN DUOS TOMOS DISTRIBUTA.

Acceſſit V. Cl. JOANNIS BARBEYRACII Hiſtorica Vitæ Auctoris narratio.

Editio noviſſima, prioribus multo caſtigatior, præſertim quo ad Indices, *qui in hac Editione a quam plurimis mendis ſunt purgati.*



LUGDUNI BATAVORUM,

APUD ELIAM LUZAC,

MDCCLX.

LECTURO ELIAS LUZAC.

En, Lector benevole, novam Operum eximii Jurisconsulti GERARDI NOODTII Editionem summa cura & benevolentia Viri Celeberrimi J. C. RÜCKER, ita adornatam, ut accuratior multo & prioribus castigatior in lucem iterum exeat. Peculiarem in fine subjunxi Indicem, paginarum ubi differentias hanc inter novam Editionem, atque priores, annotatas reperies.

LECTORI EDITOR.

Paucis te volo, Lector erudite. Cum Bibliopola Leidensis Joannes Arnoldus Langerack, novam Operum omnium GERARDI NOODTII *editionem meditatus, consilium illud mecum communicasset, & petiisset, darem operam, ut ea quam ornatissime prodiret, lubens, nec dissimulabo, hanc provinciam suscepi. Nempe jubebat pietas, ut de viro egregio, cujus scripta prelum exercitura essent, quoniam plurima ei me debere sentiebam, vel aliquo officii genere bene meruisse conarer. Integra igitur volumina denuo oculis subjeci, &, qua diligentia potui, purgavi vitiis, quae aut incuriae operarum, etiam hominem maxime exercitatum fallere crebro solitae, aut forte aberranti Auctoris calamo ortum debuerant. Subsidia hac in re habui primo loco exemplar, quod ipse Auctor ultima manu versaverat, & in quo errores plurimos correxerat, optimus laborum suorum censor. Par deinceps virorum nobile,* SCHULTINGIUS, *heu tristi jurisprudentiae fato jam inter vivos sublatus! &* BARBEYRACIUS, *honor unicus artis legitimae, etiam contulerunt ea, quae ipsis legentibus observata fuerant, non pauca numero, & quae non animadversa Lectorem morari potuissent. Sedulo tamen cautum est, ne ipsius* NOODTII *scripturae manus injicerentur, aut, praeter errores manifestos, operis, ut supra monui, aut calamo imputandos, quidquam mutaretur, etsi probabile esset, aliam Auctori fuisse sententiam. Exemplum religiosae observationis videas in specie* l. 26. D. De usufructu, *quam* NOODTIUS Lib. I. De usufructu cap. 3. pag. 395. col. 2. *hoc modo posuit:* Fructuarius servus operas suas locavit in tempus certum, verbi gratia, in quinquennium. idem servus mortuus est, imperfecto, id est, nondum finito tempore locationis. putat Paulus, pro quo tempore vixit servus, pro eo mercedem fructuario debere: quia pro eo duravit ususfructus &c. *Hic manus Auctoris a mente ejus omnino aberrasse videtur: nam quaenam dubitandi ratio esse potest, an pro quo tempore vixit servus, pro eo merces fructuario debeatur? nulla sane. Ingeniose autem conjecit Clarissimus* BARBEYRACIUS, *legendum esse:* Fructuarius servus operas suas locavit in tempus certum,

 verbi

verbi gratia, in quinquennium FRUCTUARIUS mortuus est, imperfecto, id est, nondum finito tempore locationis. putat Paulus, pro quo tempore vixit FRUCTUARIUS, pro eo mercedem fructuario deberi: quia pro eo duravit ususfructus &c. *Firmant hanc suspicionem sequentia: sed nihil quia immutavit Auctor, optimum visum est, integram ejus scripturam servari, & Lectorem verbo moneri. Illud etiam non reticebo, in locis Veterum Auctorum, ex adversariis & indefessae lectionis copia productis, uti fieri solet inter vere eruditos, saepius quaedam memoriae vitia irrepsisse: quae non tantum emaculavi, verum capita quoque ac versus, quibus ad faciliorem usum scripta distingui solent, plerumque addidi. Denique ne quid omnino ex* NOODTII *scriptis desideraretur, subjunctum est Responsum in causa matrimoniali, Belgice editum* A. C. MDCXCVI. *id vero in Latinam linguam transferre nolui, quod ea jam exstet apud Pagenstecherum* Irner. injur. vapul. coition. 41. §. 15.

At dos maxima ab illustri Auctoris amico, quem plus semel jam nominavi, JOANNE BARBEYRACIO, *profecta est. Hunc enim adii, & enixe rogavi, ut vitam* GERARDI NOODTII, *quam antea Gallico idiomate ediderat, Latine conscriptam & nobis indulgeret. nec repugnavit precibus Vir tuendae amicitiae & jurisprudentiae provehendae aeque studiosissimus. Concinnavit propenso in vota nostra animo vitae* NOODTIANAE *narrationem historicam, quam nunc exhibemus, uti rebus ampliorem, ita omnis generis elegantiis consummatam, summa etiam fide compositam. Quo nomine publice ipsi ago, habeo gratias; quas, nisi totus fallor, omnes quoque eruditi ei habebunt. Quod superest, Tu, Lector, operibus hisce utare: & si quid commodi Tibi, aut si quid ornamenti novae huic editioni nostra cura accessisse sentias, famam* NOODTII *ama atque virtutem. hoc enim exposco praemium. Vale!*



VITA

V I T A
V. C. GERARDI NOODT,
JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS CELEBERRIMI.

AUCTORE
JOANNE BARBEYRACIO.



UUM neminem fcirem, qui de Vita Viri Clariffimi GERARDI NOODT aliquid fcripfiffet, ipfe ante aliquot annos, occafione data opportuna, hanc curam in me fufcipere decrevi: fperans, rem haud ingratam me facturum plurimis, qui hiftoria Auctorum, inprimis celebrium, non minimam partem Hiftoriæ Litterariæ contineri putant. Volupe fimul erat, publice teftari, quam mihi fancta effet memoria Viri, tum ob infignem ejus virtutem & eruditionem, tum propter amicitiæ jus, quæ mihi cum eo intercefferat, æque honorifica ac jucunda. Subfidia in hanc rem, ut neceffe erat, quærenti non defutura, in proclivi erat judicare. An enim mihi denegaturus fuiffet is, a quo omnium optime edifcere licebat fingula ad Defunctum pertinentia Gener ipfius digniffimus, JOANNES HAM VAN DEN ENDE, Jurisconfultus & Advocatus *Amftelodamenfis*, cui tanti Soceri fama non minus gloriæ, quam cordi eft? Nec fane major in eo mora fuit fuppeditandi, quam in me petendi. Ita fchedis ad me transmiffis inftructus, hinc, & ex iis, quæ aliunde ipfe fcire poteram, eam concinnavi narrationem, quæ nomine *Laudationis hiftoricæ* prodiit *Amftelodami*, anno hujus fæculi trigefimo primo. Nunc vero rogatus, ut, quæ Gallice dixeram, Romano quoque fermone efferrem, latius propagaturo notitiam rerum ad natales, conditionem, fortunam, mores, ingenium, Amici perpetuo colendi, fpectantium: ne heic quidem deeffe officio meo volui. Neque tamen merum mei ipfius interpretem egi: fed, pro jure meo, quædam addidi, mutavi, detraxi, ut res ferebat, aut poftulabat.

NATUS eft GERARDUS NOODT *Neomagi* in *Gelria*, anno millefimo fexcentefimo quadragefimo feptimo, die *Saturni*, *Septembris*, juxta veterem computandi modum, quarta, circa horam fextam vefpertinam. Patrem habuit *Petrum Noodt;* Matrem *Gisbertam Biesman*. Horum *Noodtiorum* vetus eft & honeftiffima, apud *Neomagenfes*, Familia: aliis, quæ ibidem loci funt, nominis tantum cognatione conjuncta. Antiquiffima & illuftris etiam *Biesmannorum*, a qua Nofter genus maternum ducit: ex ea enim, a longo tempore, multi prodierunt, qui virtute & meritis ad varios honores viam fibi fecerunt, etiam fummos, quales *Confulum*, & *Senatorum*.

Uterque Noftri parens, pro fua quisque parte, id fedulo egit, ut liberaliter educatione doctrinaque puerili filius inftitueretur. Statim atque hic ætatis annum fextum, aut feptimum, adtigit, traditus eft Magiftris Scholæ *Neomagenfis*, cui tunc *Petrus Werichius* præerat. Ex illis *Ifaacus Gruterus*, & ipfe *Werichius*, tantam in puero diligentiam mirabantur, ut exemplar ad imitandum aliis Difcipulis fæpius proponerent.

Emenfis ftudiorum puerilium curriculis, dignus judicatus eft, qui in Academiam transferretur, anno millefimo fexcentefimo fexagefimo tertio, ætatis igitur fexto & decimo. Antequam vero Scholæ valediceret, miffionem confequutus eft honeftiffimam. Habuit enim Orationem, *In vituperium Peregrinationis*, fuo ipfius marte confcriptam: facultate præter morem accepta ab eo, qui tunc temporis Scholam *Neomagenfem* regebat, GREVINBROEKIO, ita ut hic, in fcripto, fibi ante recitationem exhibito, nihil plane emendaverit. Argumentum Orationis ex numero eorum erat, quæ faciem non unam habent, pro vario modo fpectandi, & de quibus ideo, apud Scholas Rhetorum, in utramque partem difputatur. Quumque plurimi ex peregrinantibus inde parum utilitatis haud raro capiant negligentia fua, aut imperitia, in iis obfervandis quæ juvare & prodeffe apta nata funt: nil mirum, fi Nofter, ingenio pollens, ea ætate fatis rationum excogitare potuerit, quibus Itinera in univerfum damnaret.

Nec longe quærenda Noftro fuit Academia, in qua tyrocinium difciplinarum altiorum poneret. In ipfa patria inveniebat recens conditam, etfi ftatu non fatis fixo & fundato. Solis nimirum fuffragiis Ordinum *Tetrarchiæ Neomagenfis*, cujus caput eft *Neomagum*, Univerfitas illa ortum debebat: in qua fex Profeffores, præter Theologiam, Jurisprudentiam, & Medicinam, omnes Philofophiæ partes, non excepta Mathefi, Eloquentiam quoque, &

Historias docebant. Honoribus etiam Academicis rite petentes illic ornabantur, nec quidquam deerat ex iis, quae Academiae nomen implent. At vero id aegre ferebant duarum aliarum Tetrarchiarum Ordines, & numquam potuerunt adduci, ut desisterent ab intercedendo: non satis forte putantes, quantum boni in commune ex tali Academia, pro situ & amoenitate loci, oriri posset. Quin etiam Provinciae Curia Suprema, inter Advocatos admittere Juris Doctores *Neomagi* creatos abnuebat. Ita paulatim cadens *Academia Neomagensis*, solidum honorem & commodum tandem reliquit *Harderovicenae*, communibus votis, anno millesimo sexcentesimo quadragesimo octavo, institutae.

Sed haec multis post annis acciderunt, quam *Noodtius* noster in numerum Civium Academiae patriae, tunc stantis, cooptaretur. Ibi jam per biennium Historiarum Studio, & aliis quibus Humaniores Litterae continentur, operam adsiduam dedit: praeeunte Viro Eruditissimo suoque Cognato, JOANNE SCHULTINGIO, Eloquentiae & Historiarum Professore. Hujus doctrina abundans & exquisita, variis in publicum editis monumentis, notissima est: quam etiam successione quadam Filio transmiserat, V. Cl. ANTONIO SCHULTINGIO, Academiae *Lugduno-Batavae* Antecessori Celeberrimo, & in ea Nostri per aliquot annos Collegae, at nuper, eheu! quoque rebus humanis erepto.

Dum *Neomagi*, ut diximus, in Academia egregius Adolescens Musas coleret, non intra Humaniorum Litterarum ambitum stetit: Philosophiae etiam, & Mathesi, strenuam operam navavit, Praeceptore usus THEODORO CRANEN, disciplinarum illarum Doctore publico, ex cujus ore *Euclidis* explicationem avidus hausit. Erat Noster ad altius perspiciendum & meditandum a natura factus: cui doti exercendae quum latissimus pateat campus in ejusmodi disciplinis addiscendis & tractandis, illae animum ejus magna vi illecebrarum ad se trahebant. Parum abfuit, quin se iis totum dederet. Sed deterruit eum Patris amicus, Vir Amplissimus ARNOLDUS COERMAN, Ducatus *Gelriae* & Comitatus *Zutphaniensis* Senator: gravi sermone ostendens, tales Disciplinas, in contemplatione positas, amoenas quidem & jucundas esse, nec ad mentis decus atque ornamentum parum facere; at vero de brevitate vitae humanae cogitandum, quae non sinat in ejusmodi studiis, improbo quamvis labore, multum proficere: praeterea longe satius esse, in res necessarias, aut humanae & civili societati utiliores, operam & tempus impendere. Impetum, etsi magnum, quo trahebatur Adolescens ad sectandas Disciplinas blandientes, prudens ac benevolum Viri Amplissimi monitum tempestive repressit. Exinde igitur ad alia animum convertit: & fato quodam Reipublicae Litterariae fausto feliceque, Ars boni & aequi ea fuit, cui diceret: *Tu mihi sola places.* Ducem in eo Studio sibi elegit V. Cl. PETRUM DE GREVE, Jurisconsultum & *Neomagi* Antecessorem: cujus per triennium Auditor fuit diligentissimus, bis *Institutiones* JUSTINIANI, totidem vicibus *Pandectas* interpretantis. Intra annum tertium & ultimum, primum quidem publice defendit Disputationem *De Transactionibus*, moderatore, ac, ut fieri solet, auctore Praeceptore suo: deinde aliam, a se ipso elaboratam, *De adquirenda, & retinenda, & amittenda Possessione*, non quidem solus in Cathedra adparens, sed ita ut solus videretur. Id enim dedit honori Discipuli sui Cl. *De Greve*, superiori loco sedens, ut responsionibus ejus, quem per se satis instructum & munitum comperiebat, ne verbum quidem adderet, certaminisque spectator & auditor maneret perpetuus.

His initiis recte positis, Noster Themidos mysta alias in istis regionibus Academias invisere voluit. Et statim *Lugdunum Batavorum*, mense *Septembri* Anni millesimi sexcentesimi sexagesimi octavi, petiit: eo scilicet tempore, quo annuum incipit Praelectionum Academicarum curriculum. Nullis tamen privatis ibi nomen suum dedit: ratus, publicas sufficere, dum quidquid reliquum erat temporis in studiis suo ipsius labore & ductu persequendis indefessus poneret. Docebant tunc in Academia celebri Jurisprudentiam VV. Cll. COLENIUS, ADRIANUS BEEKERTS VAN TIENEN, GEORGIUS CONRADUS CRUSIUS, & MARCHAND. Omnium auditor fuit, & sine dubio inprimis *Crusii*, quem in prima Editione primi sui Operis, de quo infra, laudat, ut *Virum impense doctum, rerumque antiquarum instructum plurima atque varia scientia.* Unde neque omisit publice recitanti Viro Eruditissimo JOANNI FRIDERICO GRONOVIO, Linguae & Humaniorum Litterarum Professori Celeberrimo, sedulam operam dare: quanta subsidia ex his Litteris ad Jurisprudentiam recte colendam & tractandam peti queant, non nunc primum intelligens.

Hieme in illa Urbe sic transacta, paullo post Ferias Paschales inde *Trajectum* ad *Rhenum* se contulit, ubi per sex tantum aut septem hebdomadas mansit: eamdem tenens rationem studiorum, atque *Lugduni* sequutus erat; ut, praeter publicas Praelectiones trium Antecessorum, CYPRIANI REGNERI VAN OOSTERGA, ANTONII MATTHAEI, Nepotis, & LUCAE VAN DE POLL, illis etiam Viri Doctissimi & Humanissimi JOANNIS GEORGII GRAEVII, Politices, Historiarum, & Eloquentiae Professoris, frequens interesset.

Trajecto discedens, *Franekeram Frisiorum* profectus est, quae ultima meta fuit studiorum ejus Academicorum. Summos enim in Jurisprudentia honores, maxima cum laude, illic im-

impetravit, iisque, die nona *Junii* Anni millefimi fexcentefimi fexagefimi noni, rite ornatus eft à V. Cl. TACO GLINS, Academiæ Frifiæ Antecefsore. Collega huic erat V. Cl. ULRICUS HUBERUS, qui tunc temporis *Leovardiam* vocatus fuerat, litis cujusdam cauffa de integro cognofcendæ. Dum Nofter poftea per hanc Urbem tranfiens eum falutaret, voluit ille, honoris cauffa, Diplomati fidem facienti cooptationis in ordinem Jurisconfultorum manu fua quoque fubfcribere. Inde pergens, per *Groningam*, *Hardervicum*, & *Daventriam*, in patrios lares rediit novus Doctor Juris.

NACTUS jam otium pleniffimum, non eo ad inertiam abuti fuftinuit, fed incredibili ardore id egit, ut cumulum doctrinæ, perpetuo deinde magis ac magis augendæ, fibi pararet. Exacto fere fesquianno, aliquid accidit, unde luculenter pateret, quanta jam effet de ejus peritia exiftimatio, & nata fimul ei occafio oftendendi, quantum poffet. Duo erant rei cædis, comprehenfi. His Magiftratus *Neomagenfis* Noftrum advocatum dedit: qui caussam ita ftrenue egit, ut unus Reorum a *Scabinis* abfolutus fuerit, alter exfulare ad biennium tantum juffus; unde magna fama defenfori orta eft.

Nec diu fructus abfuit laborum & vigiliarum, non fola opinione, fed re conftans. Eodem enim Anno millefimo fexcentefimo feptuagefimo primo, vigefima quinta die *Decembris*, ex decreto *Neomagenfium* Antecefsor Juris in Academia patria creatus, Collega datus eft Cl. *Petro de Greve*, cujus haud ita pridem, ut vidimus, Difcipulus fuerat.

SIC, anno ætatis paullo ultra vigefimum quartum, publici Juris Doctoris muneri fungi incepit. Nec aliud deerat ad famam latius extendendam, quam ut fcripto aliquo in publicum edito eruditionem & induftriam fuam omnibus notam faceret. Feftinare tamen non placuit: quamvis jam tum prodire potuerit, ita ut non pœniteret. Anno demum millefimo fexcentefimo feptuagefimo quarto, Opus mole exiguum, fed varietate & pondere rerum grave, typis permifit excudendum.

Infcriptio erat: GERARDI NOODT, *Jurisconfulti & Antecefsoris*, *Probabilium Juris Civilis Liber Primus.* Qua fpem palam faciebat aliorum ejusdem generis Librorum fequuturorum. Et fane ita operis natura ferebat, quippe quod non uno argumento circumfcriptum, Obfervationes promifcuas exhibebat de nonnullis Juris Civilis capitibus, & ratione varias Leges interpretandi, aut emendandi. Primus ille Liber, qui duodecim capitibus abfolvebatur, prodiit *Lugduni Batavorum*, ex officina *Felicis Lopez.*

Ex eo fpecimine manifeftum fiebat, quam viam Nofter in tractanda arte fua elegiffet, e multis obviis, quarum quisque hanc vel illam fequitur pro ingenio, aut ufu quem fibi ex Studio Jurisprudentiæ quærit. Quæ Noftro placuit, ea nec vulgaris eft, nec umquam fuit: & valde metuo, ne umquam futura fit. Innumeri ex omni gente Doctores, fubfidiis neceffariis ad interpretandum *Jus Romanum* deftituti, aut ea etiam inepte negligentes & contemnentes, fpecie æquitatis inducendæ aut ufui locorum, in quibus Leges Romanæ, filentibus patriis, adhuc vigent, ferviendi, Jurisprudentiam veterem immaniter deformarunt & corruperunt. Ex illis alii plus, alii minus, omnes ultra quam decet, barbariem propagant, aut renovant, ætatum fuperiorum in fumma barbarie & tenebris pofitarum, quibus Jurisprudentia, exemplo Theologiæ & Philofophiæ, fordibus Scholafticis confpurcata fuit, & plurimis permixtis ac coacervatis interpretationibus falfis, additamentisque fictitiis, obruta quafi & fepulta. Ne tali fectæ accederet, bene munitus ac tutus erat Nofter, amore Litterarum Humaniorum, & ftudiis Philofophicis ac Mathefeos, quibus imbutus fuerat, quantum fatis eft ad judicium recte formandum, & arte ac via in omnibus procedendum. Difcipulum fe magni CUJACII profeffus eft, aliorumque Jurisconfultorum hujus ordinis: quorum veftigiis eo felicius infiftere poterat, quod fubfidia non pauca, illorum tempore deficientia, nunc in promptu effent. Animadvertebat, multas adhuc falebras fupereffe in vafto Jurisprudentiæ Romanæ itinere, plurima loca inculta: pulchro defiderio tactus eft experiendi vires fuas, fi qua poffet aliis, per fe non fatis peritis, copiam facere judicandi, utrum ipfa verba veterum Prudentum explicentur, & ad fpecies occurrentes aptentur; de quo certe ante omnia conftare debet. Sed &, dum ipfis rebus eruditionem, judicium, & acumen Auctoris Liber primus *Probabilium* oftenderet, ex folo titulo modeftia ejus adparebat. Cogitata enim fua Nofter non pro totidem oraculis, quod non pauci faciunt, venditabat: conjecturas tantum, verifimilitudine aliqua fefe commendantes, promittebat; quamvis inter illas non deeffent, quæ forte demonftrationis nomine, quantum fert ratio Artis Criticæ, venire poffent. Idem judicium, eadem fapientia, magis magisque enituere in omnibus aliis ejusdem generis fcriptis, ab eo poftea publicatis.

DUM haberetur celebris ille *Conventus Neomagenfis* de Pace agenda, potuit Nofter hac occafione cognofcere, quanti fieret ejus eruditio & induftria ultra patriam, & totum etiam *Belgium Fœderatum.* Inter Legatos variorum Principum, *Neomagi* erat Vir Excellentiffimus WERNERUS WILHELMUS BLAESPIEL, a Sereniffimo & Potentiffimo *Electore Brandenburgico* FRIDERICO WILHELMO cum plena poteftate miffus. Ille, menfe *Octobri* Anni millefimi fexcentefimi feptuagefimi feptimi, nomine Confi ii penes quod adminiftratio

rerum erat in *Ducatu Cliviensi*, & cujus ipse pars erat, munus Antecessoris Ordinarii in *Teutoburgensi* Academia Nostro obtulit. Quamvis tamen hoc tempore *Neomagensis* non diu, puto, statuta videretur, maluit *Noodtius* eam non deserere, & gratias maximas Viro Excellentissimo egit, pro benevolo ejus aliorumque in se adfectu.

Anno sequenti, millesimo sexcentesimo septuagesimo octavo, quum V. Cl. *Petrus de Greve* fato functus esset, Noster Oratione funebri Collegæ, & olim Præceptori suo, parentavit: quam solenniter habuit coram Magistratu Urbano, & magna aliorum Auditorum cujusvis ordinis corona. Hos inter erat in primis Vir Excellentissimus VAN BEVERNING, primo loco Legatus nomine Illustrissimorum ac Præpotentium *Fœderati Belgii* Ordinum. Nec is solus fuit e Legatis, aliisque ad *Conventum Neomagensem* confluentibus, in cujus notitiam tunc temporis Noster veniret, & cum eruditione, tum aliis ingenii & animi dotibus, propius sese commendaret. At qui *Beverningio* plus faveret ei, & qui melius de eo judicare posset, nullus erat. Legerat ille *Probabilia Juris*, & ita probaverat, ut valde cuperet, Libro Primo edito alios addi comites. Nec passus est, judicium suum & desiderium ab Auctore ignorari: immo blandis verbis eum rogavit, ut novi aliquid in hoc genere moliretur. Facile ostendit Noster, se non imparatum deprehendi: nec eum esse, qui sustineret auctoritati & suasioni Viri tantæ dignitatis non parere. Hinc nati sunt *Secundus & Tertius Probabilium Libri*, intra paucos dies, ut ipsa Auctoris Præfatio indicabat, in modum justi voluminis excrescentes. Lucem hi viderunt Anno millesimo sexcentesimo septuagesimo nono, *Lugduni* etiam, & apud eumdem Bibliopolam *Felicem Lopez*.

Dum ita Vir eximius eodem pede, quo ceperat, pergeret, uberior data est ei materia prodendi egregium animi haud vulgaris adfectum, de quo silere mihi quidem nefas esset. Talem nimirum se præbebat Jurisconsultum, qui non abripi mentem passus esset nimia illa Antiquitatis admiratione, quam opinio præjudicata temere parit: nec minus sibi cavisset ab ea φιλαυτίας deceptione, qua fit ut suam quisque artem ultra modum æstimet ac extollat. Non dubitabat ille adgnoscere bona fide, si quos defectus aut vitia observaret, tum in veteris Juris Collectione a *Triboniano* & sociis concinnata, tum in ipsis Jurisconsultis vetustioribus, quorum fragmentis melior & maxima pars illius Corporis constat. Viros magnos, quantum quisquam alius, pro merito æstimabat & laudabat: sed non eo usque, ut totidem quasi Deos sibi fingeret, religioso quodam cultu, ut multis fere videtur, venerandos. Aequissimus ita rerum & personarum æstimator eo magis visus est, quo plura exinde edidit.

EX eorum numero, quorum notitiam & benevolentiam ipsi, ut diximus, conciliaverat opportunitas *Conventus Neomagensis*, fuit quoque Vir Excellentissimus WILHELMUS VAN HAREN, tertio loco Legatus cum plena potestate, nomine Illustrissimorum ac Præpotentium *Belgii Fœderati* Ordinum. Quum Anno millesimo sexcentesimo septuagesimo nono, V. Cl. ULRICUS HUBERUS vacuum reliquisset locum in *Academia Franckerana*, ad dignitatem Senatoriam in Curia *Frisiæ* promotus: Vir Illustris, quem jam dixi, mandato ab Ordibus Provinciæ suæ accepto, ad Nostrum litteras amice dedit, mense *Martio*, exploraturus, utrum eo animo esset, ut tale munus, si offerretur, susciperet. Academiæ scilicet suæ, Antecessore tanti nominis, quanti erat *Huberus*, abeunte, non melius prospici posse existimabant, quem si ei Successor daretur *Noodtius*. Voluntati eorum paratum se esse obsequi, sine dubio respondit Noster: res ipsa saltem ostendit, voluisse. Duobus enim post mensibus, vigesima prima die *Maji*, decreto publico vocatus est, stipendio promisso haud contemnendo. Nec tamen statim *Neomago* discessit: forte quod proxime instarent Feriæ Academicæ æstivæ, quas initium novi Anni Academici excipit. Circa medium demum *Septembrem* profectus est *Amstelodamum*, unde nave conscensa, vigesima prima die ejus mensis, per sinum *Oceani*, qui vulgo dicitur *Zuyder-Zee*, *Harlingam Frisiorum* die sequenti, circa horam decimam matutinam, adpulit, eademque die *Franekeram* lætus pervenit. Sexta dein *Octobris* die solenni more inauguratus est, & cum eo simul V. Cl. ABRAHAMUS GULICHIUS, Philosophiæ Professor futurus. Splendida fuit solennitas præter solitum. Neque enim soli adfuerunt Amplissimi Academiæ Curatores, cum Senatu Academico: sed eam quoque præsentia sua condecoravit Serenissimus Princeps, HENRICUS CASIMIRUS NASSOVIUS, *Frisiæ* Gubernator Hereditarius, idemque Curator & Rector Honorarius Academiæ. Orationis, quæ pro more habenda erat, argumentum nostro fuit *De Civili Prudentia*. In ea luculenter & ornate ostendit utilitatem ac necessitatem Jurisprudentiæ, non intra *Juris Romani* pomoeria coarctatæ, sed qua latissime patet, & *Jus* quoque *Naturæ ac Gentium*, tamquam ipsius Juris Civilis fontem, comprehendit. Unde & abunde patuit, non eum Studio Romanarum Legum, aut aliarum, unice se addixisse & mancipasse, ut plurimi solent: quasi sapientia omnis humana intra illas contineretur; immo quasi totum Jus regulis constaret ex arbitrio hominum positis, & ad uberrimam litibus cavillationibusque materiam dandam comparatum esset. Longe rectius calculos Noster inierat, qui mentem Philosophicis Studiis imbutam ad Jurisprudentiæ Sacra ab initio adplicuit. Præter *Institutiones* JUSTINIANI, & *Pandectas*, ille, in Academiis variis, ubi publice docuit, Discipulis

suis

fuis Opus etiam eximium HUGONIS GROTII *De Jure Belli ac Pacis* fedulo interpretari folebat. Ex aliis quoque ejus Scriptis, etfi omnia, duabus Orationibus exceptis, ad Jus Civile proprie fpectant, fatis patet, quam non perfunctorie Jurisprudentiæ Naturali operam dederit, dum illius regulas & principia ibi modo tradit, modo difcrimen inter eas, & Legum Civilium placita, oftendit.

SUB initium Anni millefimi fexcentefimi octogefimi tertii, Ampliffimus Magiftratus Urbis *Trajecti* ad *Rhenum* de *Noodtio* ex Academia *Frifia* in fuam adliciendo cogitavit, & re ipfa ei obtulit idem munus Antecefforis Ordinarii, cum lauto ftipendio. At Nofter minime animi dubius, fine ulla mora fefe excufavit, & de invitatione ne verbum quidem fecit, nifi poftquam fe nolle parere fignificaffet. Quod quum refciviffent Ordines *Frifiæ*, liberaliter viciffim fibi cum eo agendum, fuarum partium fuique honoris effe duxerunt. Grati igitur animi fignificandi cauffa, fponte fua decreverunt ei ftipendii augmentum tale, quo penfaretur damnum repudiatæ conditionis.

Non tamen propterea fpem omnem abjecerunt Proceres *Trajectini*, neque defliterunt urgere, donec perviciffent. Idque anno fequenti, millefimo fexcentefimo octogefimo quarto feliciter eis fucceffit. Ita Schedæ, quibus utor. In iis tamen deeffe unam invitationem jam tum obfervavi, quum hanc Vitam Gallice fcriberem: ejusque omiffionis habebam auctorem certiffimum ipfum *Noodtium*, fic in Oratione fua Inaugurali *Frifiis* fimul & *Trajectinis* gratum animum fignificantem: *Impetraveram nimirum a Republica* Frifiorum *ampla & magnifica: ut effe aliqua mea exiftimaret fpecimina: hujusque rei quæ adferam documenta, præter prolixam munificentiam, qua me huc ITERUM publice invitatum, iterum profequuta eft. etiam TERTIUM, nifi me victum coeli folique hujus ingenio, amœnitate, elegantia ultro monuiffem, profequi voluit* &c. Nihil clarius his verbis: tantum non docent, quo tempore invitatio omiffa collocanda fit. At vero poftea incidi in teftem idoneum, qui ne hoc quidem nos ignorare finit. Is eft Profeffor *Trajectinus*, & quidem Eruditiffimus GRAEVIUS, qui, ut folebat, de iis quæ nova fciret, ita edocebat amicum fuum *Nicolaum Heinfium*, Epift. DC. fcripta die 27. *Martii* Anni 1680. *pag.* 649. Tom. IV. *Sylloges* Cl. BURMANNI: Witfius *Franekeranus provinciam vacuam* Burmanni *fufcepit. Sed* Noodtius *non potuit perfuaderi, ut fuam nobis addiceret operam;* a Frifiis *aureis compedibus vinctus & retentus. Quod fane doleo. Nam vir eft egregius, & qui folus inter Juris Antiftites apud nos litterarum noftrarum non eft rudis; eruditionem ornat morum & ingenii elegantia.* Ego vero eo magis gavifus fum, dum ea fefe offerret indicatio temporis, hactenus me latentis, quod fimul hinc manifeftum fit, quanti Vir talis, qualis *Græsvius*, fecerit Noftrum. Qui quidem, ut memini, etiam publice laudavit eum plus femel, quamvis non fuccurrat in qua parte Notarum fuarum, ad *Ciceronem*, puto. Sed quanto majoris pretii funt laudes alicujus, ipfo infcio, in finum amici familiariter effufæ? Ceterum ex hoc teftimonio non tantum fuppletur & fuo tempori adfignatur invitatio a me quæfita, fed etiam quod dicitur in Schedis de altera Anni millefimi fexcentefimi octogefimi tertii, hinc in priorem transferendum crediderim. Sic fane facilius intelligimus, quare Nofter adeo incunctanter, & ne monitis quidem Academiæ *Franekeranæ* Curatoribus, de hac non deferenda confilium ceperit, in qua fcilicet a tam brevi tempore docere inceperat: menfe *Octobri*, ut diximus, Anni præcedentis millefimi fexcentefimi feptuagefimi noni inauguratus.

Ut ut fit, poft trinam demum invitationem *Trajectum* adlectus, Orationem ibi habuit Inauguralem pridie Idus *Februarii* Anni millefimi fexcentefimi octogefimi quarti, *De cauffis corruptæ Jurisprudentiæ.* In illa fufius exponit, qua via, ut jam diximus, ab initio ftudiorum inceſſerit, & conftanter perrexerit, in Jure Romano interpretando & exponendo. Unde poftea, quum ederet *Commentarium in primam partem Pandectarum*, his verbis monebat Lectores: *Sic vero me in præfentiarum compofui, ne ingreffus vulgare iter, demum aliena fequerer veftigia; fed aliquid induftriæ vel meæ vindicarem. Hunc in finem adtigi pleraque Veterum Fragmenta: atque ut funt non unius temporis, neque unius fectæ, neque unius generis, amplius nullo pofita ordine, aliquando fugitiva, fæpe abrupta, etiam vitiata atque interpolata, paffim obfcura ac perplexa: ita illis aliter atque aliter confului; prout hiftoria temporis, aut progreffus juris, etiam ufus Latini Sermonis, & Infcriptionum Legum fingularum opportunitas fidesque, tum conftantia vacillatiove Manufcriptorum editorumve librorum, aut alioquin prudens & neceffaria emendatio interpunctiove, in primisque facti fpecies, fuaderent. Idemque aut fimile circa Imperatorum Refcripta & Conftitutiones in Codice obfervavi. Nam de* Edicti Perpetui *reftitutione & interpretatione, cujus præcipuam habui curam, cæteraque quam præterea tenui via, nihil addo: arbitratus, melius apparituram ipfius lectione Operis, & duabus Differtationibus: una,* De Civili Prudentia, *altera,* De cauffis corruptæ Jurisprudentiæ: *quas editas inter cætera mea Opera, hic pro Præfatione haberi poftulo.* Sic ille.

Novam migrationem fequuta eft nova domefticæ vitæ conditio, fed aliquo interjecto tempore. Hactenus Nofter cœlebs vixerat: putavit tandem de tori focia fibi jungenda cogitandum effe: & re ex voto fuccedente, fauftis ominibus duxit, die vigefima fexta *Apri-*

lis Anni millesimi sexcentesimi octogesimi sexti, Ornatissimam Virginem, SARAM MARIAM VAN DER MARCK VAN LEUR, ex honestissima familia *Hagæ-Comitis* oriundam.

BREVI post tempore, sedes adhuc mutavit, numquam amplius mutaturus. Jamdudum ex omnibus facile quivis augurari poterat, tantum Virum eo loci perventurum, ut nihil ultra superesset, quo, nova honoris & commodorum accessione, animus ejus posset moveri.

Eodem igitur anno, quo maritus factus est, Amplissimi Curatores Academiæ *Lugduno-Batavæ* celeberrimæ, ejusdemque Urbis Consules, de Nostro invitando decretum rite fecerunt. Vetus ille ejus amicus & patronus, Excellentissimus *Beverningius*, de quo jam diximus, a longo tempore sine dubio opportunitatem captaverat, pro sua parte id agendi, ut Doctorem, quem tanti faciebat, Academiæ isti donaret, inter cujus Curatores haud infimum locum tenebat. Ex unanimi aliorum consensu, ipse, & cum eo Amplissimi *Assendelft*, & *Burgersdyk*, ille Consul *Lugdunensis*, alter Syndicus (*Pensionarium* vocant) *Hagam* delegati, ubi Noster tunc temporis apud Socrum versabatur, ibique eum invisentes, Diploma tradiderunt, quo ad ornandam Academiam suam vocabatur.

Orationem Inauguralem habuit *Lugduni*, die decima sexta mensis *Septembris* ejusdem anni; quod rescivi demum post hanc Vitam primo editam, ex *Ephemeridibus Litterariis*, Gallice scriptis, (*Journal Litteraire*, Tom. XVII. *pag.* 374.) quæ *Hagæ-Batavorum* statis temporibus prodeunt. At vero quodnam ipsius Orationis argumentum fuerit, ne nunc quidem mihi compertum est: quum illa non, ut moris est, typis descripta fuerit, nec ullum ejus exemplum inter Schedas defuncti repertum sit: frustra quoque quæsitus, qui haberet memoriam, aut alicunde audivisset, qua de re placuerit Nostro disserere in tanta celebritate.

Lugduni jam in certa statione constitutus, tranquille vixit, ut alibi quoque fecerat, & famam dudum quæsitam in dies majorem ampilioremque sibi conciliavit.

Anno millesimo sexcentesimo nonagesimo primo, iterum edidit *Probabilia Juris*, secundis curis expolita, & non tantum plurimis in locis trium Librorum auctiora, sed & addito Libro integro, jam quarto. Accesserunt præterea huic editioni *De Jurisdictione & Imperio Libri duo; & Ad Legem Aquiliam Liber Singularis.* In primo horum Operum novorum, more suo modoque ea omnia plene exsequutus est, quæ pertinent ad potestatem jus dicendi, datam Magistratibus, ex usu Fori Romani. In altero, Legem, inter nobilissimas Juris Civilis, fuse & per singula adcurate exposuit. Quæ omnia, simul ita juncta, prodierunt *Lugduni*, ex officina etiam *Felicis Lopez*, sed forma majore, *quadruplici*, ut vocant: qua nulla minor in editis postea adhibita est.

Inter alia quæ addita diximus prioribus *Probabilium* Libris, quædam ex olim dictis Noster vindicavit adversus crisin in *Germania* dudum editam. Placuerat nimirum V. Cl. CHRIST-FRIEDO WÆCHTLERO, Jurisconsulto & Advocato *Dresdensi*, publici juris facere *Wittenbergæ*, Anno millesimo sexcentesimo octogesimo primo, libellum hoc titulo: NOTÆ *ad* GERARDI NOODT *Jurisconsulti & Antecessoris* Probabilium Juris Civilis *Libros tres.* In his *Notis*, quas nondum videram, quando Vitam nostri primum scriberem, Auctor omnia Capita *Probabilium Juris* expendit, aut potius carpit: nullum intactum relinquit: rarissime aliquid calculo suo comprobat, & sic semper cum aliqua exceptione. Noster, qui nemini judicium suum invidebat, suo etiam frui voluit. Et quum perpauca admodum a Censore adlata videret, quibus aliquid reponere operæ pretium esse putaret, de iis etiam satis habuit sententiam suam heic & illic paucis tueri. Nescio an *Wæchtlerus* exspectaverit, Nostrum, exemplo ejus, integrum opus Vindiciarum per singula emissurum. Id saltem ab eo factum non esse, ægerrime ferre videntur, qui post utriusque fata id egerunt, ut longe supra *Noodtium* extollerent *Waechtlerum* suum, cujus ceteroquin meritis nos nihil detrahere volumus. Res eo usque processit, ut Nostrum quasi reum peragere voluerint gravis injuriæ Adversario suo illatæ. Scilicet indignum factu, adeo invisum *Waechtleri* nomen habuisse *Noodtium*, quod exprimere in Scriptis suis dedignaretur: & quidem ea de caussa ita vilipendi a *Noodtio Waechtlerum* (sic enim fingunt) quod hic non fuerit inter numerum Professorum, sed Jurium Doctor Caussarumque Patronus tantum. Quid quod alicubi dixerit *Noodtius:* Hæc *cuique liquent, sed* ILLI *qui ad* Probabilia *mea Notas scripsit, non liquent?* Et paullo post: *Id ipsum tam evidenter, ut mirer contrariam distinctionem potuisse* HOMINI *in mentem venire.* Magnum crimen, Patres Conscripti, & ante hunc diem inauditum! Sed an nulla alia esse causa potest, præter adrogantem & contumeliosum contemptum, cur aliquis nolit eos nominatim designare, quibus respondet? Certe si ex ingenio cujusque æstimanda sint, ut omnino par est, quæ aliquid forte habent ambiguæ interpretationis: silentium illud de nomine humanitati potius Nostri, satis alioquin notæ, ego imputaverim: qui, quum existimaret (jurene an injuria, nihil adtinet, & hoc præterea est de quo quæritur) irritos fuisse conatus *Waechtleri* in tribus Libris *Probabilium* tanto molimine impugnandis, id dederit honori tam imbellis Adver-

verſarii, ut nomen ejus non proderet, & Lectori exquirendum relinqueret. Ille contra magis dat locum ſuſpicioni jactantiæ & deſpectui, qui, quem petat, a nemine vult ignorari. Solent ſane, qui humaniori & modeſtiori ſunt indole, ſi quem adhuc vivum erroris arguere conſultum putent, non facile nomen ejus, niſi alioquin cuivis notum eſſe queat, enuntiare: ne forte videantur velle ejus famæ aliquid detrahere, & ſe præ eo efferre. Plus dicam: ponamus vero *Noodtio* propoſitum fuiſſe, aliqua contemptus ſignificatione impetum retundere Adverſarii, palam & data opera eum provocantis: nonne hic ſatis juſtam cauſſam dederat? Si aliud agenti *Waechtlero* neceſſitas aut opportunitas nata fuiſſet, ut aliorum, ita Noſtri, de his vel illis rebus ſententias ad examen revocandi: bene erat, & minus ægre forte id *Noodtius* tuliſſet, quam quivis alius a *Waechtlero* cenſoria virgula notatus. At quæ, malum, prurigo, qualis adfectatio, integrum tibi ſumere refutandum Opus Viri, cum quo nihil tibi fuit negotii: ita ut a capite ad calcem nihil fere boni ei relinquas, inter tot ingenii ſui & eruditionis ſpecimina, quæ ille modeſte exhibuit, ad ornandam pro virili artem ſuam? Quæ confidentia, te ipſum judicem de his omnibus conſtituere, & ſatis idoneum putare, ut una quaſi litura expungas quidquid ſe inveniſſe putat novi Auctor non in nullo pretio habitus, & quem vel ex eo ipſo Opere ſatis potes intelligere non leviter operam dediſſe parandis ſubſidiis neceſſariis ad ſua excogitanda & firmanda? An igitur valde culpandus eſſet *Noodtius*, ſi durioribus etiam, præter paucula illa *duriuſcula*, tanto opere ei exprobrata, verbis uſus fuiſſet adverſus eum, qui, ſine ulla neceſſitate aut probabili ratione, profeſſum ita ejus reprehenſorem agebat? Sed ea *duriuſcula* conferant Lectores, quibus jam licet, cum plurimis quæ paſſim *Waechtlerus* effundit in exercendo munere ſuo cenſorio: & videant, an non hic in anteceſſum palmam iſtam Noſtro ſtrenue præripuerit. Mitto alia, non quidem a *Waechtlero*, improbaturo, puto, ſi viveret, ſed a præpoſteris ejus defenſoribus in Noſtrum indigne dicta, quæ dicentibus tantum probro eſſe poſſunt: ita ab omni veri ſpecie abhorrent. Nec ſtabunt æqui & periti rerum ac perſonarum æſtimatores judicio alicubi hominum, qui tam aperte oſtendunt, ſe ſtudio partium, & aliis blandiendi cupiditate, transverſos agi. Grata ſaltem poſteritas ubicumque locorum, quamdiu ſuus Litteris ac Virtuti honos erit, Noſtrum ab injuriis ejusmodi vindicabit. De ipſis Notis *Waechtleri*, quum illæ nuper poſt tantum tempus e tenebris erutæ ſint, poterit quisque, cui judicium integrum eſt, cum *Noodtii Probabilibus* comparando; facile decernere, plusne famæ Noſtri hac in parte nocitum fuerit, an conſultum. Sed uberior adhuc ad judicandum materia ſuppetit, ex quo editæ etiam Notæ poſtumæ *Waechtleri* ad Librum *Probabilium* quartum, quem putabat ſcilicet ultimæ Editioni omnium *Noodtii* Operum primum acceſſiſſe. Invenit enim heic Noſter vindicem ſe dignum, qui in *Miſcellaneis Obſervationibus*, *Amſtelodami* prela a biennio exercentibus, novam illam cenſuram ad examen æquiſſimum revocavit, *Vol.* III. *pagg.* 111, *& ſeqq.* 271, *& ſeqq.* Nomen heic ſuum nobis invidit: magnum animum, judicium, doctrinam celare non potuit. Redeamus in viam.

Anno milleſimo ſexcenteſimo nonageſimo octavo editi ſunt *Lugduni*, apud *Fredericum Haaring*, *De Fœnore & Uſuris Libri tres*; *quibus multa Juris Civilis*, *aliorumque Veterum Scriptorum loca aut illuſtrantur, aut emendantur.* In eo Opere, quod inter alia pulcherrimum eſt & elaboratiſſimum, firmis & invictis argumentis probat Noſter, *Mutuum cum fœnore*, in ſe & natura ſua ſpectatum, nihil omnino habere, quod Juri Naturali & Gentium adverſetur: etſi Legibus Civilibus, ob utilitatem publicam, & ad tollendos abuſus, vel omnino prohiberi poſſit talis contractus, vel nonniſi intra certum quemdam modum facultas ejus celebrandi concedi. In primis ortum & progreſſum variorum hac de re jurium apud *Romanos* adcurate oſtendit: & omnes fere Leges huc pertinentes exponit, multa plurimis luce addita.

Eodem Anno Noſter primum *Academiæ Lugdunenſis* Rector Magnificus creatus eſt. Unde nata eſt Oratio, quam ſequenti Anno milleſimo ſexcenteſimo nonageſimo nono, Magiſtratu abiens, pro more habuit: *De Jure Summi Imperii, & Lege Regia.*

Nulla eſt tanta felicitas, quæ non aliquando caſibus adverſis, Deo ita volente, interturbetur. Id Noſter hoc ipſo Anno, magno cum ſuo dolore, expertus eſt. Amiſit enim dilectiſſimam Conjugem, die ſeptima *Octobris*: quo nihil ipſi accidere poterat acerbius. Forti tamen animo, præcipuum in adverſis remedium, Humanitatis ſtudia adhibuit. Quibus ut falleret ſolitudinis ſuæ infelices horas, de argumento hiſtorico, ad Jurisprudentiam ſpectante, pertractando cogitavit, & excuſſis ac elaboratis quæ antea in hanc rem meditatus erat, inde juſtum Opus conſcripſit. Notiſſimum eſt, apud veteres Gentes, etiam cultiſſimas, quales *Græci* & *Romani*, receptum fuiſſe, ut in Parentum poteſtate eſſet, Liberos recens natos, ſi eis quidem videretur, tollere; ſin minus, exponere aut necare. At vero quo tempore mos ille barbarus, a ſapientibus & bonis viris ſemper improbatus & damnatus, tandem abrogatus fuerit Legibus Civilibus, pœnam certam & ordinariam adverſus eos qui id ſceleris patrarent ſtatuentibus, non ita facile erat definire.

Primus JUSTUS LIPSIUS, rejecta sententia vulgari, opinatus est, *Epistolar. Centur.* I. *ad Belgas*, Epist. LXXXV. id factum fuisse demum ab Imperatoribus *Valentiniano*, *Valente*, & *Gratiano*, quorum Constitutiones in utroque CODICE, & *Theodosiano*, & *Justinianeo*, leguntur. Sed Nostro non videbatur Vir Eruditissimus rem satis in aperto posuisse, nedum absolvisse. Voluit igitur argumentum plene exsequi, iis omnibus adhibitis subsidiis, quæ ex intima Jurisprudentia peti possunt, qualia *Lipsio* non ita in promtu erant. Neque enim Noster ullibi dixit, aut innuit, sibi primo in mentem venisse de seriori illo tempore, quo putabat Legibus coërceri cœptam esse Infantum expositionem & necem. Immo diserte *Cap.* IX. ubi agit de *L.* 8. *C. Ad Legem Cornel. de Sicar.* monet Lectores, *unum omnium optime & verissime subodoratum esse V. Cl.* JUSTUM LIPSIUM Cent. I. ad Belgas, Epist. 85. *ad Infantum expositionem Legem illam pertinere*; *sed tantum subodoratum* &c. Unde luce meridiana clarius est, noluisse eum sibi soli id vindicare, de quo vel ex ipsius indicatione statim falsi argui potuerit. Et si vel maxime gloriari ei libuisset alienis bonis, quod tamen a moribus ipsius alienissimum erat: an ulla spes fuisset probabilis celandi furti, dum in omnium manibus versantur Opera *Lipsii*? Indulgeant quantum libet sinistris suspicionibus, qui Nostro non bene volunt: satis æquo Lectori patet, eum id unice egisse, ut iis, quæ a *Lipsio* dicta erant, nec semper satis apta aut explicata, adderet quidquid e penu suo depromere poterat, ad firmandam & plene elucidandam Viri Eruditissimi sententiam, quam, quoad summam rei, amplexus erat. Editum est Opus anno sequenti, millesimo septingentesimo, *Lugduni-Batavorum*, ex officina *Joannis van der Linden*, Junioris, hoc titulo: JULIUS PAULUS, *sive de Partus expositione & nece apud Veteres*, *Liber Singularis.* Ideo autem Noster *Julium Paulum* inscripsit, quoniam ex hujus Jurisconsulti fragmento, in *Pandectas* relato, præcipuum argumentum peti sententiæ vulgari firmandæ existimabat: de quo tamen refellendo ne cogitaverat quidem *Lipsius.* Porro, quæ caussa eum ad scribendum impulerat, eadem fecit, ut Librum dedicaret Uxoris defunctæ Fratri, Viro Amplissimo NICOLAO THOMÆ VAN DER MARCK VAN LEUR, *Libero & Hereditario Leuræ Toparchæ*, *Jurisconsulto*, *ad D. Johannis Ultrajectino Canonico*, *Civitatis* Schoonoviensis *Senatori & Consulari ad Illustr. & Præpotent. Holland. Ordinum Comitia Delegato.* En quomodo apud adfinem vim doloris, conatum simul ejus ope rationis leniendi, aperiret, verbis intimos animi recessus pandentibus, & ab omni fuco alienis. „ Ego, quæ antea edidi diversis temporibus, lætiore animo „ scripsi. Stabat enim integra domus mea, salva Conjuge mea, illa suavissima & vitæ, „ & studiorum meorum, socia. Sorore tua germana, *Sara Maria van der Marck van* „ *Leur*, fœmina sanctissima, & cunctis virtutibus quæ in amabilem sexum cadunt ornatissima. Non sum ambitiosus infortunii mei æstimator; nec est mihi animus, incendere doloris causas. Silere tamen vix possum, eam præter cæteras animi dotes, quibus „ effloruit, castitate, fide, verecundia, modestia, comitate, benevolentia, incomparabilem fuisse; denique, quæ vera perhibetur amicitia, nihil, nisi quod ego vellem, voluisse, nihil, nisi quod ego nollem, noluisse: perinde quasi uno spiritu utriusque corpus „ regeretur. Sed, quo longius omnem animo superavit laudem, eo altius penetravit vulnus, quod ejus morte, tam insperata, tam immatura, tam subita, pridem mihi vis divina inflixit: prorsus, ut me jam nullius fortunæ benignitate deinceps felicem effici posse existimarem. Ut tamen me levarem; (quod suadebat ratio, & pietas quam unicæ „ debebam filiæ, in qua, pro modo ætatis, apparet indoles virtutis, & materni ingenii „ simulachrum) præcipuum in adversis remedium, humanitatis studia, adhibui &c. „ Ferreus fuerit, qui hæc legendo non moveretur: & omnis virtutis expers, qui non pronus esset ad laudandum & amandum Virum etiam ignotissimum, qui tam honestam animi adfectionem ita vividis coloribus depictam in aperto poneret. Eo minus autem ego omittere debui tale specimen optimæ in Nostro naturæ, quod ille, in utraque Operum suorum collectione, hæc verba omiserit, Epistola Dedicatoria in formam Præfationis ad Lectorem transmutata: quemadmodum alias paucas Dedicationes aut ita interpolavit, aut ejecit.

Successit *Julio Paulo*, post quadriennium, DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS, *sive de Transactione & Pactione Criminum Liber Singularis:* in quo etiam errorem vulgarem refellit, de licita inter Accusatorem, & Reum criminis capitalis, quod mortis naturalis pœnam ingerat, pactione & transactione. Inscriptum quoque Opus nomine Imperatorum, ex quorum uno Rescripto, perperam intellecto, talis pacti validitas inter transigentes colligunt Interpretes. Idem *Lugdunensis* Bibliopola *Fredericus Haring*, qui *Diocletianum & Maximianum* typis mandarat, *Probabilia Juris*, cum adnexis Libris recudit Anno hujus Sæculi quinto.

Hoc ipso Anno iterum Academiæ *Lugduno-Batavæ* Magistratum gessit Noster: quem deponens Anno millesimo septingentesimo sexto, Orationem habuit *De Religione ab Imperio*, *Jure Gentium*, *libera.* Hanc, & priorem, *De Jure Summi Imperii* &c. ego, dignissimas

mas judicans quæ a quamplurimis legi possent, in Gallicam Linguam verti, & Notulis quibusdam additis, cum Præfatione, edi curavi *Amstelodami* Anno sequenti. Qua occasione (dicere liceat) in notitiam & amicitiam Viri Eximii veni, perpetuo deinde usque ad mortem ipsius cultam, nec unquam animo meo obliterandam, quamdiu spiritus hos reget artus. Utraque Oratio Anglicè quoque prodiit, Anno millesimo septingentesimo octavo, interprete Cl. JOANNE SAVAGE, qui, non inspectis fontibus, ex meâ ipsius Versione omnia in suam Linguam transfudit. Oratio vero *De Religione ab Imperio, Jure Gentium, liberâ*, statim atque lucem vidit, *Belgica* facta fuerat: ejusque Versionis nova Editio nuper emissa est, Anno millesimo septingentesimo trigesimo quarto, cum aliis ejusdem argumenti, VV. CLL. JOANNIS LOCKII, BENJAMINI HOADLEY, Episcopi nunc *Salisburiensis*, JOANNIS DRIEBERGE, & excerptis quoque nonnullis e Libro meo Gallico *De Doctrina Morali Patrum Ecclesiæ* &c. In hac Editione Belgica dictæ Orationis, quædam etiam ex meis Notulis adjectæ sunt. Mea autem utriusque Orationis recusa est *Amstelodami* Anno millesimo septingentesimo decimo quarto: & tertium, Anno trigesimo primo, Volumine primo Fasciculi Dissertationum de variis magni momenti argumentis: *Recueil de Discours sur diverses matières importantes* &c. cui Volumini præfixa est Vita Nostri, nunc a me Latine scripta.

Aliud opus, ejusdem generis ac *Probabilia Juris*, Noster edidit, Anno millesimo septingentesimo sexto, hac inscriptione: *Observationum Libri duo: in quibus complura Juris Civilis, aliorumque Veterum Scriptorum loca aut illustrantur, aut emendantur. Lugduni*, apud *Fredericum Haaring*.

Tertio post Anno, hujus Sæculi nono, *Librum* justo ordine conscripsit & publicavit; *De forma emendandi Doli Mali, in contrahendis negotiis admissi, apud Veteres.* Ex officina *Joannis van der Linden*, Junioris. Argumentum est, ut norunt periti, inter subtilissima *Juris Romani.* Anno sequenti, decimo, ab eodem Bibliopola *Lugdunensi* repetita est editio *Julii Pauli*, nonnihil auctioris facti.

Placuit tandem Nostro omnia Opera sua, hactenus separata, in unum Volumen colligere, forma *quadruplici*, ut vocant: nec tamen sine insigni accessione. Duo enim adjuncta sunt plane nova: unum, *De USUFRUCTU, Libri duo: in quibus multa Veterum loca aut emendantur, aut explicantur*; alterum, *DE PACTIS & TRANSACTIONIBUS, ad Edictum Prætoris, Liber Singularis.* Utrumque argumentum, e subtilissimis etiam Jurisprudentiæ Romanæ, in his Libris plene pertractavit. Ex officina ejusdem *Van der Linden* hæc quoque Sylloge prodiit: qua Noster tunc putavit se defunctum esse laboribus suis ad illustrandam & ornandam artem, quam profitebatur, susceptis. Ita enim ille in *Præfatione:* „ Ipse nescio, an ulterius sim quid moliturus: quem Annus sextus & sexagesimus monet legis naturæ . . . . . quapropter decrevi facere, quod solent peregrinaturi. illi in tempore colligunt vasa; & quæ e re sua suorumque fore existimant, dum licet, disponunt. ego, quotquot honestas amant artes, me eorum societate quasi vinculo cognationis attinere, mihi persuadeo: ideoque cupiens his, si possim, æque absens ac præsens prodesse, quæ imperfecta pendebant opera, ad quamdam maturitatem idonea perduxi cura. Insuper quæ diversis temporibus ante communicaveram cum Erudito Orbe, eadem alibi aliqua verborum rerumque, alibi totorum capitum, adjectione adjuvi aut auxi; & jam sæpius separatim edita, quo melius conservarentur, hoc conjunxi volumine; nec sic eis pollicitus æternitatem. non est ea humanarum rerum: & superbi sit, hanc spem præsumere. at nec mundo peribit multum hisce carenti. quamquam dum exstabunt, cur nolim proficere, si queant, curiosis talium, nec causam habeo. Interim nihil profiteor ultra probabile. minus aliis posui legem quam sequantur. tantum, ut in libera Republica, meum dedi suffragium. id si cui videatur ad verisimile accedere, probet: sin aliter, mutet. alterum opto: alterum non invideo. absit modo contumelia: a qua ipse abstinui diligentissime: indecoram arbitratus famam ab alterius imminutione petitam. quod si quis contrarium malit: me non offendet suis usus moribus. Meis placet, ac semper placebit hoc OVIDII *Lib.* 2. *De Ponto*, *Epist.* 9.

—— —— Ingenuas didicisse fideliter artes
Emollit mores, nec sinit esse feros.

Sic igitur Noster missionem honestam quasi petebat: quæ certe ipsi, ea ætate, & post tot tantaque in publicum commodum præstita, denegari iniquissimum fuisset. Sed qui posset homo labori deditus, otium ferre? Catenatis quamvis occupationibus Academicis non exhauriebatur ardor Nostri ad Studia privata: neque *diu sustinuit* (verbis ejus utor) *senectutem, qua, Dei beneficio, fruebatur felice, & vacua ab ejus incommodis, ignavo otio transigere, specie quietis. certe metuit committere, ne pergeret, pro portione in commune conferre, quidquid quali quali lectionis meditationisve suæ usu posset ad aliquorum commodum fructumve pertinere.* Ea

igitur motus verecundia, quod ceperat consilium mutavit. Immo ingenti Operi manum admovit: *& quod deprecatus erat integra ætate, etsi complures homines & dignitate, & doctrina eximii, sæpe ab ea efflagitassent, aliquem* scilicet *Commentarium suo ingenio ad JUSTINIANI Pandectas,* illud *flexa ætate prope ultro adgressus est. Commentarii hujus initium,* in primam partem, quatuor Libris comprehensam, *tanta festinavit diligentia, ut intra septem menses incboaverit & absolverit, nullo muneris sui damno:* atque statim, dum ceteros quoque Libros posset excutere, publici juris fecerit Anno hujus Sæculi decimo sexto, hac Inscriptione: *Commentarius in D. JUSTINIANI, Sacratissimi Principis, DIGESTA, sive PANDECTAS, Juris enucleati, ex omni Veteri Jure collecti: Quorum prima Pars, in quatuor Libros distributa, hoc Volumine exponitur. Lugd. Bat.* ex officina *van der Linden* Junioris. Postea secundam, tertiam & quartam partem *Pandectarum*, eodem modo ornare perrexit. In quibus ad umbilicum perducendis dum versaretur, Cl. SCHULTINGIUS, Cognatus ejus, Amicus atque Collega, hac de caussa, inter alias, se ultra primam partem, in *Enarratione* sua *Pandectarum* non processurum, publicè significabat: simul *optans ut Viro Præclaro ad exsequendum egregium illud propositum valetudinem firmam, longamque ac vegetam senectutem benigne largiri vellet omnium fons & auctor, Deus Optimus Maximus.* Sed ubi Noster ad finem XXVII. Libri pervenit, heic etiam finem facere decrevit. Vires suas nunc primum imminui sentiebat: & quod supererat laboris, nimiæ molis videbatur, quam ut se posse absolvere speraret. Eadem de caussa, & quod ceteroquin non esset honorum cupidus, delato sibi tertium Magistratu Academico, Anno hujus Sæculi vigesimo primo, sese excusavit: lubentissime passus eum transferri in V. Cl. JOANNEM JACOBUM VITRIARIUM, Collegam dignissimum & amicissimum.

Distractis, intra paucos annos, Operum in unum volumen collectorum exemplaribus, de nova eorum editione cogitare necessum habuit. Ego jam inceptam vidi, mense *Augusto* Anni vigesimi primi: quum apud eum grato hospitio familiariter exciperer. Res ipsa nunc postulabat, ut non jam separatim ederet quidquid habebat in Pandectas paratum, quousque subsistendum decreverat: sed una cum priori parte, huic alteri Editioni universorum Operum adjiceret.

Opusculi præterea novi interea temporis occasio ipsi nata erat. Ea sententia, quam præcipue in suo *Julio Paulo* defenderat, non omnibus placuerat Jurisconsultis: nec mirum, pro natura ejusmodi quæstionum, & in tanta ingeniorum ac judiciorum varietate. Etsi, quamcumque partem quis heic amplectatur, non magni momenti sit: res enim agitur tantum Veterum intra aliquod tempus Jurisconsultorum & Imperatorum: certo ceteroquin, ex omnium consensu, quid Jure novo sequendum sit. Inter eos autem, qui in contrariam sententiam ibant, præcipuus, ut dignitate, ita eruditione ac fama, fuit Amplissimus CORNELIUS VAN BYNKERSHOEK, qui nec passus est suum dissensum ignorari, rationesque cur dissentiret: edito, inter alia, *Opusculo De jure occidendi, vendendi, & exponendi liberos, apud Veteres Romanos,* Anno hujus Sæculi decimo nono. Noster maximi faciebat doctrinam talis Adversarii, & ubique professus fuerat, data opportunitate: nec tamen argumenta & objectiones ejus tanti ponderis existimabat, ut propterea ab opinione sua dimoveretur. Conscripsit igitur Libri sui defensionem, hac Inscriptione: *Amica Responsio ad difficultates JULIO PAULO, sive Libro* De Partus expositione & nece apud Veteres, *nuper motas a Viro Amplissimo CORNELIO VAN BYNKERSHOEK, Jurisconsulto, & in Suprema* Hollandiæ, Zelandiæ, & West-Frisiæ *Curia Senatore, Opusculo De jure occidendi* &c. Responsionem eam premebat, dum Editioni novæ Operum omnium, quæ sub prelo sudabat, insereret. Egomet vidi eam, etsi non legerim, apud eum absolutam, quo tempore, ut jam dixi, *Lugdunum* excurreram. Mutavit tamen consilium, qua de caussa nescio: ut miratus sim, quando Opusculum jam typis descriptum, ab eo missum accepi mense *Septembri* Anni vigesimi secundi. Huic, anno sequenti, Amplissimus *Bynkershoekius* opposuit suas *Curas secundas*, seu refutationem ita comparatam, ut *Amicæ Responsioni* integræ repetitæ Notas suas, ubicumque visum fuit utile, subjiceret. Heic vero aliquid accidit, quod in litibus litterariis, non minus quam in aliis, satis solenne est. Noster alicubi passus erat, sibi ea verba excidere, quæ asperi aliquid haberent. Nec impigre usus est Vir Amplissimus jure, quod sibi datum putabat, ad plura etiam & immitiora progrediendi. Quid Nostrum impulerit, ut a more solito recederet, juxta scio cum ignarissimis. Nollem certe factum, cum ipsius, tum Viri Illustris caussa. Sed homo fuit: & quam paucissimi sunt, qui in eodem tenore recti propositi tam constanter pergant, ut numquam vel minimum ab eo deflectant! Id tamen aliis Nostri meritis condonandum putem, & spero condonaturos omnes æquos judices: habita præsertim ratione ætatis adeo provectæ, quæ, dum corporis vires minuit, robur animi non sinit integrum manere. Heic finis fuit certaminis: & quare Nostro ad illud redire non placuerit, ipse obiter dixit, in Titulum PANDECTARUM *De adgnoscendis & alendis liberis.*

Ab illo ſane tempore, & tribus poſtremis vitæ annis, in dies magis ſe debilitari animadvertebat. Sic enim ille ad me datis litteris, menſe *Auguſto* Anni vigeſimi quarti. „ Me quod adtinet, infirmitatem ingraveſcentis ſenectutis ſentire incipio, ingreſſurus bre„ vi annum octavum & ſeptuageſimum. Habeo tamen gratias agere Deo Optimo & „ Maximo, cujus beneficio ætate tam grandi fruor ſine morbo, ſine dolore, id eſt, ſi„ ne cauſa querelæ. nam, ut antehac, ita nunc ſemper hilari & læto ſum animo: ſive „ ſim ſolus, ſive cum aliis. Præcipuum malum eſt, quod ire & ambulare, ut fui ſoli„ tus, non poſſum diu, deficientibus viribus. etiam minor ſomnus de die amiſſas, noctc „ reparat minus. Idcirco coactus ſum hoc anno contrahere laborem meum, cum pu„ blicum, tum privatum: fatigantibus me jam ſtudiis, quæ ante oblectabant. Sed hæc „ ſunt communia ſenectutis. Adverſus ea ſolatium eſt, quod mihi ſero inciderunt, fe„ re finita Operum meorum editione: quæ fortaſſe fuiſſet minus accurata, ſi quod ali„ quamdiu fui veritus, imperfecta ea, me deprehendiſſet mors, ut ſignis quibusdam non „ valde bonis videbatur minari. Habes ſummam vitæ, quam ſcire deſideras„ &c. Ita Noſter de ſuo ſtatu me certiorem faciebat, quum mitteret novam illam Operum ſuorum editionem, prelo jam exeuntem. Duobus hæc, forma maxima, Voluminibus conſtabat: vel ſolo chartæ & typorum nitore priorem longe ſuperans.

Quæ vero *ſigna non valde bona* Noſter memorabat in parte litterarum ſupra deſcripta, ea certe talia fuiſſe, triſti poſtea exitu nimis comprobatum eſt. Plus ſemel enim tentatus fuerat acceſſionibus quibusdam Apoplexiæ, liberatus tamen, Deo auxiliante, & fideli opera Celeberrimi Medici & Medicinæ Profeſſoris, V. Cl. *Hermanni Boerhave*. Sed tandem ita recruduit vis morbi, ut omnia remedia vinceret.

Feriis æſtivis Anni hujus Sæculi vigeſimi quinti, in prædium ruſticum dilectiſſimi Generi ſui, *Harlemo* haud longe diſtans, ſeceſſerat Noſter, ut ſolebat. Die *Auguſti* decima tertia, circa horam ſeptimam matutinam, nova ingruit Apoplexiæ acceſſio. Voluit ille tunc *Lugdunum* transferri: & ſub meridiem curru vectus, in ædes ſuas rediit, ſic ſatis bene ſe habens. At vero malo poſtea recrudeſcente, & magis ac magis ingraveſcente, mortem adpropinquantem forti admodum & pio animo ſenſit: dieque *Auguſti* decima quinta animam placide exhalavit, annos natus ſeptuaginta ſeptem, & menſes undecim. Cadaver ejus, navi transvectum in patriam Urbem *Neomagum*, ibi die vigeſima quinta ejusdem menſis repoſitum eſt in ſepulcro paterno maternoque: ita enim ſuprema voluntate juſſerat defunctus, ut liberaret fidem, quam ipſe Matri olim petenti dederat. Ab initio etiam, in ejusdem Matris honorem, & ut ſimul ſe ita ſecerneret ab alienis Familiis, *Noodtii* nomen gerentibus, cogitaverat de nomine *Biesman* ſuis inſerendo: quod quum neglexiſſet in titulo primi Operis, conſilium illud poſtea abjecit. Ceterum e Liberis, quos ei Uxor pepererat, unicam, etiam hac moriente ſuperſtitem, Filiam reliquit, SARAM ADRIANAM, nuptam ei, de quo jam dixi, Conſultiſſimo Viro *Joanni Ham van den Ende*, Filio *Abrahami van den Ende*, Celeberrimi quondam inter *Amſtelodamenſes* Advocati.

ITA vixit, ita mortuus eſt Vir magnus. Manca tamen atque imperfecta hæc eſſet narratio, niſi rudi ſaltem penicillo quæ ſingula pertinent ad animum, ingenium, corpus, mores *Noodtii*, delineare adhuc conarer.

Eleganti fuit ſpecie, ſtatura eminenti, firmiſſima corporis conſtitutione: ut per totam vitam, ſi paucos ex poſtremis annis demas, valetudine uſus fuerit optima, viribus animi pari. Felix index faciei, frons tranquilla & ſerena, vultus comis, candidus, benignus. Sermo hilaris, amœnus: urbanitas nativa, ab omni fuco & ſcrupuloſitate aliena.

Sincera & maſcula religio, pietas ex veri luce nata, extra faſtum, ſuperſtitionem, & ſimulationem poſita. Vitæ ſanctitas ſumma: æquitas, integritas, fides, flecti neſciæ. Nulla invidia, nullus livor, nulla odia, nulla ſimultas. Nulli inimici, qui aperte tales ſe profiteri auderent. Fidus & ſtudioſus amicus: erga quosvis officioſus, ut qui ad bene merendum de genere humano, quantum poſſet, natum ſe putaret. Pacis & tranquillitatis amantiſſimus, omnem cauſſam rixarum & diſſidiorum ſumma cura fugiebat. Acerrimæ aliquando in Academiis variis, quarum pars fuit, contentiones ortæ ſunt: iis numquam ſeſe immiſcuit; &, quod difficillimum, certam viam rationemque invenit, cum omnibus, a quacumque parte ſtarent, concorditer tamen vivendi. A litibus imprimis litterariis ſibi cavit, quarum occaſio ei non defutura fuit, ſi animus tantillum tuliſſet. Memini ipſum, triennio circiter ante mortem, ſuum hunc adfectum familiariter & candide, in litteris ad me datis, ſignificaſſe. *Non habeo dicere me eruditas ejusmodi lites numquam amaſſe: ſcis, me evitaſſe eas ſemper.* Verba ſunt, quibus utebatur. Ut mirari ego ſatis nequeam, eſſe qui talem animi manſuetudinem vitio fere ei vertant. Quaſi ſcilicet Viri Eruditi ad bella & pugnas nati eſſent: aut nemo patienter ferre queat, opiniones ſuas ab aliis impugnari, ni velit in ſuſpicionem incurrere pervicaciæ, aut conſcientiæ deficien-

tium ad justam defensionem armorum! At vero perpendamus, quænam fata sint plerumque, si non semper, ejusmodi concertationum: quam facile lis ex lite seratur, & nullus futurus fit finis pugnandi, ubi quis semel inceperit. Sit Adversarius pugnax, aut qui sibi, quod rarum non est, valde blandiatur in ea, quam est semel amplexus, sententia: frustra huic opponas Achillea argumenta, aut saltem rationes longe iis validiores, quarum amore ipse captus est: vim earum, etsi sentiat, perpetuo eludere conabitur; & quam in suis putat esse alte animo insigens, effugiis qualibuscumque numquam carebit: immo argumenta, jam ab altero refutata, aliis verbis per ambages repetendo, se satis belle rem gessisse existimabit. Si urgeatur porro, in iras excandescet, ni tamen jam antea huc delapsus sit: & quam difficile tunc erit alteri se ipsum continere, ne malo exemplo moveatur, mitissima licet ipse indole sit? Ut denique in ea, quæ extra oleas sunt, & personam potius, quam caussam feriunt, desinat disputatio, rem magis implicatura, quam explicatura. Alia fuit Nostro mens, alia sapientia: eaque semper, puto, non minima pars erit laudum ipsi debitarum, & ab omnibus, qui res ex vero æstimant, non denegandarum. Merito malebat ille, ubi nihil videret in Dissentientium argumentis, quo sua infringerentur, & satis putabat se dixisse ut comparatio recte fieret, judicium totum intelligentibus & peritis Lectoribus permittere, quam in arenam descendere, cum periculo ne post longum forte certamen haud plus profectum foret, quam si perpetuo siluisset. Quod si aliquando consultum judicavit aliquid reponere, id quam paucissimis verbis fecit, iisque modestiæ & humanitatis plenis. In lite tantum cum Amplissimo *Bynkershoekio*, de qua supra, vulgari vitio ingravescentis ætatis, aliquid humani pati hac in parte visus est. Nam ceteroquin omni acerbitate verborum in mortuos quoque sedulo abstinuit: immo cum præfatione honoris, etiam ubi refelleret, eos indicabat. Non ille, etsi passim, ut audaciores, rejiceret conjecturas quasdam FRANCISCI HOTOMANNI, exempli gratia, aut ANTONII FABRI, ideo contumeliis eos proscindebat, ut fecerunt nonnulli, qui in tales scilicet sibi omnia licere putarent, tamquam non satis comiter colentes majestatem Jurisprudentiæ, aut Veterum Juris Antistitum, & quasi reos perduellionis. Ad summam, ne fusius singula persequar, ea fuit Noster indole, & insita, & studiis Litterarum exculta, quæ haud raro in contraria feruntur vitio hominum abutentium: ut intus & foris se perpetuo tranquillum servaverit, sibi ita, & aliis cum quibus vitæ commercia erant, commodum. Testes adpello, quicumque adhuc superstites: certus longe plura dicturos, ut qui longe plura scire possunt.

Nemo umquam minus indulsit nimio in opiniones suas adfectui: nemo facilius tulit, eas ab aliis non probari. Exhiberet ei aliquis Studiosus, aut Candidatus Juris, Disputationem examinandam: si quid ibi reperiebat, de quo ipse aliter plane sentiret, vel primus, vel post alios a vulgo recedentes ipse Auctori adolescenti indicabat, quæ forte ignorasset aut neglexisset, in rem ejus facientia: tantum abest ut propterea vel minimum offenderetur.

Non illi, ut plurimis, satis faciebant quævis argumenta, vel levissima, ad Leges interpretandas, & quoquo modo, invita ratione & arte, inter se conciliandas. Quando, adhibitis optimis Interpretibus, & propria animi meditatione, nihil reperiebat, quod probabile videretur, ad ἐποχὴν, tamquam ad sacram anchoram, haud invitus confugiebat, & bona fide ignorantiam suam profitebatur. Exempla passim in Operibus ejus exstant. Immo hac de caussa integrum Titulum in PANDECTIS, *De Condictione Triticiaria*, sine ulla explicatione transmisit: *non adsuetus*, ut ibi profitetur, *alios docere, quod ipse non intelligat . . . . nec offendet*, addit, *verecundia abstinentis exemplo publice noxio: utique non effecturo aliud, nisi ut hic & alibi incognita pro cognitis jactentur.* Vicissim ubi ex regulis recte interpretandi constabat e de sensu Legis cujusdam, & quousque illius mens pateret, aut intra quem modum contineretur: etsi aliquid illic statui videret, vel æquitati, vel aliis Legibus non minus claris & perspicuis, repugnans: de hoc minime sollicitus erat, nec animum suum torquebat, ut vim faceret verbis mitigationem aut conciliationem respuentibus, &, divinatione quadam, Jurisprudentiæ aut Architectorum Juris honori consuleret. Non meum est negotium: viderint Jurisconsulti, viderit *Tribonianus*, viderint Imperatores: ego Interpretis tantum officio fungor. Ita ille & apud animum suum reputabat, & prædicabat.

Otii sui & temporis prudens fuit dispensator. Cognitionem & doctrinam solidam semper quærebat: singula penitus, quantum licebat, perspicere & intelligere amabat, omniaque sua studia ad ea, quibus præcipue animum addixerat, referre solebat. Non itaque multiplicem quamplurimorum Scriptorum lectionem adfectabat, nedum ostentabat: per quam in varias partes perpetuo animus distractus, minus adtentum se præbet, & leviter tantum aut confuse perceptas res plerumque tenet. Neque cujusvis generis Libris, bonis, malis, aut qui repetitione mera rerum millies dictarum fere constant, legendis aut inspiciendis operam dabat. Optimos, utiliores, sibi seligebat, & hos diligenter pervolvebat ac scrutabatur. Fontes ipsos Jurisprudentiæ Romanæ, & Veteres quoscumque Auctores ad ejus intelligentiam aliquid conferentes, nocturna diurnaque manu versare, hoc opus, hic labor illius erat: his alebat ingenium, & industriam exercebat: inde ea hauriebat, quæ materiam tot egre-

gregiis Operibus abunde subministrarent. Id ipsum vel stilus, quo scripta sunt, adtendenti statim manifestum facit: quare illa ad intelligendum sibi deposcunt Lectorem in pervolutandis Libris Veterum, eorum præsertim qui breve dicendi genus sequuti sunt, sic satis versatum. Isque amor brevitatis præterea Nostro natus erat ex ingenio, quo pollebat, philosophico: ut adcurationem quærente, ita omnem redundantiam fugiente.

Non possum heic mihi temperare, quin, eo re ducente, ostendam, quam inique nonnulli, clanculum alii, alii palam, plagii Nostrum insimulare voluerint, eo obtentu, quod una forte aut altera ex ejus conjecturis, ad Leges quasdam emendandas aut explicandas comparatis, jam ante ab aliquo alio Scriptore proposita fuerit. Etsi vel maxime candor Viri summus, & cura laudandi Auctores a quibus aliquid singularis mutuatus fuerat, non omnem tolleret suspicionem, eum data opera voluisse aliena pro suis venditare: satis ab ea injuria tutum eum præstare debet exigua, quam habebat, notitia innumerorum Librorum, quos alii se legisse gloriantur. Vidi ego supellectilem ejus librariam: & qui viderunt, juxta mecum sciunt, quam illa tenuis esset, si numero librorum, non pondere, æstimaretur. Optimis equidem Recentiorum scriptis, qui usui esse ei poterant ad artem suam, instructa erat: alios frustra ibi quæsivisses: aut si qui forte reperirentur, adparebant *rari nantes in gurgite vasto.* Ausim spondere, multorum ex hoc genere ne nomen quidem ipsi notum fuisse. Id inprimis fidenter dicam de nescio quo NIELLIO, quem primum monent emendasse *L.* 13. §. 1. *D. De pign. action.* in *Controversiis Juris Feudalis*, *Lipsiæ* Anno 1629. editis, si fides est *Bibliothecæ Juris Selectæ* Cl. STRUVII. Quis putet, *Noodtio* copiam fuisse ejus Libri, parum forte in ipsa *Germania* obvii? Certe ipsi *Waechtlero*, homini *Germano*, notus non erat: alias observare non omisisset, dum emendationem illam expendit, a populari suo jam occupatam. Aut si forte Librum non ignorabat, emendatio ibi latens, & loco satis alieno posita, oculos ipsius fugerat. Adeoque longe minus probabile est, etiamsi vel maxime Librum vidisset *Noodtius*, eam illi occurrisse: quum præsertim satis constet, in *Jure Feudali*, ad quod *Niellii* Disputationes pertinent, minimam partem operæ suæ Nostrum collocasse: Veteri Jurisprudentiæ Romanæ tractandæ & excolendæ ante omnia intentum. De ipsius emendationis pretio nihil dicam: nisi hoc, me mirari valde, quod tanto supercilio nonnulli eam rejiciant: dum tamen fatentur, Eruditos fere omnes istius gloriam *Noodtio* gratulatos esse. Mihi sufficit, quod ab omni veri specie abhorreat, vel nomen *Niellii* umquam aures Nostri feriisse: nedum ei *Disputationes* illas *Feudales* umquam visas fuisse: nec dubito, quin res manifestissima fieret, si possem comparare rationes, quibus in illam cogitationem delapsus erat *Niellius*, cum iis quibus Noster sibi etiam obvenientem firmavit. Tam dives ceteroquin *Noodtio* fundus erat, tot habet sua, quæ nemo sibi vindicavit, nec potest vindicare, tam multa ex suo thesauro protulit, quorum nec vola nec vestigium alibi exstat: ut alienis opibus ditari minime opus ei esset, & nonnisi temere ac inhumane ejusmodi delicti reus fieri queat, etiam ubi in Scriptis suis quædam, tamquam ex propria penu, promsisse deprehendatur, ab aliis, quorum Libros in promtu habebat, jam dicta. Vix unus forte inter Eruditos est, cui non aliquando contigerit, sola industria sua aut mentis meditatione id invenisse, quod postea reperit ab aliquo ante observatum, loco in quem ipse non inciderat, aut ad quem obiter lectum non adtenderat: idque professi sunt plures Viri Eruditissimi, de quorum fide dubitare religio esset. Quid quod fortuita illa in idem inventum consensio nonnunquam irrepat, etiam ubi tempore priorem posterior inventor facillime potuisset non ignorare? Exemplum notabile Noster ipse mihi suppeditat, in alio insigni quondam *Lugdunensis* Academiæ Jurisconsulto, antea memorato. Ab eo didicerat emendationem simplicissimam *L.* 101. *D. De Verbor. Obligat.* antinomiæ tollendæ excogitatam. Quum ipse eam valde probaret, dedit honori *Crusii*, & sui ipsius studio quacumque posset publicis commodis consulendi, ut, occasione data, in primo suo Opere, *Probabilium* Libro I. Cap. 4. Legem ita emendatam, cum laude Auctoris, Lectoribus sisteret. Longo post tempore, monuit eum Collega jam suus V. Cl. JOANNES VOETIUS, eamdem emendationem legi dudum in Notis Cl. SIMONIS VAN LEEVWEN, & quidem ad ipsam Legem vitio adfectam. Quis putet, nec *Crusio*, nec Nostro, copiam fuisse Editionis illius, hactenus optimæ, quæ nuper, curante *Leevwio*, prodierat, Anno millesimo sexcentesimo sexagesimo tertio? Sed neutri in mentem venerat Notulas, ab Editore additas, inspicere: neque probabilis admodum caussa erat suspicandi, novi quid ibi in rem forte repertum iri; quum satis scirent, in eo genere remedii Legibus adferendi non ita valere *Leeuvwium*, ut bona multa ab eo exspectanda essent. Re tamen animadversa, Noster quidquid de ea emendatione dixerat delevit, in prima Editione Operum simul junctorum. In Libro vero *De Pactis & Transactionibus*, tunc primum edito, *Cap.* XX. ubi, ex monitu *Voetii*, remittit ad Notas *Leevwii*, nihilominus pro auctore emendationis adhuc habet *Crusium*, ut omnino erat: etsi alius, ipso inscio, prior eam protulisset. Certe in tali casu non tantum uterque eorum, qui in eamdem cogitationem forte inciderunt, communi dividundo agere potest: sed & solidum, meo quidem judicio, unicuique adjudicari debet, ita ferente rei natura. Ille demum aliquam heic habet præ-

rogativam, qui melioribus argumentis rem ipſam, in qua concurrunt, ſuperſtruxerit. Sed de hoc ſatis.

Videor jam mihi multos audire quærentes, an non Noſter poſtuma quædam Opera reliquerit, aliquando editis adjicienda. Ego quidem vellem hac de re ſpem facere poſſe probabilem: reliquiis, etſi imperfectis, tanti Viri, ſuum pretium, ſuam utilitatem, ſemper habituris. Sed pauca manuſcripta ejus ſuperſunt: & plus ſemel vetuit, ne heredes ullum ex his clauſtra ſua refringere paterentur.

In numerum Operum ejus non retuli Reſponſum Belgicè ſcriptum, quamquam ipſo vivo publici juris factum: quod ipſe non retuliſſet, nec ullam mentionem feciſſet. Datum eſt illud in cauſſa facti, ubi quæſtio juris occurrebat pertinens ad impedimentum Nuptiarum, in certo quodam gradu adfinitatis, vi Poteſtatis Summæ tollendum. Reſponſum, quale ab ipſo profectum eſt, legitur inter *Conſultationes Trajectinas*, Volumine tertio: longo autem poſt tempore Latinum factum Cl. ALEXANDER ARNOLDUS PAGENSTECHERUS ſuo *Irnerio injuria vapulanti* inſeruit. Nunc addi placuit huic Editioni novæ omnium Operum Noſtri.

At vero ipſi omnino abjudicanda Diſſertatio, quam liberaliter ei tribuit Auctor Anonymus *Bibliothecæ Juris Imperantium*, quæ *Noribergæ* prodiit Anno 1727. *pag.* 324. Scilicet Anno 1718. Præſidis partes Noſter egerat, rogante Studioſo quodam *Germano*, qui publice defendere voluit conſcriptam a ſe *Diſſertationem Hiſtorico-Politico-Juridicam, de origine Nobilitatis Germanicæ, & præcipuis quibusdam ejus juribus.* In titulo addebatur: *Quam ſub præſidio* D. G. NOODT &c. *publico Eruditorum examini ſubmittit* DAVID GEORGIUS STRUBE, Cella-Luneburgus, *Auctor* &c. Quamvis vero ſic Reſpondens ſe ipſum Auctorem palam profiteatur, Anonymus tamen non dubitavit, quin illa *Noodtii* ipſius eſſet: rem æſtimans, ut videtur, ex more paſſim recepto in Academiis *Germaniæ*, ubi Diſſertationes, etiam capiendorum honorum cauſſa publice defenſæ, plerumque auctorem habent Profeſſorem, fere ſemper Præſidem. Hunc errorem ego jam ante aliquot annos, occaſione data, oſtendi, in Monito ad alteram Editionem Libri *De Foro Legatorum*, ab Illuſtri *Bynkershoekio* ſcripti, & a me in Linguam Gallicam verſi. Heic autem iterum indicandi, ne quis decipiatur, locus erat aptus & proprius.

SANCTE profiteor, hac clauſula jam narrationi imponenda, me nihil in honorem Noſtri dixiſſe, quod non ex ipſis rebus naſci videretur, quantum illæ mihi cognitæ fuerunt & perſpectæ. Neque is ſum, qui ſuſtineam quidquam in majus extollere, quanticumque eum faciam, quem laudaverim. Semper etiam mihi placuit, ac placebit, illud PLINII, *Lib.* I. *Epiſt.* XIV. *Hoc ipſum amantis eſt, non onerare laudibus, amicum.*



G E-

GERARDUS NOODT

ERUDITO LECTORI

S.

OFFERO tibi, Erudite Lector, hoc volumine omnia Opera quibus conatus sum Jurisprudentiam illustrare. attigi (nisi fallor) materias eximias, & usus per omnes Artis partes diffusi: certe non indignas tractari a claris ingeniis: Veterum sensum, ut decet, sine ludibrio cavillationum, ex vero & solido quæsituris in incerto scripturæ, temporum, morum, opinionum, sectarum, & quæ in hisce Fragmentis præterea turbent optimum quemque & sagacissimum Interpretem. ea gratia fui animo minime omisso: sæpe incedens via ante nullius aut paucorum pedibus trita, ut ut obscurissima atque asperrima. tanti erat, si liceret, in locis inviis aliquam planare semitam, & lucem facere, ubi nox erat! quid extricaverim, malim ex aliis, quam ex me, intelligi: quando de se quisque sperat bene. ego quoque etsi non magnifice de me sentiam; humano more mihi blandior: alioquin non habiturus hæc scribendi publicandique aut causam aut necessitatem. quod si alicubi res sit minus ex sententia: (ut nihil est perfectum) nec idcirco desinet laudabile esse consilium ausi, aliquid meditari pro communi bono; & volentibus imitari exemplum, præbere occasionem detegendi plura adhuc incognita. ipse nescio, an ulterius sim quid moliturus: quem annus sextus & sexagesimus monet legis Naturæ: non magis floribus, plantisque, & cæteris animalibus, quam hominibus, ponentis finem, aliis breviorem, aliis longiorem, omnibus unum. me vero hac solutum esse, qui sperem sanus? quapropter decrevi facere, quod solent peregrinaturi. illi in tempore colligunt vasa; & quæ e re sua suorumque fore existimant, dum licet, disponunt. ego, quotquot honestas amant artes, me earum societate quasi vinculo cognationis attinere, mihi persuadeo: ideoque cupiens his, si possim, æque absens ac præsens prodesse, quæ imperfecta pendebant Opera, ad quamdam maturitatem idonea perduxi cura. Insuper quæ diversis temporibus ante communicaveram cum erudito orbe, eadem alibi aliqua verborum rerumque, alibi totorum capitum, adjectione adjuvi aut auxi; & jam sæpius separatim typis edita, quo melius conservarentur, hoc conjunxi volumine: nec sic eis pollicitus æternitatem, non est ea humanarum rerum: & superbi sit, hanc spem præsumere. at nec mundo peribit multum hisce carenti. quamquam dum exstabunt, cur nolim proficere, si queant, curiosis talium, nec causam habeo. Interim nil profiteor ultra probabile. minus aliis posui legem quam sequantur. tantum, ut in libera republica, meum dedi suffragium. id si cui videatur ad verisimile accedere: probet. sin aliter: mutet. alterum opto: alterum non invideo. absit modo contumelia: a qua ipse abstinui diligentissime: indecoram arbitratus famam ab alterius imminutione petitam. quod si quis contrarium malet: me non offendet suis usus moribus. meis placet ac semper placebit hoc Ovidii *lib.* 2. *De Ponto Epist.* 9.

—— Ingenuas didicisse fideliter artes
Emollit mores, nec sinit esse feros.

Subjectus est ad finem voluminis generalis Index, & duplex: alter rerum verborumque, alter locorum aut explicatorum aut emendatorum. erat is necessarius usui complurium Operum varii generis: in quibus multa sunt ex professo, quædam ex occasione tradita, ubi non exspectantur. Vale.



IN-

INDEX ET ORDO

Operum omnium quæ in hoc volumine continentur.

ACCEDIT

GERARDI NOODT,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

PROBABILIUM JURIS CIVILIS

LIBRI IV.

Editio ſeptima prioribus auctior & emendatior.

Impp. Theodosius & Valentinianus AA. ad Senatum urbis Romæ *l. unic. Cod. Theod. De responsis prudentum.*

Papiniani, Pauli, Gaji, Ulpiani, atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gajum, atque Paulum, Ulpianum, & cæteros comitetur auctoritas lectionis, quæ ex omni opere recitatur. Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias prædicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scævolæ, Sabini, Juliani, atque Marcelli, omniumque, quos illi celebrarunt. Si tamen eorum libri, propter antiquitatis incertum, codicum collatione firmentur.

Imp. Justinianus ad Tribonianum *De conceptione Digestorum* §. 13.

Ne autem per scripturam aliqua fiat in posterum dubitatio: jubemus non per siglorum captiones, & compendiosa ænigmata, quæ multas per se & per suum vitium antinomias induxerunt, ejusdem codicis textum conscribi, etiamsi. & reliqua.

GERARDI NOODT,

Juriſconſulti & Anteceſſoris,

PROBABILIUM JURIS CIVILIS

LIBER PRIMUS.

CAPUT I.

1. *Si flumen agrum alicujus occupet, & deinde rurſus relinquat, quid juris? Gajo lux data in l. 7. §. 5. & 6. D. de adquirendo rerum dominio.* 2. *Rationes diſſentientium Interpretum adferuntur.* 3. *Diſcutiuntur.* 4. *Pomponius reſtituitur in l. 30. §. 3. D. eod. tit. exempta Gloſſa, quæ hactenus eum locum inquinavit.*

CUM de adquirendo rerum dominio, cum de uſufructu, aliiſque id genus cauſis, agitur; frequens eſt, nec inelegans, dubitatio, ſi flumen fundum alicujus occupaverit, deindeque rurſus deſeruerit; utrum omnino extinxiſſe hæc jura, an tantum ſuſpendiſſe, videatur. eam dubitationem definit Gajus his verbis *l. 7. §. 5. & 6. D. de adquirendo rerum dominio.*

Quod ſi toto naturali alveo relicto flumen alias fluere cœperit: prior quidem alveus eorum eſt, qui prope ripam prædia poſſident, pro modo ſcilicet latitudinis cujuſque prædii, quæ [*latitudo*] *prope ripam ſit: novus autem alveus ejus juris eſſe incipit, cujus & ipſum flumen, id eſt, publicus juris gentium. Quod ſi poſt aliquod temporis ad priorem alveum reverſum fuerit flumen: rurſus novus alveus eorum eſſe incipit, qui prope ripam ejus prædia poſſident. Cujus tamen totum agrum novus alveus occupaverit: licet ad priorem alveum reverſum fuerit flumen; non tamen is, cujus is ager fuerat, ſtricta ratione quidquam in eo alveo habere poteſt, quia & ille ager, qui fuerat, deſiit eſſe, amiſſa propria forma; & quia vicinum prædium nullum habet, non poteſt ratione vicinitatis ullam partem in eo alveo habere. Sed vix eſt, ut id obtineat. §. 6. Aliud ſane eſt, ſi cujus ager totus inundatus fuerit: namque inundatio ſpeciem fundi non mutat: & ob id, cum receſſerit aqua, palam eſt ejuſdem eſſe, cujus & fuit.*

Hæc Gajus. quæ autem ſit ejus ſententia, uſque adhuc eſt quæſtioni viris doctis. Accurſius, ne una conjectura minus ſufficeret tollendæ difficultati, complures attulit: quarum prima rigorem juris ſeparat ab æquitate: altera diſtinguit, utrum aliquo modo appareat primi agri qualitas, an non appareat: tertia putat, Gaji ſententiam procedere, niſi aqua cum impetu receſſerit. Sic Accurſius. Franciſcus vero Connanus, V. Cl. cenſet *lib. 3. Comment. jur. civil. c. 5. n. 2.* Gajum rem totam dubiam atque ancipitem reliquiſſe: cum nihil haberet, quod pro certo reſponderet; poſtulante aliud æquitate, aliud ſummi juris ratione. Mihi proclive eſt, docere, non eſſe temere recedendum a ſecunda Accurſii reſponſione: ne propter illa quidem Gaji verba, *ſtricta ratione:* quibus video turbari doctos viros. Non enim ſignificant, quod illis videtur, rationem ſubnixam ſubtilitate, quam utilitas atque uſus juris refutet; ſed eam, quæ cum publica utilitate atque uſu juris conſentiat. Eam rationem Juſtinianus appellat *jus ſtrictum;* eique opponit *mollem animum l. ult. §. 1. C. de compenſationibus:* id eſt, animum non viriliter, neque ex vero, ſed ſolutius, quam par ſit, ſequentem vim humanitatis. Ulpianus in expoſitione Senatuſconſulti Macedoniani eamdem rationem dicit *ſeveritatem* Senatuſconſulti *l. 9. §. 2. D. de Senatuſconſulto Macedoniano;* Modeſtinus alibi *rigorem juris* indigitat *l. 19. D. de appellationibus & relationibus;* & addit, ſententiam, expreſſim contra hunc latam, ſine appellatione reſcindi. Unde apparet, *ſtrictam rationem* apud Gajum eſſe *regulam*, ſeu definitionem, & auctoritatem juris: quo ſenſu Ulpianus in *Fragment. tit. 25. §. 1. Fideicommiſſum*, inquit, *eſſe, quod non civilibus verbis, ſed precative relinquitur: nec ex rigore Juris Civilis proficiſcitur, ſed ex voluntate datur relinquentis.* Ac proinde, cum alicubi ſit mentio *ſtricti juris*, aut *ſtrictæ rationis*, aut *ſeveritatis*, aut *rigoris juris;* non utique ſignificatur, eam rationem aut inani ſubtilitate niti, aut ut iniquam, duramve, æquitate mutari aut tolli. Nec tamen negem, ſtrictam rationem, etſi ob publicam utilitatem receptam, tamen, propter quam ſubnaſcentem majorem utilitatem, aliquando infringi, aliquando laxari, una aut altera in ſpecie, manente in cæteris rigore juris. fit hoc in *l. 43. D. de religioſis & ſumptibus funerum.* & *§. 10. Inſt. de mandato.* ſed in propoſita ſpecie nihil tale eſt: imo utilitas ſervandarum riparum adverſus vim fluminum, quam Ulpianus commendat *l. 1. §. 1. D. de ripa munienda*, & in primis Veterum Fragmenta, quæ paulo poſt adferam, hanc ſtrictam rationem in ea & probant & tuentur. Igitur neque hæc verba, *ſed vix eſt, ut id obtineat*, eo pertinent apud Gajum, ut corrigant eam, ſive regulam ſive ſtrictam rationem, quaſi minus conſentaneam aut humanitati aut uſui; ſed ut reſtringant eam ad ſubjectam facti ſpeciem: perinde, ac ſi dicat Juriſconſultus, vix eſſe, ut id obtineat aliter, quam in terminis mutati agri; ſive, vix eſſe, ut id ſemper atque indiſtincte obtineat, ubi fundum occupavit aqua fluminis: fallere enim, ſi tantum inundatus pro-

ponatur ager, non etiam mutatus: denique summam disputationis esse: ut, si fluminis alluvione mutata sit agri forma, mutatus quoque ejus recessu dominus intelligatur: quia verum est, sublata forma, alium esse agrum restitutum, quam qui ante extitit: at si ager solum inundatus fingatur, id est, ad tempus magis opertus aqua, quam sublatus, quam conversus in alveum: tunc ager recessu fluminis ad eum cujus antea fuit, revertatur. Habes meam sententiam, ipsam, nisi fallor, planam: si quidem advertas ad Gaji verba; inque his ad connexionem *d.* §. 5. *&* 6. statim subsequentis: tum præterea ad auctoritatem Veterum, præsertim Alfeni Vari in *l.* 38. *D. de adquirendo rerum dominio*, item Javoleni *l.* 24. *D. Quibus modis ususfructus amittitur*, nec non Pomponii in *l.* 23. *D. eod. tit.* & Ulpiani in *l.* 1. §. 7. *&* §. 9. *D. de fluminibus*: omnes enim in eandem mecum decurrunt sententiam: nec hi tantum; sed & Tribonianus in §. 23. *&* 24. *Inst. de rerum divisione.* quid enim? nescis, cur ipse eo in loco, qui totus Gaji est, deleverit verba hæc, *sed vix est, ut id obtineat?* dicam, ne incogitantiam ejus accuses forte cum Theodoro Marcilio ad *d.* §. 23. delevisse, ut Gajo lucem accenderet; denique, ne quis imprudentior, contra Gaji mentem, aliam esse caussam æquitatis, aliam stricti juris, suspicaretur.

2. Id mihi sedet. Aliis, quos inter Hugo Donellus *lib.* 4. *Comment. jur. civil. c.* 28. & Franciscus Connanus *dicto loco*, familiam ducunt, magis placet tertia conjectura Accursii; existimantis, si flumen latente primum alluvione agrum occupavit, eumdemque in alveum convertit, & deinde rursus destituit, non minutatim, sed uno velut impetu; tunc eum similiter, ut in temporali fit inundatione, ad priorem dominum reverti: nam sicut justum est, in re dubia locum dari adquisitioni per alluvionem; ita cum patet, alienum esse agrum quem flumen tenuit, sustulitque, æquitatis esse, ne domino vicinus præferatur, ne quis cum alterius jactura locupletetur: nec verbis ad id demonstrandum opus esse; sed a Pomponio declarari in *l.* 30. §. 3. *D. de adquirendo rerum dominio*, quæ sic habet.

Alluvio agrum restituit eum, quem impetus fluminis totum abstulit. Itaque si ager, qui inter viam publicam & flumen fuit, inundatione fluminis occupatus esset (sive paulatim occupatus est, sive non paulatim), sed eodem impetu recessu fluminis restitutus, ad pristinum dominum pertinet: flumina enim censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant, & ex publico in privatum. Itaque sicuti hic fundus, cum alveus fluminis factus esset, fuisset publicus: ita nunc privatus ejus esse debet, cujus antea fuit.

3. Verum hæc me de statu meo non facile dejecerint; cum rationem juris, cum sententias tot Jurisconsultorum, mecum reputo: quorum nemo dubitavit, quin definitio hujus caussæ non tam ex obscuritate dominii, quamquam & hæc potest concurrere, quam ex formæ mutatione, petenda sit. quare heic æquum esse quisquam ait, suum cuique tribui, & neminem cum alterius jactura locupletiorem fieri? equidem sentio, vera amitti rerum vocabula; & quia æquitatem magis ad merum jus gentium æstimamus, quam cum præceptis civilibus & prætoriis; eo in quæstionibus de bono & æquo plerumque sub auctoritate Juris scientiæ perniciose errari. Principio enim nego, quidquam alieni occupari eo in fundo, cujus species quæ ante fuit, potestate fluminis sublata est *d. l.* 7. §. 5. *cum similibus.* Deinde nascuntur istæ alluviones præsertim ex negligentia dominorum: qui (quod ripas suas, cum possunt, & debent, non satis muniunt adversus vim fluminis) quidquid aqua lambendo aufert, id omne oscitantia sua, quasi voluntate, alienare videntur *arg. l.* 28 *D. de verborum significatione*: saltem, si quod sentiunt damnum, non intelliguntur sentire per *l.* 203 *D. de regulis juris.*

4. Ad Pomponium venio, quo præsertim nititur conjectura dissentientium Interpretum. Quid dicam? dissentire Pomponium & reliquos Jurisconsultos, cum Francisco Hotmano *ad d.* §. 23? non video, qui potuerint in re certa atque explorata dissentire. An potius de inundatione loqui Pomponium, non loqui de mutatione alvei, cum viro summo, Jacobo Cujacio, *Notis ad d.* §. 23? præsente obruor auctoritate. nam aperte Pomponius, *sive paulatim occupatus est, sive non paulatim.* An faciam, quod in rebus dubiis solet? jurabo, parum liquere? at jurabo non satis liquido. est enim mihi suspicio, cui animus interim adquiescat, donec alicunde quid aut certius aut probabilius adferetur. opinor, veram esse Cujacii sententiam: sed, quod ipse non observavit Cujacius, Pomponium interpolatum esse Glossa alicujus Studiosi Juris: qui cum in principio *d.* §. 3. *l.* 30. legisset voculam *alluvio*, & paulo post verba *inundatione fluminis*, nec animadvertisset, Pomponium alluvionem abusive dixisse pro recessu fluminis; ut Accursius notavit & Gothofredus: statim credidit, Jurisconsultum agere de utraque fluminis occupatione. caussa meæ opinionis connexio ejus loci longe pessima. nam quid, quæso, istud est, quod ait Pomponius, *sive paulatim occupatus est, sive non paulatim?* numquid ex verbo *impetus*, quo bis utitur in *d.* §. 3. obscure colligitur, magis esse, ut ibidem agat tantum de inundatione, sed momentanea; non etiam de mutatione alvei, quæ latenter & paulatim facta, post deinde subito fluminis recessu emendatur? sunt certe contraria, fundum sublatum esse fluminis impetu, & fundum a flumine esse lente occupatum. præterea non video, quemadmodum aqua dicatur eodem impetu recedere; cum fundum lambendo ambedit: nisi Pomponius dixit, fundum *eodem impetu* restitui, pro *uno impetu*: quod voluit doctissimus Connanus *dicto loco.* sed vix est, ut hoc postrema hæc admittant Pomponii verba, *Sicuti hic fundus, cum alveus fluminis factus esset, fuisset publicus: ita nunc privatus ejus esse debet, cujus antea fuit.* Sensus enim est, Hunc fundum, quo de agitur, non mutasse dominium, quia alveus fluminis non est factus: qualem tamen necesse fuisset fieri; si aut latente alluvione foret sublatus, aut inundatione diuturniore. Itaque consequens est, in *d.* §. 3. non agi de latente alluvione; sed tantum de momentanea inundatione; denique, rejecta Glossa in locum suum, Pomponium restituendum esse hoc modo.

Alluvio agrum restituit eum, quem impetus fluminis totum abstulit. Itaque si ager, qui inter viam publicam & flumen fuit, inundatione fluminis occupatus esset, † *sed eodem impetu recessu fluminis restitutus; ad pristinum dominum pertinet: flumina enim censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant, & ex publico in privatum. Itaque sicuti hic fundus, cum*

† Sive paulatim occupatus est, sive non paulatim.

cum alveus fluminis factus esset, fuisset publicus: ita nunc privatus ejus esse debet, cujus antea fuit.

Nec opus habeo lucem facere lectioni per se claræ. saltem hoc eam commendabo nomine: quod idem refert, quod ipse Pomponius in *d. l.* 23. *D. Quibus modis ususfructus amittitur.* Verba Pomponii subjeci.

Si ager, cujus ususfructus noster sit, flumine vel mari inundatus fuerit, amittitur ususfructus: cum etiam ipsa proprietas eo casu amittatur: ac ne piscando quidem retinere poterimus usumfructum. Sed quemadmodum, si eodem impetu discesserit aqua, quo venit, restituitur proprietas, ita & usumfructum restitui dicendum est.

CAPUT II.

1. *In constituendis prædiorum servitutibus necessariam esse vicinorum utilitatem.* 2. *Eam utilitatem non terminari semper usu & necessitate dominantis prædii; sed quandoque porrigi latius, etiam ad domini commodum ac voluptatem, plenius, quam solet, ostenditur.* 3. & 4. *Hotmani & Cujacii sententiæ de intellectu verbi, ambulandi, quod est in definitione viæ & itineris, refutantur.* 5. *Explicatur difficilis Pauli locus in l.* 8. *D. de servitutibus.* 6. *Probatur fusius, quid observandum sit, si in Digestis occurrant Jurisconsultorum Fragmenta, quorum alia habent regulam juris, alia consuetudinem regulæ derogantem, adversantemve.*

1. QUotiens (inquit Pomponius in *l.* 15. *D. de servitutibus*) *nec hominum nec prædiorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet: veluti, ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas. & ideo, si mihi concedas, jus tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur: aliter atque si concedas mihi, jus tibi non esse in fundo tuo aquam quærere, minuendæ aquæ meæ gratia.* Hæc Pomponius: optime definiens, etiam in prædiorum servitutibus tenendam esse regulam, qua demonstratum & fixum est, quidquid ab homine fiat, id habere oportere suas causas; neque adeo esse quemquam a ratione alienum oportere, ut aut nocere alteri, aut imminuere alienam libertatem, præsumat: nisi ad eum aliqua utilitas perveniat, atque in ipsius commoditate subsideat.

2. Saltem dubitari solet; utrum ea utilitas sit accipienda stricte, ut tantum complectatur quæ ad prædii dominantis usum necessitatemque pertinent; an late, ut etiam contineat quæ magis ad domini commodum aut voluptatem spectant, quam ad utilitatem necessitatemque prædii. Dubitandi ratio duplex est: una, quod ad voluptatem comparata plerumque habent plus oneris, quam commodi: altera, quod servitutes reales sunt jura, non hominis, sed prædii: ut ostendit non modo auctoritas Juris *l.* 20. §. *ult. D. de servitutibus prædiorum rusticorum. l.* 86. *D. de verborum significatione*; sed & sequens Lapis apud Gruterum, *pag.* 201. *Inscript.* 3.

PER. HANC
VIAM. FVNDO
C. MARCI. C. L
PHILERONIS
ITER. ACTUS
DEBETUR

Et ideo nec sine prædiis intelligi hæ servitutes §. 3. *Inst. de servitutibus prædiorum. l.* 6. § 2. & 3. *D. Si servitus vindicetur*; neque ultra prædii necessitatem extendi possunt *l.* 5. §. 1. *l.* 6. *l.* 24. *D. de servitutibus prædiorum rusticorum.* Postremo ait Paulus *l.* 8. *D. de servitutibus*, *Ut pomum decerpere liceat, & ut spatiari, ut cœnare in alieno possimus, servitutem imponi non posse.* Sed placet, quod Francisco Connano, V. CL. visum *lib.* 4. *Comment. jur. civil. cap.* 7. *n.* 3. magis esse, ut ea utilitas non utique ex vero pretio, sed magis ex utentis studio affectuque, æstimari debeat: nam etsi voluptatis materia in alienis negotiis a domini utilitate separetur *l.* 3. §. 2. 3. 4. *D. de in rem verso:* in persona tamen domini, qui commodo suo studet, non damno alterius, rectius dicetur, suæ quemque rei, etiam in abutendo, moderatorem esse & arbitrum: ideoque utilia ei videri non tantum hæc quæ habent plus lucri, quam oneris: sed illa quoque quibus plus impenditur, quam inde trahitur commodi; si jucunditatem præstent, si delicias, si quamvis non bono domini cedant, tamen in ejus negotium cedant *d. l.* 3. § 6. *l.* 19. *D. de servitutibus*; ut vivaria, ut ductiones aquarum, ut plantationes, ut alia luxuriæ instrumenta. Itaque responsum est, licet prædia quædam talia sint, ut magis in ea impendamus, quam de iis adquiramus, tamen usumfructum eorum relinqui posse *l.* 41. §. 1. *D. de usufructu:* nam posse dici, fructuarii interesse propter voluptatem. *l.* 16. §. 1. *D. Quod vi aut clam.* Idem est in imaginibus & statuis: quia & ipsæ habent aliquam utilitatem si quo opportuno loco ponantur: ut refert Marcianus in *d. l.* 41. *in pr.* E contrario putat Ulpianus in *l.* 2. §. 11. & 12. *D. Ne quid in loco publico*, damnum pati eum, qui amittit commodum, quod ex publico consequebatur, quale quale sit: ut si cui prospectus, si cui aditus sit deterior, vel angustior. Atque hanc sive amoenitatem, sive utilitatem, non tantum cum homine conjungi; (ut credidit Gulielmus Fornerius *lib.* 2. *Selectionum cap.* 28.) sed etiam cum prædio, una tam liquide arguit servitus prospectus, & ne prospectui officiatur, ut nihil ultra requiram. quidquid enim renituntur Interpretes; numquam tamen efficiunt, ut amœnitas ejus servitutis non modo causa, sed & sola causa, esse desinat: nam potest ex inferiore loco esse; nec patitur, fieri quidquam, quod gratiori liberoque prospectui adversetur: ut Paulus & Ulpianus meminere in *l.* 15. & 16. *D. de servitutibus prædiorum urbanorum.* accedit, quod hoc jure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa vel amœnitatis vel usus & commodi nostri, aqua duci possit *l.* 1. §. 11. *l.* 3. *D. de aqua quotidiana & æstiva*; quod actio confessoria mihi competit adversus eum, qui cessit mihi talem servitutem, ut in parietem ejus tigna mihi immittere liceat, supraque ea tigna, verbi gratia, porticum ambulatoriam facere, superque eum parietem columnas structiles imponere, quæ tectum porticus ambulatoriæ sustineant *l.* 8. §. 1. *D. Si servitus vindicetur*; quod iter est jus eundi, ambulandi homini; denique, via

via definitur jus eundi, agendi, & ambulandi *l.* 1. *D. de servitutibus prædiorum rusticorum.*

3. Clamabunt forte hic Interpretes, cum Francisco Hotmano, V. CL. in *d. l.* 1. sic accipiendum esse *ambulandi* verbum; quasi diceretur, commeandi ad res vicino prædio necessarias, non spatiandi animi causa ac valetudinis. Sed respondebo, non esse temere recedendum a proprietate verborum, a qua Jus Civile non abhorret: differre autem (ut Ausonius Popma jam animadvertit *lib.* 1. *De differentiis verborum*) ire & ambulare hactenus: quod qui it, is porro pergit, seu transit, fere plenus negotii: is vero, qui ambulat, plerumque otiosus spatiatur, & spatiis factis in sua vestigia revertitur, sanitatis amœnitatisve causa: atque eo sensu Suetonius *in Augusto c.* 83. *Mox*, inquit, *nihil aliud, quam vectabatur, & deambulabat, ita ut in extremis spatiis subsultim decurreret.*

4. Clamabunt quoque cum doctissimo Cujacio *lib.* 22. *Observ. c.* 35. non denegandam habenti iter esse ambulationem: quamvis alioquin jus ambulandi spatiandique per se non sit servitus aut jus prædii: non enim continere prædii utilitatem, nedum necessitatem; sed tantum hominis amœnitatem, aut sanitatem, respicere. At non magis ausculto: nam ut omittam ea quæ de aquæductu, & de prospectu, dicta sunt; testis est Ulpianus in *d. l.* 8. §. 1. valere servitutem; ut liceat mihi, tigna immittere in vicini parietem, supraque ea tigna porticum ambulatoriam facere, at si ea valet, cur non similiter valeat servitus, ut spatiari, ut ambulare, mihi in tuo liceat? non enim interest, utrum in porticu, an in fundo, ambuletur; nec magis ambulatoria porticus ad prædii utilitatem aut necessitatem pertinet, quam jus in alieno spatiandi sine porticu. His adjice, quod consequentiæ, quia plerumque parum in usu juris considerantur, passim a definitionibus removentur. itaque si jus ambulandi foret annumerandum his, quæ magis per consequentiam, quam principaliter, veniunt: idem viæ atque itineris definitionibus non fuisset insertum: ut vel ex collatione actus viæque intelligitur apud Ulpianum *l.* 1. *D. de servitutibus rusticorum prædiorum:* quamquam enim is qui actum habet, iter quoque habeat, eoque uti sine jumento possit, similiter ut in via observatur: constat tamen, eundi facultatem ab actus definitione excludi; non excludi a descriptione viæ, quia tam iter, quam actus, viæ naturaliter inest; neque magis via sine itinere, quam sine actu, constituitur. Sed e contrario jus agendi in actu venit ex vi ac proprietate verbi; jus eundi tantum ex præsumpta paciscentium mente: ideoque potest actus sine itinere, sicut iter sine actu, haberi: ut belle disputat Franciscus Duarenus *lib.* 1. *Disputat. anniversf. cap.* 31. & ipse Cujacius *dicto loco* non ignorat. quod si est: perspicuum est, quod dixi, servitutem prædii recte constitui ob amœnitatem aut aliud quale quale commodum: quod etsi principaliter non respiciat fundi necessitatem; fundi tamen esse creditur: modo id actum sit, ut possessorem ejus perpetuo sequatur; & sic connexum cum fundo, eum quacumque ratione faciat pretiosiorem.

5. At, *Ut pomum decerpere liceat*, [&] *ut spatiari*, [&] *ut cœnare in alieno possimus*, *servitus imponi non potest l.* 8. *D. de servitutibus.* Hic locus doctissimum quemque Interpretem turbavit adeo: ut alii propter eum negaverint, jura pomi decerpendi, itemque cœnandi, & spatiandi, in alieno prædiorum servitutibus annumerari: alii ea ne personarum quidem servitutibus accenseri voluerint. *vid. Accursius, & Duarenus ad. d. l.* 8. *Fornerius dicto loco*, *Cujacius d. lib.* 22. *Observat. cap.* 35. *& lib.* 24. *Observ. cap.* 22. Verum cum manifestiora sint argumenta, quæ supra attuli pro contraria parte, quam ut dissimulari queant; calculum meum hisce non adjicio. Nec magis assentior viris clarissimis, Johanni Corasio & Eguinario Baroni: volentibus, hanc esse Pauli sententiam, Ut pomum decerpere, ut spatiari, ut cœnare, in alieno liceat, servitus imponi non potest; si constituatur ab aliquo qui non sit servientis prædii dominus; aut si concedatur alicui qui non habeat prædium, vel non habeat prædium vicinum. Est enim hæc mera fictio, neque verbis Jurisconsulti subnixa, nec alias habens rationem. utique cum sit commune viæ, actui, itineri, cæterisque omnibus servitutibus; ut neque possint ab alio concedi, quam a servientis fundi domino, neque ab alio adquiri, quam cui vicinum prædium est: quid opus fuit, specialiter in his exprimi, quod omnibus inhæret? Probabilius est, (hæc mea conjectura) hoc loco usu venire, quod Julianus scribit *l.* 51. §. 2. *D. Ad legem Aquiliam*, multa esse Jure Civili contra rationem disputandi recepta; ideoque ut alibi, ita hic, separandam esse regulam a consuetudine regulæ contraria: quippe etsi ab initio ita jus fuerit, ut servitutibus non annumerarentur quæ tantum haberent causam voluptatis; quia prædia prædiis propter ipsius prædii utilitatem servirent, nec prodesse videretur servitus, quoquo modo profutura, *arg. l.* 23. *D. de pactis:* deinde tamen fuisse consuetudini datum, ut servitus non minus ad amœnitatem, quam ad usum prædii, constitui posset. Et movet me, quod Pomponius lib. 34. ad Sabinum, *Hoc*, inquit, *jure utimur*, *ut etiam non ad irrigandum*, *sed pecoris causa vel amœnitatis*, *aqua duci possit l.* 3. *D de aqua quotidiana & æstiva.* Item, quod Ulpianus in *l.* 1. §. 11. *D. eod. tit. Illud*, infit, *quæritur*, *utrum ea tantum aqua bis interdictis contineatur*, *quæ ad agrum irrigandum pertinet*, *an vero omnis*, *etiam ea*, *quæ ad usum & commodum nostrum? Et hoc jure utimur*, *ut hæc quoque contineatur. Propter quod*, *etiamsi in urbana prædia quis aquam ducere velit*, *hoc interdictum locum habere potest.* Sensus enim est, moribus obtinuisse adversus rigorem juris, ut non tantum ad irrigandum, id est, ad usum necessitatemque prædii; sed etiam ad quodlibet commodum nostrum, ut pecoris, vel amœnitatis, causa aquæductus possit constitui. Quare perinde habenda res est, ac si Paulus hoc scripsisset modo: Ut pomum decerpere, ut spatiari, ut cœnare in alieno liceat, servitus quidem imponi non potest: attamen, si imponatur, utilis erit impositio: hoc enim jure utimur.

6. Quod miror non esse observatum a viris doctis: qui alioquin optime habuere compertum id quod res est, omne pene Jus nostrum constare centonibus: in quibus pleraque compluribus locis, sed non eadem peræque dexteritate, tradita, chimæras continent inextricabiles; si sola sine aliis pensitentur: intellectum vero non effugiunt; si, omnium locorum facta comparatione, is, qui parum recte aut minus plene descriptus est, ope planioris adjuvetur: prout etiam in emersuris quandoque contrarietatibus observari, jam olim voluit Justinianus in *l.* 2. §. 15 *C. de vetere jure enucleando:* & præterea facile potest clarescere ex collatione §. 4. *Inst. Qui testamento tutores dari possunt* cum *l.* 27. *D.*

de tutoribus datis ab his: quibus locis nihil obſcurius, ubi disjuncta: negat enim Juſtinianus, tutorem certæ rei vel cauſæ dari: at idem affirmat Hermogenianus. e contrario illis nihil tranquillius, ſi conjuncta: regulam enim habet Imperator; conſuetudinem Juriſconſultus; ſed poſteriorem, ſed utilem. Non ſolvere hoc, inquis, eſt nodum, ſed implicare: nam cum omnia ſua fecerit Imperator, neceſſe eſt, tam ſuam feciſſe regulam, quam conſuetudinem. Verum id eſt, (ſic enim ego puto) cur potius conjungenda ſingula, quam univerſa dividenda, videantur: neque enim temere in hoc Juſtiniani opere captanda eſt ſuſpicio contradictionis: quæ ſi alibi abſurda, præterea in legibus periculoſa, eſt: denique in propoſitis ſpeciebus, non dicam, poteſt evitari commode, ſed ſine calumnia non poteſt ſtatui: niſi quis de Imperatoris ſententia tum etiam dubitandum cenſet; ubi ipſe, quid ſentiat, exponit. Atqui in *l.* 12. *& ſeqq. D. de teſtamentaria tutela* conſuetudinem hanc cum regula conjungit; ſed ita, ut regulæ vim ac poteſtatem moribus ſolutam eſſe appareat. ſic enim ex Ulpiano, ex Pomponio, ex Marciano, ſcribit. *Certarum rerum vel cauſarum teſtamento tutor dari non poteſt, nec deductis rebus, & ſi datus fuerit, tota datio nihil valebit, quia perſonæ, non rei vel cauſæ tutor datur. Si tamen tutor detur rei Africanæ vel rei Syriaticæ, utilis datio eſt: hoc enim jure utimur.* Simile exemplum occurrit in acceptilatione: nam quamquam conſtet, acceptilationem eſſe actum legitimum *l.* 77. *D. de regulis juris*, civilem ſolutionem, non naturalem *l.* 107. *D. de ſolutionibus;* tamen Græcé poteſt fieri, & tollere honorarias obligationes, & ſervum accepto liberare: quia hoc jure utimur, ut Juris Gentium ſit acceptilatio *l.* 1. §. *ult. D. de acceptilatione.* Similiter connectenda eſt *l.* 23. *D. de pactis* cum *l.* 25. §. 2. *D. eod. tit.* ne cui dolus ſuus per occaſionem Juris Civilis proſit. *l.* 1. §. 1. *D. de doli mali & metus exceptione.*

CAPUT III.

1. *Quemadmodum accipiendum ſit, quod ſæpiuſcule legitur apud noſtros, ſervitutem prædii non poſſe prædii neceſſitatem excedere.* 2. *Explicatur Pomponius in l.* 24. *D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum.* 3. *Illuſtratur Ulpiani locus perobſcurus in l.* 1. §. 16. *D. de aqua quotidiana & æſtiva.* 4. *Aliorum de eo ſententiæ refelluntur.* 5. *Africani verus ſenſus in l.* 33. §. 1. *D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum.* 6. *Explicatur l.* 12. *C. de ſervitutibus & aqua.* 7. *Explicatur Ulpianus in l.* 1. §. 11. *& ſeq. D. de aqua quotidiana & æſtiva, & Pomponius in l.* 3. *D. eod. tit.* 8. *Laudatur Cujacii ſententia in l.* 5. §. 1. *D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum.* 9. *Tentatur reſtitutio & explicatio Pauli in l.* 6. *D. dict. tit.* 10. *Jura prædiorum, conceſſa perſonis earum cauſa, utrum habeant vicem obligationis perſonalis, an perſonalis ſervitutis? Hæc ſententia probatur: ſed & illa in* §. 11.

1. Quod ſuperiore dixi capite, ſervitutes prædiorum voluptatis amœnitatiſque cauſa non inutiliter conſtitui; adhuc minus planum videbitur diſſentientibus Doctoribus: niſi hic paulo fuſius explicetur vetus dubitatio, utrum ſervitus prædii ultra ejus neceſſitatem extendi poſſit. nemo enim dixerit, ob amœnitatem prædio rite imponi ſervitutem, quæ ultra ejus neceſſitatem porrigi nequit: niſi idem prædii neceſſitatem cum amœnitate confundendam eſſe exiſtimet: quod non videtur. Sed quid eſt? dividenda regula a conſuetudine, quæ regulæ derogavit. Placuit, prædii ſervitutem ejus neceſſitate terminari: & eſt ratio definitionis: quia ſervitutis nulla eſt ſervitus *l.* 1. *D. de uſu & uſufruct. legat.* denique, ſervitutes prædiorum ſunt jura prædiorum, non hominum *l.* 6. §. 2. & 3. *D. Si ſervitus vindicetur. l.* 20. §. *ult. D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum:* & ideo dicuntur prædia qualiter ſe habentia; id eſt, qualitates quædam prædiis perinde inhærentes, uti his ſalubritas, bonitas, amplitudo, inhærent *l.* 86. *D. de verborum ſignificatione. l.* 12. *D. Quemadmodum ſervitutes amittuntur.* Hæc regula. Sed regulam limitavit conſuetudo: maxime, ſi id quod fundi neceſſitatem excedit, aut uſum habet innoxium, aut pactis conventis nititur. Eſt vero ejus exceptionis duplex ratio: una, quod nihil eſt tam congruum fidei humanæ, quam ea quæ inter eos placuerunt, ſervari: altera, quod nemo poſtulat invidioſum jus, quod ſibi profuturum eſt, & alteri non nociturum: utique, malitiis, quibus nihil laturus quis eſt, niſi ut alteri officiat & obſtet, indulgendum non eſſe, etiam æquitas ſuadet; etſi jure deficiamur: ut infra latius traditum capite ſeptimo; & ab Ulpiano indicatum in *l.* 1. §. *ult. & l.* 3. *pr. &* §. 2. *D. de rivis.*

2. Nec repugnat hoc Pomponii in *l.* 24. *D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum.*

Ex meo aquæductu Labeo ſcribit, cuilibet poſſe me vicino commodare. Proculus contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam ſervitus adquiſita eſt, uti ea poſſit. Proculi ſententia verior eſt.

Eſt enim Pomponio verior Proculus: cum non intervenit pactum, ut liceat alteri commodare, & interim ſervienti fundo nocet aquæ commodatum. cæterum ſi innoxium ſit commodatum, aut alioquin pactum de commodando intervenerit; Pomponio verior videtur Labeo. ita, ſi ad ſubtile examinentur ſingula; Proculo accedit Pomponius: ſin ad æquitatem & uſum; magis Labeoni. Indicavi Pomponii ſenſum meo modo. ſuum ſequuti ſunt Viri Clariſſimi, Jacobus Cujacius, *ad d. l.* 24. *in Poſth. tom.* 4. *part.* 1. & Jacobus Labittus, *Uſu quarto Indicis ad Pand. leg. n.* 35. deluſi Pomponii verbis, *Proculus contra*, & *Proculi ſententia verior eſt:* quibus Labeonem reprehendi credidere. Sed aliter ſe res habet. nam hæ loquendi formulæ apud Veteres non utique ſunt reprehendentis ſententiam falſam: ſæpe ſunt nolentis captari veram. id, poſt hæc tertium edita oſtendi *libro De forma emendandi doli mali. c.* 1. *ad finem;* ubi, ſi vacat, vide. Interim non ſilebo: (eſt enim firmum meæ interpretationis munimentum) quod a Labeone in propoſito adeo non abhorret Pomponius, ut ejus ſententiam manifeſte probet apud Paulum. *l.* 2. *D. de rivis.*

3. Sed & Ulpianus utramque Pomponii ſpe-

ciem quam sollicite, tam convenienter Labeoni, tractat *l.* 1. §. 16. *D. de aqua quotidiana & æstiva.* quod eo diligentius moneo: ne quis vel hic corrumpatur auctoritate Cujacii & Labitti; existimantium, Labeonis sententiam usu Veterum fuisse neglectam; ideoque proponi saltem apud Ulpianum; cum a Proculo apud Pomponium *d. l.* 24. reprehendatur. Verba Ulpiani ex *d. l.* 1. §. 16. hæc sunt.

Illud Labeo dicit, omnes partes illius fundi, in quem loci aqua ducitur, ejusdem numero esse. Ergo & si forte actor confinem agrum emerit, & ex agro, in quem hoc anno aquam duxerit, postea fundi empti nomine velit aquam ducere: ita demum eum recte hoc Interdicto, ut de itinere actuque, uti putant: ut semel in suum ingressus, inde egredi, qua velit, possit, nisi ei nocitum sit, ex quo aquam ducit.

Ulpianus utramque Pomponii speciem, quamquam subobscure, tamen convenienter meæ & Labeonis sententiæ interpretatur: & posteriorem quidem; cum sic scribit. *Illud Labeo dicit, omnes partes illius fundi, in quem loci aqua ducitur, ejusdem numero esse.* Sensus enim est, Labeonem velle, Titium, verbi gratia, si habeat aquæductum tantum ad certam fundi partem; posse etiam ad aliam fundi partem cui servitus adquisita non sit, aquam ducere; modo si, ut in fine adjicitur, fundo servienti non noceat: itaque in hoc casu omnes partes illius fundi in quem ducitur aqua loci, id est, aqua saltem debita loco, seu portioni fundi (distinguitur enim locus a fundo, ut hic, ita in *l.* 26. *D. de adquirenda possessione l.* 64 §. *fin D. de evictionibus*; & est locus, teste Ulpiano in *l.* 60. *D. de verborum significatione*, non fundus, sed portio aliqua fundi; fundus autem integrum aliquid) omnes, inquam, partes illius fundi, in quem sine damno fundi servientis ducitur aqua, loco quidem, sed non fundo debita, ejusdem numero esse: hoc est, ejusdem loci ac portionis jure, conditione, & modo contineri; etsi alioquin universæ partes non habeant servitutem. Hactenus Ulpianus ex Labeone de aqua loci: de qua in *d. l.* 24. agit posterior Pomponii species. Atque inde in *d. l.* 1. §. 16. porro sic infert etiam ad alteram Pomponii speciem. *Ergo & si forte actor confinem agrum emerit, & ex agro, in quem hoc anno aquam duxerit, postea fundi empti nomine velit aquam ducere, ita demum eum recte hoc interdicto, ut de itinere actuque, uti putant, ut semel in suum ingressus inde egredi, qua velit, possit, nisi ei nocitum sit ex quo aquam ducit.* Sensus Ulpiani est: Si aqua loci, id est, si aqua non integro Titii fundo debita, sed certo ejus fundi loco, potest a Titio commodari etiam alii loco, quam cujus est aquæductus: ergo Titius, si aquæductum comparavit fundo Tusculano, verbi gratia; & deinde emat fundum Cornelianum ei confinem: etiam poterit huic fundo aquam cedere ex aquæductu, etsi alioquin ad eum non pertinente: modo nec sic noceat servienti fundo. quemadmodum iter actumve habens ad certum fundum, cum eum ingressus est, potest inde quo velit, egredi etiam ad alios fundos, ad quos iter aut actus alioquin non pertinet: usque adeo, ut si impediatur sic ire agere, cum interim non nocet servienti fundo; etiam recte interdicto de itinere actuque uti possit. quod si est: idem dicendum de interdicto de aqua quotidiana & æstiva: prorsus, ut actor qui hoc anno aquam duxerit in fundum suum, si deinde emerit agrum ei confinem, & ex agro, in quem hoc anno aquam duxerit, postea etiam fundi empti nomine velit aquam ducere, possit interdicto de aqua quotidiana experiri; si prohibeatur, aquam ex fundo, quasi possidente aquæductum, ducere ad fundum alterum qui eum non possideat: utique, nisi nocitum sit fundo ei, ex quo aquam ducit.

4. Scio, alios alio pergere itinere; ideoque hæc Ulpiani verba, *Illud Labeo dicit, omnes partes illius fundi, in quem loci aqua ducitur, ejusdem numero esse*, referre ad *l.* 9. *D. de servitutibus*, & *l.* 13. §. 1. *D. de servitutibus prædiorum rusticorum.* Etiam scio, ex verbis, *ut semel in suum ingressus inde egredi, qua velit, possit*, sic colligi, quasi dominantis fundi dominus non possit quidem quidquam ex aquæductu aliis aut sibi gratificari, antequam in suum fundum aqua pervenit; sed tamen possit sibi aut aliis cedere aquam, posteaquam ad fundum suum penetravit. Verum mihi neutra placet sententia. non prior: quia, si ea verba sic interpreteris, quasi tantum velit Labeo, servitutem, fundo debitam, omnibus ejus partibus deberi: non erit sensus verborum (*in quem loci aqua ducitur*); nec constabit sequens illatio in versu, *Ergo & si forte:* cum ea illatio ab Ulpiano ibi perinde fiat a parte ad totum; ut a Proculo & Pomponio est facta in *d. l.* 24. eoque pertinet ad infringendam aut molliendam juris regulam: cui in *d. l.* 24. inhæreri volebat & Proculus & Pomponius; nisi ex sententia Labeonis aliud suaderet aut innoxius usus, aut pactum conventum: ut supra dictum. Non magis placet mihi posterior sententia: quia ut demus, aquam demum posse vicinis cedi, cum ad fundum dominantem pervenit: ea tamen gratificatio non magis ad prædii usum ac necessitatem pertineret, quam ubi aqua ad fundum nondum pervenit. Sed & tralatitium est, non esse in istis Jurisconsultorum Fragmentis temere argumentandum a contrario sensu. ita non sequitur, Ulpianus ait, aquam, in fundum ingressam, vicinis commodari posse: proinde, antequam ingressa sit fundum, commodari non potest. nam adjecta exceptio, *nisi nocitum sit fundo servienti*, generalior est, quam ut eam ferat consequentiam. præterea refert Paulus, atque ex Pomponii sententia, in *l.* 2. *D. de rivis*, posse aquam & ex rivo (id est, ex itinere aquæ *l.* 19. *D. Quemadmodum servitutes amittuntur*) domino fundi in quo rivus est, dari a domino fundi dominantis. Non igitur dubium est: quin aqua vicinis etiam prius commodari possit, quam ad fundum dominantem profluxit: hoc est, quin regulam Juris consuetudo mitigarit, vel Pomponio teste: cujus est *d. l.* 24. *D. de servitutibus prædiorum rusticorum.*

5. In primis cum & Africanus ipsi adstipuletur *l.* 33. §. 1. *D. de servitutibus prædiorum rusticorum;* ubi sic scribit.

Per plurium prædia aquam ducis quoquomodo imposita servitute; nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsequuta est, neque eorum cuivis, neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere: pacto enim vel stipulatione intervenientibus, & hoc concedi solet: quamvis nullum prædium ipsum sibi servire, neque servitutis fructus constitui potest.

Hæc Africanus: manifeste ostendens, regulis Juris neque suæ rei servitutem, neque servitutis fructum seu servitutem, constitui posse: ideoque per plurium prædia aqua ducta, aliquando hæsitatum esse; liceatne ei cui aquæductus competit, prædiorum dominis, vicinisve aliis, ex aquæductu gratificari; sive, ut Africanus loquitur, haustum ex rivo cedere: nam si illis con-

concedatur aqua; resistere regulam, quæ suam cuique rem negat servire: sin illis; lædi aliam qua prohibetur servitutis servitus, seu servitutis fructus, constitui. placuisse tamen utilitatis causa, hujusmodi regulis tunc demum locum esse; si simpliciter sit constituta servitus, id est, nisi in constitutione servitutis aliter convenerit: nam pactis & stipulationibus intervenientibus & hoc concedi solere; ut quæ servitus ex rigore Juris non valet ultra usum prædii, ea nihilominus prætoria tuitione subsistat.

6. Denique, ut non modus prædiorum, sed servitus, aquæ ducendæ terminum faciat *l.* 12. *C. de servitutibus & aqua:* id est, ut ego interpretor, non prædiorum modus aut necessitas aut quantitas, sed constitutæ servitutis placitum. Ita sane servitutem & Ulpianus accipit in *l.* 3. §. 14. *D. de itinere actuque privato:* cum, *Uti*, inquit, *jus est*, *hoc est*, *sicuti per servitutem impositam licet:* pro per pactum conventum quod in imponenda servitute intervenit.

7. At præter superiora adhuc probat utramque, quam dixi, non regulam modo, sed & consuetudinem ei contrariam, Ulpianus *l.* 1. §. 11. *D. de aqua quotidiana & æstiva:* nam agens de interdicto de aqua quotidiana & æstiva, quod ad tuendam quasi possessionem servitutis aquæductus pertinet, sic loquitur. *Illud quoque quæritur, utrum ea tantum aqua his interdictis contineatur, quæ ad agrum irrigandum pertinet, an vero omnis, etiam ea, quæ ad usum quoque & commodum nostrum? Et hoc jure utimur, ut hæc quoque contineatur. Propter quod, etiam si in urbana prædia quis aquam ducere velit, hoc interdictum locum habere potest.* Sic Ulpianus: addo & Pomponius *lib.* 34. *ad Sabinum.* Verba Pomponii *l.* 3. *D. eod. tit. Hoc jure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa vel amœnitatis aqua duci possit.* Uterque significat, hoc jure nos uti, tametsi ratio Juris adversetur: ut aqua duci possit non tantum ad irrigandum agrum, id est, non tantum ad agri necessitatem: de qua ita Columella *lib.* 2. *De re rustica c.* 17. *Ejus igitur* (prati) *animadvertimus duo genera, quorum alterum est siccaneum, alterum riguum. Læto pinguique campo non desideratur influens rivus, meliusque habetur fœnum quod suapte natura succoso gignitur solo, quam quod irrigatum aquis elicitur. quæ tamen sunt necessariæ, si macies terræ postulat.* Significat, inquam, uterque, & Ulpianus, & Pomponius. hoc jure nos uti: ut aqua duci possit non tantum ad irrigandum agrum, propter quod aquæductûs, etiam id interdictum ab initio receptum videtur ex §. 13. *d. l.* 1.; sed etiam ad amœnitatem & qualecumque commodum nostrum, quo occasione sive urbani, sive rustici prædii, non nostro beneficio, fruimur: id est, ut dicitur in *d.* §. 13. & 14. quamvis ad rigandos agros non sit necessaria, & sive intra urbem, sive extra urbem sit. Tantum usus valuit; postquam habere cœperunt Veteres non modo ad rigandos agros, id est, ad eorum necessitatem, sed in hortis quoque, &, ne de his dicam, etiam in ædibus suis ac tricliniis & cubiculis, euripos suos & flumina, cum ad diversos usus, tum ad amœnitatem. De his Seneca *lib.* 3. *Natural. quæst. c.* 17. *Quanto incredibiliora sunt opera luxuriæ, quotiens naturam aut mentitur aut vincit? In cubili natant pisces, & sub ipsa mensa capitur, qui statim transferatur in mensam.* Etiam Plinius *lib.* 5. *Epist.* 6. Verba Plinii. *Est & aliud cubiculum a proxima platano viride & umbrosum, marmore exsculptum podio tenus: nec cedit gratiæ marmoris ramos insidentesque ramis aves imitata pictura, cui subest fonticulus. In hoc fonte crater, circa siphunculi, plures miscent jucundissimum murmur.* Statius, *in Tiburtino.*

An picturata lucentia marmora vena.
Mirer, an emissas per cuncta cubilia lymphas?

Rursus Seneca *lib.* 1. *Natural. quæst. in præfat. Non potest ante contemnere porticus & lacunaria ebore fulgentia & pensiles sylvas & derivata in domos flumina, quam* &c. Idem *De tranquillitate animi c.* 1. *Jam domus etiam qua calcatur pretiosa, & divitiis per omnes angulos dissipatis, tecta ipsa fulgentia, & assectator comesque patrimoniorum pereuntium populus. Quid perlucentes ad imum aquas, & circumfluentes ipsa convivia? quid epulas loquar?* Vides delicias & luxuriam civium Romanorum, immane quantum recedentem a vetere simplicitate, sive rusticitate. Illa tamen postquam invaluit, quid mirum, si qui grassati sunt per mores tales, tandem neglexerint majorum severitatem, atque adeo cœperint hoc jure uti contra regulam Juris; ut quæ aqua ad domini sive amœnitatem sive aliam qualem qualem utilitatem pertineret, ea videretur ad dominantis prædii utilitatem ac servitutem referri, & idcirco etiam interdicto contineri. At in interdicto quo de agunt Jurisconsulti in *d.* §. 11. & *d. l.* 3. non respicitur; utrum utilis & necessaria prædio sit aqua; an ad voluptatem aut aliud quale quale commodum ducta: quemadmodum nec quæritur, utrum aqua jure, an secus, debeatur *l.* 1. §. 10. *D. eod. tit.* scilicet, quia in actionibus quæ de servitutibus sunt, jus versatur, in interdictis factum *l.* 2. §. *fin. D. Si servitus vindicetur:* itaque ex illo titulo, quæ prædii, quæque personæ, sit aut servitus, aut obligatio, parum recte evincitur. Verum quis non videt, hæc magis diversa, quam contraria esse? In interdictis factum versatur, non jus: numquid ergo obtinet interdictum, simul atque aqua ducta est? in interdicto non quæritur, jure debeatur aqua: ergo nihil refert, servitus Jure Civili esse possit, nec ne? Quin potius dicimus, si constet, ductam esse aquam quæ servitutem non respuit: tum non quæri; utrum jure debeatur aqua ex domini voluntate; an sine jure ducta sit: alterum enim, quia facti est, in interdictum; alterum, quia juris, in proprietatis quæstionem, venire. Ipse certe Ulpianus auctor est in *l.* 1. §. 5. & 6. *D. de aqua quotidiana & æstiva*, Prætorem loqui de ea sola aqua quæ perennis est: nec de perenni tantum, sed quæ duci potest. Et in §. 7. *ejusdem loci* ait, hæc interdicta de aqua, item de fonte, pertinere ad eam aquam quæ a capite ducitur, non aliunde: nam harum aquarum etiam servitutem Jure Civile posse constitui. Unde consequens est, ut quibus casibus Jure Civili potest valere servitus aquæductus, iisdem quoque interdictum locum habeat: quibus autem servitus non potest valere, nec iis quidem interdictum obtineat: quippe ad obligationes personales non pertinens *arg. l.* 2. *D. Quorum bonorum* Postremo, cum volunt Jurisconsulti, ad interdictum omnem pertinere aquam; sive habeat amœnitatem; sive pecoris usum; sive aliud qualecumque prædii commodum quod non utique ejus necessitatem concernit: tum necesse est, ut posse etiam omnium harum aquarum constitui servitutem cum prædii, tum personæ, significent: nam de utraque prædiali servitute, hoc est, & rustica & urbana, agi in *d.* §. 11. de personali vero in *d.* §. 12. *ibidem sequente*, clare

intelligitur ex connexione ejusdem loci: certe dixit Ulpianus in fine § 11. *Propter quod, etiamsi quis in urbana prædia aquam ducere velit, hoc interdictum locum habere potest*; deinde subjungit in §. 12. *Præterea Labeo scribit, etsi quidam ductus aquarum non sit fundi, quia quocunque* (in aliis libris est, *quia a quocunque*) *duci possunt, tamen ad hoc interdictum pertinere*: id est, ad interdictum non tantum pertinent prædiorum servitutes, enarratæ in *d.* §. 11; sed Labeo scribit, præter eas, etiam huc pertinere aquæductus, qui non sunt fundi, sed personæ: quia quocumque possunt duci, ut in *l.* 37. *D. de servitutibus prædiorum rusticorum*, vel, si mavis, a quocumque, subintellige, prædium non habente.

8. Quid tamen? Ait Neratius apud Ulpianum in *l.* 5. §. 1. *D. eodem titulo*, *Ut maxime calcis coquendæ & cretæ eximendæ servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit.* Sed id sic accipiendum est, ut non ultra possit ex regula Juris, vel certe, si simpliciter constituatur servitus; eo quod tum contrahentes id dumtaxat voluisse creduntur, propter regulam *l.* 47. *D. de obligationibus & actionibus*: possit vero, si omnia sint contraria; quamquam non ipso jure, sed tuitione Prætoris: ut curiose observateque animadvertit vir doctissimus, Jacobus Cujacius *lib.* 3. *Observ. cap.* 28.

9. Nec obstat, quod ex Paulo subjicitur *in l.* 6. *D. eod. tit.*

Veluti si figulinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus fundi exportarentur; sicut in quibusdam fit, ut amphoris vinum evehatur; aut ut dolia fiant, vel tegulæ [vel] ad villam ædificandam. Sed si, ut vasa venirent, figulinæ exercerentur, usufructus erit.

Nam, si sequentia Pauli verba cum his conferes; apparebit, eum, quoquo eum modo convertas, eo in capite nihil aliud agere, quam ut ostendat, omnem difficultatem, sitne realis, an personalis servitus, esse hac una componendam distinctione: utrum prædio cohæreat, servitus, an personæ; eamque distinctionem non tantum in iis obtinere speciebus quæ ad usum prædii referuntur, sed in hisce quoque quæ habent aut commoditatem aut quam aliam utilitatem personæ: ut evenit in figulinis, arenariis, & lapidicinis, verbi gratia; quæ proprie non sunt rei rusticæ; nec tamen ob id a bono patrefamilias rustico negliguntur, si haberi possint. Varro *lib.* 1. *De re rustica c.* 4. *Sed neque lapidicinæ, neque arenariæ ad agriculturam pertinent, sic figulinæ, neque ideo non in quo agro idoneæ possint esse, non exercendæ atque ex iis capiundi fructus.* Tamen, ne quem fallam, non est hoc Pauli Fragmentum nimis planum: vereor sane, ne in eo conturbatus esse videatur scripturæ ordo: quo facilius verba legis quintæ ac sextæ cohærerent, & Jurisconsultus ante versum (*Quid ergo &c.*) tractarit nonnulla quæ magis aut fructum prædii augent, aut hominem utilitate aliqua aut commoditate beant, quam ut ad fundi necessitatem desiderentur. absque enim iis esset, parum recte conjungeretur cum superioribus, quod in sequentibus dicitur de jure tugurii in alieno habendi: nam id, si verum amamus, non tam facit supplendæ fundi necessitati, quam ibi exigere vulgo creditur Paulus; quam ad evitandam aëris inclementiam, id est, ad hominis commoditatem, pertinet. Varro *lib.* 2. *De re rustica c.* 17. *Qui autem sunt in saltibus, & sylvestribus locis pascunt, & non villa, sed casis repentinos imbres vitant.* Itaque suspicor, Paulum, pene retentis iisdem verbis quæ exstant in *d. l.* 6. sibi restitui posse ad hunc modum.

Item longe recedit ab usufructu jus calcis coquendæ & lapidis eximendi & arenæ fodiendæ ædificandi ejus gratia, quod in fundo est: item sylvæ cæduæ, ut pedamenta in vineas non desint: item cretæ eximendæ, veluti si figulinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus ejus fundi exportarentur; sicut in quibusdam fit, ut amphoris vinum evehatur, aut ut dolia fiant vel tegulæ [vel] ad villam ædificandam. Sed si, ut vasa venirent, figulinæ exercerentur, usufructus erit. Quid ergo, si prædiorum meliorem causam hæc faciant? Non est dubitandum, quin servitus sit. Et hoc [&] Mæcianus probat: in tantum ut & talem servitutem constitui posse putet, ut tugurium mihi habere liceret in tuo, scilicet si habeam pascui servitutem, aut pecoris appellendi, ut si hiems ingruerit, habeam, quo me recipiam.

Ea si placet restitutio: jam docebit Paulus, quod & ipse alibi & cæteri auctores supra allegati, sine scrupulo tradidere, posse in omnibus hisce servitutibus non minus hominis commodum atque utilitatem, quam prædiorum necessitatem contineri; & tamen has prædiorum servitutes appellari: quia ad personam non ipsius causa, sed beneficio prædii, descendunt: denique, meliorem faciunt prædii causam; eo quod plerumque ejus & pretium & reditum augent. cæterum, si quis sui quidem causa, non autem prædii ratione, habeat jus faciendi aliquid in fundo alterius; ei deberi illud non vi personalis obligationis, (ut voluit Accursius ad *l.* 8. *D. de servitutibus in verb. Non potest. lit. N.* & ad *d. l.* 6. *in verb. usufructus lit. I.* item Jacobus Cujacius *lib.* 24. *Observ. cap.* 22.) sed jure personalis servitutis.

10. Nam hoc nomine designatur in *l.* 4. *D. de servitutibus prædiorum rusticorum*, & *l.* 1. *D. de usufructu legato*: & præterea usus appellatur; si quidem ad solius personæ necessitatem respiciat *l.* 37. *D. de servitutibus rusticorum prædiorum*: imo usufructus dicitur *in principio d. l.* 6. si ad quemlibet personæ usum ac fructum, id est, ad commodum ejus quodcumque permittatur, non ad solam necessitatem. Quod si esset mihi consilium cavillari; optime ostenderem *arg. d. l.* 5. *in princ.* etiam vindicari. Sed non fert instituti mei ratio, inanibus verbis studioso lectori imponere; & verum est, quod eruditissimus Labittus, *Usu secundo Indicis sui ad Pandectarum leges n.* 1. observat ex titulis capitum, oportere eum locum connecti, non cum capite quarto præcedente, sed cum fine capitis tertii; sensum autem esse: Ergo secundum eum (Neratium) & vindicari poterit iter ad flumen publicum: de quo Ulpianus in § 3. *d. c.* 3. disseruerat convenienter sententiæ Neratii libro tertio Membranarum.

11. Plane, si quæ incidant ex quibus clareat, hanc fuisse aut testatoris aut contrahentium voluntatem; ne constituerent servitutem in rem, neque in personam: tunc æstimaverim, dumtaxat personam aut heredis aut promissoris illi cui datur, obligari. Idque est, cur annuus reditus, de fundo promissus in *l. ult.* §. 1. *D. de contrahenda emptione*, vendito eo fundo, emptorem fundi non oneret; & cur annua ex prædiis Potitianis legata prædiis Lutatianis, mortua legataria, finiantur in *l.* 12. *D. de annuis legatis*: tametsi in rerum servitutibus utrumque aliud sit *l.* 47. *D. de contrahenda emptione*, *l.* 36. *D. de servitutibus prædiorum rusticorum*: quin & in

in personarum servitutibus sic observetur; ut, cui hæ competunt, is actionem confessoriam habeat adversus quemcumque possessorem *l.* 2. §. 1. *D. Si servitus vindicetur. l.* 2. & 3. §. 1. *Cod. de usufructu.* Principio enim multum interest: utrum prædium ita designetur aut a testatore aut a venditore, ut potius prædium, quam persona, obligetur reditus nomine; an idem prædium tantum demonstrandi causa nominetur *arg. l.* 27. §. *fin. D. de legatis lib.* 3. *l.* 12. *D. de alimentis legatis:* & vicissim, utrum personæ detur reditus propter prædium suum; an prædio detur propter personam *l.* 4. *D. de servitutibus prædiorum rusticorum:* quod postremum magis est in *d. l.* 12. *D. de annuis legatis:* quia ibi prædia proponuntur fuisse in diversis pagis; id est, prædia erant non vicina: qualia in materia realium servitutum requiri, notissimi juris est. Deinde notandum, quod in iisdem speciebus non ipse legatarius, emptorve reditus, jubetur eum percipere; sed jubetur reditus præstationem ab herede aut venditore exspectare; id vero reluctari naturæ servitutum, nemo est qui non videat. Saltem quod ad prædiales servitutes attinet, perspicuus locus est in *l.* 15. §. 1. *D. de servitutibus*; & de personalibus quid habendum sit, apparet ex collatione *l.* 20. *D. de usufructu* cum *l.* 38. *D. de usufructu legato*: ut & ipse Accursius bene notavit ad *d. l.* 20. *in verb. si quis ita lit. Q.* & ad *d. l.* 12. *D. de annuis legatis in verb. Neque personam lit. H.* nam cum in altera dixisset testator, fructus annuos fundi Corneliani Gajo Mævio do, lego; respondit Ulpianus, perinde accipiendum hunc sermonem, ac si usustructus fundi esset legatus: idemque confirmat Javolenus in *l.* 41. *D. de usufructu legato:* causatus, quod videtur ea fuisse mens testatoris. Sed hæc unde? ex verbis do, lego: quæ cum directa sint ad legatarium (teste Ulpiano *tit.* 24.) intelligitur testator, legatario his facere potestatem vindicandi sumendique sibi fructus annuos; & adeo in dubio magis usumfructum, quam fructus, id est, magis jus, quam corpora, legare: quia qui jure potest aliquid facere in alieno, invito domino, huic comparata est servitus; si ad vicini prædii commodum, in rem; sin ad usum fructumve personæ, vel usus vel ususfructus. Porro cum in altera lege testator e contrario dixisse proponeretur, *fundi Albutiani reditus uxori meæ, quoad vivat, dari volo*; responsum est, differre illud a legato usufructu. nimirum, quia non fuit hic testator directis verbis usus, sed obliquis: uxori, inquiens, dari volo: neque igitur voluit, legatariam fructus jure suo percipere aut vindicare; magis voluit, illam fructus ab herede petere: ususfructus autem non est jus aut percipiendi aut petendi fructus ab herede; sed jus utendi fruendi re aliena.

CAPUT IV.

In actione pigneratitia plerumque præstari culpam levem, in commodato etiam levissimam. Emendatur l. 13. §. 1. *D. de pigneratitia actione, rejecta opinione Accursii, Contii, Cujacii, Jacobi Gothofredi.*

Ulpianus *l.* 5. §. 2. *D. Commodati vel contra* sic definit. *Ubi utriusque utilitas vertitur, ut in pignore, ut in societate, & dolus & culpa præstatur. Commodatum autem solam utilitatem plerumque continet ejus, cui commodatur, & ideo verior est Q. Mucii sententia existimantis & culpam præstandam & diligentiam.* Sic Ulpianus: cum quo paria facit Gajus in *l.* 18. *D. eod. tit.* Idem tamen Ulpianus *l.* 13. §. *fin. D. de pigneratitia actione* refert, *Venire in hac actione* (pigneratitia) *& dolum & culpam, ut in commodato; venire & custodiam: vim majorem non venire.* Imo capite sequente 14. scribit rursum Paulus, *Ea igitur, quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet, a creditore exigi.* Seditionem hanc, utcumque manifestam, dissimulat Accursius variis modis. Primum sic interpretatur verba Ulpiani in *d. l.* 13. §. 1. quasi veniat in actione pigneratitia & dolus & culpa, ut in commodato utriusque gratia contracto: non accipientis, non dantis tantum: quia culpa illo casu major, hoc levior, præstatur. Deinde putat, culpam quidem in pignore venire, ut in commodato: non tamen tantam, quanta venit in commodato: id est, non tamen ut diligentia modum excedens a creditore, ut a commodatario, per omnia exigatur; sed quam diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet. Ita Accursius; sed magis subtiliter, quam vere; ut censet Antonius Contius ad *l.* 23. *D. de regulis juris:* ipse dicens porro, Græcos candidiores annotasse, creditorem ante solutum pignus præstare diligentiam exactissimam, & qualem commodatarius; sed post solutum pignus culpam tantum levem: nam hoc casu pignus, non ut pignus, sed ut depositum, apud creditorem manere. Sic Contius. Verum hæc responsio pridem rejecta est a Jacobo Gothofredo, Jurisconsulto egregio, ad *d. l.* 23, ut mihi videtur, non temere: quia auctor est Ulpianus in *d. l.* 5. §. 2. in deposito, ubi nulla versatur utilitas ejus apud quem deponitur, merito dolum solum præstari: nisi forte & merces accesserit; tunc enim constitutum, ut & culpa exhibeatur; aut si ab initio convenit, ut & culpam & periculum exhibeat is penes quem deponitur. Quamquam, si hæc concedas Græcis, itemque Contio, adhuc vereri possis, ut oporteat ea accommodari ad verba *d. l.* 13. §. 1. nam quoquo modo Ulpianum accipias, sive fingas, eum regulam, tradere, sive singulares pignoris ac commodati species, semper ex iisdem verbis plus in pignore, quam in commodato, esse fatearis, necesse est. Numquid aliud significat illud, *Venit autem in hac actione & dolus & culpa, ut in commodato, venit & custodia?* enimvero, si in ea culpa venit, ut in commodato, si præterea etiam venit custodia; consequens erit, ut in commodato dumtaxat culpam levem, in pigneratitia vero actione levissimam quoque, præstari oporteat. At tantum ea diligentia, quam in suis rebus adhibere solet diligens paterfamilias, a creditore exigitur *d. l.* 14. non talis, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, & qualem observare etiam debet commodatarius *d. l.* 18. *d. l.* 5. §. 2. Ergo inconstantiam Jurisconsultorum, imo Ulpiani accusamus, cum Jacobo Gothofredo? an cum viro summo, Jacobo Cujacio *lib.* 19. *Observ. c.* 24. existimamus, ut in commodato, ita in pignore, distinguendum esse, utrum dantis, an accipientis, an utriusque, gratia contrahatur; & si

ſi dantis cauſa fiat ſive commodatum, ſive pignus, dolum ſolum & latam culpam venire; ſin accipientis etiam leviſſimam; denique, ſi utriusque gratia, non ulterius, quam ad levem, obligari ut creditorem, ita ſimiliter commodatarium? Non videtur: quia & Cujacii ſententia incidit in ſuperiora Contii incommoda; & vereor, ut Gothofredo adſentiendum ſit. Quid tandem? unius, quod mireris, literulæ non deprehenſa corruptio tantæ cauſam difficultati obtulit. Cum ſcripſiſſet Ulpianus, *at in commodato;* feſtinans Librarius pro *at* repoſuit *ut:* lapſus fortaſſe ſimilitudine literarum *a & u.* quamobrem, mutatis rurſus literis, transpoſitaque diſtinctione, non tantum non Gajo ac Paulo, ſed neque ipſe ſibi, Ulpianus adverſabitur. reſtituetur vero, quod & ipſa evincit connexio *d. l.* 13. §. 1. *& d. l.* 14. pene hoc modo. *Venit autem in hac actione & dolus & culpa; at in commodato venit & cuſtodia: vis major non venit.* Id eſt, venit in hac actione dolus, lata & levis culpa: at in commodato hoc plus eſt, quod in eo quoque venit cuſtodia: verum præterea vis maior non venit neque in commodato, neque in pignore. Itaque procedit Pauli collectio *d. l.* 14. *Ea igitur, quæ diligens paterfamilias in ſuis rebus præſtare ſolet, a creditore exiguntur.* plura infra *lib.* 4. *c.* 3.

CAPUT V.

Quare videatur Ulpianus injuriæ propulſationem in explicatione juris naturalis omiſiſſe in l. 1. §. 3. *D. de juſtitia & jure, nova ratione declaratur.*

Marcus Tullius loco illo notiſſimo *Pro Milone* ait, hanc eſſe non ſcriptam, ſed natam legem, quam non didicimus, accepimus, legimus: verum ex natura ipſa arripuimus, hauſimus, expreſſimus: ad quam non docti, ſed facti: non inſtituti, ſed imbuti ſumus: ut, ſi vita noſtra in aliquas inſidias, ſi in vim, ſi in tela aut latronum aut inimicorum incidiſſet, omnis honeſta ratio eſſet expediendæ ſalutis. Nequo vero id ſolus Cicero, ſed etiam plerique alii, cum Philoſophi, tum Juriſconſulti, quaſi exploratum tradidere. Adeo credebant, id jus nec ratione indigere, nec diſputatione: ſentiri enim, ut calere ignem, nivem eſſe albam, dulce mel, quorum nihil oportere exquiſitis rationibus confirmare, tantum ſatis eſſe admonere. Itaque Paulus ait in *l.* 45. §. 4. *D. ad legem Aquiliam*, vim vi defendere omnes leges, omniaque jura, permittere. Et idem Cicero *libro* 1. *De officiis* vult, ejusdem juris eſſe defenſionem ſui, cujus eſt maris & feminæ conjunctio, cujus procreatio & educatio liberorum, quas juris naturæ, & quidem primarii, eſſe, hodie nemo dubitat interpretum. Verba Ciceronis appoſui. *Principio generi animantium omni eſt a natura tributum, ut ſe, vitam corpusque tueatur, declinetque ea, quæ nocitura videantur, omniaque, quæcunque ad vivendum ſint neceſſaria, anquirat & paret, ut paſtum, ut latibula, ut alia ejusdem generis. Commune item animantium omnium eſt conjunctionis appetitus procreandi cauſa, & cura quædam eorum, quæ procreata ſunt.* At ſicut maris & feminæ conjunctionem liberorumque educationem a natura deſcendere, cuncti largiuntur, propter doctrinam Ulpiani in *l.* 1. §. 3. *D. de juſtitia & jure:* ita timent complures, teſte Franciſco Connano *lib.* 1. *Comment. jur. civil. c.* 4. *n.* 7. *& ſeqq.* ne in injuriæ propulſatione aliud dicendum ſit; eo, quod Ulpianus in declaratione juris naturalis tantum enumerat matrimonium, & curam cum procreandæ cum educandæ, prolis, omiſſa ſui defenſione; perinde quaſi illa fere ejus juris exſtent exempla, iſta ad aliam juris partem, id eſt, ad jus gentium pertineat. Sed hi in manifeſto verſantur errore: licet enim Ulpianus in recitandis naturæ effectibus præterierit defenſionem ſui; verius tamen eſt, eum id alio, quam creditur, feciſſe conſilio. Si fidem dicti quæris: dabo teſtem gravem, &, quod dici ſolet, exceptione majorem: neque enim cuiquam poteſt in hac ſpecie dubia eſſe Ulpiani auctoritas, de cujus ſententia ambigitur: is vero libro 69. ad Edictum refert, vim vi repellere licere, Caſſium ſcripſiſſe, idque jus natura comparari *l.* 1. §. 27. *D. de vi & de vi armata:* hoc eſt, ex primis naturæ naſci, non ex diſputatione rationis. Quamobrem ſic cenſeo, non eſſe hic facile argumentandum ab incluſione unius ad excluſionem alterius: poſtremo, nil aliud egiſſe Ulpianum in *d. l.* 1. §. 3. quam ut neglectis iis quæ perſpicua eſſent, ſaltem de obſcurioribus diſſereret: nam, cum apud omnes in confeſſo eſſet, quo referri deberet injuriæ propulſatio, tamen de conjunctione maris & feminæ, deque procreatione & educatione liberorum a Philoſophis diſputabatur, utrum a natura eſſent, nec ne: ut docet Cicero *De finibus libro* 4. ubi ſic ſcribit. *Hoc ſummum bonum, quod certa ſignificatione intelligitur, eaque vita quæ ex ſummo bono degitur, quia conjuncta ei virtus eſt, in ſapientem ſolum cadit. Isque finis bonorum, ut ab ipſis Stoicis ſcriptum videmus, a Xenocrate atque ab Ariſtotele conſtitutus eſt. Itaque ab iis conſtitutio illa prima naturæ, a qua tu quoque primum ordiebare, his prope verbis exponitur. Omnis natura vult eſſe conſervatrix ſui, ut & ſalva ſit & in genere conſervetur ſuo. Ad hanc rem ajunt artes quoque exquiſitas, quæ naturam adjuvarent, in quibus ea numeretur in primis, quæ eſt vivendi ars, ut tueatur, quod a natura datum ſit, quod deſit, adquirat: iidemque diviſerunt naturam hominis in animum & corpus, quumque eorum unumquodque per ſe expetendum eſſe dixiſſent, virtutes quoque utriusque eorum per ſe expetendas eſſe dicebant, quum animum quadam infinita laude anteponerent corpori, virtutes quoque animi bonis corporis anteponebant. Sed quum ſapientiam totius hominis cuſtodem & procuratricem eſſe vellent, quæ eſſet naturæ comes & adjutrix, hoc ſapientiæ munus eſſe dicebant, ut eum tueretur, qui conſtaret ex animo & corpore, in utroque juvaret eum, atque contineret. Atque ita re primo ſimpliciter collocata, reliqua ſubtilius perſequentes, corporis bona facilem quandam rationem habere cenſebant, de animi bonis accuratius exquirebant: imprimisque reperiebant ineſſe in his juſtitiæ ſemina, primique ex omnibus Philoſophis a natura tributum eſſe docuerunt, ut hi, qui procreati eſſent, a procreatoribus amarentur, & id, quod temporum ordine antiquius eſt, ut conjugia virorum & uxorum natura conjuncta eſſe dicerent, qua ex ſtirpe orirentur amicitiæ cognationum.* Quo ex loco non tantum clare intelligitur, quæ fuerit Veterum hac de re ſententia, ſed præterea veriſimile fit, Ulpianum

non

non hoc animo inter cætera naturæ effecta non recitaſſe defenſionem ſui, quod ſuſtineret, illam excludere a primis naturæ; ſed quod animadverteret, de reliquis potiorem eſſe dubitationem, utrum a natura, an ab alio jure procedant.

CAPUT VI.

Defenditur recepta lectio l. 35. D. de injuriis, & l. 13. §. 1. D. de jurisdictione adverſus Antonii Fabri, Jacobi Cujacii, Antonii Goveani, Scipionis Gentilis, emendationem ſententiamque.

Ulpianum libro tertio De omnibus tribunalibus ſic ſcripſiſſe, legimus in *l.* 35. *D. de injuriis.*

Si quis injuriam atrocem fecerit, qui contemnere injuriarum judicium poſſit ob infamiam ſuam & egeſtatem, Prætor acriter exequi hanc rem debet, & eos, qui injuriam fecerunt, coërcere.

Ait, Prætorem acriter exequi hanc rem debere, & eos qui injuriam fecerunt, coërcere; cum quæri poſſit, unde hæc Prætori coërcitio? in provinciis enim ad Præſidem, Romæ ad Præfectum Urbis, pertinuiſſe, non ad Prætorem, ex eodem Ulpiano intelligitur in *l.* 1. §. 3. *D. de pœnis*, & Modeſtino in *l. ult. D. de in jus vocando.* quin imo, ſi quis ob facta atrociora in tutela admiſſa apud Prætorem fuerit accuſatus, ab eodem remitti debet ad Præfectum Urbis graviter puniendus; ut ipſe Ulpianus refert in *l.* 1. §. 8. *D. de ſuſpectis tutoribus* item *l.* 1. §. 7. *D. de officio Præfecti Urbis.* Igitur Ulpianus ſecum diſſidet? an aliud eſt in injuriis, aliud in cæteris cauſis; an (quod viſum Scipioni Gentili, viro Clariſſimo, *De juriſdictione lib.* 3. *cap.* XI.) intereſt, quod Juriſconſultus in *d. l.* 35. conjunctim loquitur de perſona & egena & infami? Nihil horum: generalis ſermo eſt Ulpiani in *l.* 1. *in pr.* & §. 3. *D. de officio Præfecti Urbis*, Præfecturam Urbis omnia omnino crimina ſibi vindicaſſe: & igitur omnia tam privata, quam publica crimina *d. l.* 1. §. *ult. D. de pœnis*, nec minus injuriarum cauſam, quam furti, quam tutelæ. Adhæc certi juris eſt, injuriarum damnatos generaliter infames fieri Edicto Prætoris, & tamen tantum humilioribus perſonis infligi corporalem pœnam; ſed a Præfecto Urbis aut Præſide; cæteros vero non coërceri ea pœna, ſed vel exilio temporali, vel interdictione certæ rei, vel alia conſimili ratione, etiam Hermogenianus meminit in *l. ult. D. de injuriis*, & Calliſtratus in *l.* 28. §. 2. *D de pœnis.* Quid ergo? emendandus eſt textus, atque ex Notis pro *Prætore* reſtituendus *Præfectus*? id mavult Antonius Faber, vir acuti & præſtantis ingenii, *lib.* 4. *Conjectur. cap.* 8. Sed ego a recepta lectione non recedo: quia novum non eſt, ut Prætoris appellatio non Prætorem modo proprie ſic dictum ſignificet, ſed & Proconſulem, ſed & Legatum Cæſaris, ſeu Præſidem, ſed & præfectum Vigilum, & Ædilem. Itaque apud Tacitum legitur *lib.* 1. *Annalium cap.* 74. Granium Marcellum Prætorem Bithyniæ majeſtatis poſtulatum eſſe a Quæſtore ipſius Cæpione Criſpino. Nec quidquam ibi mutandum; tametſi de ſcriptura ambigat doctiſſimus Lipſius poſt Mercerum: quod Salmaſius monuit ad Julii Capitolini Marcum Antoninum *pag.* 23. *verſ.* 7. Sed & idem Tacitus *lib* 2. *Annal. cap.* 56. ait, Commagenis Q. Servæus præponitur tum demum ad jus prætoris tranſlatis: pro ad jus provinciæ cui præerat Præſes aut Proconſul; ut etiam Lipſius ibidem vidit. Similiter apud Ulpianum legitur in *l.* 13. §. 1. *D. de juriſdictione. Magiſtratus autem vel is, qui in poteſtate aliqua ſit, ut puta Proconſul, vel Prætor, vel alii, qui provincias regunt, judicare jubere eo die, quo privati futuri eſſent, non poſſunt.* Ubi *Proconſul* vel *Prætor* eſt Proconſul vel Proprætor, vel Legatus Cæſaris, ſeu Præſes. nec opus, cum Antonio Goveano *ibidem num.* 10. reponere, Proprætor, vel Proprætore; ut nec, cum Cujacio, Conſul vel Prætor. Pomponius quoque in *l.* 5. *D. de verborum obligationibus* ait, Prætorias ſtipulationes ſic exaudiri oportere, ut in hisce & contineantur ædilitiæ. Sed & Paulus *lib.* 1. *Sententiarum tit.* 15. *Si quadrupes damnum intulerit* ſic loquitur: Feram beſtiam in ea parte, qua populi iter eſt, colligari Prætor prohibet. ubi Prætorem Cujacius recte interpretatur Ædilem. Præterea in Notis Valerii Probi exſtat, PR. VIGIL. id eſt, *Prætor Vigilum vel Præfectus:* eumdemque etiam Juſtinianus *in Novell.* 13. *cap.* 1. §. 1. Prætorem plebis appellitat. Quare quid ceſſo, Prætorem latiore ſignificatione accipere apud Ulpianum in *d. l.* 35: ut quos in *d. l.* 1. §. *ult. D. de pœnis* in eadem ſpecie diſtinxit Præfectos & Præſides, eos in *d. l.* 35. generali Prætoris vocabulo complectatur: nam de hisce loquutum eo loci eſſe Ulpianum, indicio eſt ipſius capitis Inſcriptio, quæ habet *Ulpianus lib.* 3. *De omnibus tribunalibus.*

CAPUT VII.

1. *Res jure naturæ communes & res jure naturæ publicas apud Veteres pro iisdem accipi in tractatu de rerum diviſione, oſtenditur contra communem Interpretum ſententiam.* 2. *In rebus jure naturæ communibus numerari non tantum aërem, aquam profluentem, mare, littora, ſed flumina etiam & portus, nec non res privatas ſingulorum, quæ habent utilitatem, concedenti non gravem.* 3. *Communionem iſtam non eſſe meri beneficii, nec meræ liberalitatis, ſed neceſſitatis, cum naturalis, tum interdum etiam civilis, adverſus Johannem Seldenum probatur pluribus.* §. 4.

1. *Quædam* (inquit Tribonianus *in pr. Inſt. de rerum diviſione*) *naturali jure communia ſunt omnium, quædam publica, quædam univerſitatis, quædam nullius, pleraque ſingulorum. Et quidem naturli jure communia ſunt omnium hæc, aër, aqua profluens, & mare, & per hoc littora maris. Nemo igitur ad littus maris accedere prohibetur, dum tamen a villis & monumentis & ædificiis abſtineat, quia non ſunt juris gentium, ſicut eſt mare. Flumina autem omnia & por-*

portus publica sunt. Ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque. Riparum quoque usus publicus est jure gentium, sicut ipsius fluminis. Itaque naves ad eas appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere cuilibet liberum est, sicut per ipsum flumen navigare; sed proprietas earum illorum est, quorum prædiis hærent: qua de causa arbores quoque in iisdem natæ eorumdem sunt. Littorum quoque usus publicus est & juris gentium, sicut & ipsius maris, & ob id cuilibet liberum est casam ibi ponere, in quam se recipiat: sicut retia siccare, & ex mari deducere: proprietas autem eorum potest intelligi nullius esse: sed ejusdem juris esse, cujus & mare & quæ subjacet mari terra vel arena. Hæc Tribonianus: cujus definitio postquam justa esse & conveniens Veterum sententiæ credita est; inquirere certatim in vera publicarum & communium rerum discrimina cœperunt, qui tum ejus, tum affinium aliquot locorum interpretationem meditati sunt præstantissimi viri, Cujacius, Donellus, Zasius, Marcilius, Vinnius, alii. Sed hi, quamquam laboriose ac subtiliter pleraque sint persequuti, non tamen potuere adferre quidquam, quod solidam earum rerum saperet differentiam: simul atque enim ad exempla singularum pervenitur; apparet statim, quæ communia, eadem publica, & quæ publica, eadem communia, a Veteribus appellari: ex nominum vero usu ac consuetudine judicatu est non admodum difficile, quid de effectis quoque hujus distinctionis habendum sit. Inter quæ circumfertur vulgo, sed nullo jure, publica, quoad proprietatem, esse populi Romani, quoad usum, omnium; communia vero usu omnium, proprietate nullius, esse. Hinc ex communibus, quæ occupari possunt, occupanti in medio posita esse, ex publicis non item: & ideo, qui mare aut littus ædificat, jure gentium suum ædificium facere; qui vero in flumine ædificat, nullo modo suum opus facere sine publica auctoritate. Porro, flumen ab aqua fluminis separari: aquam communem esse omnium hominum; flumen publicum: denique, aquam fluminis ad lavandum, ad potandum, universis sine discrimine permitti; non permitti ad navigandum, ad piscandum iis qui sunt alterius civitatis.

2. Verumenimvero, ut tandem ipse dicam, quod sentio, Veteres publica & communia parili potestate acceperunt: neque interesse arbitrati sunt, utrum quid publicum vocarent, an commune: sed quod publicum esset, idem commune, & quod commune esset, idem publicum esse, voluere, quamquam, sive quid publicum simpliciter dicerent, sive commune, si nil præterea adderent, non mihi viderentur plena usi esse oratione. adeo, cum & distincte loquerentur & pleno sermone, dixerunt, quædam jure naturali esse communia omnium hominum; eaque alio nomine appellarunt publica jure naturali: quædam dixerunt esse communia jure civili, quæ alias publica jure civili, aut etiam universitatis appellarunt: ut ex sequentibus apparebit. communia autem jure naturali vocarunt, non tantum hæc quæ in §. 1. *dict. tit. Inst.* recitantur; sed ea quoque quæ de fluminibus, portibus, ripis, in *seqq.* §§. adduntur: ut Michaël Attaliates indicat *tit.* 2. *Pragmaticorum*, his verbis. *Quædam sunt universorum, ut aër, aqua fluens, mare, littus marinum, & amnes. propemodum & portus communes sunt.* Neque hoc Attaliates tantum, sed & Prudentius, probat. *lib.* 2. *adversus Symmachum.* Verba Prudentii.

Nunc adsunt homini data munera legibus iisdem,
Queis concessa semel; fons liquitur, amnis inundat,
Velivolum ratibus mare finditur, influit imber,
Aura volat tenuis, vegetatur mobilis aër,
Et res naturæ fit publica promptaque cunctis,
Dum servant elementa suum famulantia cursum.

Prudentius fontem, mare, imbrem, auram, & aërem, etiam amnem, sive fluvium, vocat res naturæ publicas & promptas cunctis: id est, jure gentium publicas seu communes omnium hominum: ut idem loquitur paulo ante. Præter hos testatur Ulpianus quoque *l.* 24. *D. de damno infecto*, *Fluminum publicorum communem usum esse, sicut viarum publicarum & littorum.* Sed illa, & præterea portus, ac ripas, a Veteribus communia & publica dici pari sensu, adeo verum est: ut Marcianus libro 3. Institutionum, id est, eo, ex quo descripsit Tribonianus quæ supra attuli Institutionum Fragmenta, res omnes dividat: non in quinque partes; nempe, communes, publicas, universitatis, nullius, & singulorum: sed in partes quatuor; scilicet, communes, universitatis, nullius & singulorum: publicarum autem rerum, quæ a rebus communibus & universitatis diversæ sejunctæque, & inter utrasque mediæ sint, nominatim non meminerit: sic enim scribit *l.* 2. *D. de rerum divisione. Quædam naturali jure communia sunt omnium, quædam universitatis, quædam nullius, pleraque singulorum, quæ variis ex causis cuique adquiruntur.* Pari igitur sensu acceperunt Veteres communia & publica jure naturali: dixeruntque illo jure publica, sive communia, omnia quorum innoxius est usus; atque adeo non tantum aërem, aquam profluentem, mare, & littora maris, quæ enumerantur in §. 1. *Inst. de rerum divisione*; sed ea quoque quæ in sequentibus ibi §§. de fluminibus, portubus, ripis, adduntur: utique, quatenus innoxiam habent utilitatem: nam huc ducunt *d. l.* 24. *D. de damno infecto*, *l.* 50. *D. de adquirendo rerum dominio*, & *l.* 3. §. 1. *D. Ne quid in loco publico*: neque alio sensu Virgilius *lib.* 7. *Æneid. vers.* 229.

- - - Littusque rogamus
Innocuum, & cunctis auramque, undamque patentem.

Hoc amplius, Veteres etiam cætera privata bona, cum habent utilitatem domino non gravem, nec damnosam, communium nomine & jure complexi sunt. Itaque generaliter definit Marcus Tullius *lib.* 1. *De Officiis* omnia communia hominum videri ea, quæ sunt generis ejusdem; quod ab Ennio positum in una re transferri per multas potest:

Homo, qui erranti comiter monstrat viam,
Quasi de suo lumine lumen accendat, facit:
Nihilominus ipsi luceat, cum illi accenderit.

additque idem Cicero, una ex re satis percipi, ut quidquid sine detrimento potest commodari, id tribuatur cuique, vel ignoto: inde illa communia esse, non prohibere aqua profluente, pati ab igne ignem capere, si quis velit, consilium fidele deliberanti dare; quæ sunt iis utilia, qui accipiunt, danti non molesta: ideoque & his utendum esse, & semper aliquid ad communem utilitatem adferendum. sed quoniam copiæ parvæ singulorum sunt, eorum autem, qui his egeant, infinita est multitudo, vulgarem liberalitatem referendam esse ad illum Ennii finem: Nihilominus ut ipsi luceat, ut facultas sit, qua in nostros simus liberales.

3. Hæc ille, quæ ne quis putet, cum doctissimo Seldeno *lib.* 1. *De mari clauso*, *sive de domi-*

minio maris, *cap.* 20. & *cap.* 23. esse meræ liberalitatis, seu meri beneficii, quod nullam habeat necessitatem, ne naturalem quidem, aperte distinguit Seneca *lib.* 4. *De Beneficiis cap.* 28. ea quæ in beneficiis numerantur, ab illis quæ sunt communia jure naturali; idque primum, quia communia sunt infra hujus nominis mensuram; deinde, quia non utique dignis tribuuntur, & tamquam beneficium; sed negligenter, tamquam parva, & non homini damus, sed humanitati: id est, philanthropiæ seu dexteritati cuidam benevolentiæque erga omnes homines promiscuæ: ut id verbi Gellius *lib.* 13. *Noct. Attic. cap.* 16. item Nonius *De proprietate sermonis cap.* 1. & Isidorus *lib.* x. *Etymologic. lit. H.* interpretantur: vel ut nostrorum lingua utar, obligationi naturali, ac jure generi humano communi: eamdem enim esse philanthropiam cum jure naturæ, perspicuum est ex Ulpiano: qui remunerationem, quam in *l.* 2. *D. de proxeneticis* philanthropiæ imputat, eam in *l.* 25. §. 11. *D. de hereditatis petitione* ait procedere ex naturali obligatione. Lactantius quoque cum vocem (*humanitatem*,) tum ipsam rem locis compluribus Divinarum Institutionum declarat (ni fallor) similiter, potissimum tamen *lib.* 6. *cap.* x. & xi. Verba Lactantii adscribenda putavi: ea ex *c.* x. hæc sunt. Dixi, quid debeatur Deo: dicam nunc, quid homini tribuendum sit: quamquam id ipsum, quod homini tribueris, Deo tribuitur, quia homo Dei simulacrum est. Sed tamen primum officium iustitiæ est, conjungi cum Deo, secundum cum homine. Sed illud primum religio dicitur: hoc secundum misericordia vel humanitas nominatur. Quæ virtus propria est justorum & cultorum Dei, quod ea sola in se vitæ communis continet rationem. Deus enim, qui cæteris animalibus sapientiam non dedit, naturalibus ea munimentis ab incursu & periculo tutiora generavit. Hominem vero, quia nudum, fragilemque formavit, ut eum sapientia potius instrueret, dedit ei præter cætera hunc pietatis affectum, ut homo hominem tueatur, diligat, foveat, contraque omnia pericula & accipiat, & præstet auxilium. Summum igitur inter se hominum vinculum est humanitas: quod qui disruperit, nefarius & parricida existimandus est. Sic capite x. Lactantius. capite autem xi. inter alia scribit, conservandam esse humanitatem, si homines recte dici velimus. Id autem conservare humanitatem, nihil aliud esse, quam diligere hominem, quia homo sit, & idem quod nos sumus. Præterea verum esse illud Ciceronis, quod ait, hominem naturæ obedientem homini nocere non posse. Proinde, si nocere homini contra naturam est, prodesse homini secundum naturam sit, necesse esse. Quod qui non facit, eum hominis se appellatione dispoliare, quia humanitatis officium est, necessitati hominis ac periculo subvenire &c. Nec aliter Seneca ad Lucilium *epist.* 95. Ecce (inquiens) altera quæstio, quomodo hominibus sit utendum. quid agimus? quæ damus præcepta? ut parcatur sanguini humano? quantulum est ei non nocere, cui debeas prodesse? magna scilicet laus est, si homo mansuetus homini est. præcipimus, ut naufrago manus porrigat, erranti viam monstret, cum esuriente panem suum dividat? quando omnia, quæ præstanda sunt ac vitanda, dicam, cum possim breviter hanc formulam humani officii tradere? omne hoc, quod vides, quo divina atque humana conclusa sunt, unum est: membra sumus corporis magni. natura nos cognatos edidit, cum ex iisdem, & in eadem gigneret. hæc nobis amorem indidit mutuum, & sociabiles fecit: illa æquum justumque composuit: ex illius constitutione miserius est nocere, quam lædi: ex illius imperio paratæ sunt ad juvandum manus. iste versus & in pectore, & in ore sit; Homo sum, humani nihil a me alienum puto. habeamus in commune, quod nati sumus. Atque inde, quod Cicero refert *lib.* 3. *De officiis*, Athenis aliquando execrationibus publicis sancitum, ut erranti via monstretur. Et quod Augustinus censet, apud Gratianum in *c. notandum. caus.* 23. *quæst.* 2. justum bellum gestum esse a filiis Israël contra Amorrhæos, quia innoxius transitus denegabatur, qui jure humanæ societatis æquissimo patere debebat. de quo etiam Hugo Grotius, Vir Clarissimus, *lib.* 2. *De jure belli & pacis cap.* 2. Sed & Seneca pater *lib.* 1. *Controv.* 1. Quædam (inquit) jura non scripta, sed omnibus scriptis certiora sunt. quamvis filius familiæ sim, licet mihi & stipem porrigere mendico & humum cadaveri. iniquum est, collapsis manum non porrigere. commune hoc jus generis humani est. nemo invidiosum jus postulat, quod alteri profuturum est.

4. Sic Philosophi Veteres. Quid nostri illi Justitiæ Sacerdotes, quos boni & æqui notitiam professos, ac veram, non simulatam, philosophiam affectasse, Ulpianus ait? nonne & ipsi hæc esse communia jure naturali voluerunt? Videtur: extant sane hujus vinculi etiam apud ipsos non dubia vestigia, atque ea interdum non sine necessitate Juris Civilis. Nam etsi provinciæ Præses usu aquæ pluviæ vel quam ex fonte juris tui profluere allegas, contra statutam consuetudinis formam carere te non permittet; cum sit durum & crudelitati proximum, ex tuis prædiis aquæ agmen ortum, sitientibus agris tuis, ad aliorum vicinorum injuriam propagari *l.* 1. §. 4. *D. de aqua & aquæ pluviæ arcendæ actione*, *l.* 6. & 7. *Cod. de servitutibus & aqua:* responderunt tamen Sabinus & Cassius, eamdem superficientem ex vicini derivare in suum, dum opus in alieno non fiat, omnibus jus esse: prodesse enim sibi unumquemque, dum alii non noceat, non prohiberi *d. l.* 1. §. 4. & 11. *l.* 1. §. 16. *D. de aqua quotidiana & æstiva*, *juncta l.* 1. §. *fin.* & *l.* 3. *in pr* & §. 2. *D. de rivis.* Sed & Paulus noster *l.* 2. §. 5. *de aqua & aquæ pluviæ arcendæ*, cum vis aquæ aggerem, qui in vicini fundo erat, dejecisse diceretur; indeque effectum esset, ut aqua pluvia mihi noceret; & dubitaretur, possemne vicinum indistincte cogere aquæ pluviæ arcendæ actione, ut aggerem vel ipse reponeret, vel ipse reponi sineret: apposite respondit, deficere quidem in quibusdam, quæ recitat, aquæ pluviæ arcendæ actionem; attamen in his utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro ejus, qui factus mihi quidem prodesse potest, tibi vero nihil nociturus est: nam hæc æquitatem suggerere, etsi jure deficiamur. credo, quia ut in plerisque pactis, ita in dominiorum distinctionibus, quædam tacite excepta intelliguntur *l.* 9. *D. de servitutibus*; denique malitiis indulgendum non est, neque adeo quisquam aberrare a ratione debet, ut nihil agat, quam ut noceat, & tantum in vacuis ludat inanitatis erroribus *arg. l.* 38. *D. de rei vindicatione*, & *l.* 3. *D. de operibus publicis*; quibus etiam publica lege, quatenus potest, occurri & solere & oportere, Aristoteles prudenter monuit, cujus *lib.* 2. *De Republica cap.* 5. verba hæc sunt. *Quomodo autem nunc vivitur*, (scilicet sine pa-

trimoniorum communione) *hoc si & bonis moribus ornatum atque in ordinem adductum, & rectis legibus temperatum fuerit, non paulo præstiterit. Habebit enim id quod ex utroque proficiscitur commodi. Commodum autem ex utroque proficiscens dico, & quod ex bonorum communione, & quod ex proprietate oritur. Oportet enim bona quodammodo communia esse, simpliciter & universe propria. Curationes enim bonorum divisæ criminationes & querelas inter eos non gignent, sed potius illa amplificabuntur & crescent, unoquoque tanquam rei propriæ affixo atque incumbente. Propter virtutem vero ad utendi facultatem bona, ut est in proverbio, amicorum erunt communia. Cum autem etiam nunc in quibusdam civitatibus hujuscemodi consuetudinis informata descriptio est, quasi hoc non fieri possit; tum vero maxime in urbes celebres & civitates, quæ bene gubernantur, partim hujuscemodi vivendi consuetudo introducta est, partim introduci possit. Proprio enim quisque & privato jure bona possidens partim ea facit, ut sint utilia amicis, partim iis utitur ut communibus: exempli gratia, etiam Lacedæmone & servis utitur alter alterius, pene dicam, ut suis: & præterea equis & canibus & viatico, si quis forte in agris inanis & minus instructus opprimatur &c.* Atque ejus generis quoque est, quod ait Divinus Moses *in Deuteronom. cap.* 23. *ad fin.* Si ingrediaris vineam proximi tui, tunc comedere quidem uvas tibi pro desiderio tuo ad saturitatem licere; at instrumento tuo indere non licere. Et si segetem proximi ingrediaris, decerpere quidem spicas manu tua posse, at falcem agitare in segetem proximi non posse. Et rursus *cap.* 24. *vers.* 19. *& seqq.* Quum metes messem tuam in agro tuo, si oblitus eris manipuli in agro ipso, ne revertitor, inquit, ad accipiendum illum; peregrini, pupilli & viduæ esto, ut benedicat tibi Jehova Deus in omni opere manuum tuarum. Quum excuties olivas tuas, ne racemos sigillatim recognoscito, postquam excusseris, peregrini, pupilli & viduæ esto.

CAPUT VIII.

1. *Continuatur præcedens tractatus de rebus jure naturæ publicis & communibus.* 2. *Traditur vera ratio, cur eæ res publicæ appellantur; simul, quot modis res dicantur communes & publicæ jure civili.* 3. *Usus eorum vocabulorum probatur late.* 4. *Non interesse, utrum res dicatur publica jure gentium, an publica & juris gentium.* 5. *Flumina, maria, littora, quatenus esse dicantur populi Romani.* 6. *Marcianus explicatur in l. 2. & l. 4. §. 1. D. de rerum divisione.* 7. *Particulam* sed *sæpe usurpari pro* sed &. 8. *Turbatum esse aliquid in principio Institutionum de rerum divisione.*

1. Ex his, quæ dicta sunt superiore capite, palam est, hoc esse naturæ jus, ut in plerisque quæ habent commodum concedenti neque noxium neque molestum, sive ea nullius in bonis sint, sive in alicujus dominium concesserint, quodammodo pristina servetur communio. quamquam fateor, per excellentiam mari, aquæ profluenti, aëri, littoribus maris, fluminibus, portubus, ripis, & similibus, id jus adscribi solere: quia in illis frequentius usu venit, ut una res possit pluribus prodesse sine alterius damno, atque adeo eæ potissimum videntur natæ ad communem hominum usum, quem Veteres alio nomine usum publicum appellavere, & inde res ipsas publicas, item plenius, publicas jure gentium, ut flumina publica jure gentium, ripas publicas jure gentium, littora publica jure gentium *d. t. Instit. De rerum divisione* §. 2. 4. 5. Cur ita?

2. Hujus appellationis hactenus in obscuro posita ratio est; ideoque crux allegatis supra Interpretibus ea vocabula; atque inter eos etiam Viro Clarissimo, Johanni Seldeno *d. lib.* 1. *De mari clauso c.* 14. *ad fin.* Sed crucem tollit Seneca *lib.* 4. *De Beneficiis cap.* 28. sic scribens. *Rex honores dignis dat, congiarium & indignis. Frumentum publicum tam fur, quam perjurus & adulter accipiunt, & sine delectu morum, quisquis civis est, cum aliquid est, quod tanquam civi, non tanquam bono datur, ex æquo boni ac mali ferunt. Deus quoque quædam in universum generi humano dedit, a quibus excluditur nemo. Nec enim poterat fieri, ut ventus bonis viris secundus esset, contrarius malis. Commune autem bonum erat patere commercium maris, & regnum generis humani relaxari. Nec poterat lex casuris imbribus dici, ne in malorum improborumque rura defluerent.* Hæc Seneca, plane pulchre, atque ad rem adcommodate: nam & mare & ventum & imbres vocat communia bona & in universum data, & præterea citat regnum generis humani. Inde, quæ communia bona, eadem publica sunt, quia ad unumquemque qui est sub regno generis humani, perinde pertinent, ut publicum frumentum & congiarium spectat ad universos qui sunt in numero civium Romanorum. Itaque est, bona publica & communia eadem sunt; sed quemadmodum duplex est respublica; major una quæ est omnium hominum Deorumque; altera minor quæ est uniuscujusque populi, aut civitatis: ita bona, sive publica, sive communia, dupliciter accipienda: sunt enim vel omnium hominum jure gentium publica sive communia; vel sunt publica sive communia jure civili populi Romani, vel cujusque alterius civitatis: sive sint in usu ejus populi aut civitatis; sive sint in ejus pecunia, seu patrimonio: nam utraque publica appellantur *l. 6. D. de contrahenda emptione*; & proprie quidem, si sint populi Romani; abusive vero, si sint alterius civitatis *l.* 15. *&* 16. *D. de verborum significatione.* Cæterum, quæ sunt jure civili publica, qualiacumque sint, ea Marcianus *l. 2. & l. 6.* §. 1. *D. de rerum divisione*, &, qui Fragmenta sua ex illo descripsit, Tribonianus *pr. &* §. 1. *Inst. eod. tit.* in rerum omnium divisione non appellat publica, sed universitatis; neque his aut aërem annumerat, aut aquam profluentem, aut mare, aut littora maris, aut etiam flumina & portus, aut similia, quæ habent innoxium usum. Non igitur voluit, ea jure civili populi Romani, id est, minoris reipublicæ, publica esse, sed jure gentium, id est, jure majoris reipublicæ omnium hominum publica esse. Nec tamen negem, flumina etiam publica, vel populi Romani dici sensu eo, quo omnia, quæ imperio ejus continentur, vel populi Romani, vel publica appellantur. Verum is usus hujus ver-

verbi, etsi elegans sit, nec sine ratione receptus, tamen non pertinet ad propositam sive Marciani, sive Triboniani, divisionem: quia mare, littora, & similia quæ sub imperio populi Romani sunt, perinde publica sive populi Romani videntur, ac flumina quæ finibus ejusdem populi continentur. Neque igitur flumina a mari & littoribus, quantum ad eum sensum attinet, distinguuntur, quin universa illa, cum vocantur publica vel populi Romani; non ita ejus dicuntur, ut hæc quæ in ejus proprietate aut patrimonio sunt; (nam is ea, quatenus habent innoxium usum, in medio reliquit usui omnium) sed ut ea quæ tantum in imperio & potestate ejus sunt. Inter quæ quanta differentia sit, multis ostendit Seneca *De Beneficiis lib.* 7. *c.* 4. 5. *&* 6. ex quibus sequentia adscribam. *Jure Civili omnia Regis sunt, & tamen illa, quorum ad Regem pertinet universa possessio, in singulos dominos descripta sunt, & unaquæque res habet possessorem suum. Itaque dare Regi & domum & mancipium & pecuniam possumus, nec donare illi de suo dicimur. Ad Reges enim potestas omnium pertinet, ad singulos proprietas. Fines Atheniensium aut Campanorum vocamus, quos deinde inter se vicini privata terminatione distinguunt, & totus ager hujus aut illius reipublicæ est: pars deinde suo domino quæque censetur, ideoque donare agros nostros reipublicæ possumus, quamvis illius esse dicantur; quia aliter illius sunt, aliter mei.* Et post. *Cæsar omnia habet, fiscus ejus privata tantum ac sua, & universa in imperio ejus sunt, in patrimonio propria. quid ejus sit, quid non sit, sine diminutione imperii quæritur: nam id quoque, quod tanquam alienum abjudicatur, aliter illius est.* Clara hæc, opinor, & vera: sed clariora erunt; si aliquanto plenius ostendero Veterum sententiam de duplice republica, & de bonis utriusque, simul rationem loquendi ipsis ea in re usitatam. De utraqne republica testatur Seneca *De otio sapientis cap.* 31. Verba Senecæ. *Hoc ab homine exigitur, ut prosit hominibus, si fieri potest, multis, si minus, paucis, si minus, sibi. Nam cum se utilem cæteris efficit, commune agit negotium. Duas enim respublicas animo complectamur, alteram magnam & vere pulchram, in qua Dii atque homines continentur, in qua non ad hunc angulum respicimus aut ad illum, sed terminos civitatis nostræ cum sole metimur: alteram, cui nos adscripsit conditio nascendi.* Item Cicero *lib.* 1. *Academicarum quæstionum. Hominem esse censebant quasi partem quandam civitatis & universi generis humani, eumque esse conjunctum cum hominibus humana quadam societate.* Idem Cicero *De finibus lib.* 3. *Mundum censent regi numine Deorum, eumque esse quasi communem urbem & civitatem hominum & Deorum, & unumquemque nostrum ejus mundi esse partem, ex quo illud natura consequi, ut communem utilitatem nostræ anteponamus.* Et paulo post. *Præclare Chrysippus, cætera esse nata causa hominum & Deorum: eos autem communitatis & societatis suæ, ut bestiis homines uti ad utilitatem suam possint sine injuria, quoniamque ea esset natura hominum, ut cum genere humano quasi civile jus intercederet, qui id conservaret, eum justum, qui mutaret, eum injustum fore.* Possem hæc adstruere pluribus, in quibus jus sive gentium, sive naturæ, appellatur jus civile generis humani, mundus hic dicitur civitas communis hominum Deorumque: nisi hæc sufficerent. Tamen, si quis non tantum sententiam eam, sed ejus rationem quoque atque originem, recensere volet; ejus honoris causa etiam hoc Ciceronis adscripsi ex *lib.* 1. *De legibus. Animal hoc providum, sagax, multiplex, acutum, memor, plenum rationis & consilii, quem vocamus hominem, præclara quadam conditione generatum est a summo Deo. Solum est enim ex tot animantium generibus atque naturis particeps rationis & cogitationis: cum cætera sint omnia expertia. Quid est autem non dicam in homine, sed in omni cælo atque terra ratione divinius? quæ cum adolevit atque perfecta est, nominatur rite scientia. Est igitur, quoniam nihil est ratione melius, eaque & in homine & in Deo, prima homini cum Deo rationis societas: inter quos autem ratio, inter eosdem etiam recta ratio communis est: quæ cum sit lex, lege quoque consociati homines cum Diis putandi sumus. Inter quos porro est communio legis, inter eos communio juris est: quibus autem hæc sunt inter eos communia, & civitatis ejusdem habendi. Si vero iisdem imperiis parent, multo jam magis parent huic cælesti descriptioni, mentique divinæ & præpotenti Deo, ut jam universus hic mundus una civitas communis Deorum atque hominum sit existimanda.*

3. Ostendi duplicem rempublicam: sequitur, ut ostendam, nil præter meritum esse, quod dixi, Veteres in hac divisione qua de agimus, publicorum appellatione non utique publica populi Romani, seu publica jure civili, sed omnium hominum publica, intellexisse, quod neque a communibus publica, neque a publicis communia, distingui, sed quæ publica, eadem communia, & quæ communia, eadem publica, esse voluisse: denique, cum flumen, cum portum, cum littus, cum mare, cum aquam profluentem, & similia, quæ habent innoxium usum, vocant publica seu communia, fere velle, ea esse publica seu communia jure gentium, non autem publica sive communia jure civili, nisi imperio: ut supra monui. Ei sane rei Neratius firmum atque clarum perhibet testimonium in *l.* 14. *D. de adquirendo rerum dominio*; sic scribens. *Quod in littore quis ædificaverit, ejus erit. Nam littora publica non ita sunt, ut ea, quæ in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quæ primum a natura prodita sunt, & in nullius adhuc dominium pervenerunt. Nec dissimilis eorum conditio est atque piscium & ferarum, quæ simul atque apprehensæ sunt: sine dubio ejus, in cujus potestatem pervenerunt, dominii fiunt.* Quo ex loco patet, ut civitates, ita bona, publica, bifariam dici: alia enim haberi in patrimonio populi Romani: alia contra, ut littora verbi gratia, imperio quidem populi Romani parere, & hactenus populi Romani videri; ut dicetur §. 5. *infra h. c.* sed tamen non esse in patrimonio populi Romani; verum a natura ita prodita, ut a quolibet occupari atque usurpari queant; licet is civis Romanus non sit; cum publica sint, non quidem contemplatione reipublicæ Romanæ, sed juris gentium, id est, reipublicæ ejus quæ est universi generis humani. Atque ut Neratius, similiter Ovidius, res jure naturæ publicas & res jure naturæ communes confundit *lib.* 6. *Metamorph.*

Quid prohibetis aquas? usus communis aquarum est.
Nec solem proprium natura, nec aëra fecit,
Nec tenues undas: ad publica munera veni.

Ecce, quæ ante jure naturæ communes aquæ, eædem post publica munera. Similiter Tacitus *lib.* 13. *Annal. c.* 55. *Sicut cælum Diis, ita terras generi mortalium datas, quæque vacuæ, eas publicas esse.* Ubi publicæ sunt juris naturæ publicæ, sive magnæ illius civitatis quæ est Deorum & hominum: ideoque addit, *Solem deinde respiciens*

ciens & cætera ſydera vocans, *quaſi coram interrogabat*, *vellentne contueri inane ſolum? potius mare ſuperfunderent adverſus terrarum ereptores.* Nam ut mundum civitatem, ita ſidera cives faciebant & magiſtratus: ut Plutarchus meminit in *Communibus notitiis adverſus Stoicos*; addens, ſolem etiam Conſulem, luciferum Prætorem aut Præfectum ejus civitatis appellatum fuiſſe. Similiter Petronius, *Quid*, inquit, *non commune eſt, quod natura optimum fecit? Sol omnibus lucet. Luna innumerabilibus comitata ſideribus etiam feras ducit ad pabulum. quid aquis dici formoſius poteſt? in publico tamen manant.* Ecce, quod optimum eſt, id modo commune vocat, modo publicum. Similiter ait Seneca *epiſt.* 73. *Stulta avaritia mortalium poſſeſſionem proprietatemque diſcernit, nec quidquam ſuum credit eſſe, quod publicum eſt. At ille ſapiens nihil ſuum judicat magis, quam cujus illi cum humano genere conſortium eſt. Nec enim eſſent iſta communia, niſi pars illorum pertineret ad ſingulos.* Idem Seneca in *epiſt.* 88. *Negant Juriſconſulti, quidquam uſucapi, quod publicum eſt: publicum eſt hoc, quod tenes, & quidem generis humani.* Similiter in *epiſt.* 8. voces Epicuri publicas nominat, eo quod editæ ad uſum omnium, occupanti cedunt. *Poteſt fieri*, inquiens, *ut me interroges, quare ab Epicuro tam multa bene dicta referam potius, quam noſtrorum. Quid tamen eſt, quare tu iſtas Epicuri voces putes eſſe non publicas?* Nec minore elegantia Symmachus *lib.* 1. *epiſt.* 31. *Cum ſemel a te carmen profectum eſt, jus omne poſuiſti, oratio publica, res libera eſt.* Pari ratione Scævola de communi littorum uſu loquens, *In littore*, inquit, *jure gentium ædificare licere, niſi uſus publicus impediret l.* 4. *D. Ne quid in loco publico.* Pomponius quoque in *l. penult. D. de rerum diviſione. Ariſto ait, ſicut id, quod in mari ædificatum ſit, fieret privatum, ita quod mari occupatum ſit, fieri publicum.* Item Paulus *l.* 14. *D. de injuriis. Si maris proprium jus ad aliquem pertineat, uti poſſidetis interdictum ei competit, ſi probibeatur jus ſuum exercere, quoniam ad privatam jam cauſam pertineat hæc res, non ad publicam*: id eſt, ad communem; nam mare naturali jure commune eſt.

4. Sive, ut plenius dicit Gajus in *l.* 5. *D. de rerum diviſione*, de uſu riparum differens, publicum jure gentium, vel, ut Tribonianus ex antiquo Juriſconſulto in §. 5. *Inſt. eod. tit.* loquitur de littoribus, publicum & juris gentium: nam quod D. Arnoldus Vinnius iſta diſtingui voluit, mihi non probatur: qui didici ex Papiniano, parum intereſſe, utrum dicas, publicum jure gentium, an publicum juris gentium: nam in *l.* 45. *D. de uſurpationibus & uſucapionibus* flumina publica & littora publica appellat uno ore loca juris gentium publica. Sed & Gajus in *l.* 7. §. 5. *D. de adquirendo rerum dominio* aperte pronuntiat, alveum & flumen publicum eſſe juris gentium.

5. Itaque res communes & publicæ, ſive de aëre, aqua profluente, mari littoribus maris, ſive de fluminibus, & portubus, quæratur, parem habent poteſtatem: nec eſt ratio ulla, cur minus dicamus jus navigandi piſcandique, & reliquos fluminum publicorum uſus innoxios in his jure gentium competere omnibus; maxime, cum id clare tradatur §. 2. *Inſt. de rerum diviſione*: id eſt, non tantum civibus Romanis, quomodo viri docti limitarunt *d.* §. 2. ſed etiam iis qui ſunt peregrini. Nec moror, quod flumina quæ continentur finibus populi Romani, eſſe videntur ſub imperio populi Romani; & de ſe ipſo ſic Danubius apud Auſonium loquitur.

Danubius penitis caput occultatus in undis
Totus ſub veſtra jam ditione fluo.
Qua gelidum fontem mediis effundo Suevis,
Imperiis gravidas qua ſeco Pannonias,
Et qua dives aquis Scythico ſolvo oſtia ponto,
Omnia ſub veſtrum flumina mitto jugum.

Nam id, ut jam monui ſupra, ad tutelam fluminum, & imperium ſeu jurisdictionem ſpectat; non autem pertinet eo, ut etiam tunc, cum innoxiam habent utilitatem, uni pateant populo Romano, cæteris claudantur: pariter cum Celſus, littora in quæ populus Romanus imperium habet, populi Romani eſſe, arbitratur in *l.* 3. *D. Ne quid in loco publico*; & de mari idem reſpondent infiniti auctores apud doctiſſimum Grotium *lib.* 2. *De jure belli & pacis c.* 3. §. 13. *& ibi in Notis*: nec tamen a Veteribus Juriſperitis qui de his ex profeſſo differuere, umquam dubitatum eſt, quin mare & littora non ita publica ſint, ut ea quæ ſunt in patrimonio populi, ſed ut ea quæ a natura primum prodita ſunt, & in nullius adhuc dominium pervenerunt *d. l.* 14. *D. de adquirendo rerum dominio*: hoc eſt, quin mare & littora omnibus jure naturali communia ſint *l.* 13. *D. Communia prædiorum d.* §. 1. *&* 5. *Inſt. de rerum diviſione.* Omitto, quod ipſe Celſus probat *l.* 3. §. 1. *D. d. t. Ne quid in loco publico*, *Maris communem eſſe uſum omnibus hominibus, ſicut aëris, jactasque in id pilas ejus eſſe, qui jecerit: ſed id concedendum non eſſe, ſi deterior littoris marisve uſus eo modo futurus ſit.* Atque ut iſta de littore & mari ad hunc modum diſputantur apud Celſum: ita legitur apud Ulpianum in *l.* 24. *D. de damno infecto*, *Fluminum publicorum communem eſſe uſum, ſicut viarum publicarum & littorum; in his igitur publice licere cuilibet ædificare & deſtruere, dum tamen hoc ſine incommodo cujusquam fiat.* Ait, fluminum publicorum communem uſum eſſe: ait, flumina littoribus ac viis publicis aſſimilari. Exſpecto, quid poſſit rei planæ ſine cavillatione objici: littora enim communia cum mari, cumque aëre haberi, certi juris eſt; neque aliter de viis publicis ſentiendum, docet Auguſtinus, apud Gratianum in *c. notandum cauſ.* 23. *quæſt.* 2. Proinde negat quisquam, flumina omnibus eſſe communia jure naturali? negat, fluminum innoxium uſum pertinere ad hos qui non ſunt cives? neget etiam, fluminum publicorum communem uſum eſſe, ſicut viarum publicarum & littorum: neget, publice licere cuilibet in his ædificare & deſtruere, dum tamen hoc ſine incommodo cujuſquam fiat; quod apertis verbis affirmat Ulpianus; & infra plenius demonſtrabo *lib.* 4. *c.* 1.

6. Quibus hic accedit cumulus, quod Marcianus in *l.* 2. *D. de rerum diviſione* res omnes non in quinque genera diſtribuit; ſed, omiſſis publicis, ſolum meminit earum quæ communes ſunt jure naturali omnium, deinde quæ univerſitatis, tum quæ nullius, denique quæ ſingulorum privatæ ſunt; easque deinceps eodem ordine perſequitur. Nam ſi ſuſtinuiſſet, naturas publicarum communiumque rerum dividere: nihil cauſæ habuiſſet; cur, expuncta una parte, diviſionem propoſuiſſet haud perfectam. Utique leve eſt, quod a nonnullis fingitur, publicarum rerum ſimiliter, ut communium, feciſſe mentionem; quæ deinde rurſus, neſcio quo fato, interierit. Sed nec illud ſapit, quod aliis placet, argumento particulæ adverſativæ, *ſed*, (quæ eſt in *l.* 4. §. 1. *D. eod. tit.*) non id ſediſſe Marciano, ut publicas res excluderet: quas,

quas, etsi in divisione non adscripserit in *d. l.* 2. tamen in ipso tractatu omisisse non videatur. Nam & huic conjecturæ obstat ratio divisionum; obstat usus verborum; obstant impressa Accursii exemplaria: in quibus non nuda vocula, *sed*, verum addita conjunctione legitur, *sed &*: atque ita quidem facta seu species utriusque loci distinguuntur; verum jura separationem non adgnoscunt. Quamquam esto verior lectio, *sed flumina*; num idcirco Marcianus, alia esse fluminum portuumque, alia marium & littorum jura, ostendit? Quid si enim flumina & portus non littoribus rebusque cæteris communibus, sed villis, sed ædificiis, sed monumentis, opponat? quid si, *sed*, usurpet pro *sed &*?

7. Extant apud nostros exempla in quibus ea particula ratione sumitur haud dispari: ut apud Ulpianum in *l.* 5. §. *ult. D. Ad legem Aquiliam. Dicit igitur Julianus, injuriarum quidem actionem non competere. An ex locato dubitat; quia levis duntaxat castigatio concessa est docenti. Sed lege Aquilia posse agi non dubito.* Id est, sed & lege Aquilia: utramque enim actionem, & locati, & legis Aquiliæ, in ea specie venire, idem Ulpianus refert *l.* 13. §. 4. *D. Locati conducti.* Justinianus quoque in §. 6. *Inst. de interdictis* sic infit. *Recuperandæ possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel ædium vi dejectus fuerit. Sed ex constitutionibus sacris, si quis rem per vim occupaverit dominio ejus privatur &c.* Ubi *sed ex constitutionibus* dicitur pro *sed & ex constitutionibus*: ut apparet ex *l.* 1. § 2. *D. de vi & de vi armata.* Ulpianus *l.* 9. §. 1. *D. de usufructu. Et si apes* (alii legunt *lapides*) *in eo fundo sint, earum quoque ususfructus ad eum pertinet. Sed si lapidicinas habeat & lapidem cædere velit, bis usurum Sabinus ait quasi bonum patrem familias. Sed si hæc metalla post usumfructum legatum sint inventa, continentur legato.* Id est, sed & si lapidicinas habeat, sed & si hæc metalla: quod Accursii exemplar exprimit. Facile esset, infinita alia ejus generis exempla in medium adferre; nisi ex hisce pauculis intelligeretur plus satis, sic accipiendum esse Marcianum dicto loco, quasi dixisset, non tantum aërem, fontes, mare, & per hoc littora maris esse omnium jure naturali communia, sed & flumina pene omnia & portus publica seu communia esse.

8. At Tribonianus publica & communia distinguit in *d. pr. Inst. de rerum divisione*, sic scribens. *Quædam naturali jure communia sunt omnium, quædam publica, quædam universitatis, quædam nullius, pleraque singulorum* &c. Quid dicam? aliquid turbatum esse? vix dubito. Peccatum tamen sit imprudentia Triboniani, qui supplere atque interpretari Marcianum cum vellet, perdidit; an, quod ante me suspicatus Franciscus Hotmanus, Vir Clarissimus, lateat scripturæ vitium, legendumque sit, *quædam naturali jure communia sunt omnium,* (*quæ eadem publica*) *quædam universitatis, quædam nullius &c.* nondum constitui. Quidquid est, mirum sane est, quantopere ea, quam dixi, Marciani sententia adjuvetur, si membra illa quæ Tribonianus ex Marciani libro tertio Institutionum laceravit ac discerpsit sub titulo Pandectarum, *De rerum divisione*, *capite* 2. 4. & 6, sic pene quasi postliminio coalescant.

Quædam naturali jure communia sunt omnium, quædam universitatis, quædam nullius, pleraque singulorum, quæ variis ex causis cuique adquiruntur. Et quidem naturali jure communia omnium sunt illa, aër, aqua profluens, mare, & per hoc littora maris: nemo igitur ad littus maris accedere prohibetur piscandi causa, dum tamen villis & ædificiis & monumentis abstineatur, quia non sunt juris gentium, sicut est mare, idque & Divus Pius piscatoribus Formianis & Capenatis rescripsit. Sed (vel *sed &*) *flumina pene omnia & portus publica sunt; in tantum, ut & soli domini constituantur, qui ibi ædificant; sed quamdiu ædificium manet: alioquin ædificio dilapso, quasi jure postliminii revertitur locus in pristinam causam, & si alius in eo loco ædificaverit, ejus fiet. Universitatis sunt, non singulorum; veluti quæ in civitatibus sunt theatra & stadia & similia, & si qua alia sunt communia civitatum* &c.

Quæ tantum non eadem sunt iis, quæ a Neratio in *d. l.* 14. *D. de adquirendo rerum dominio*, item ab Ulpiano in *d. l.* 24. *D. de damno infecto*, & Michaële Attaliate *tit.* 2. *Pragmaticorum*, Prudentio, & aliis supra sunt tradita.

Caput IX.

1. *Festinantes occupatosque homines nonnumquam aliud scribere aut loqui, quam initio destinarunt.* 2. *Id Plautum bene observasse.* 3. *Evenisse Virgilio, Ciceroni, Augusto.* 4. *Ulpiano quoque in l.* 5. *D. Ad legem Aquiliam, & in Titulo* VII. *Collationis legum Mosaicarum & Romanorum.* 5. *Differentia traditur legis Corneliæ, legis Aquiliæ, & legis naturæ, in punienda cæde furis nocturni minus necessaria. Pauli quoddam Fragmentum declaratur in dicto Titulo septimo.* 6. *Fugitivum esse ostenditur Ulpiani caput* 9. *D. Ad legem Corneliam de sicariis, improbata opinione Gulielmi Budæi, Viri Clarissimi.*

1. Qui aliquando mentem animi ad hominum dicta factaque paulo diligentius adjicit: næ is experiundo facile comperiet, quam sæpe universis eveniat, ut in mera luce cæcutiant; & quæ ipsi recte intellexerint, ea prodere, sicut intellecta sunt, nequeant: sive quod fortior aliquis affectus impedimento est, quo minus sua peræque constet ratio memoriæ: sive quod nimia acceleratio sæpe efficit, ut animus, dum pluribus intenditur, variet, atque ad alia aberret, quam sibi dicenda faciendave initio proposuerat.

2. Vidit hoc, ut est gravis morum censor, Plautus: vidit atque etiam belle in *Casinam* transtulit *act.* 2. *scen.* 6. amorem senilem introducens his verbis.

St. *Appone hic sitellam, sortes cedo mihi, animum advertite.*
Atque ego censui abs te posse hoc impetrare, uxor mea,
Casina ut uxor mihi daretur; & nunc etiam censeo.
Cl. *Tibi daretur illa?* St. *Mihi enim. Ah non id volui dicere!*
Dum mihi volui, huic dixi: atque adeo, dum mihi cupio, perperam

Jam dudum hercle fabulor. CL. *Pol tu quidem atque etiam facis.*
ST. *Huic, imo hercle mihi. Vah tandem redii vix veram in viam.*
CL. *Per pol sæpe peccas.* ST. *Ita fit, ubi quid tantopere expetas.*

3. Hanc autem memoriæ inconstantiam sicut in plebe Comicus animadvertit: ita in Virgilio Higinus observat aliquoties; teste Gellio *lib.* 10. *Noct. Attic. c.* 16. Refert quoque Suetonius in *Augusto c.* 88. eum sæpe inter scribendum non litteras modo, sed syllabas quoque præterire, aut permutare, communi hominum errore. Sed & ipse Gellius *lib.* 15. *cap.* 6. scribit: in libro M. Tullii, qui est secundus *De gloria*, manifestum errorem esse non magnæ rei, quem errorem esse, possit cognoscere non aliquis eruditorum, sed qui tantum ὁμήρȣ legerit τὸ ή: nam Ciceronem versus quosdam Homeri quos in eo libro in linguam Latinam vertit, Ajacem facere loquentem; cum eos apud Homerum non Ajax dicat, sed Hector: additque Gellius, non tam id mirandum, erraſſe in ea re M. Tullium, quam non esse hoc postea animadversum vel ab ipso, vel a Tirone liberto ejus, diligentissimo homine, & librorum patroni sui studiosissimo.

4. Sed putem, Gellium mirari rem, neque novam, neque insolitam: qui aliquando sensi, & Jurisconsultos nostros erroribus iisdem fuisse obnoxios atque opportunos: eosque deinde nec ab ipsis, nec ab Interpretibus eorum esse post tot secula dispunctos. Ex Ulpiani certe, hominis alioquin docti & gravis, hominis tamen, &, quod magis, occupati, libro 18. Ad Edictum leguntur vulgo hæc verba, apud Licinium Rufinum in *Tit.* 7. *Collationis legum Mosaicarum & Romanarum*, quorum pars extat in *l.* 3. *&* 5. *D. Ad legem Aquiliam.*

Injuria occisum esse merito adjicitur: non enim sufficit occisum, sed oportet injuria id esse factum. Proinde si quis servum latronem occiderit, lege Aquilia non tenebitur, quia non injuria occidit. Sed & quemcumque alium ferro se petentem qui occiderit, non videbitur injuria occidisse; proinde si furem nocturnum, quem lex duodecim tabularum omnimodo permittit occidere, aut diurnum, quem ea quoque lex permittit; sed ita demum, si se telo defendat, videamus, an lege Aquilia teneatur. Et Pomponius dubitat, num hæc (ita editur, *hæc*, sed legendum, *hic*: id est, in hoc casu: ut *Ad Legem Aquiliam cap.* v. demonstravi) *lex non sit in usu. & si quis noctu furem occiderit, non dubitamus, quin lege Aquilia non teneatur. Sin autem cum posset apprehendere, maluit occidere, magis est, ut injuria fecisse videatur, ideoque etiam lege Cornelia tenebitur. Injuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum & circa injuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non jure factum est, hoc est, contra jus, id est, si culpa quis occiderit. Et ideo interdum utraque actio concurrit & legis Aquiliæ & injuriarum. sed duæ erunt æstimationes, alia damni, alia contumeliæ. Igitur injuriam hic accipiemus damnum culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit.*

Quid hic ait Ulpianus? si quis furem nocturnum, cum posset apprehendere, maluit occidere: magis esse, ut injuria fecisse videatur; ideoque etiam lege *Cornelia* teneatur. Potestne vero quidquam ineptius, aut Ulpiano minus consentaneum proferri? Ego sane a genio meo numquam impetravi; quo minus ea legis *Corneliæ* mentio imprudentis esse videretur, & ejus qui dicere legem *Aquiliam*, sustineret: nam huc totum illud Ulpiani Fragmentum pertinere, non dicam, colligitur ex Titulo, aut Inscriptione illius loci, aut ex connexione rerum, quamquam illa sufficerent: sed apparet ex claris Ulpiani verbis. interpretatur enim legis Aquiliæ caput primum; in eoque verba hæc, *injuria occiderit.* unde cum præsumeret, ire in nonnullas species, in quibus venire posset dubitatio, utrum cædes per injuriam facta videretur, nec ne; atque adeo incideret in furem nocturnum: dubium non est, ubi primo loco dicit, videndum esse, an lege Aquilia teneatur, qui furem telo se defendentem occiderit; & deinde subjicit, eum qui furem noctu occidit, sed metu mortis, (ut paulo plenius exprimitur in *d. l.* 5.) lege Aquilia non teneri; quin in contraria quoque specie, in qua quis maluit, furem occidere, quam, cum posset, apprehendere, potius indicare legem Aquiliam, quam Corneliam, voluerit: primum, quia ante nihil quæsivit de lege Cornelia; neque oportuit eum aliter, quam ad interrogata, respondere: deinde in ejusdem quæstionis explicatione mox iterum legis, non Corneliæ, sed Aquiliæ, meminit *d. l.* 5. §. 1. tertio proponitur cædes esse per injuriam commissa: injuriam autem, ut Ulpianus utroque in loco scribit, hic accipere nos oportet non, quemadmodum circa injuriarum actionem, contumeliam quamdam, sed quod non jure factum est, hoc est, contra jus, sive si culpa quis occiderit, etsi noluerit *d. l.* 5. §. 1. *d. t.* 7.

5. Quamquam enim in lege Aquilia sufficiat culpa qualiscumque, etiam levissima *l.* 44. *D. eod. tit.* in lege tamen Cornelia dolus pro facto accipitur; nec culpa lata, nedum levis, aut levissima, pro dolo habetur *l.* 7. *D. Ad legem Corneliam de sicariis.* Et proinde legi quidem Aquiliæ, item naturæ, culpæ, nomine obligabitur qui nocturnum furem, ubi posset apprehendere & servare, maluit perdere, invita & vetante humanitate *d. l.* 5. *& d. t.* 7. verum lege Cornelia non tenebitur, quasi commisso dolo: cum utique ei lege Duodecim Tabularum cædes nocturni furis (ut Ulpianus ait) omnimodo, id est, sine distinctione atque in infinitum, permittatur: puto, quod dolo non delinquat, cujus ratio, turbata aut metu, aut subita atque improvisa ira, non sui juris est; ut consilio potius, quam impetu, videatur decernere: nam (ut Persius ait *Sat.* 3.)

— *Face supposita fervescit sanguis, & ira*
Scintillant oculi, dicisque, facisque, quod ipse
Non sani esse hominis, non sanus juret Orestes.

Idque sine dubio est, quod Augustinus *lib.* 1. *De libero arbitrio* scribit, *Ea vindicanda sibi legem populi assumere, quæ satis sint conciliandæ paci hominibus imperitis, & quanta possunt per hominem regi: illas vero culpas alias pœnas habere, a quibus sola liberare posse videtur sapientia.* Et paulo post. *Videri tibi legem istam, quæ regendis civitatibus fertur, multa concedere, quæ per divinam providentiam vindicantur, & recte: neque enim, quia non omnia facit, ideo quæ facit improbanda esse.* Vera hæc & certa: in primis postquam Paulus *libro* 5. *Sententiarum*, *Ad legem Corneliam de sicariis & veneficis*, apud Licinium Rufinum in *d. Tit.* 7. rem aperte & his quæ dixi convenienter definit: cum, *Si quis*, inquit, *furem nocturnum vel diurnum, cum se telo defenderet, occiderit, hac quidem lege non tenetur, sed melius fecerit, qui eum comprehensum, transmittendum ad Præsidem Magistratibus obtulerit.* Nam sen-

ſenſus Pauli eſt, Eum qui furem nocturnum, vel diurnum telo ſe defendentem, occiderit tum, cum poſſet apprehendere, lege Cornelia non teneri. Idque & Cicero *Pro* *ilone* probat; *Duodecim*, inquiens, *tabulæ nocturnum furem quoquomodo, diurnum autem, ſi ſe telo defenderit, interfici impune voluerunt.* Cæterum, quia jure naturæ quisque cogitur, abſtinere a cæde hominis, quamquam legibus licita, tamen non neceſſaria; atque, ut Seneca ait *lib.* 2. *De ira c.* 27, anguſta innocentia eſt, ad legem bonum eſſe; certe latius patet officiorum, quam juris, regula; multaque pietas, humanitas, liberalitas, juſtitia, fides, exigunt, quæ extra publicas tabulas ſunt: putat Paulus, conveniens eſſe officio viri boni, non tam inſpicere hic, quid lege Cornelia ſit impune, quam quid natura ſit honeſtum: ideoque melius facturum; ſi furem, cum jure poſſet, non occiderit; ſed comprehenſum, transmittendum ad Præſidem Magiſtratibus obtulerit. Quod omnino eſt ſuadentis Jurisconſulti; id eſt, ejus, qui inſtituit tradere neceſſitatem non juris civilis, ſed naturæ: nam & Cicero ſimiliter *Pro Quintio*, *Jugulare*, inquit, *civem ne jure quidem quisquam bonus vult: mavult enim commemorare, ſe, cum poſſet perdere, pepercisse, quam, cum parcere potuerit, perdidiſſe. Hæc in homines alieniſſimos, denique inimiciſſimos viri boni faciunt & hominum exiſtimationis & communis humanitatis cauſa, ut, cum ipſi nihil ſcientes alteri incommodarint, nihil ipſis jure incommodi cadere poſſit.* Ea plana ſunt; & tamen a Pithœo non animadverſa, *Notis ad dict. Tit.* 7. ut nec a Cujacio *lib* 14. *Obſervat. c.* 15. *& in Opere poſthumo ad l.* 3. *D. de juſtitia & jure*, aliove Interprete qui ad meas manus pervenit.

6. Nec mirum: nam ipſe quoque Tribonianus, deceptus, ut mihi videtur, nudo illo legis Corneliæ ſono in *d. l.* 5. & aliud conſimile Ulpiani Fragmentum ex libro ipſius 37. Ad Edictum tranſtulit in Titulum Digeſtorum, Ad legem Corneliam de ſicariis, capite nono: quaſi voluerit Ulpianus, eum qui furem nocturnum occidit, cum poſſet ei parcere ſine ſuo periculo, legi Corneliæ de ſicariis fieri obnoxium. Sed quam recte, id ratio legis Corneliæ, id Paulus dicto loco, oſtendit. Quibus adjici poteſt, quod Ulpianus libro 37. Ad Edictum nec de judiciis publicis egit, nec de lege Cornelia; ſed de furtis, ſed de noxalibus actionibus, aliisque forte id genus privatis cauſis: ut teſtes ſunt complures loci qui inde deſcripti, reperiuntur hodie in *l.* 8. 36. 38. 42. *D. de noxalibus actionibus. l.* 16. *D. de interrogationibus in jure faciendis. l.* 50. *&* 52 *D. de furtis.* Itaque veriſimile eſt *impune ferre*, apud Ulpianum *in d. l.* 9. idem fere eſſe, quod Paulo, *innoxium eſſe*, in *l.* 45. *D. Ad legem Aquiliam*, hoc eſt, impune ferre vel innoxium eſſe lege Aquilia: neque neceſſe eſt, cum Gulielmo Budæo, Viro Clariſſimo, *Notis reliquis ad Pandectas*, *editionis Pariſienſis anni* 1543. *pag.* 39. *& ſeq* ſuſpicari, eum locum mutilatum eſſe, atque ita reſtituendum. *Furem nocturnum, ſi quis occiderit, omnino impune erit, ſi diurnum, ita, demum impune feret.* & reliqua.

7. Præſagit mihi mens mea, fore quibus, ea quæ hoc ſcripſi capite, paſſim diſplicitura ſint, non aliam ob cauſam, quam quia exiſtimant, non coli ſatis comiter majeſtatem civilis ſapientiæ: ſi quis vel in Tribonianum vel Prudentum aliquem interdum cecidiſſe humani quidpiam autumet, non tam odio ductus eorum aut novandi libidine, quam ratione & ſtudio veritatis ad quam omnes bonos collimare, fas jusque eſt. Sed hi, velim res ſuas ſibi habeant; &, ſi Diis placet, ſancte tueantur errores Veterum. ego interim curabo, ne facile ſuperſtitioni donem artem pulcherrimam; neve levibus atque inanibus effugiis ludibria quædam excitando efficiam, ut corpus Juris enervetur, & cadat, animique juvenum ad magna ſurgentes, ut ille ait, calumnia, velut peſtilenti ſidere, afflentur. Sed finio, & adſcribo ſequentia ex Quintiliano *lib.* 10. *Inſt. orat. c.* 1. *p.* 884. *Neque id ſtatim legenti per uaſum ſit, omnia quæ magni auctores dixerint, utique eſſe perfecta: nam & labuntur aliquando & oneri cedunt & indulgent ingeniorum ſuorum voluptati, nec ſemper intendunt animum, & nonnumquam fatigantur, cum Ciceroni interim dormitare Demoſthenes, Horatio vero Homerus ipſe videatur. Summi enim ſunt, homines tamen, acciditque iis, qui, quidquid apud illos repererunt, dicendi legem putant, ut deteriora imitentur, (id enim eſt facilius) ac ſe abunde ſimiles putent, ſi vitia magnorum conſequantur. Modeſte tamen & circumſpecto judicio de tantis viris pronuntiandum eſt; ne, quod plerisque accidit, damnent quæ non intelligunt. Ac ſi neceſſe eſt in alteram errare partem, omnia eorum legentibus placere, quam multa diſplicere, maluerim.*

CAPUT X.

Ulpianum in l. 5. §. 4. *D. de his qui effuderint vel dejecerint* actionem legis Aquiliæ *pro* actione in factum *imprudenter ſcripſiſſe.*

Sublatus eſt error unus Ulpiani in *d. l.* 5. *D. Ad legem Aquiliam*, *& d. Tit.* 7. *Collationis legum Moſaicarum & Romanarum*: ſequitur alter ejusdem Jurisconſulti haud diſſimilis lapſus in *l.* 5. §. 4. *D. de his qui dejecerint vel effuderint*, quæ ſic habet.

> *Cum autem legis Aquiliæ actione propter hoc quis condemnatus eſt, merito ei, qui ob hoc, quod hoſpes; vel quis alius de cœnaculo dejecit, damnatus eſt, in factum dandam eſſe Labeo dicit adverſus dejectorem. Quod verum eſt. Plane ſi locaverat dejectori, etiam ex locato habebit actionem.*

Hic recte quidem Ulpianus regreſſum concedit ei, qui eſt propterea condemnatus, quod hospes vel quis alius ex ejus cœnaculo dejecit: non enim porrigi debet pœna, niſi adverſus auctorem culpæ; etſi Prætor actionem in Edicto promittat non adverſus dejicientem, ſed adverſus inhabitantem; & hoſpes aliave ſimilis perſona non inhabitet, ſed tantiſper hoſpitetur *l.* 1. *pr. &* §. 9. *D. eod. tit.* At male Ulpianus primam eam actionem quæ adverſus habitatorem datur, legis Aquiliæ vocat: cum ſit actio in factum de dejectis & effuſis; quarum & ſubſtantia, & appellatio, diſtinctiſſima eſt: ut idem fatetur Ulpianus *d. l.* 1. §. 4. *l.* 5. *pr. &* §. 3 *D. eod. tit.* cum eo igitur §. 3. ſpecies hujus §. procul dubio eſt connectenda hoc modo.

> *Si horrearius aliquid dejecerit, vel effuderit, aut conductor apothecæ, vel qui in hoc duntaxat conductum locum habebat, ut ibi opus faciat, vel do-*

doceat, in factum actioni locus est: etiamsi quis operantium dejecerit, vel effuderit, vel si quis discentium. Cum autem in factum actione (sic enim scribo) *propter hoc quis condemnatus est, merito ei, qui ob hoc, quod hospes vel quis alius de cœnaculo dejecit, damnatus est, in factum dandam esse Labeo dicit adversus dejectorem. Quod verum est. Plane si locaverit dejectori, etiam ex locato habebit actionem.*

Sic prorsus sentio: nam & Cyrillus ita in Notis ad hunc locum *Basilic. lib.* 60. *tit.* 4. scribit. *At vero qua ratione hoc ita fit, ut damnentur lege Aquilia, non ex hoc edicto in factum actione.*

CAPUT XI.

1. *Marcianum in l.* 1. *D. de lege Pompeja de parricidiis posuisse* legem Corneliam de sicariis *pro* lege Cornelia de parricidiis. *Earum legum, ut & Pompejæ de parricidiis, quæ pœna?* 2. *Pauli Fragmentum quoddam lib.* 5. *Sentent. tit.* 24. *explicatur.* 3. More majorum *significari sæpius leges majorum. Modestinus declaratur in l.* 9. *D. de lege Pompeja de parricidiis. Jacobus Gothofredus & Jacobus Cujacius refelluntur.* 4. *Tribonianus illustratur in* §. 6. *Inst. de publicis judiciis contra Duarenum & Cujacium.* 6. *Hotmanus notatur.* 7. *Improbatur opinio Sigonii, Manutii, Couvarruviæ. Parricidii appellatio quando obtineat?*

1. Tollam quoque hoc capite aliud mendum quod habet causam superioribus non dissimilem corrumpendæ scripturæ in libro 14. Institutionum Marciani, ubi ait.

Lege Pompeja de parricidiis caveri, ut si quis patrem, matrem, avum, aviam, fratrem, sororem, patruelem, matruelem, patruum, avunculum, amitam, consobrinum, consobrinam, uxorem, virum, generum, socrum, vitricum, privignum, privignam, patronum, patronam, occiderit, cujusve dolo id factum erit, ut pœna ea teneatur, quæ est legis Corneliæ de sicariis. &c. l. 1. *D. de lege Pompeja de parricidiis.* Displicent hic postrema verba, *legis Corneliæ de sicariis.* Scribo *legis Corneliæ de parricidiis.* nam alia fuit parricidii pœna, alia homicidii: in homicidam exilio ex lege Cornelia de sicariis *l.* 3. §. 5. *D. Ad legem Corneliam de sicariis*, in parricidam culleo primum ex lege vetere, deinde ex lege Cornelia de parricidiis, animadversum fuit; ut probat Sigonius *De Judiciis lib.* 2. *cap.* 31. ejusque legis Corneliæ de parricidiis etiam Pomponius *l.* 2. §. 32. *D. de origine juris*, & Impp. Valens, Gratianus, & Valentinianus *l. ult. Cod. Theod. Ad legem Corneliam de falso* meminere. Porro pœnam, a majoribus institutam, servavit Pompejus; non sustulit, quod plerique putant, nova sicariorum substituta. De ea re signa atque argumenta, quæ habeo, paucis verbis eloquar. In primis colligitur ex ordine Titulorum qui sunt in Digestis Ad legem Corneliam de sicariis, & De lege Pompeja de parricidiis, item ex Inscriptione capitis primi utriusque Tituli, Marcianum ab Interpretatione legis Corneliæ de sicariis transiisse ad legem Pompejam de parricidiis: ita quid novum, si ejus memoria in *d. l.* 1. *D. de lege Pompeja de parricidiis* videatur reversa potius ad priora quibus adsueverat aliquatenus, quam recentioribus & vix tum inceptis inhæsisse. Jam & nominum vicinitas, & diffusior ejus loci enarratio, ostendit, quam facile potuerit occupatus animus a Cornelia de parricidiis aberrare ad Corneliam de sicariis. His accedit, quod Marcianus in *d. l.* 1. *& seqq.* diligentius enumerat plerasque personas quæ nuncupatione parricidii continentur, quam ut fas sit dubitari; an voluerit, ipsarum cædem alia expiari pœna, quam legis Corneliæ de sicariis? nam ea sine discrimine grassatur in universos qui cepere occidendi hominis consilium; nec videtur magnopere desiderare hanc sive Marciani, sive Pompeji, definitionem. Ergo juvant meam conjecturam cum ordo Titulorum, atque Inscriptio, tum ipse Marcianus. Etiam adde testimonia aliorum.

2. In quibus Paulus *lib.* 5. *Sentent. tit.* 24. §. 1. *Lege*, inquit, *Pompeja de parricidiis tenetur, qui patrem, matrem, avum, aviam, fratrem, sororem, patronum, patronam occiderit. Hi etsi antea insuti culleo in mare præcipitabantur; hodie tamen vivi exuruntur, vel ad bestias* dantur. Hactenus Paulus: primum docens, qui teneantur lege Pompeja: deinde, quæ sit ejus legis pœna: tum, quæ mutatio in eam inciderit. Sensus vero est, Hos qui lege Pompeja tenentur, antea quidem solitos culleo ex ea lege insui, atque in mare præcipitari: sed tempore Pauli non tantum culleo insutos, verum etiam vivos exustos, vel ab bestias datos, fuisse. plus dicam: *Antea* apud Paulum est, ex lege Pompeja ante Hadrianum: *Hodie* est, tempore Pauli ex Constitutione Hadriani.

3. Testis ejus rei Modestinus in *l.* 9. *D. de lege Pompeja de parricidiis*, verbis sequentibus. *Pœna parricidii more majorum hæc instituta est, ut parricida virgis sanguineis verberatus, deinde culleo insuatur cum cane, gallo gallinaceo, & vipera, & simia: deinde in mare profundum culleus jactatur. Hoc ita, si mare proximum sit: alioquin bestiis objicitur, secundum D. Hadriani Constitutionem.* Modestinus ait, parricidii pœnam, more majorum institutam, esse culleum; eumque culleum perduravisse ad Hadrianum: post deinde occœptum distingui, utrum mare proximum esset, nec ne; & hoc casu ad bestias datos parricidas; illo reservatam pœnam; more majorum institutam. Ita, opinor, Modestinus per *morem majorum* non consuetudinem, sed leges, intelligit; easque nec inepte, nec obscure. Non inepte: quia *leges* etiam *mores* dici, non dubium esse, auctor Servius ad illud Virgilii *lib.* 1. *Æneidos vers.* 268.

— *Moresque viris & mœnia ponet.*

Et Livius *lib.* 26. *c.* 3. Verba Livii. *Tribuni plebis appellati negarunt se in mora esse, quo minus, quod ei more majorum permissum esset, seu legibus, seu moribus mallet, anquireret.* Apulejus quoque *lib.* x. *Metamorph. Magistratus*, inquit, *compescere populareis, ut rite & more majorum judicio reddito, & utrimque secus allegationibus examinatis, civiliter sententia promeretur, nec ad instar barbaricæ feritatis, vel tyrannicæ impotentiæ damnaretur aliquis inauditus.* Quod Salvianus *De providentia*, & ex eo Dionysius Gothofredus ad *l.* 2. *D. Ad legem Corneliam de sicariis* legibus Duodecim Tabularum institutum cautumque memorat.

rat. Non obscure: quia ait Modestinus, culleum perdurasse ad Hadrianum; perdurare autem, nisi receptus lege & Cornelia & Pompeja, vix potuit: non enim patitur ratio; ut, quod prius consuetudine receptum est, id lege posteriore sit potentius: nec facile probabitur, (quod voluit Cujacius *ad dict. loc. Pauli*, & *ad* §. 6. *Inst. de publicis judiciis*, item Jacobus Gothofredus ad *l. unic. Cod. Theod. de parricidio*) sublatum lege Pompeja fuisse culleum; eamque legem rursus aut usu non receptam esse, aut contrario saltem usu abolitam.

4. Quinimo diserte ait Tribonianus in *d.* §. 6. *Inst. de publicis judiciis*, lege Pompeja de parricidiis caveri; ut si quis parentis, aut filii, aut omnino affectionis ejus quæ nuncupatione parricidii (sic enim legendum esse, jam complures observarunt) continentur, fata properaverit, pœna parricidii puniatur; & neque gladio, neque igne, neque ulli alii solemni pœnæ subjiciatur; sed insutus culleo cum cane & gallo gallinaceo & vipera & simia, & inter eas ferales angustias comprehensus, vel in vicinum mare, vel in amnem, projiciatur: si quis autem alias affinitate vel cognatione conjunctas personas necaverit; pœnam legis Corneliæ de sicariis sustineat. En, si quis interfecit parentem aliamve personam quæ parricidii nuncupatione continetur; ait Tribonianus, legem Pompejam locum habere: sin quam aliam personam occiderit; tantum lege Cornelia de sicariis eum teneri: neque hoc tantum, sed ait quoque, culleum lege Pompeja receptum esse. Palam hinc igitur, distinctam esse pœnam legis Corneliæ de sicariis a Pompeja de parricidiis: palam, lege Pompeja esse cautum; ut parricida ea teneatur pœna, quæ est legis Corneliæ de parricidiis. Nec turbat me quod Franciscus Duarenus *ad. tit. Pand. de lege Pompeja de parricidiis*, & Jacobus Cujacius *ad d. lib.* 5. *Sententiarum Pauli tit.* 23. §. 2. ajunt, Tribonianum legi Pompejæ adscripsisse pœnam, quæ non Pompeji sit; sed Constantini in *l. unic. Cod. de his qui parentes vel liberos occiderunt:* idque hinc colligi, quod Tribonianus in *d.* §. 6. etiam filium occidi vetuit: cum tamen filii non Pompejus, sed Constantinus, meminerit. Esto enim, ut Constantinus filii cædem patri ea lege prohibuerit; primusque jusserit, eam vindicari parricidii pœna. esto ut id jus Pompejo adscripserit Tribonianus: quid tum postea? cupiunt viri docti, quod in filii cæde a Constantino innovatum est, hoc generaliter ad parricidii pœnam porrigere? nihil agunt: negant enim id hactenus dicta: negant Suetonius in *vita Augusti cap.* 33. Seneca Pater *lib.* 3. *Controversiarum cap.* 16. Seneca Filius *lib.* 1. *De Clementia cap.* 15. & 23. Ovidius *lib.* 8. *Metamorphos. fabula* 1. Juvenalis *Sat.* 8. *vers.* 214. & *Sat.* 13. *vers.* 155. plerique auctores alii, qui vel floruerunt circa ætatem Pompeji, vel proxima ab eo tempora, hoc est, illa quibus lex Pompeja videtur obtinuisse, literis commendarunt. negant, inquam: & ideo quotiens memorant parricidii pœnas; non exilium, non bestias, non ignes; sed culleum, sed serpentes, sed simiam, nominant. quod metuo, ut futurum fuerit; si pœna quæ parricidio more majorum imposita, deinde lege Pompeja sublata, & denuo a Constantino magis restituta, quam confirmata, fingatur.

6. Hæc mea est de *d. l.* 1. sententia. aliorum ut sequerer, induci non potui. & qui possim? Nam quod Franciscus Hotmanus, in *Indice legum Romanarum*, *verb. Pompeja*, scribit, Marcianum volentem lege Pompeja caveri, ut parricida ea teneatur pœna quæ lege Cornelia de sicariis proponitur, sic accipiendum esse, quatenus lex Cornelia ad parricidas pertinet: id vereor, ne sua sponte corruat: quia ex Pomponio *l.* 2. §. 32. *D. de origine juris*, & Imperatoribus *l. ult. Cod. Theod. Ad legem Corneliam de falso*, intelligitur, distinctam a lege Cornelia de parricidiis esse legem Corneliam de sicariis: eoque alteram ad alteram non magis pertinere, quam lex Julia de adulteriis ad legem Juliam de annona, aut de repetundis, aut similem, pertinet.

7. Ejusdem farinæ est, quod scribit Sigonius *lib.* 2. *De judiciis cap.* 31. Marcianum & Modestinum, (quorum alter parricidæ ostendit pœnam legis Corneliæ de sicariis; alter culleum, gallum, viperam) a Justiniano exponi in *d.* §. 6. *Inst.* item quod Paulus Manutius *De legibus Romanorum*, *cap. de parricidii legibus*, & Didacus Couvarruvias in *Clementina*, *si furiosus*, *p.* 2. *n.* 12. ajunt, lege Pompeja de parricidiis non tantum teneri qui patrem matremve occiderint; sed etiam qui cognatis, quique patronis, intulerint violentas manus: ita tamen, ut hi pœnam legis Corneliæ de sicariis sustineant; illi magis culleo insuantur *arg. d. l.* 9. & *d.* §. 6. Nam his quoque multa adversantur. primum obstat, quod generaliter ait Marcianus, lege Pompeja caveri, ut parricida facto parricidio, ea plectatur pœna quæ est legis Corneliæ de sicariis; parricidiumque intelligi, sive quis patrem aut matrem occiderit, sive fratrem aut sororem, sive quamvis aliam personam quæ in *d. l.* 1. exprimitur. deinde adversatur, quod nec ipsa parricidii distinctio, quam faciunt docti illi viri, satis convenit tum Modestini, tum Justiniani, verbis. non enim est alia eorum sententia, quam parricidium committere eum qui de medio sustulerit patrem, aut matrem, aut ejus adfectionis personam quæ parricidii appellatione continetur: cæterum, si quis alias necaverit personas; tantum homicidium, non parricidium videri. nempe, quia legislator id verbum intra certas coarctavit personas: quæ Modestino *d. l.* 9. sunt, pater, mater, avus, avia; nec tamen hæ solæ sunt: voluit enim Modestinus, magis exemplo uti, quam excludere eas quæ a Marciano *d. l.* 1. quæque a Paulo *d. lib.* 5. *Sentent. tit.* 24. præterea recitantur atque huic sententiæ etiam facit Isidorus *lib.* 5. *Originum cap.* 26. Parricidii, inquiens, actionem non solum in eum dari qui parentem, id est, vel patrem vel matrem interemisset: sed & in eum qui fratrem occiderat: & dictum parricidium proprie quidem dici quasi parentis cædium; sed juris potestate latius accipi etiam pro fratris cæde. id vero ex Apulejo quoque intelligitur: nam is huc alludens *lib.* x. *Metamorphos.* aperte nominat, *Incestum paterno thalamo & parricidam fraterno exitio & incomminata novercæ nece sicarium.* Tum subjungit paulo post. *Nec quisquam Decurionum tam æquus remanserat juveni, quin eum evidenter noxæ compertum insui culleo pronuntiaret.* Plane, cum ait Apulejus, incomminata *novercæ nece sicarium*, impropria locutio est: nam etsi novercæ cædes non comprehendatur verbis legis Pompejæ de parricidiis: non tamen videtur omissa esse legis sententia: teste Marciano in *l.* 3. *D. de lege Pompeja de parricidiis.* Utcumque erit; apparet, ubi locum habet parricidii appellatio, ibi solemnem parricidii pœnam obtinere: ubi cessat ea appellatio, ibi non aliam esse pœnam, quam adversus homicidas lege Cornelia de sicariis constitutam.

CAPUT XII.

Eas species, quæ habent mixtam causam, in rerum divisionibus nonnumquam negligi, quasi confusas cum simplicibus; atque inde ejusdem rei modo bipartitam, modo tripartitam, distributionem esse.

Haud raro accidit in rerum divisionibus; ut auctores cum nostri, tum alii, ex iis quam trium generum esse non ignorant, duas ponant species, tertiam quæ mixta est, omittant: non tam quod hanc esse negent, quam quod velint eam in compluribus articulis inclinare ad alterutram simplicium; & sic sequi naturam atque appellationem ejus quæ in ipsa prævalet. Ex hac nota est quod Annæus Seneca *lib.* 2. *Natural. quæstion. cap* 2. de corporum divisione agens, *Aliquid est*, inquit, *continuum, aliquid commissum: continuatio est partium inter se non intermissa conjunctio: unitas est sine commissura continuatio & duorum inter se conjunctorum corporum tactus. Numquid dubium est, quin ex his corporibus quæ videmus tractamusque, quæ aut sentiuntur aut sentiunt, quædam sint composita? Illa constant aut nexu, aut acervatione: ut puta funis, frumentum, navis. Rursus non composita: ut arbor, lapis.* Ita Seneca: instituens duplicem corporum divisionem; non quasi tertium eorum genus non existat; (nam triplicia esse refert Pomponius in *l.* 30. *D. de usurpationibus & usucapionibus*) sed quod tertium illud genus, quod constat ex distantibus, ut populus, legio, grex, quodammodo mixtam ex unito & connexo habeat naturam: id enim est, quod is ipse quem dixi, Seneca ad Lucilium scribit *epist.* 102. *Quid est, quod prædicere velim? Quædam continua esse corpora, ut hominem: quædam composita, ut navem, domum, omnia denique, quorum diversæ partes junctura in unum sunt coactæ: quædam ex distantibus, quorum adhuc membra separata sunt, tanquam exercitus, populus, senatus: illi enim, per quos ista corpora efficiuntur, jure aut officio cohærent, natura diducti & singuli sunt.* Exemplum hoc unum est. addam alterum. Hermogenianus in *l.* 1. *pr.* §. 1. & 2. *D. de muneribus & honoribus*, *Munerum*, inquit, *civilium quædam sunt patrimonii, alia personarum. Patrimonii sunt munera rei vehicularis, item navicularis, decemprimatus: ab istis enim periculo ipsorum exactiones solennium celebrantur. Personalia civilia sunt munera, defensio civitatis, id est, ut Syndicus fiat* &c. Sed quamquam Hermogenianus tantum duo enumeret munerum genera, patrimonii unum, alterum personæ: non tamen hæc sola esse, ex Arcadio Charisio discimus: qui in *l.* 18. *pr.* §. 1. 18. 26. & 27. *D. eodem titulo* tertium quoque adducens, *Munerum*, ait, *civilium triplex divisio est: nam munerum quædam personalia sunt, quædam patrimoniorum dicuntur, alia mixta:* eaque deinde ordine explicat dictis locis. Aliud exemplum occurrit in *l.* 3. *D. de statu hominum:* ubi ait Gajus: *Summam de jure personarum divisionem hanc esse: quod omnes homines aut liberi sunt, aut servi.* Esse enim, præter servorum & liberorum hominum personas, etiam eas quæ mediam teneant fortunam, auctor est Imperator Constantinus in *l.* 3. *Cod. Theod. Ad Senatusconsultum Claudianum* his verbis. *Sin mulier ingenua vel ignara vel etiam volens cum servo fiscali convenerit, nullum eam ingenui status damnum sustinere. Sobolem vero, quæ patre servo fiscali, matre nascetur ingenua, mediam tenere fortunam, ut servorum liberi & spurii liberorum Latini sint, qui licet servitutis necessitate solvuntur, patroni tamen privilegio tenebuntur.* Est ergo duplex hominum divisio, in liberos & servos: imo triplex, in liberos, servos, & eos qui ex utrisque mutuantur, quales Latini: quos & Tacitus notat *lib.* 13. *Annal. c.* 27. *Manumittendi*, inquiens, *duas species institutas, ut relinqueretur pœnitentiæ aut novo beneficio locus; quos vindicta patronus non liberaverit, velut vinculo servitutis attineri:* id est, (ut eleganter & verbis Juris Seneca *lib.* 3. *Natural. quæstion.*) solum jure naturæ liberos esse, non ex jure Quiritium: sive, ut ait auctor cujusdam Fragmenti, (quod Pithœus Notis suis ad *Collationem legum Mosaicarum & Romanarum, in fine, pag.* 237. subjecit) non esse liberos; sed domini voluntate in libertate morari, & tantum serviendi metu dimitti. Addit idem auctor: quod hi principio manebant quidem servi, & manumissores audebant eos denuo in servitutem per vim ducere: interveniebat tamen Prætor; & non permittebat, manumissum servire: sed deinde lege Junia propriam libertatem acceperunt, & Latini Juniani facti sunt: ita tamen, ut quamquam liberi vitam suam peragerent, ipso tamen ultimo spiritu simul animam & libertatem amitterent; & manumissores eorum bona quasi servorum jure quodammodo peculii detinerent. §. 4. *Inst. de successione libertorum.*

Aliud exemplum est in §. 3. *Inst. de jure naturali, gentium, & civili:* in quo ex Ulpiano docet Imperator, jus aliud esse scriptum, aliud sine scripto venire: cum tamen mixti quoque juris meminerit Paulus *lib.* 5. *Sententiarum tit.* 4. *De injuriis*, §. 6. *Injuriarum*, inquiens, *actio aut lege, aut more, aut mixto jure introducta est. Lege duodecim tabularum de famosis carminibus, membris ruptis, & ossibus fractis. Moribus, quotiens factum pro qualitate sui arbitrio judicis æstimatum congruentis pœnæ supplicio vindicatur. Mixto jure injuriarum actio ex lege Cornelia constituitur, quotiens quis pulsatur, vel cujus domus introitur ab his, qui vulgo directarii appellantur* &c. Quid vero mixtum jus est? ego puto, id posse duobus modis appellari: uno, si lex scripta subsequente deinde usu recipitur; quo sensu omnes leges quibus obligandi vis est, mixti juris sunt; cum legis non receptæ vis nulla sit: ut Julianus notat in *l.* 32. §. 1. *D. de legibus*; & Practici norunt, Menochius *lib.* 2. *Præsumption.* 2. *n.* 1. Leoninus *consil.* 10. *num.* 1. altero modo jus mixtum appellatur, cum consuetudo legi non dat auctoritatem, sed originem: id est, cum viridem vigentemque consuetudinem subsequens postea lex firmat: eoque sensu possit forte lex Cornelia mixti juris videri, apud Paulum dicto loco.

Pariter dicendum est de sensu *l.* 25. *D. de obligationibus & actionibus:* in qua Ulpianus, ex eoque Imperator in §. 1. *Inst. de actionibus*, duplicem fecit omnium actionum divisionem, in rem, & in personam. Nam præterea mixtas esse actiones tam in rem, quam in personam, re-

refert idem Imperator in §. 20. *Inst. eod. tit.* Credidit quidem Antonius Faber *De erroribus Pragmaticorum p.* 4. *Decad.* 94. *cap.* 5. *& seq.* a Glossis violatum esse eum locum. sed male: ajunt quippe Diocletianus & Maximianus similiter in *l.* 7. *Cod. de petitione hereditatis. Hereditatis petitionem*, *quæ adversus pro herede vel pro possessore possidentes exerceri potest*, *præscriptione longi temporis non submoveri*, *nemini incognitum esse*, *cum mixtæ personalis actionis ratio hoc respondere compellat* &c. Sed & Paulus *l.* 1. *D. Finium regundorum. Finium*, inquit, *regundorum actio in personam est*, *licet pro vindicatione rei sit.* Hoc est, etiam in personam est actio, licet rei vindicationem contineat: sive, ut de petitione hereditatis respondit Ulpianus in *l.* 25. §. 18. *D. de petitione hereditatis*, *Etsi in rem actio sit*, *tamen præstationes habet personales:* id est, utrimque mutuatur. Idque de communi dividundo, ac familiæ ercifcundæ, judiciis similiter dicendum esse, vult Ulpianus in *l.* 4. §. 3. *D. Communi dividundo*, & *l.* 22. §. 4. *D. Familiæ erciscundæ:* quo minus dubium fuerit, quin præter actiones quæ in rem, quæque in personam, sunt, tertium quoque veniat actionum genus: quibus ex utrisque participantibus, simul rem nostram esse, & præterea adversarium dare facere oportere, intendimus. De quo Hotmanus *ad d.* §. 20. quem vide.

Hactenus de iis divisionibus, a quibus mixtæ species penitus exclusæ, dixi satis: proximum est, ut annotem etiam nonnullas in quibus, præmissa bipartita divisione, deinde & tertium genus quod mixtum est, subjicitur, quasi enumeratum ante, tametsi non sit enumeratum. Exemplum habet Modestinus in *l.* 4. §. 2. *D. de gradibus*, sic scribens. *Cognationis substantia bifariam apud Romanos intelligitur: nam quædam cognationes jure civili*, *quædam naturali connectuntur*, *nonnunquam utroque jure concurrente & naturali & civili*, *copulatur cognatio* &c. Ecce; dupliciter dividitur cognatio, & tamen tria sunt cognationis genera.

Aliud exemplum habet Gellius *lib.* 2. *Noctium Atticarum cap.* 7. sic loquens. *Omnia*, *quæ in rebus humanis fiunt*, *sicut docti censuerunt*, *aut honesta sunt*, *aut turpia. Quæ sua vi recta sunt*, *aut honesta*, *ut fidem colere*, *ut patriam defendere*, *ut amicos diligere*, *ea fieri oportet*, *sive imperet pater*, *sive non imperet. Sed quæ his contraria*, *quæque turpia & omnino iniqua*, *ea ne si imperet*, *quidem. Quæ vero in medio sunt*, *& a Græcis tum* ἀδιάφορα, *tum* μέσα *appellantur*, *ut in militiam ire*, *rus colere*, *honores capessere*, *causas defendere*, *uxorem ducere*, *quoniam & hæc & his similia per sese ipsa neque honesta sunt*, *neque turpia*, *sed proinde*, *ut &c.* Quæ locutiones ideo observandæ sunt, ne quis velit, quod video compluribus, iisque gravibus, Interpretibus placere, facile properare aut ad reprehensionem aut ad emendationem tum Florentini in *l.* 49. §. 1. *D. de heredibus instituendis*, tum Justiniani in §. 4. *Inst. de heredum qualitate & differentia*; ubi sic scribunt. *In extraneis heredibus illud observatur*, *ut sit cum eis testamenti factio*, *sive ipsi heredes instituantur*, *sive hi*, *qui in potestate eorum sunt: Et id duobus temporibus inspicitur: testamenti facti*, *ut constiterit institutio: mortis vero testatoris*, *ut effectum habeat. Hoc amplius*, *& cum adit hereditatem*, *esse debet cum eo testamenti factio*, *sive pure*, *sive sub conditione heres institutus sit. Nam jus heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est*, *quo adquirit hereditatem: medio autem tempore inter factum testamentum & mortem testatoris*, *vel conditionem existentem*, *mutatio juris heredi non nocet*, *quia*, *ut diximus*, *tria tempora inspici debent.* Hæc illi: primum duo exigentes tempora quibus cum herede sit testamenti factio: deinde & tertium. Nec male: est enim, ubi inspicitur aditæ hereditatis tempus; est, ubi non inspicitur: sive est, ubi tempus aditæ hereditatis conjungitur cum mortis tempore: est, ubi separatur. conjungitur autem, quatenus vitium, incidens inter tempus mortis & tempus aditæ hereditatis, ubi pura est institutio, vel post existentem conditionem, ubi conditionalis, aditionem impedit, utcumque ante eam fuerit rursus sublatum; secus ac fieret, si idem inter tempus conditi testamenti & mortis contigisset. separatur vero, quatenus testamenti factio non tantum cum herede tempore facti testamenti mortisque exigitur; sed præterea etiam tempore aditionis: hoc est, separatur, quatenus illa, quam dixi, utriusque temporis conjunctio non operatur hactenus, ut qui tempore mortis capax fuit, idem etiam tunc, cum postea capax esse desierit, fictione juris adhuc capax intelligatur. Idque est, quod in fine *d.* §. 1. dicitur, *Medio autem tempore inter factum testamentum & mortem testatoris*, *vel conditionem institutionis existentem*, *mutatio juris non nocet heredi*, *quia*, *ut diximus*, *tria tempora inspici debent.* Nam sensus est, quia hactenus tria hæc tempora, nempe facti testamenti, mortis & conditionis existentis inspici debent.

Caput XIII.

1. Id est *pro* idem est. 2. *Quis sit sensus l.* 42. *D. de verborum significatione Doctorum Virorum opinione.* 3. *Is sensus rejicitur. primum*, *quia tutor doli nomine damnatus*, *jure tum gentium*, *tum civili infamis est ex Veterum sententia.* 4. *Deinde*, *quia tutor damnatus ob latam culpam nec civili jure*, *nec jure gentium*, *notatur. Explicatur Edictum Prætoris in l.* 1. *D. de his qui notantur infamia.* 5. *Explosam esse a nostris sententiam putantium*, *omnia peccata esse paria*; *& non esse sapientis*, *ignoscere.* 6. *Explicatur Ulpianus in l.* 6. §. 7. *D. eod tit.* 7. *Doli & latæ culpæ differentia. Rursus Ulpiano lux l.* 3. §. *ult. D. de suspectis tutoribus.* 8. *Justiniani verus sensus investigatur in* §. 6. *Inst. de suspectis tutoribus*; *etiam Ulpiani l.* 2. §. 41. *D. Ad Senatusconsultum Tertyllianum.* 9. *Adferuntur complura loca in quibus lata culpa appellatur dolus & dicitur dolo comparari.* 10. *Ea quemadmodum accipienda.* 11. *Lata culpa quando infamet*, *quando non infamet? explicatur l.* 7. §. 1. *D. de suspectis tutoribus.* 12. *Emendatur & explicatur noviter Ulpianus in d. l.* 42. *D. de verborum significatione.* 13. *Facile labi Interpretes*, *cum incidunt in verba*, *quæ secundum quid intelligenda sunt.* 14. *Paulus explicatur ad Hebræos c.* 7. §. 3. *lo-*

locique similes produntur ex Seneca, & Javoleno. 15. *Verba hæc*, cum alia probatio non est, cum deficit probatio, si aliter veritas inveniri non possit, *quid significent multis in locis.*

1. Apud Ulpianum sub titulo D. *de verborum significatione* sic scriptum est c. 42. *Probrum & opprobrium, id est, probra quædam natura turpia sunt, quædam civiliter & quasi more civitatis: ut puta furtum, adulterium natura turpe est. Enimvero tutelæ damnari hoc non natura probrum est, sed more civitatis: nec enim natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum incidere.* Hoc Fragmentum difficile est; & interpretationem pleniorem exigit. Ait Ulpianus, *Probrum & opprobrium.* Hæc verba quid velint, latius tradidere Cujacius & Gœddæus *ad tit. D. de verborum significatione.* Deinde ait Ulpianus, *id est.* Accursius legisse videtur, *idem est*; ut sensus sit, probrum & opprobrium idem esse: itaque nonnulli restituunt; & bene, ut Albericus Gentilis monuit post Fornerium: addens, *id est*, pro *idem est*, diminute scribi solere: ejusque rei etiam Petrus Diaconus meminit: apud quem Nota hæc ID'. E. explicatur *idem est*, IDQ. pro *idemque* scribitur.

2. Ait porro Ulpianus, *Probra quædam natura turpia sunt, quædam* &c. Censent viri docti, hisce verbis nihil aliud significare Ulpianum, quam probrum & opprobrium esse duûm generum: unum natura, alterum civiliter & quasi more civitatis: natura quidem furtum & adulterium; sed more civitatis damnationem tutelæ. Sic viri docti: sed infeliciter.

3. Tutor enim aut doli aut latioris culpæ damnatur. Et si doli damnatur; palam est, eum non minus natura, quam jure civili, notari: nam absque legibus foret; tamen illa juris gentium ratio, & quam natura inter homines constituit, repugnaret societas, quo minus hominem homini insidiari jus fasque esset. Pulchre Cicero, *De officiis lib.* 3. *Rationem*, inquit, *hoc postulare, ne quid insidiose, ne quid simulate, ne quid fallaciter.* Id vero si generaliter & in omnibus placet: quanto magis dicendum; cum fraus est pupillo innexa a tutore: cujus is curæ fideique idcirco est commissus, quod se ipse per impuberem ætatem defendere non potest? Sed, ut Lactantius ait *lib. 6. Divin. Inst. c.* 12. magnum est justitiæ opus, pupillos & viduas destitutos & auxilio indigentes defendere: idque universis naturali lege præscribi, non tantum Christiani novimus, ne quis putet; sed & Gentilibus procul dubio fuisse, ex Lucretio *lib.* 5. *Rerum naturalium*, & Juvenali *Sat.* xv. *vers.* 131. *& seqq.* item A. Gellio *lib.* 5. *Noctium Atticarum cap.* 13. intelligimus. Neque adeo potuit Lactantius dissimulare *d. loc.* illos sentire, natura justum esse, tueri eos qui tutela carent. Possent hæc stabiliri plurium auctorum punctis quibus tutoris dolus anumeratur sceleribus jure naturali aut gentium illicitis: sed cur conabor, solem facibus illustrare? Hesiodus tamen, quia omnium instar est, audiatur. Versus Hesiodi in vulgata interpretatione in *Operibus & diebus vers.* 318. *& seqq.* sic habent.

Opes vero non rapiendæ: divinitus enim datæ multo meliores:
Si quis namque & manibus per vim magnas opes traxerit,
Aut lingua spoliarit, (qualia multa
Fiunt, quam primum lucri amor mentem deceperit
Hominum: pudorem vero impudentia expulerit)
Facile & illum obscurant Dii, minuuntur vero familiæ
Viro illi: exiguum vero ad tempus divitiæ adsunt.
Par est delictum, si quis supplicem & hospitem malo adficiat,
Quique fratris sui cubilia adscenderit,
Furtivi causa concubitus uxoris, scelerata patrans,
Quique mala cujuspiam fraude deceperit orphanos liberos.
Quique parentem senem misero in senectæ limine
Probris adfecerit, gravibus incessens verbis.
Huic certe Jupiter irascitur, ad extremum vero
Pro operibus iniquis gravem exhibet talionem.

4. At sicut in superiore specie in qua ob dolum condemnatur tutor, locum non habent Ulpiani verba; quia tum non minus jure gentium, quam more civitatis, infamatur: ita falsa sunt, si ad latam accommodentur culpam: quia ob hanc damnatus, neque jure gentium, neque more civitatis, probrosus est. etsi fatear, si sola considerentur Edicti verba quæ extant in *l.* 1. *D. de his qui notantur infamia*, vix esse, ut ab infamia possit excusari tutor, quacumque ratione suo nomine damnatus directo judicio. interim ut in plerisque aliis cum Legibus, tum Edictis, factum: ita in hoc observasse videntur Jurisconsulti; ut Edicti verba ab ejus mente discernerent; & cum generaliter ediceret Prætor, infamia notari eum qui tutelæ suo nomine non contrario judicio damnatus erit; multum referre existimarent, utrum ob dolum, an ob culpam, ob malitiam, an ob ignorantiam, damnaretur; ignoscendumque esse illi, si ad peccatum ignoranter, imprudenter, incauteque laberetur; veniam vero habere, si sciens peccaret, non oportere.

5. Hujus observationis quæ habeo testimonia documentaque, paucis adscribam verbis. Primum erit, quod passim explosa est sententia eorum qui definiunt, omnia peccata esse paria; neque sapientis esse, ignoscere: vel Seneca teste *lib.* 2. *De clementia c.* 5. *& seqq.* & Cicerone *pro Muræna*; ne quid de nostris dicam, apud quos ea res certissima est.

6. Alterum argumentum est, quod Prætor ipse, quamquam in Edicto generaliter atque indistincte loquitur de notandis his qui suo nomine damnati erunt tutelæ directis judiciis: tamen ab infamia liberat damnatos contrariis judiciis; ac, nisi fallor, ostendit illo exemplo, quis animus ejus sit etiam in directis judiciis: præsertim cum neque dubium sit; quin si unum vel alterum lege introductum est; bona occasio sit, cætera quæ tendunt ad eamdem utilitatem, vel interpretatione vel jurisdictione suppleri *l.* 12. *&* 13. *D. de legibus.* Sed Ulpianus animum Prætoris illum quem dixi, ex eodem principio vere & pulchre exprimit *l.* 6. §. 7. *D. de his qui notantur infamia: Contrario*, inquiens, *judicio damnatum non esse infamem, nec immerito; nam in contrariis* (judiciis) *non de perfidia agi, sed de calculo, qui fere judicio solet dirimi.* Clare enim Ulpianus duo, quasi certa atque explorata, tradit: primum, Prætoris Edicto notari perfidiam; excusari errorem; & quidquid perfidiæ appellatione non continetur: deinde, non esse infamem, qui est damnatus contrario tutelæ judicio. clare, inquam: nam damnatus con-

contrario tutelæ judicio, non ſit infamis ex Ulpiani ſententia: & eſt ratio, quia in contrariis judiciis non ſolet agi de perfidia. quare prius eſt, ut tutor propter perfidiam fiat infamis: neque hoc tantum; ſed etiam, ut propter ſolam: absque enim illo eſſet; vana foret Ulpiani concluſio: dicentis, Edictum ad contraria non pertinere: quia in hisce non ſolet quæri de perfidia. quod ſi autem Prætor ſolam notat tutoris perfidiam: ſine dubio probatum eſt, eum ob latam culpam damnatum, non modo non jure gentium, ſed nec more civitatis, notari.

7. Siquidem alia eſt lata culpa; alius dolus, ſeu perfidia: dolus naſcitur ex conſilio; lata culpa ex ſocordia, ex ſimplicitate: dolus ſcientiam habet; lata culpa ignorantiam: dolus eſt omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita *l.* 1. §. 2. *D. de dolo malo;* lata culpa eſt nimia negligentia: id eſt, non intelligere quod omnes intelligunt *l.* 213. §. *ult. D. de verborum ſignificatione:* itaque Terentius in *Hecyra* 2. 1. operam a culpa ſeparat, teſte Donato: qui ait, operam eſſe, ſi ſcientes læſerimus; culpam, ſi neſcientes: alteram ſceleris, alteram ſtultitiæ, eſſe. Sed quid multa? ipſe in hunc ſenſum Ulpianus *l.* 3. §. *ult. D. de ſuſpectis tutoribus.*

Qui, inquit, *ob ſegnitiem*, *vel ruſticitatem*, *inertiam*, *ſimplicitatem*, *vel ineptiam*, *remotus ſit*, *in hac cauſa eſt*, *ut integra exiſtimatione tutela vel cura abeat.*

E re erit, ſingula Ulpiani verba exponere: quia moleſta ſunt Studioſis Juris. Primum quid *ſegnities*, niſi animi hebetatio, niſi ſtupiditas: id eſt, lata culpa, ſive non intelligere quod omnes intelligunt? Hoc ſenſu *ſegnitiem* accepit Juſtinus *lib.* 34. *Rex*, inquiens, *Syriæ Antiochus Ptolomæo*, *majoris ſororis ſuæ filio*, *Regi Ægypti*, *bellum infert*, *ſegni admodum & quotidiana luxuria ita marcenti*, *ut non ſolum regiæ majeſtatis officia intermitteret*, *verum etiam ſenſu hominis nimia ſagina careret.* Non minus clara apud Ulpianum *ineptiæ* ſignificatio eſt. nam, ut Iſidorus, *lib.* 10. *Originum*, *Ineptus apto contrarius eſt*, *quaſi inaptus.* Et Donatus, in *Auctoribus Latinæ linguæ pag.* 1354. *Ineptum*, inquit, *quod a quovis reprehendi poteſt* Et *pag.* 1357. *Ineptum eſt tantum ſtultum.* Idem de *ſimplicitate* dicam, vel Juſtiniano teſte *l. ult. pr. in. fin. C. Arbitrium tutelæ*, ſequentibus verbis. *Neque enim ſic homo ſimplex*, *imo magis ſtultus invenitur*, *ut in publico inventario ſcribi contra ſe aliquid patiatur.* Apulejus *Apologia*, ſimili ſenſu, *Quæ*, inquit, *ab illis ad oſtendendum crimen objecta ſunt vana & inepta & ſimplicia. Simplicitati* jungit Ulpianus *ruſticitatem*: quomodo Ovidius, *Heroid. Epiſt.* 16.

Ab nimium ſimplex Helene, *ne ruſtica dicam.* Eam autem *ruſticitatem* cum *imperitia* a *dolo* ſeparat Ulpianus *l.* 7. §. 4. *D. de jurisdictione.* Sed nec *inertiam* Ulpianus *d. l.* 3. §. *ult.* a lata culpa diſtinguit. nam, ſi Iſidoro credimus *d. lib.* 10. *pag.* 1078. *Iners ſine arte*, *& ob hoc ne operis quidem ullius.* quin Horatius *lib.* 1. *Epiſt.* XI. *inertiam* pro *ſtultitia* dixit ſequentibus verbis.

Strenua nos exercet inertia: navibus atque
Quadrigis petimus bene vivere.

Ovidius quoque *lib.* 5 *Faſtorum.* Verba. Ovidii.

Venerat in morem populi depaſcere ſaltus:
Idque diu licuit, *pœnaque nulla fuit.*
Vindice ſervabant nullo ſua publica vulgus,
Jamque in privato paſcere inertis erat.

Sed apparet, *ſegnitiem*, *ruſticitatem*, *inertiam*, *ſimplicitatem*, *ineptiam*, Ulpiano *d. l.* 3. §. *ult.* eſſe latam culpam: ac proinde, cum ei infamis non habetur tutor, ob ſegnitiem, ruſticitatem, inertiam, ſimplicitatem, vel ineptiam, remotus: quid reſtat, niſi ut infamis ei non habeatur tutor, a tutela ob latam culpam remotus?

8. Ulpiano addam Imp. Juſtinianum §. 6. *Inſt. de ſuſpectis tutoribus;* aut enim me fallit conjectura, aut ſenſu plane ſimili, *Suſpectus*, inquit, *remotus*, *ſi quidem ob dolum*, *famoſus eſt: ſi ob culpam*, *non æque.* Dolum certe opponit culpæ; ac doli nomine perfidiam, operam, conſilium, complectitur; culpæ vero verbo non aliam, quam latam, ſignificat. Atque huic meæ interpretationi quod firmius certiusve dabo argumentum; quam quod tutor a tutela nusquam in toto Juris Corpore ob levem culpam removetur; cum ne cauſa quidem ſit virum bonum & idoneum ab ea removendi ob errorem levem: ſed ob ſegnitiem, ruſticitatem, ineptiam, ſimplicitatem, inertiam, id eſt, ob id quod idoneus non eſt ad adminiſtrandum, ſive, ut dixi, ob latam culpam, eum a tutela integra exiſtimatione abire, rationis eſt, & ex Ulpiano mox demonſtratum eſt? Sed & idem Ulpianus in quadam Severi Conſtitutione quæ eſt in *l.* 2. §. 2. *D. Qui petant tutores*, *& l.* 2. §. 23. *D. Ad Senatusconſultum Tertyllianum*, tutores *rejectos* exponit, *ſuſpectos* remotos, vel *ob negligentiam* vel *ignaviam* repulſos *d. l.* 2. §. 41. *D. eod. tit.* Id vero indigitat, vel ob dolum malum rejectos, vel ob culpam latam. nam, ſi Nonium audimus *cap* 1. *num.* 142. *Ignavum & ſegne*, *torpidum*, *effeminatum & ſine igni.* Feſtus autem *Negligentem* exponit, *non legentem*, *neque electum habentem quid debeat facere.* Cicero *lib.* 2. *De inventionibus c.* 32. *Non hanc imprudentiam*, *aut caſum*, *aut neceſſitudinem*, *ſed inertiam*, *negligentiam*, *fatuitatem nominari oportere.* Qualem in Claudio negligentiam obſervat Suetonius in *ejus vita cap.* 40. his verbis. *Sermonis vero rerumque tantam ſæpe negligentiam oſtendit*, *ut nec quis*, *nec inter quos*, *quove tempore ac loco*, *verba faceret*, *ſcire ac cogitare exiſtimaretur.* Eam negligentiam Ulpianus *l.* 7. §. 2. *D. de adminiſtratione tutorum* vocat, *latam negligentiam;* & in *l.* 213. §. *ult. D. de verborum ſignificatione*, *latam culpam: Lata*, inquiens, *culpa eſt nimia negligentia*, *id eſt*, *non intelligere quod omnes intelligunt.* Atque hoc ſi eſt: (eſt autem veriſſimum) probatum eſt, Juſtinianum *d.* §. 6. cum ait, *Suſpectum remotum*, *ſi quidem ob dolum*, *famoſum eſſe: ſi ob culpam*, *non æque*, nihil aliud velle; quam tutorem ob dolum remotum, infamem eſſe; ob culpam latam, non æque: ſcilicet, quia numquam tutor ob levem culpam removetur; latæ vero culpæ talis cohæret ignorantia, ut dolo careat *l.* 2. §. 5. *D. de doli mali exceptione.*

9. Videamus tamen, (inquies) ne hoc falſum ſit: nam etſi culpa lata non ſit dolus; ſolet tamen dolo comparari *l.* 1. §. 1. *D. Si menſor falſum modum dixerit*, prope dolum eſſe *l.* 29. *D. Mandati*, in doli crimen cadere *l.* 1. §. 5. *D. de obligationibus & actionibus*, dolus eſſe *l.* 226. *D. de verborum ſignificatione* Nec adeo mirari quisquam debet: ſi Imperator *d.* §. 6. doli vocabulo cum dolum comprehenderit, tum latam culpam. In primis, cum & Ulpianus hoc faciat in *l.* 7. §. 1. *D. de ſuſpectis tutoribus*, *& l.* 42. *D. de verborum ſignificatione.*

10. Sed diſcutio illam nubem; & dico, latam culpam a noſtris ſub dolo quandoque comprehendi: non quia eſt; (nihil enim, ſi bene ponitur calculus, æque dolo adverſatur, quam or-

erroris & stultitiæ suspicio, *per Glossam in l.* 1. *in fine D. de abigeis, & textum in l.* 12. §. 2. *& 3. D. de liberali causa*) sed quia per culpam dolo proximam dolus repræsentatur, auctore Ulpiano in *l.* 1. §. 2. *D. Si is qui testamento liber:* hoc est, quia lata culpa præsumptione dolus est: ut bene Viri Clarissimi, Andreas Alciatus ad *d. l.* 226. *D. de verborum significatione* & Johannes Corasius *lib.* 4. *Miscellan. cap.* 1. *&* 2. Præsumptione, inquam: dolus enim quia plerumque fit latenter, versuteque, ideo difficilis habetur conjecturæ; &, ut dicit *l.* 6. *Cod. de dolo malo*, ex perspicuis indiciis, vel, ut legit allicubi Vir Summus, Jacobus Cujacius, insidiis, sufficienter ostenditur: ne, si certiora & pleniora desideret argumenta, quam ratio aut temporis aut negotii produci patitur, dolus severitatem Juris sola probandi difficultate aut moretur, aut inanem faciat. At quod potest dari commodius machinationis argumentum, quam lata culpa? Solet dici, qualitatem naturalem intelligi unicuique homini naturaliter inesse. Quod si est; quæso, an cui sano homini videbitur non affectata esse ignorantia ejus, qui quidem fatetur, se alii nocuisse; sed quia non intellexit id quod omnes homines intelligunt? Non puto, neque aliud velle Jurisconsultos in *d. l.* 29. *D. Mandati. d. l.* 226. *D. de verborum significatione. d. l.* 1. §. 5. *D. de obligationibus & actionibus. l.* 8. §. 3. *D. de precario. l.* 8. *D. de edendo.* Quamquam, cum conjectura cedat conjecturæ, & præsumptionem quæ levior, vincat gravior præsumptio, haud idem dicendum censeo: si aliunde appareat de hominis ineptia, sive vitio naturæ, sive sequiore educatione, sive similiter contracta: ut in *l.* 213. §. *fin D. de verborum significatione. l.* 32. *D. depositi. d. l.* 1. §. 1. *D. Si mensor falsum modum dixerit. l.* 3. §. 22. *D. de Senatusconsulto Silaniano. l.* 7. §. 4. *D. de jurisdictione. l.* 1. §. *ult. D. de edendo.*

11. Sed quorsum hæc? nimirum, ut pateat, quotiens dolo proxima est nimia negligentia; totiens eam æque ac dolum infamia puniri utroque jure, id est, gentium & civili: quia non minorem, quam dolus, malitiam continet: imo creditur dolus esse, sed ferre speciem ignaviæ non veram. Atque ita intelligo Ulpianum in *d. l.* 7. §. 1. *D. de suspectis tutoribus*; ubi, *Si*, inquit, *fraus non sit admissa, sed lata negligentia, quia ista prope fraudem accedit, removeri hunc quasi suspectum oportet.* Sensus enim est, Ad remotionem tutoris suspecti non utique necessariam esse probationem fraudis apertæ & manifestæ; sed sufficere latam culpam: quæ etsi proprie non sit dolus; tamen ex ea, quasi ex conjectura satis idonea, plerumque dolum ac fraudem colligi. cæterum, si culpa lata nihil habeat præter meram segnitiem, rusticitatem, inertiam, simplicitatem: ut si tutor, verbi gratia, probet, se ad suum modum versatum esse in tutela: (neque enim ipse se decipere, aut sibi nocere quisquam facile præsumitur) putem, magis esse, ut nec jure gentium, nec more civitatis, probrum existat: ut supra dixi; & optime disputat Tryphoninus *l. ult. D. Ubi pupillus educari vel morari debeat*, & Ulpianus in *l.* 3. §. *ult. & l.* 4. *D. de suspectis tutoribus.*

12. At nimis aperte adversatur Ulpianus in *d. l.* 42. *D. de verborum significatione*; cum, *Enimvero*, inquit, *tutelæ damnari hoc non natura probrum est, sed more civitatis. Nec enim natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum incidere.* Falleris. non adversatur Ulpianus; sed manus Interpretis: qui cum videret, furtum atque adulterium appellari probra jure naturali turpia, ab iisque tutelam separari; deducto a contrario sensu argumento, docuit, eam non natura quidem notari, sed tamen more civitatis infamiam non effugere: quasi probro dupliciter diviso, in illud, quod civili, quodque naturali, jure probrum est, tutelæ condemnari faceret posterioris membri exemplum, cum non esset prioris. Ergo Glossam tolle; & sana ac tranquilla erit mens Jurisconsulti: tolletur autem haud improbabiliter hoc modo.

Probrum & opprobrium idem est: probra quædam natura turpia sunt, quædam civiliter & quasi more civitatis, ut puta furtum, adulterium natura turpe est. Enimvero tutelæ damnari, hoc non natura probrum est. * *Nec enim natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum incidere.*

Nihil dici neque tam apte, neque tam convenienter Ulpiano, potest. Probrum bifariam dividit; sed, quod novum non est in istis Pandectarum Fragmentis, divisioni unius dumtaxat speciei exemplum subjicit, non utriusque; sensus vero est, Probra quædam natura turpia sunt, quædam civiliter & quasi more civitatis; ut puta furtum & adulterium natura turpe est: hoc est, natura semper turpe est; quia, nisi dolus adsit, nec furtum, nec adulterium, dici potest: teste Ulpiano in *l.* 51. *D. Pro socio*, Gajo in *l. pen. D. Ad legem Juliam de adulteriis* & Augustino apud Gratianum in *c. si virgo.* 34. *quæst.* 1. sed tutelæ damnari non natura probrum est: nec enim natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum incidere: hoc est, tutelæ damnari non semper natura probrum est: nam tutor tutelæ non utique ob dolum seu perfidiam, sed etiam ob culpam, ob ignorantiam, ob segnitiem, rusticitatemque naturalem damnatur: quæ natura probrum non est; cum plerumque incidat in hominem idoneum: id est, ut Paulus loquitur in *l.* 4. *D. de popularibus actionibus*, in personam integram, sive in personam integræ existimationis. nam & Pomponius hoc sensu ait in *l.* 112. §. 1. *D. de verborum obligationibus*, rerum idoneum non tam patrimonio, quam fide quoque, æstimari; & Javolenus in *l. ult. D. de tabulis exhibendis*, de tabulis exhibendis interdictum competere non oportere, si hereditatis controversia ex his pendet, sed in æde sacra interim deponendas esse, aut ad virum idoneum. Ita mihi videtur, & noviter. Aliter de hisce Jacobus Cujacius, Albericus Gentilis & Johannes Gœddæus *ad d. l.* 42. item Antonius Contius & Jacobus Gothofredus *ad l.* 23. *D. de regulis juris*, Franciscus Duarenus *ad tit. Pandect. de in litem jurando, num.* 35. Franciscus Hotmanus, Arnoldus Vinnius, alii *ad d.* §. 6. *Inst. de suspectis tutoribus.*

13. Plane ante, quam hinc discedam, adhuc monendum est, ne fortasse paulo durior videatur conjectura nostra, nihil æque familiare esse plerisque scriptoribus, quam uti locutionibus quæ multo sint, quam eas esse oportet, latiores: nec tamen usquam facilius labi etiam summos Interpretes; quam cum incidunt in ejusmodi verba quæ adhibita moderatione, sive, ut vulgo dicitur, potius secundum quid sunt capienda, quam simpliciter.

14. Ex hoc genere adscribam locum unum atque alterum; tum, quia præsenti speciei, itemque capiti primo hujus libri, videntur inservire; tum etiam, quia habent sententiam, omnibus non

* Sed more civitatis.

non æque perſpicuam. Divus Paulus in *Epiſtola ad Hebræos cap.* 7. §. 3. de Melchiſedeco loquens, ait, eum fuiſſe ſine patre, ſine matre ſine genere; nec initium dierum, neque vitæ finem habentem. Quid ita? tantum quia Moſes, Vir Divinus, cum de Melchiſedeco loqueretur, nec ante, nec poſtea, parentum ejus nomina adſcripſit. Ea eſt Veterum Interpretum frequentior ſententia: quæ licet aliis vix ſapiat; mihi tamen cur displiceat, non ſatis liquet: ubi de iis quæ non apparent, ita fere ſolet judicari, ac ſi non eſſent: ut Javolenus meminit in *l.* 77. *D. de contrahenda emptione.* In primis vero ſentio, ab ea loquendi ratione ne Senecam quidem abſtinuiſſe in *Epiſtola ad Lucilium* 108 ubi ſic infit. *Cum ad hanc eandem lectionem philologus acceſſit, hoc ſubnotat, duos Romanos reges eſſe, quorum alter patrem non habet, alter matrem. Nam de Servii matre dubitatur, Anci pater nullus, Numæ nepos dicitur.* Adverte. negat Seneca, alterum patrem, alterum matrem, habuiſſe: non quia non habuere; ſed quia ignorantur, literis non proditi. Sed & idem Seneca *l.* 1. *Natural. quæſtion. cap.* 1. *Quid ſi dicam* (inquit) *ſtellas interdiu non eſſe, quia non apparent? Quemadmodum illæ latent, & ſolis fulgore obumbrantur: ſic faces quoque tranſcurrunt, etiam interdiu ſed abſcondit eas diurni luminis claritas.*

15. Exemplum hoc unum eſt: ſequitur alterum. Modeſtinus in *l.* 7. *D. de teſtibus* ait, *Servi reſponſo tunc credendum eſſe, cum alia probatio ad eruendam veritatem non eſt.* Ac convenienter Modeſtino Paulus in *l.* 7. *D. de probationibus. Cum probatio prioris fugæ deficit, ſervi quæſtioni credendum eſſe.* Quin imo apud Marcianum legitur in *l.* 9. *D. de quæſtionibus. Divum Pium reſcripſiſſe, poſſe de ſervis haberi quæſtionem in pecuniaria cauſa, ſi aliter veritas inveniri non poſſit, quod & aliis Reſcriptis caveri. Sed hoc ita eſſe, ut non facile in re pecuniaria quæſtio habeatur; ſed ſi aliter veritas inveniri non poſſit, niſi per tormenta, licere habere quæſtionem, ut & Divus Severus reſcripſit.* At e contrario ſcribit Ulpianus in *l.* 1. *D. eod. tit. Non eſſe a tormentis incipiendum, & Divum Auguſtum conſtituiſſe, neque adeo fidem quæſtioni adhibendam eſſe.* Præterea, *epiſtola Divi Hadriani ad Sennium Sabinum contineri, Ad tormenta ſervorum ita demum veniri oportere, cum ſuſpectus eſt reus, & aliis argumentis ita probationi admovetur, ut ſola confeſſio ſervorum deeſſe videatur.* Idemque Paulus confirmat in *l.* 20. *D. eod. tit.* in tantum, ut nec a tormentis incipi putet, ſi ex unius teſtimonio habeatur quæſtio: additque, decreto Imperatoris ex facto pronuntiatum eſſe, ejusmodi quæſtionem illicite habitam, & unius teſtimonio non eſſe credendum. Sed & Diocletianus & Maximianus reſcribunt in *l.* 8. §. 1. *Cod. dict. tit. Oportere judices nec in his criminibus, quæ publicorum judiciorum ſunt, ad inveſtigationem veritatis a tormentis initium ſumere: ſed argumentis primum veriſimilibus probabilibusque uti, & ſi his veluti certis indiciis ducti, inveſtigandæ veritatis gratia ad tormenta putaverint eſſe veniendum, tunc id demum facere debere, ſi perſonarum conditio patiatur.* Quid ergo? dicitur in ſuperioribus locis deficere probatio: non quæ penitus nulla eſt; ſed quæ collata cum pleniore, pro nulla habetur: tantum quod ſola ad condemnationem non ſufficit; licet alioquin idonea ſit ad quæſtionem. Idque, puto, eſt quod idem Paulus dicit in *l.* 58. §. *fin. D. de Ædilitio edicto, Si & alia indicia prioris fugæ non deficiunt, tunc etiam ſervi reſponſo credendum eſſe.* Nam ſenſus eſt, plena probatione deficiente, indiciis veriſimilibus & veluti certis non deficientibus, etiam eſſe ſervi reſponſo credendum, & de eo quæſtionem haberi poſſe. non enim eſſe ſervo homini teſtimonii dictionem ſine tormentis, etiam Terentius monuit *in Phormione*; & traditur in *l.* 4. *Cod. de ſervis fugitivis.* Plutarchus quoque in *Quæſtionibus Romanis*, quærens, cur Flamini Diali non liceat jurare, hanc adfert cauſam, quia jusjurandum eſt liberorum tormentum, ſacerdotis autem & animum & corpus torturæ expers eſſe oportet. Idque Cujacio, Viro Clariſſimo, ſuboluit ad *Paulum lib.* 2. *Sententiarum tit* 17. §. 12. qui tamen rurſus diſſentit *lib.* 2 *Obſerv. c.* 33. & *lib.* 2. *c.* 28. ut & Samuel Petitus: qui eam ſeditionem nova interpunctione componendam eſſe, exiſtimat ad *leg. Attic. lib.* 4. *tit.* 7. *pag.* 352.

FINIS LIBRI I.

PROBABILIUM JURIS CIVILIS.



GERARDI NOODT,
Jurisconsulti & Antecessoris,

PROBABILIUM JURIS CIVILIS
LIBER SECUNDUS.

Caput I.

1. *Beneficium divisionis fidejussoribus per exceptionem permitti. Eam exceptionem a Prætore postulandam esse in jure. Si illic omissa sit, deinde in judicio coram Judice frustra opponi.* 2. *Rescriptum Imperatoris Alexandri, quod est in l.* 10. *C. de fidejussoribus & mandatoribus, emendatur noviter duobus locis.*

1. Auctor Justinianus est §. 4. *Inst. de fidejussoribus*, si plures fidejussores sint: quotquot erunt numero, singulos in solidum teneri, itaque liberum creditori esse, a quo velit, solidum petere: sed ex epistola Divi Hadriani compelli creditorem, a singulis qui modo solvendo sunt litis contestatæ tempore, partes petere. Hujus vero rei rationem ego hanc esse semper existimavi, quod ea obligatio exceptione, non ipso jure, inter plures fidejussores dividitur *l.* 26. *l.* 28. *D. eod. tit.* solet autem exceptio postulari in jure a Prætore; ab eoque formulæ litis contestatæ tempore inseri: quo facto, in judicio & probari a reo, & admitti a Judice, potest: quod si in jure petita a Prætore non sit, deinde post litem contestatam apud Judicem objici non potest: propter naturam fidejussionis quæ stricti juris est: stipulatione enim constat; ex qua si agitur, Judicem formula includit, & certos quos non excedat, terminos ponit: teste Seneca, *De beneficiis lib.* 3. *cap.* 7. denique ait Cicero, *lib.* 2. *De inventione*, in jure plerumque & exceptiones postulari, & quodammodo agendi potestatem dari, & omnem conceptionem privatorum judiciorum constitui.

2. Hoc liquidum & verum. Sed unus turbat Imperator, Alexander, *l.* 10. *C. de fidejussoribus & mandatoribus.* Verba Alexandri.

> *Fidejussor, seu mandator, si in usuras quoque obligatus est, justam causam recusandi eas solvere non habet. Ut autem is, qui cum altero fidejussit, non solus conveniatur; sed dividatur actio inter eos, qui solvendo sunt, ante condemnationem ex ordine postulari solet.*

Ea est editorum librorum constans lectio: vult autem, nisi fallor, necesse non esse, ut exceptio divisionis ante litem contestatam impetretur: nam & in jure omissam, deinde in judicio coram Judice usque ad sententiam recte atque ordine postulari. Quod mirum est ni moribus Veterum tam repugnet, quam quod maxime: & ideo hanc domi mecum feci conjecturam, mendam latere eo in loco: esse enim pro *condemnationem* literis totidem legendum *contestationem*; itaque Alexandrum scripsisse: sed quemadmodum evenit in *l.* 51. §. 1. *D. de fidejussoribus*, ut illic exemplaria quædam, omisso verbo *contestationis*, tantum facerent mentionem *litis*; cum utrumque & *litis* & *contestationis*, si Accursianæ credimus editioni, Papinianus expressisset: sic versa vice evenisse in *d. l.* 10. §. 1. quod ibi a manuscripto codice abesset vocabulum *litis*; & adeo pro *ante litis contestationem* haberetur *ante contestationem*: ut Librarius verbum istud, quasi alienum a loquendi usu, commutaret in *condemnationem*: tum porro Glossator aliquis, quia hærebat ei scrupulus ex sequiore scriptura, nec causa mali in promptu erat, eo malo defungi sibi videretur per explicationem verbi *fidejussor*, eamque ob rem ad marginem adjiceret, *seu mandator*: perinde quasi Imperatori sermo esset, non de fidejussore proprie dicto qui tenetur judicio stricti juris; sed de mandatore qui tenetur judicio bonæ fidei; & quia exceptiones bonæ fidei judiciis insunt *l.* 3. *D. de rescindenda venditione*, *l.* 84. §. 5. *D. de legatis lib.* 1. *l.* 21. *D. Soluto matrimonio*; idcirco eas in his a Prætore in jure specialiter impetrari & permitti, nihil attineret; quin (ut Seneca ait *d. lib.* 3. *c.* 7.) arbitri libera & nullis adstricta vinculis religio & detrahere aliquid posset & adjicere; & sententiam suam, non prout lex aut justitia, sed prout humanitas & misericordia impulit, regere. Sed id etsi verum sit: qui tamen huic respondeat loco; equidem vix possum ad conjecturam evadere: distat enim fidejussor a mandatore toto cœlo *l.* 32. *D. Mandati*: etsi in quibusdam speciebus comparentur *l.* 10. *C. eod. tit.* & *l.* 19. *C. de fidejussoribus.* certe verbum de mandatore nullum in §. 1. *d. l.* 10. *C. eod. tit.* tantum agitur de eo qui cum alio fidejussit. probabile igitur est, idem factum esse in principio; ubi occœpta primum est species quæ deinde continuata in §. 1. His accedit, quod pars hæc principii, *si in usuras quoque obligatus est*, sapit stipulationem, qua usuræ in judiciis stricti juris specialiter promitti consuevere: at eæ usuræ in mandato & cæteris bonæ fidei judiciis ex mora debentur officio Judicis; tum generaliter, quotiens is ex æquo ac bono arbitratur *l.* 12. §. 9. *D. Mandati.* Adeo, sicut aliud est, usuras officio Judicis; aliud, usuras ex obligatione, deberi *l.* 54. *D. Locati conducti*: ita prope abest, ut hæc verba, *si in usuras quoque obligatus est*, ad fidejussorem spectent; ista autem (*seu man-*

mandator) pro spuriis vel dispungenda sint, vel rejicienda in marginem ex qua in textum nullo jure irrepserunt. Sic mihi sedet: sed ne aliis quandoque relinquatur occasio dubitandi: hoc agam, addam alia paucula quæ habent causam juvandæ conjecturæ nostræ haud levem. In quibus hoc primum est, quod Imperator hic utitur verbo *postulari: Ut*, inquiens, *dividatur actio inter eos, qui solvendo sunt, ante litis contestationem* (sic lego, vel, *ante contestationem*, ut in *l.* 10. *C. de adquirenda possessione*) *ex ordine postulari solet.* Postulare autem est, ut Ulpianus refert, desiderium suum vel amici sui in jure coram eo qui jurisdictioni præest, exponere, vel alterius desiderio contradicere *l.* 1. §. 2. *D. de postulando. l.* 4. §. 8. *D. de damno infecto.* Deinde ait Imperator, *postulari ex ordine solere:* nec dubito, quin designetur certissimus judiciorum ordo quem supra ostendi velle, ut exceptio in judiciis stricti juris a Prætore nominatim impetretur, & formulæ inferatur: formulam vero simul cum Judice, ante litem contestatam, peti & dari consuevisse, notius est, quam ut probatione indigeat. Quamobrem censui, ni fallor, recte; pro *condemnationem* restituendum esse, *contestationem litis*, verbum idoneum valde in hac parte & prope assiduum. Id, ne alia adscribam, uno saltem loco demonstrasse contentus ero: qui locus in Accursii exemplari cujus ante mentionem feci, sic habet. *Fidejussor, qui partem pecuniæ suo nomine vel rei promittendi solvit, quo minus residui facta divisione portionis judicium accipiat, recusare non debet: eam enim quantitatem inter eos, qui solvendo sunt, dividi convenit, quam litis contestatæ tempore singuli debent: sed humanius est, si & alter solvendo sit, litis contestationis tempore per exceptionem ei, qui solvit, succurri. l.* 51. §. 1. *D. de fidejussoribus.*

Exposui meam conjecturam de scriptura Imperatoris Alexandri, in *d. l.* 10. Sed an necessariam? possit ambigi, propter *l.* 4. *C. de exceptionibus*: quæ est ejusdem Alexandri; neque videtur habere sensum illi, sed inemendatæ, dissimilem in sequentibus verbis. *Cum nondum finitam sententia causam, sed dilatam allegetis, non est dubium, omnes integras defensiones vobis esse.* Verum dicam, Alexandrum eo in loco rescripsisse ad factum, in quo erat judicium bonæ fidei: cui exceptiones insunt, etsi a Prætore specialiter non sint impetratæ. Utique nolim, eum locum referri ad actionem stricti juris: nisi in ea ponatur exceptio a Prætore ante postulata & impetrata esse: quo casu constat, eam reo etiam in stricti juris judiciis integram esse usque ad sententiam. Quid, si idem fingatur in specie *d. l.* 10. §. 1? velim, si possim bona fide, ne habeam opus emendatione. sed intercedit loci tenor: qui est de exceptionis sive divisionis postulatione, ut ex verbis ejus apparet: cum sermo *d. l.* 4. sit de postulatæ & impetratæ exceptionis usu: inter quæ plurima differentia est. postulatur enim exceptio in jure apud Prætorem ante litem contestatam: at postulata & impetrata in jure apud Prætorem, deinde post litem contestatam usque ad sententiam usum invenit apud Judicem a Prætore datum. Ita obtinuit tempore Imperatoris Alexandri cujus est utraque allegata lex: etiam tempore Imperatorum Diocletiani ac Maximiani: quamquam hoc cœperint Præsides ipsi per se cognoscere, nisi multitudine litium negotiorumve impedirentur *l.* 2. *C. de pedaneis judicibus*: quantum enim ad exceptiones aut contestandas aut opponendas attinet, adhuc nihil mutatum fuit; ut liquet ex *l.* 8. & 9. *C. de exceptionibus:* ac proinde non erravero, si similiter acceperim *l.* 2. *C. Sententiam rescindi non posse:* quæ est eorundem Imperatorum; & præterea rem definit auctoritate Edicti perpetui, quo hæc, quæ dixi, certissima fuere. Sed de his plura *lib.* 1. *De jurisdictione & imperio cap. ult.*

CAPUT II.

1. *Si Jurisconsultus in responsis suis ac commentariis diversa præcipiat, utrum respondenti habenda fides sit, an docenti?* 2. *Et quid in antiquis auctoribus? Scævolam in l.* 14. *D. de transactionibus non videri servasse omnino laudem ingenuitatis: inaudita hactenus sententia.* 3. *Species & definitio l.* 3. *D. eod. tit.* 4. *Aliorum ad Scævolam placita: in quibus primum Accursii, Cujacio & Baroni probatum, refellitur.* 5. *Accursii altera sententia, quæ & Udalrici Zasii est, rejicitur.* 6. *Accursii tertia conjectura, item Antonii Fabri, infirmatur.*

1. Postquam usu venit, ut qui populi Romani, aliarumve gentium, leges moresve interpretati sunt, sæpe alia, quam in commentariis suis tradiderant: consulentibus de jure responderent: quæri cœpit, utrum potius eorum responsis, an commentariis, credendum foret? Et placuit Nicolao Boërio, *Decis.* 155. responsis fidem adhibere, velut maturioribus, & magis digestis, atque expensis. Udalricus autem Zasius *lib.* 1. *Singular. respons. c.* 7. *n.* XI. aliique passim in contrariam partem abierunt: neque, ut mihi videtur, temere: est enim experiundo compertum, ista consilia sæpe sordibus, sæpe gratiæ, dari: tum omnes qui momenta æqui bonique regunt, ab his alienos esse oportet: haud enim facile mens verum sequitur; cum illa præcipiunt; neque quisquam libidini simul & usui serviit: ubi animum intenderis, is abunde potens est; si libido solvit, ea imperat, animus obnoxius est. Igitur multi olim hodieque, dum eos modestiæ æquitatisque prius, quam gratiæ atque amicitiæ, negligentia tenuit, prope consiliis suis perdiderunt, quam commentariis invenerunt, gloriam. saltem fama essent apud posteros secundiore, si tantum ipsorum commentaria, non item responsa, haberemus: sin & hisce utendum esset; anquisitius circumspectiusque egissent eorum amici, cum ea publici juris facerent: nam postquam illi, auctoris deliniti celebritate ac nomine, id sedulo caverunt, ne post ejus mortem vel tantillum interiret; sæpe operam dedere, ut in lucem proderent, quæ honestius delituissent, quam fuissent edita.

2. Hoc in Interpretibus primi ordinis ab Alciato notatum est libere *lib.* 12. *Pareg. c.* 12. idem ego si in antiquis Juris auctoribus experiar; fortasse verear, ne multis gravis sim, paucis persuadeam: sunt enim eo ingenio multi, ut antiquitatis etiam vitia, non tantum recte facta, venerentur: quorum alterum mihi dignum bono atque ingenuo viro, alterum sordidum atque illiberale, videtur. Tamen utcumque erit, juvabit me, vel in hac parte Civili Prudentiæ adfuisse; & si cui senio sit, etiam Veteres in ordi-

nem redigi, opinione defuncti muneris me defendam. Res est præterea, quæ & conditionis humanæ comparatione, & Veterum præceptis ac disputationibus de officiorum justitiæque existimatione apud A. Gellium *lib.* I. *Noctium Atticarum c.* 3. tum autem Scævolæ responso quodam, adstruatur: in quo peccatum ejus Jureconsulti tam manifestum est; ut mirer, id eruditorum observationem usque adhuc post tot secula effugere. Verba Scævolæ ex libro secundo Responsorum Florentiæ forma hac sunt *l.* 14. *D. de transactionibus.*

> *Controversia inter legitimum & scriptum heredem orta est, eaque, transactione facta, certa lege finita est: quæro, creditores quem convenire possunt? Respondit, si iidem creditores essent: qui transactionem fecissent. Si alii creditores essent: propter incertum successionis, pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus conveniendus est.*

Sic Florentiæ: sed desunt quædam perfecto Responsi sensui: quæ in Accursii & Haloandri editionibus hoc fere supplentur modo.

> *Respondi, si iidem creditores essent, qui transactionem fecissent, id observandum esse de ære alieno, quod inter eos convenisset; si alii creditores essent, propter incertum successionis, pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus conveniendus est.*

Non male: quamquam non dubito, quin prior scriptura, quæ Florentina est, ipsius Scævolæ sit: idque ut putem, movet me in primis ejus locutio æque imperfecta, ac mutila, ne dicam, absurda, atque ex subjecta responsione demum conjicienda in *l.* 29. §. 12. *D. de liberis & posthumis.* Sed in præsentiarum me non tam ratio scripturæ, quam responsi, sollicitum habet, species enim, de qua Scævola consulitur, si ad verum exigitur, neque difficilis, neque obscura est. Proponitur Titius, testamento facto, decessisse: deinde controversia super eo orta inter legitimum & scriptum heredem ab hac controversia recessum rursus: ea lege, ut utrique jus esset partis ex hereditate auferendæ. Quæritur, quem creditores convenire debeant, utrum heredem scriptum, an legitimum, an utrumque? hæc species ac quæstio. Ad hanc ita Scævola, Aut sunt iidem creditores, qui transactionem fecerunt, aut sunt alii. si iidem creditores sunt; id observandum est de ære alieno, quod inter eos convenit. si alii creditores sunt; conveniendi ambo sunt pro parte hereditatis, sed utilibus, non directis actionibus. Hæc Scævolæ: mihi alia mens est. ille mihi præfatus videtur de incerto successionis, atque ea causa ad actiones utiles decurrisse, quasi ex æquo & bono. res autem suadet eum qui testamento scriptus est, heredem esse, & creditoribus teneri directis actionibus: idque & Græcus Scholiastes *lib.* XI. *Basilic. tit.* 2. *p.* 807. *tom.* I. ad hunc locum verissime annotavit. quippe heres scriptus ante, quam decidit, hereditatem adiit. alioquin qui ei controversia fuit cum herede legitimo? Sed id constat, illum pro herede gessisse vel ante pactum. iste etiam cum in transactione faceret se legitimum, licet perperam, illum tamen pro parte heredem esse & passus facile est & confessus. at primum is, qui semel heres fuit, deinde non potuit hanc personam deponere *l.* 88. *D. de heredibus instituendis.* Imo etsi hereditatem in jure cedat, tamen heredem permanere, & ob id creditoribus defuncti obligatum manere, Ulpianus refert in *Fragment. tit.* 19. qui igitur hic pactum nudum sine lege hereditatem transferat pro parte? nempe, quod civile jus non mutat, id gentium jure mutabitur? haud ita est: neque pacto rescinditur testamentum, nec hereditas defertur, nec amittitur. *l. ult. D. de suis & legitimis heredibus.* §. 6. *Inst. per quas personas cuique adquiritur.* his adde, quod quamdiu aut heres est, aut futurus speratur ex defuncti voluntate, tamdiu legitimus non admittitur *l.* 89. *D. de regulis juris.* non patitur etiam Jus nostrum, eumdem in paganis & testatum & intestatum decessisse *l.* 7. *D. eod. tit.* Atque hæc quo magis considero, eo magis censeo, Scævolam non ex animi sui sententia respondisse: sed, ut amico rem gratam acceptamque faceret, a jure certo longius quam oporteret, recessisse. quod si enim alter testamento heres in assem factus est, & transactione talis neque ex asse, neque pro parte, esse desiit; alter contra nec ex lege quivit pro herede gerere, impediente testamento, nec transactione succedere, deficiente jure: equidem non satis animadverto, qui hic obscura sit successio; aut in quæstione cuiquam, legitimumne creditores, an scriptum, an utrumque, & quibus actionibus convenire debeant: nisi is sit fortasse tam ineptus, ut nesciat, heredem in omne jus mortui, non tantum in singularum rerum dominium, succedere. Nam quid dicam, creditorum petitionem debitorum pactionibus nec tolli posse, nec mutari *l.* 25. *C. de pactis?* divisa tamen actione, hoc esse consequens sententiæ Scævolæ, ecquis ambigit? finge enim, qui ex lege venit, eum inopem esse; finge eo, qui ex testamento venit, potentiorem: nonne actio illic pro parte inanis fiet ob egestatem adversarii; istic durior propter potentiam? jam, ut par sit utriusque conditio, nonne inique distringetur in plures adversarios is, qui ab uno consequi jus suum & melius possit & facilius? sane sic esse, vel ipse Scævola fatetur.

3. Sed ubi judicio usus ingenuo est aut minus obnoxio, libro Digestorum primo sic scribens in *l.* 3. *D. de transactionibus.*

> *Imperatores Antoninus & Verus ita rescripserunt. Privatis pactionibus non dubium est, non lædi jus cæterorum. Quare transactione, quæ inter heredem & matrem defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri potest, neque manumissis vel legatariis actiones suæ ademptæ. Quare quidquid ex testamento petunt, scriptum heredem convenire debent, qui in transactione hereditatis, aut cavit sibi pro oneribus hereditatis, aut, si non cavit, non debet negligentiam suam ad alienam injuriam referre.*

Hæc verba Scævolæ: species illa est. Titius testamentum facit: in eo, præterita matre, heredem Sejum instituit: præterea legata aliquot amicis honoris causa, & libertatem servis bene de se meritis relinquit. mortuo deinde Titio, adit Sejus hereditatem ex testamento. queritur mater, se immerentem a filio præteritam contra officium pietatis. Sejus dum aut negotia metuit, aut injustæ diffidit liti: portione hereditatis cum defuncti matre decidit. legatarii dehinc, quæ eis testamento data legata sunt, ea a Sejo petunt. An jure? quæritur: quia facta transactio; tum quædam ex ea res ad testatoris venerunt matrem. Hæc quæstio: ad hanc Antoninus ac Verus, cum iisque Scævola, ferme hoc modo. Bene habet, cum legata a Sejo qui heres scriptus est, exiguntur: absque enim transactione querelaque foret, testamento teneretur. sed & sequuta querela, quid ni idem jus sit? an enim quia lis fuit de jure testamenti, ac litem pactio excepit, eo etiam jus voluntasque testa-

to-

toris periit? at tum, hercle, si contra testamentum, ut inofficiosum, judicatur, non creditur defunctus, testamenti factionem habuisse. non idem probandum est, cum actor desistit, acceptave parte componit. Adjice his, quod privata conventio etsi paciscentibus noceat, alios tamen ut lædat, neque æquum est, neque justum: & ideo scripti heredis matrisque transactione neque rescissum testamentum est, neque manumissis vel legatariis actiones suæ ademptæ sunt. At enim amissa est pars bonorum. Quid tum? alia hereditas est, alia bona hereditaria. his corpora singula designantur; illa universitas venit etiam sine corporibus. ista oculis incurrunt & sub tactum cadunt; illa animo cernitur, tangi manu non potest *t. t. Inst. de rebus corporalibus.* postremo quæ heres tenet, quæ habet, quæ possidet, hæc auferre ei & fortuna & injuria potest, ipsius quoque voluntate alienantur; hereditas vero, etiam traditis his amissisve, durat & heredem sequitur *l.* 43. §. 3. *D. de vulgari ac pupillari substitutione.* Nec mirum igitur; si is, licet rebus hereditatis cum eam, tum testamentum, redemerit, tamen legatariis ac manumissis teneatur. Quid, si in transactione passus sit, sibi caveri pro oneribus hereditariis? adhuc idem dicendum est, sed hoc amplius, quod is matrem suo ordine repetet exemplo emptæ venditæque hereditatis, de qua in *l.* 2. *C. de hereditate vel actione vendita* Quid, si non cavit sibi? jam habet, quod sibi imputet, quando negligentiam suam ad alienam injuriam referre non debet. Ita Scævola *d. l.* 3. cum eoque etiam paria facit Ulpianus *l.* 29. §. 2. *D. de inofficioso testamento*, sic scribens.

Quamvis instituta inofficiosi testamenti accusatione, res transactione decisa sit, tamen testamentum in suo jure manet, & ideo datæ in eo libertates atque legata, usque quo Falcidia permittit, suam habent potestatem.

Igitur non est causa, cur insolens videatur cuiquam, quod & auctoritate Juris convictus, & testimonio Ulpiani ac Scævolæ, ipsum suspicor Scævolam in *d. l.* 14. ex certa incertam fecisse successionem: gratiæ ut locum daret; atque amicum ex Theophrasti, Ciceronis, atque aliorum, præceptis istis de quibus A. Gellius *d. c.* 3. *lib.* 1 imaginaria ambiguitate juvaret; quem servare salvo jure, salvisque legibus, non posset.

4. Tamen si quis sit studiosior, quam par est, Scævolæ; ejus honoris causa hic aliorum quoque placita apponam: qui experiatur, si quid in his aut verius sit, aut componendæ seditioni aptius. Et plura Accursius adfert in *Glossa ad d. l.* 14. *in verb. pro parte hereditatis*, ex quibus alii alia & sumunt & probant. Ex his unum est, Scævolam de legatariis differere in *d. l.* 3. de creditoribus in *d. l.* 14. aliud autem legatariorum, aliud creditorum, jus esse: quippe legata testamento deberi, ab intestato non deberi: ea gratia legatarios in incerto successionis cum herede scripto experiri recte atque ordine; cum legitimo non æque. ita quidem in legatis jus esse; sed aliud in ære alieno obtinere: nam hoc tam heredem legitimum debere, quam scriptum: & ideo creditores magis adversus utrumque utilibus actionibus, quam in solidum adversus alterum, congredi. Placitum id Accursii unum: sequuti Summi Viri, Jacobus Cujacius & Eguinarius Baro in *comment. ad d. l.* 3. sed quam recte, vix opus est, ut pluribus memorem: primum, quia testamentum constat valetque etiam illa in specie; & hoc illi fatentur qui aliter sentiunt: deinde certa successio est, haud incerta, nisi fortasse his quibus incerta omnia: præterea etsi creditoribus tum, cum intestati causa est, agendi jus sit adversus legitimos heredes; nil tamen id ad speciem *d. l.* 14. in qua ex testamento succeditur, non ex lege. Sed profligata est Accursii prima sententia.

5. Quid altera? aut esse partem hereditatis ad heredem legitimum translatam, aut partem bonorum: si ista, teneri heredem scriptum ex *d. l.* 3. si illa, utrumque ex *d. l.* 14. Sententia hæc altera: huic Zasius adstipulatur, *Paratitl. ad tit. P. de transactionibus*, *n.* 14. Ego vero in ea cum Accursii, tum Zasii, judicium quæro: aberrat enim a decretis Veterum: qui hereditatem publico censebant jure; id est, testamento, aut lege: non pactis conventis. Accedit ad hoc, quod Veteres eum qui semel heres fuit, etiam amissis traditisve bonis hereditariis, heredem esse intelligebant: in tantum, ut, licet vel quædam, vel omnia, bona transactione dimisisset ex hereditate, tamen eum neque hereditatem, neque ejus partem, aut alienasse aut dimisisse existimarent. Ne repetam omnia quæ supra ad id probandum attuli, tantum lubet hic adscribere Ulpiani Fragmentum elegans ex *tit.* 19. cujus verba talia sunt. *Si hereditas, posteaquam adita est, in jure cessa est, eum, a quo cessa est*, (ut Cujacius ibidem legit, vel, ut Antonius Faber mavult *part.* 3. *De erroribus Pragmaticorum, decad.* 70. *c.* x. *eum qui cessit) permanere heredem, & ob id creditoribus defuncti manere obligatum: debita vero perire, id est, debitores defuncti liberari.* En, si non corpora seu bona hereditatis, sed si hereditas in jure cessa sit, sive hanc transactio præcesserit, sive alia causa, eum qui cessit, & heredem manere, & creditoribus teneri. sit igitur idem in specie *d. l.* 14. id est; in conventione juris gentium; ad quam ea vis civilis legitimique juris non penetravit.

6. Sequitur tertia Accursii conjectura quæ & ipsi visa est subtilior, & Antonio Fabro in *Rationalib. ad d. l.* 14. magis placet. quid ea? definitionem *d. l.* 3. probat tum, ubi valet testamentum, nec potest aliter rescindi, quam querela. quid, si id falsum, ipsove jure irritum, sit? jam putat, referre: utrum transactione sit profecta res certa, an portio hereditatis: altero casu oportere heredem scriptum, altero utrumque, conveniri: suadente incerto successionis in *d. l.* 14. At mihi nec ista conjectura arridet: nam quum in *d. l.* simpliciter scribat Scævola, controversiam inter legitimum & scriptum heredem fuisse ortam; eamque transactione certa lege facta esse finitam: quæso, quæ est causa, cur ea in specie minus validum, quam inutile aut falsum, fuisse testamentum, conjiciam? His adde, quod nulla est transactio rei certæ atque indubitatæ: tantum interponitur de re dubia ac lite incerta, neque finita *l.* 1. *D. de transactionibus*: ac proinde, utrum ab initio nullum aut falsum fuerit testamentum, an ex postfacto demum querela rescindendum, quid interest? qualecumque enim fuerit vitium de quo transactum sit, pro incerto fuit. at quæ incerta sunt, nec apparent satis, ea perinde habentur, ac si non essent: ut commode atque eleganter notavit Udalricus Zasius, V. CL. in *d. n.* 14. & supra a nobis probatum latius *lib.* 1. *c. ult.* ad finem.

CA-

CAPUT III.

1. *Paulum l. 1. D. de usu & usufructu legato primum Sabini sententiam, deinde suam, proponere. Illa quæ?* 2. *Verba, Neque ex bonis, neque extra bona.* 3. *Pauli Nota ad Sabinum.* 4. *Ejus Notæ causa ac ratio.*

1. Verba Pauli ex libro tertio Ad Sabinum in *l. 1. D. de usu & usufructu legato.*

Nec usus, nec usussfructus itineris, actus, viæ, aquæductus legari potest; quia servitus servitutis esse non potest. Nec erit utile ex Senatusconsulto, quo cavetur, ut omnium, quæ in bonis sint, ususfructus legari possit, quia id neque ex bonis, neque extra bona sit: sed incerti actio erit cum herede, ut legatario, quamdiu vixerit, eundi, agendi, ducendi facultatem præstet, aut ea servitus constituatur sub hac cautione, ut si decesserit legatarius, vel capite diminutus ex magna causa fuerit, restituatur.

Quæstio est, possitne itineris, actus, viæ, aquæve ductus, usus vel ususfructus legari? In ea Paulus Sabini sententiam (sic enim colligo ex Inscriptione: quæ *Pauli librum tertium Ad Sabinum* præfert) primum & proponit & fulcit, deinde in Notis refellit. Ea sententia est, Servitutis usum aut fructum inutiliter legari. quæso, quamobrem? Quia servitus servitutis esse non potest, prohibente regula. Hæc causa: huic subjicitur Sabini objectio, solutioque. sensus objectionis est, Senatus voluit, omnium quæ in bonis sunt, usumfructum legari: igitur & itineris & actus & viæ & aquæductus: est enim & iter & actus & via & aquæductus in bonis. Illa objectio. Solutio talis est, Senatus cavit de omnibus quæ in bonis sunt: at id neque in bonis est, neque extra bona.

3. Quid istud; dicam tibi, si ante demonstravero, apud Veteres fuisse qui res incorporales magis his quæ non sunt, quam quæ sunt, accenserent: quo in numero Ciceronem fuisse arbitror, cum *in Topicis* sic scribit. *Definitionum duo sunt genera prima. Unum earum rerum, quæ sunt, alterum earum rerum, quæ intelliguntur. Esse ea dico, quæ cerni, tangive possunt, ut fundum, ædes, parietem, stillicidium, mancipium, pecudem, supellectilem, penus, & cætera. Non esse rursus ea dico, quæ tangi, demonstrarive non possunt, ut si usucapionem, si tutelam, si gentem, si agnationem definias, quarum rerum nullum subest quasi corpus; est tamen quædam conformatio insignita, & impressa intelligentia, quam notionem voco.* Hactenus Cicero: in quo id monebo eruditos, ut videant, ne vox illa *stillicidium*, qua voce servitus urbani prædii indigitari solet, locum mutaverit, & ad id genus rerum quæ non sunt, quam quæ sunt, referatur rectius. Nisi fortasse quis *stillicidium* malit interpretari, tecti partem quæ anterius prominet, & guttas aquæ pluviæ deducit. quo sensu a Vitruvio accipi, ejus Interpres observavit, *Lexico Vitruviano*, in verbo *stillicidium.* Boëthius quoque *ad Topica Ciceronis* inter res corporales *stillicidium* enumerat. Sed id alii viderint: mihi enim sufficit, Ciceronem res incorporales his quæ non sunt, annumerasse. Itaque, ut ad id quod promisi, redeam, quid sibi velit Sabini illud, Servitutem neque in bonis, neque extra bona esse; putem, perinde accipi posse, ac si sic diceret: Servitus est ex his quæ non sunt, & ideo ad Senatusconsultum non pertinet, ut quasi in bonis sit, ita usumfructum recipiat. Hoc Livio, licet, credas: agens enim *lib.* 30. *c.* 37. de legibus quibusdam a Scipione datis paci Carthaginiensi, refert, fuisse in his conventum sensu consimili, bellum *neve in Africa neve extra Africam*, injussu populi Romani gererent, pro nusquam. Contra Seneca *lib.* 1. *Quæstion. natural.* Deum, inquit, opus suum & extra & intus tenere: significans, Deum (ut utar verbis Minucii Felicis *in Octavio*) ubique operi suo & proximum & infusum esse. Verba Senecæ. *Quid est Deus? Quod vides totum, & quod non vides totum. Sic demum magnitudo sua illi redditur, quia nihil majus excogitari potest, si solus est omnia, opus suum & extra & intus tenet.* Unde apparet, ejus solutionis, *Servitus neque in bonis, neque extra bona est*, quis qualisque sensus sit. Possis eam & sic interpretari: Servitus non est in bonis; quia jus est, substantiam vero naturaliter non habet, neque accidentia: nec extra bona; quia animo concipitur, atque ab eo, licet substantiam non habet, tamen imaginem sumit. quid multa? servitus est ambiguæ qualitatis; verendumque ideo, ut hic bonis accenseri, & adversus juris regulam ex Senatusconsulto debeat usum fructumve recipere. Hoc ut censeam, impellit me locutio & elegantiæ similis & potestatis apud Tacitum *lib.* 1. *Histor. c.* 40. ubi enarrans finem Galbæ, ait, sub eum finem *neque tumultum* fuisse, *neque quietem:* id est, inter utrumque medium quid & dubium. Similiter Ulpianus *l.* 7. §. 1. *D. de administratione tutorum. Debuit tutor partibus suis fungi, non quidem præcipiti festinatione, sed nec moratoria cunctatione.* Item Livius, sed plenius, *lib.* 8. *c.* 13. *Jam Latio is status erat rerum ut* neque bellum, neque pacem, *pati possent; ad bellum opes deerant, pacem ob agri ademti dolorem aspernabantur*, mediis consiliis *standum videbatur.* Apulejus quoque *lib.* 1. *De Philosophia.* Verba Apuleji. *Materiam* (Plato) *neque corpoream, sed neque sane incorpoream esse concedit. Ideo autem non putat corpus, quod omne corpus specie qualicumque non careat: sine corpore vero esse non potest dicere, quia nihil incorporale corpus exhibeat, sed vi & ratione eam sibi videri corpoream. atque ideo nec actu solo, neque tamen sola opinione cogitationis intelligi: namque corpora propter insignem evidentiam sui simili judicio cognosci: sed quæ substantiam non habent corpoream, cogitationibus ea videri; unde adulterata opinione ambiguam materiæ hujus intelligi qualitatem.* Hæc de Sabino.

3. At Paulus? ab eo abit in partem aliam; cum in Notis sic scribit. *Sed incerti actio erit cum herede, ut* & reliqua. Sensus enim, Quamvis ex Sabini sententia non valeat id legatum: opiner tamen, dandam legatario esse actionem incerti ex testamento adversus heredem; ut quamdiu legatarius vixerit, heres ei eundi, agendi, ducendi, facultatem præstet, & ea servitus constituatur sub hac cautione; ut, si decesserit, vel capite minutus fuerit legatarius, restituatur.

4. Ita Paulus. Qua causa? non adjicit; sed, puto, duplex ei causa fuit. una, quod eam regulam (ut pluribus ostendi *lib.* 1. *c.* 3.) non observari usque quaque moribus populi Romani animadverteret. altera causa fuit, quod servitus, quia

quia jure civili sustinetur, utique a quibusdam intelligeretur esse, & rerum natura comprehendi, licet substantia carere videretur. Sed hæc ex Seneca intelligi potest: cujus de similibus rebus verba hæc sunt *epist.* 58. ad Lucilium. *In rerum natura quædam sunt, quædam non sunt. & hæc autem, quæ non sunt, rerum natura complectitur, quæ animo succurrunt, tanquam centauri, gigantes, & quidquid aliud falsa cogitatione formatum habere aliquam imaginem cœpit, quamvis non habeat substantiam.*

CAPUT IV.

Vestium legato usufructu, ex Ulpiani sententia verum, non quasi, usumfructum legatum esse. Nova dispunctio l. 15. §. 4. D. de usufructu & quemadmodum quis utatur fruatur.

Sæpe miror, dubitari quærique ab Interpretibus magni nominis, legato vestium usufructu, utrum verus, an quasi, vestium ususfructus sit: cur enim in mancipiis, in animalibus, in nave, inque vasis, non idem quærunt? Scio, utendo teri vestimenta; scio, vilescere; eam dissentiendi causam adferri, etiam scio. Verum & navis teritur, & mancipia, & animalia, & vasa, & cætera id genus corpora, teruntur: navis tamen & mancipiorum, item animalium, vasorumque, naturalem usumfructum esse, Ulpianus docet *l.* 3. §. 1. *l.* 12. §. 1. *& l.* 15. §. 1. *D. de usufructu, & l.* 12. *D. Usufructuarius quemadmodum caveat.* Igitur idem putemus in vestibus: nam ut naves, ut vasa, ut similia, ita vestes, etsi utendo paulatim terantur, tamen non statim ac sub usum cadunt, eo consumuntur. quin post usum retinent substantiam, certe prorogant tempus, & sicut nova, sic attrita, vestimenta & mancipia appellantur *l.* 37. *D. de Ædilitio edicto, l.* 6. *D. de rei vindicatione;* denique ab unguentis cæterisque quantitatibus quæ utendo pereunt statim, atque expirant illico, & suis moriuntur horis, manifeste distingui, pulchre observat Plinius *lib.* 13. *Natur. hist. c.* 3. Verba Plinii. *Margaritæ gemmæque ad heredem transeunt: vestes prorogant tempus: unguenta illico expirant, ac suis moriuntur horis.* His accedit, quod oportet eum qui habet verum usumfructum, de duobus cavere; scilicet, usurum fruiturum se boni viri arbitratu; & cum ususfructus ad eum pertinere definet, restituturum quod inde extabit *l.* 1. *D. Usufruct. quemadm. caveat.* Utrumque vero vestibus convenit: potest enim fructuarius vestibus uti frui boni viri arbitratu; & finito usufructu, quod ex vestibus exstabit, restituere. Non igitur resistit natura veri ususfructus vestium usuifructui; nec absurdius earum ideo, quod paulatim teruntur usu, proprium dicemus usumfructum, quam reliquorum corporum; in quibus, quia æque teruntur usu, æque sufficit, quod extabit, finito usufructu, restitui. Ne addam nunc, ab eo cui est legatus vestium ususfructus, veri ususfructus cautionem exigi: ac finito usufructu, si is vestem reddat attritam dolo malo, contra eum ex stipulatu actionem dari; sin boni viri arbitratu, non dari. Atque hoc adeo exploratum in illa formula, *reddi, quod inde extabit;* ut Ulpianus in ista, *vestem reddi*, idem statuat *l.* 9. §. 3. *D. eod. tit.* fortasse, quia hic animus vestem utendam fruendam dantis, ut fructuarius eam boni viri arbitrio terat, & deteriorem reddat. absque enim hoc esset; foret prope, ut ne utendi quidem fruendique jus potestasque ei fieret cui testator voluit. Proinde qui stipulatur, vestem reddi finito usufructu, is id stipulari videtur quod ex veste extabit. Quod si est; apparet, & vestium & cæterorum corporum parilem Ulpiano usumfructum esse: parilis enim ei utrimque cautio, parilis utendi fruendique forma, & a quantitatis usufructu recedens.

Ipse hanc Ulpianus expresserat *l.* 15. §. 4. *D. de usufructu & quemadmodum quis utatur fruatur;* nisi alii ad hunc modum corrupissent.

Et si vestimentorum ususfructus legatus sit, non sicut quantitatis ususfructus legetur, dicendum est, ita uti eum debere, ne abutatur; nec tamen locaturum, quia ita vir bonus ita non uteretur. Proinde & si scenicæ vestis ususfructus legetur, vel aulæi, vel alterius apparatus: alibi, quam in scæna non utetur. Sed an & locare possit, videndum est. Et puto locaturum: & licet testator commodare, non locare fuerit solitus, tamen ipsum fructuarium locaturum tam scænicam, quam funebrem vestem.

Emendo parva, an nulla, mutatione.

Et si vestimentorum ususfructus legatus sit, non sicut quantitatis usufructu legato, dicendum est. & reliqua.

Scripserat Ulpianus, *non sicut quantitatis uf. leg. dicendum.* His literis utrumque sermonem, & *usufructu legato* & *ususfructus legetur*, indicari, ex Valerio Probo & Magnone constat: Nota enim hac, VF. *usumfructum*, ista, LG. *legatum*, aut *legavit*, denotari scribunt. Ita, cum ambigua esset Siglorum ratio, quid novi, Librarium errasse, & alterum pro altero subjecisse? Longius a verbis Ulpiani Haloandrina editio, sed eodem mecum sensu. *Et si vestimentorum ususfructus legatus sit, non quemadmodum si quantitatis ususfructus legetur*, & sequentia. Ut tamen vel a vulgata scriptura abessem propius, malui, *non sicut quantitatis usufructu legato*: quam lectionem Græci tuentur *lib.* 16. *Basilicorum tit.* 1. dum sic vertunt: *Qui vestis usumfructum habet, non sic ea abutitur ut nummis, quorum ususfructus legatus est, nec ipsam locat.* Forsan possis & ita restituere, *non SIcut quantitatis ususfructus legetur*, & cætera: ut perinde sit, ac si scriptum esset *non sicut si quantitatis ususfructus legetur*: constat enim, Veteres, ubi geminandæ essent literæ, usos majusculis esse, sed semel: etiam constat, in eo scribendi genere sæpe inversum fuisse ordinem non literarum tantum, sed syllabarum quoque. Dedi ejus rei exemplum huic plane simile *lib.* 2. *Observationum c.* 16. ex *l.* 11. *D. Quemadmodum servitutes amittuntur.* Etiam observatum tale quid ab Elberto Leonino, V. CL. *lib.* 1. *Emendationum c.* 15. *n.* 13. in verbo, *Hosticolo* apud Ulpianum in *l. unic. D. de bonorum possessione ex testamento militis*: in qua scriptum fuisse suspicatur *hostiCOlo*, & ita exponendum *hostico loco*, repetitis literis CO, sed inscitia Notariorum factum *hosticolo.* Atque id mihi diu visum accedere ad verisimile. nunc, ut dies diem docet, nulla esse opus mutatione, mihi persuadeo, adeo non displicet *hosticolum*: frequente usu verbi diminutivi, nihil diminutive significantis. quid ergo est? puto, *hosticolum* Ulpiano esse idem *hostico* in *l. ult. D. de testamento militis*: pari modo quo *hospi-*

pitium ei est *hospitaculum l.* 5. §. 1. *D. de his qui effuderint* & *viaticulum* in *l.* 18. §. 1. *D. de judiciis* est *viaticum l.* 17. *D. de reb. cred.* item Tacitus quæ compluribus in locis vocat *biberna*, alibi appellat *bibernacula lib.* 3. *Annal. c.* 74. *n.* 5. & *lib.* 14. *Annal. c.* 38. *n.* 2. jam vero Impp. Theodosius & Valentinianus, *l.* 21. *in fin. pr. C. de testamentis*, *signacula* dixere pro *signis*. Similiter apud Minucium Felicem, *Octavio*, (quod in Notis ibi attingit Johannes a Wouweren;) est *notaculum* pro nota. Item Imp. Anastasius *l.* 3. §. 2. & *l.* 5. §. 2. *C. de advocatis diversorum Judicum* dixit *ædiculam* quam mox vocat *domum*. Sic *ædificiola* pro *ædificiis* in Corpore Inscriptionum Jani Gruteri *pag.* 809. *Inscr.* 2. Collegit & alia ejus generis Reinesius, ad Petronium Cl. Burmanni *c.* 42. *p.* 188. in verbo *Baliscus*: quæ non lubet exscribere.

Sed de scriptura *d. l.* 15. §. 4. vel nimis, superest, ut sensum investigemus, is sensus est, si legatus sit vestimentorum usufructus, aliud dicendum videri, quam si legatus sit quantitatis usufructus: nam legato quantitatis usufructu, eam fructuario ita dari, ut ejus fiat, atque ut ea pro arbitrio suo abutatur: at, cum vestium usufructus legatus est, vestes non dari fructuario sic, ut ejus fiant; neque ut his arbitrio suo abutatur; sed ut his utatur secundum earum conditionem *d. l.* 15. §. 1. hoc est, sic, ut vir bonus iis uteretur. Et ita est: vestimentorum usufructu legato, dicendum est, aliter atque in quantitatis usufructu, fructuarium vestibus usurum fruiturum arbitratu boni viri, id est, secundum conditionem vestimentorum: sed non abusurum vestibus, id est, non usurum fruiturum vestibus extra earum conditionem; neque proinde aliter, quam vir bonus iis uteretur. quid tamen? an vestes locabit fructuarius? movet dubium, quod illi locatio rei fructuariæ competit. sed non placet, locaturum vestes: nam vir bonus, etsi ipse uteretur vestibus, tamen aliis non locaret vestes; debet autem fructuarius sic uti frui vestibus, ut vir bonus his usurus fruiturus esset. Proinde si scænicæ vestis usufructus detur; constat, in scæna quidem usurum fructuarium; sed alibi, quam in scæna, non usurum. quamobrem? quia hæc vestis quidem comparata est ad usum scænæ: ad alium vero usum comparata non est: igitur si ad alium usum adhibetur; magis in abusum cadit, quam in usum. Si tamen ad scænam adhibetur; videamus, utrum fructuarius ea tantum per se uti possit; an etiam per alios quibus eam aut commodet aut locet. Et placet, alii locaturum talem vestem; neque referre, utrum testator eam commodare, an locare, solitus fuerit. quid ita? quia scænicarum vestium locatio aut commodatio neque in abusum cadit, neque a boni viri arbitrio abhorret. Testis Seneca, *Consolatione ad Marciam cap.* 10. *Alieni*, inquiens, *commodatique apparatus sunt. nihil horum dono datur: collatitiis & ad dominos redituris instrumentis scæna adornatur. Alia ex his primo die, alia secundo referentur; pauca usque ad finem perseverabunt.* Is sensus Ulpiani: ex quo apparet, eum qualiumcumque vestium, sive sint quotidianæ, sive scænicæ, non quasi, sed verum, usumfructum facere; in eoque aliud dicendum ei videri, quam si quantitatis ususfructus legatus sit.

Non ignoro, esse qui eam quæstionem aliter finiant: rati, interesse, utrum sit legatus vestium ususfructus ut corporis, an ut quantitatis; & illo casu verum, hoc quasi, usumfructum legatum intelligi; idque Ulpianum velle in *d.* §. 4. *l.* 15. maxime, si sic scribatur, *non sic, ut quantitatis ususfructus legetur.* Sed id mihi non placet: quia connexio totius loci & singularum quæstionum ejus, satis ostendit, ab Ulpiano non quæri, quemadmodum legetur ususfructus vestium; sed quid juris sit, vestium usufructu legato: pariter ut quæritur in §. 1. *d. l.* 15. quid juris sit, mancipiorum usufructu legato; & in *l.* 13. §. 8. *D. eod. tit.* quid, domus usufructu legato, obtineat; non quemadmodum aut domus aut mancipiorum ususfructus legetur. His adde, quod, si dicimus, usumfructum vestium legari posse, vel ut corporis, vel ut quantitatis; nil aliud dicimus, quam vestium verum usumfructum esse; nisi earum ususfructus specialiter relinquatur ut quantitatis. Id vero non singulare vestium jus est, sed commune corporum omnium quæ usu continentur, ut animalium, ut servorum, ut similium: nam horum omnium potest relinqui ususfructus, non tantum ut corporum, sed etiam, ut quantitatum; velut, si æstimata utenda dentur sub cautione certæ pecuniæ restituendæ finito usufructu *l.* 7. *D. de usufructu earum rerum*: nec tamen idcirco quisquam dicet, aut servorum, aut animalium, aut similium rerum quæ usu continentur, quasi usumfructum esse. Igitur neque vestium dicemus quasi usumfructum ideo, quod earum ususfructus specialiter potest relinqui, ut quantitatis.

CAPUT V.

1. *Officia Præfecti urbis ac vigilum sæpe iisdem Notis apud Veteres scripta fuisse. Ab hac causa variare Inscriptionem l. unic. C. de officio Præfecti vigilum, & l. ult. D. eod. tit.* 2. *Pomponius menda liberatus in l. pen. D. de condictione causa data causa non sequuta, & præter Zasii, Cujacii, & Fabri, sententiam expositus.*

1. Urbis & Vigilum Præfectura in Notis variæ designatur: alteram Valerius Probus ita exhibet PRÆF. URB. alteram ita, PRÆ. VIGIL. Magno aliter: is Urbis Præfectum Siglis his, P. V. Præfectum vigilum illis, PR. VIG. complectitur. Sed sive hæ, sive illæ sint, facile scripturæ & officiorum discrimen senseris. At cum utrumque scribunt ita, P. V. uti Notarum index, qui præfigi solet, eos scripsisse indicat; nonne id efficiunt literarum compendio, ut utrum velint ex duobus, intelligere lectorem nolint? videtur, & paucis ostendam. Inscriptio *l. unic. C. de officio Præfecti vigilum* in plerisque codicibus sic recte habet, *Impp. Theod. & Arcad. AA. Nephridio Præfecto urbis.* In Accursii & Russardi ita, *Impp. Theod. & Arcad. AA. Nephridio Præfecto vigilum.* Unde tam varie, nisi a Notis istis. P. V. quibus utrumque significari monui? sed ipsas Haloandrina editio ibidem servat: habet enim *Impp. Theod. & Arcad. AA. Nephridio P. V.* Ab eadem causa variat Inscriptio *l. ult. D. eod. tit.* Ha-

Haloander enim exprimit talem, *Ulpianus libro singulari de officio Præfecti vigilum.* Florentiæ autem est, *Ulpianus lib. singulari de officio Præfecti urbi.*

2. Idem tentabo in verbis his *l. pen. D. de condictione causa data causa non sequuta.*

Cum servus tuus in suspicionem furti Attio venisset, dedisti eum in quæstionem sub ea causa, ut si id repertum in eo non esset, redderetur tibi: is eum tradidit Præfecto vigilum, quasi in facinore deprehensum: Præfectus vigilum eum summo supplicio adfecit. Ages cum Attio, dare tibi oportere: quia & ante mortem dare tibi eum oportuerit. Labeo ait, posse etiam ad exhibendum agi, quoniam fecerit, quo minus exhiberet. Sed Proculus dari oportere ita ait, si fecisses ejus hominem: quo casu ad exhibendum agere te non posse. sed si tuus mansisset, etiam furti te acturum cum eo: quia re aliena ita sit usus, ut sciret se invito domino uti, aut dominum, si sciret, prohibiturum esse.

Unde hic verba ea, *eum tradidit Præfecto vigilum?* Item ista, *Præfectus Vigilum eum summo supplicio adfecit?* An quis umquam fando audivit, Præfecto Vigilum summi in quemquam supplicii jus fuisse, non Præfecto Urbi? At idoneus mihi auctor Paulus est, *Cognoscere Præfectum Vigilum de incendiariis, de effractoribus, furibus, raptoribus, & receptatoribus, nisi si qua tam atrox, tamque famosa persona sit, ut Præfecto Urbi remittatur l:* 3. § 1. *D. de officio Præfecti vigilum.* Theodosius quoque & Arcadius ita Nephridio, Præfecto Urbis, rescripsere *l. unic. C. eod. tit. Præfecti Vigilum hujus urbis nihil de capitalibus causis sua auctoritate statuere debent: sed si quid hujusmodi evenerit, culmini tuæ potestatis referre, ut de memoratis causis celsiore sententia judicetur.* Inquiunt, *celsiore sententia judicetur*, pariter ut Cassiodorus *lib.* 7. *Var. form.* 7. sic scribens. *Custos Romanæ Civitatis diceris, quando eam ab intestino hoste defendis. Quapropter circa fures sollicitus esto, quos si tibi leges punire minime præcipiunt, tamen indagandi licentiam contulerunt: credo, ut quamvis essent raptores detestabiles, tamen quia dicebantur Romani, majori eos subderent dignitati. Utere igitur per indictionem illam Præfecturæ Vigilis dignitate. Horror tibi pœnarum adeptus est, non potestas: nam lex, a quo velit malos capi, ipsum censuit plus timeri.* Qui igitur Vigilum Præfecti potestas ea est in *d. l. pen.* quæ propria Præfecti urbis est? Num indignamur imperitiam ejus temeritatemve, cum Udalrico Zasio in *Comment. ad eum locum?* hercule paterer, si Zasius argumentum ejus aliquod ostenderet; verum ubi nullum adfert, nec in lege ultro apparet, contra dicendum arbitror. An amplius ei in servum fuit; quam in hominem liberum? ita persuasum Jacobo Cujacio in *expositione Novellæ* 13. & Antonio Fabro in *Rationalibus ad d. l.* 3. §. 1. Sed contra Ulpianus refert in *l. ult. D. eod. tit. Imperatores Severum & Antoninum Junio Rufino Præfecto Vigilum ita rescripsisse. Insularios & eos, qui negligenter ignes apud se habuerint, potes fustibus vel flagellis cædi jubere: eos autem, qui dolo fecisse incendium convincentur, ad Fabium Cilonem Præfectum Urbi, amicum nostrum remittes: fugitivos conquirere, eosque dominis reddere debes.* Ait, ut vides, Rescriptum de iis qui ignes apud se habent, præterea de insulariis, id est servis insularum custodibus; ut liquet ex *l.* 203. *D. de verborum significatione, l.* 16. §. 1. *D. de usu & habitatione*: ab utrisque autem incendium aut negligentia, aut dolo fieri: si negligentia, in hos esse Præfecto Vigilum jus & fustium & flagellorum. an indistincte? haud puto: flagella enim in servos, fustes in liberos, at tenuiores, permitti, clare docent Jureconsulti *l. ult. D. de injuriis, l.* 10. *l.* 28. §. 2. *D. de pœnis.* quid, si dolo fecisse incendium convincentur? ad Præfectum Urbis remitti. Sive igitur servus sit, sive liber, qui mortem meruit ob scelus; spectat ad imperium Præfecti Urbis, non Vigilum. Itaque emendanda, ut dixi, verba *d. l. pen.* & exponenda hoc modo. Servus tuus Attio venerat in suspicionem furti. is Attius rogabat te, ut servum dares in quæstionem. dedisti sub ea lege, ut, si id repertum in eo non esset, redderetur tibi. Attius eum non, uti convenit, ad quæstionem quasi suspectum furti, sed quasi deprehensum in manifesto facinore, cum nullus esset deprehensus, ad supplicium Urbis Præfecto obtulit, eoque ut afficeretur, falsis testibus, certe adversus fidem pacti, obtinuit. punito servo quæritur, quæ actio ibi danda sit adversus Attium? ait Pomponius, dominio tradito, tibi condictionem dari, velut causa data causa non vel perperam sequuta; dominio autem non tradito, ad exhibendum & furti actionem competere: ad exhibendum, quia is fecit, quo minus exhiberet: furti, quia vacuus eo non sit qui re aliena ita usus est, ut sciret, se invito domino uti, aut dominum, si sciret, prohibiturum esse.

CAPUT VI.

1. *Veterum de adquirenda possessione non unam fuisse sententiam.* 2. & 3. *Senecæ, Phædro, Plauto, lux mutua. vestigium antiquæ dissensionis apud Proculum l.* 55. *D. de adquirendo rerum dominio.* 4. *Voculam* non *abundare apud Paulum in l.* 3. §. 3. *D. de adquirenda vel amittenda possessione.* 5. *Javoleni locus illustratus in l.* 51. *D. eod. tit. explosa Jacobi Cujacii emendatione.* 6. *Præsentia rei an in fictis traditionibus, quæ fiunt possessionis constitutione, necessaria sit. Pragmaticorum adversus Antonium Fabrum defensa sententia.*

1. Utrum possessio animo solo, an animo simul & corpore, adquiratur, a Veteribus varie olim disputatum est: non quod de possessionis origine, regulave dubitarent; sed quod inter eos, quid usu servandum esset, parum conveniret: fuisse enim, mihi persuadeo, qui a majorum definitione recederent, quasi jubente utilitate; cumque placeret, possessionem non adquiri aliter, quam animo & corpore; tamen fingerent, utrumque intervenisse, simul atque animus idoneo signo proderetur palam; cum eoque facultas occupandæ rei probabiliter concurreret. itaque, si lapillus, gemma, aliudve quidpiam ejus generis, a duobus in littore maris inveniretur, sed alterius tantum visu, alterius etiam apprehensione; existimabant, ambos in communionem incidere; nec eum qui prior corpore in possessionem venisset, nisi affectum quoque prior indicasset, alteri prævalere.

2. Ex hac secta Veterum, quæ observavi, testimonia adscribam, partes Senecæ primas, tum secundas Phædro, daturus. Verba Senecæ *ex epistola ad Lucilium* 119. hæc sunt. *Quotiens aliquid inveni, non expecto, donec dicas, in commune; ipse mihi dico.* Ex Phædro ista subjeci.

Invenit calvus forte in trivio pectinem.
Accessit alter æque defectus pilis;
Heja, inquit, in commune, quodcunque est lucri.
Ostendit ille prædam, & adjecit simul:
Superum voluntas favit; sed fato invido
Carbonem, ut ajunt, pro thesauro invenimus.

Populi, inquies, nænias proverbiaque mihi exhibes: at ego Fori disputationem expectabam. vis tamen scire, quantum ea faciant ad demonstrandam hanc disputationem? vel Plautum adde in *Rudente*. 4. 3. *vers.* 76. fenties, nata apud nostros: tam aperte enim & legum & formularum, ne de cæteris loquar, in re simili meminit; ut merito verear, ne Fori argutias diffidiaque in derisum ducere voluerit. Verba Plauti.

——— *Omitte vidulum.*

GR. *Nunquam hercle hinc hodie ramenta fies fortunatior.*

TR. *Non probare pernegando mihi potes, nisi pars datur,*
Aut ad arbitrum reditur, aut sequestro ponitur.

GR. *Quemne ego excepi in mari?* TR. *At ego inspectavi e littore.*

GR. *Mea opera, labore & rete & horia.* TR. *Num qui minus,*
Si veniat nunc dominus, cujus est, ego qui inspectavi procul
Te hunc habere, fur sum, quam tu? GR. *Nihilo.* TR. *Mane mastigia.*
Quo argumento socius non sum, & fur sum, fac dum ex te sciam?

GR. *Nescio: neque ego istas vestras leges urbanas scio,*
Nisi quia hunc meum esse dico. TR. *Et ego item esse ajo meum.*

Hæc Plautus. E nostris etiam Trebatius tradidit ad eamdem faciem apud Gajum *l.* 5. §. 1. *D. de adquirendo rerum dominio*, bestiam feram ita vulneratam, ut capi possit, statim nostram intelligi; & eo usque nostram videri, donec eam persequamur: cæterum, si desierimus persequi, desinere nostram esse; & rursus occupantis fieri: itaque addit, si per hoc tempus quo eam persequimur, alius eam ceperit eo animo, ut lucrifaceret, furtum videri nobis eum commisisse.

3. Referam quoque huc Proculum *l.* 55. *D. de adquirendo rerum dominio*: detecturus in eo vestigium dissensionis antiquæ, sed Triboniano olim inobservatum, & eruditis adhuc ænigma inexplicabile. Verba Proculi.

In laqueum, quem venandi causa posueras, aper incidit; cum eo hæreret, exemptum eum abstuli: num tibi videor tuum aprum abstulisse? Et si tuum putas fuisse, si solutum eum in sylvam dimisissem, eo casu tuus esse desisset, an maneret? Et quam actionem mecum haberes, si desisset tuus esse: num in factum dari oporteret, quæro? Respondit, laqueum, videamus, ne intersit, in publico, an in privato posuerim: & si in privato posui, utrum in meo, an alieno: & si in alieno, utrum permissu ejus, cujus fundus erat, an non permissu ejus posuerim? Præterea, utrum in eo casu ita hæserit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando se expediturus fuerit? Summam tamen hanc puto esse, ut si in meam potestatem pervenit, meus factus sit. Sin autem aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem dimisisses, eo facto meus esse desisset, & actionem mihi in factum dari oportere. veluti responsum est, cum quidam poculum alterius ex nave ejecisset.

Species clara. In laqueum quem Titius venandi causa posuerat, aper incidit: is cum eo hæreret, Mævius exemptum abstulit. quæritur, an videatur Titio aprum suum abstulisse; & si Titii aper fuit, si solutum eum Mævius in silvam dimisit, an eo casu aper Titii esse desierit; &, si Titii esse desiit, qua actione Titio Mævius teneatur? Respondet Proculus, aprum, a Titio occupatum, Titii esse: an occupatus autem sit, nec ne, ex facto æstimandum esse: multumque referre, utrum Titius laqueum in privato, an in publico, posuerit: nam si in publico posuit, ut in silva publica, in itinere publico; tum aprum, quamquam hæreat ita, ut expedire se ipse non possit, tamen quia ab unoquoque adiri atque occupari potest, ideo non magis a Titio, quam ab alio, occupatum atque apprehensum intelligi. rursus, si laqueum Titius in privato, sed alieno, posuit sine domini permissu; idem dicendum esse: quamquam non ea ratione quam V. CL. Jacobus Cujacius *lib.* 4. *Observat. c.* 2. & post eum Theodorus Marcilius, attulit ad §. 12. *Inst. de rerum divisione*, scilicet, quod is suam non facit feram, qui eam in alieno fundo capit, invito domino: sed quia domino jus est, ubi visum ei, laqueum in fundo suo adeundi, & aprum prehendendi; Titius vero e diverso fundum alienum ingredi venandi causa jure prohibetur *d. l.* 5. §. 1. *d.* §. 12. *l.* 16. *D. de servitutibus prædiorum rusticorum*, *l.* 13. *in fin. D. de injuriis*; nec igitur potest apri vel hærentis possessionem, ubi voluerit, corporaliter nancisci. quod si Titius laqueum posuit in fundo suo, alienove, sed domini consensu; & utrovis casu ita hæsit aper, ut se luctando non facile expediturus fuerit; jam prope esse, ut Titius apri possessionem adquisivisse videatur: quia domino non licet, consilium suum mutare in Titii injuriam; sed nec Mævio licet, in fundo Titii versari, eo invito. aper igitur a Titio, etsi naturaliter apprehensus non sit, apprehendi tamen naturaliter probabiliterque potuit. Hoc, opinor, Proculus indicavit; Tribonianus autem non intellexit in his verbis, *summam tamen puto hanc esse, ut si in meam potestatem pervenit, meus factus sit.* sensus enim est, summam puto hanc esse, meus ut factus sit; si, cum voluero, potuerit in meam potestatem pervenire. ita visum mihi id verbum, *pervenit*, accipiendum: primum, quia non abhorret a loquendi usu quem Pomponius apud Labeonem & in Duodecim Tabulis notat *l.* 21. *D. de statuliberis:* deinde hic nusquam dicitur aper in Titii potestatem pervenisse; quamquam dicitur hæsisse laqueo quem Titius posuerat: imo Proculus, si recte judico, an occupatus aper sit, nec ne, tantum ex loco distinxit: præterea voluit, considerari modum quo aper hæsit: id est, animum Titii, dum effectum sortiri possit, sufficere; corpus non utique desiderari: denique, si quid ei desit ad naturalem possessionem, id prorsus animo impleri.

4. Sed profecto Proculum ab hac secta fuisse, nimis ex Paulo perspicuum est. Verba Pauli in impressis codicibus ita leguntur *l.* 3. §. 3. *de adquirenda possessione.*

Neratius & Proculus, [&] *solo animo non posse nos*

nos adquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio. Ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero; quia quod desit naturali possessioni, id animus implet. & reliqua.

Vulgata hæc, sed insulsa, an stolida, lectio; nam quis sapiens sic disputet, colligatve: possessio non potest solo animo adquiri: thesaurus igitur a me, ubi in fundo meo est, solo animo adquiri potest? nemo unus. proinde, ne pugnantia pro consequentibus auctores summi imperitissime conjunxisse viderentur, suspicabar olim, Paulum, quæ dixerat in §. 1. *d. l.* 3. his in §. 4. ejusdem capitis Neratii & Proculi, velut dissentientium, auctoritatem objecisse: post alium, cum id parum pervideret antiquitatis ignorantia, negationem in *d.* § 3. plane inutilem atque ineptam inseruisse; perinde ac si Paulus definitionem regulamque *d.* §. 1. eo loci repeteret; non Prudentum, quod res erat, pugnæ responderet. quamobrem restituebam, *Neratius & Proculus ajunt, solo etiam animo posse nos adquirere possessionem tradiderunt*, & cætera. exponebam vero ita, Neratius ac Proculus ajunt, solo etiam animo posse nos possessionem adquirere; si, id est, quamvis, ut in *l.* 124. *in fin. D. de verborum obligationibus*, *l.* 37. *in fin. D. de usuris:* si, inquam, seu quamvis, non antecedat naturalis possessio; ideoque si sciam, thesaurum in fundo meo positum esse; putant, me continuo possidere, simul atque possidendi affectum habuero: quia, quamquam desit mihi thesauri naturalis possessio, tamen ubi habeo teneoque fundum in quo thesaurus jacet, quod desit naturali possessioni, id facile animo impleri. Ita censebam: eo magis, quod ab illa Papiniani dubitatione quæ est in *l.* 44. *D. de adquirenda possessione*, non valde alienum esset. Hactenus de priore secta.

5. Quid altera? distinguebat ea quæ non habent dominum, vel habent, sed præter ejus voluntatem occupantur, a cæteris quæ ad alium domini voluntate proficiscuntur: volebat quippe, in illis necessariam esse naturalem detentionem: in istis non utique, modo si sub adquirentis custodia essent quocumque modo constituta: itaque hinc ambages evitandas, illinc naturæ standum, injurias rixasque amputandas esse, existimabat. Operæ pretium erit, utrumque propius inspexisse. Ad prius multa spectant, quæ de fera Gajus *d. l.* 5. §. 1. *D. de adquirendo rerum dominio*, quæ de thesauro & furto Paulus *d. l.* 3. §. 18. ac Celsus *l.* 67. *D. de furtis*, quæ de pecunia in alieno condita Papinianus *d. l.* 44. scribunt. Præterea refert Nerva filius, apud Paulum *l.* 1. §. 1. *D. de adquirenda possessione*, *Dominium rerum ex naturali possessione cœpisse, ejusque rei vestigium remanere de his, quæ terra, mari cœloque capiuntur; nam hæc protinus eorum fieri, qui primi possessionem eorum apprehenderint. Item bello capta & insulam in mari enatam & gemmas, lapillos, margaritas in littoribus inventas ejus fieri, qui primus eorum possessionem nactus est.* Hæc pro parte distinctionis una. Altera æque vera ac certa: obtinuit autem primum, ut videtur, maxime in columnis rebusque cæteris quæ propter magnitudinem ponderis facile moveri non possent: deinde ad res etiam alias prorepsit; ut tamen imaginem custodiæ vel ex oculis & adspectu præsentis rei, vel ex appositione custodis, vel ex clavium traditione apud horreum in quo essent merces venditæ, vel ex præcedente detentione ex causa depositi vel commodati vel locati, intervenire necesse esset: propterea quod in his omnibus corporalis apprehensio & tactus nihil plus concederet adquirenti, quam jam haberet per custodiam rei mobilis; denique, quod naturalis rei mobilis apprehensio tantum custodiæ gratia adhiberetur. Ita Gajus *l.* 9. §. 5. *D. de adquirendo rerum dominio*; & in primis Paulus *l.* 1. §. 21. *D. de adquirenda possessione*; quem locum V. CL. Antonius Faber. *p.* 3. *De erroribus Pragmaticorum*, *decad.* 75. *Error.* 2. non minus ingeniose, quam vere, sic restituit, *Si jusserim, venditorem procuratori rem tradere, cum ea in præsentia sit: videri mihi traditam Priscus ait. idemque esse, si nummos debitorem jusserim alii dare. non est enim corpore eT actu* (id est, *corpore & tactu*; cum vulgo scribatur, *corpore & actu*) *necesse apprehendere possessionem: sed etiam oculis & affectu. & argumento esse eas res, quæ propter magnitudinem ponderis moveri non possunt: ut columnas: nam pro traditis eas haberi, si in re præsenti consenserint. & vina tradita videri, cum claves cellæ vinariæ emptori traditæ fuerint.* Sed & si venditor emptori vicinum fundum in sua turre demonstret; ejusque se vacuam possessionem ei tradere dicat: placet, possessionem emptori solis oculis soloque affectu perinde, ac si fundus naturaliter occupatus apprehensusque esset, adquiri: ut bene Celsus *l.* 18. §. 2. *D. de adquirenda possessione*, verbis sequentibus. *Si venditorem, quod emerim, deponere in domo mea jusserim, possidere me certum est, quanquam id nemo dum attigerit. aut si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret, vacuamque se possessionem tradere dicat, non minus possidere cœpi, quam si pedem finibus intulissem* Sic Celsus; tam clare ostendens, in his possessionem animo solo sine corpore & tactu adquiri, ut ad istam quoque partem distinctionis nihil ultra desideres. quamobrem manum de tabula tollam: si addidero, hanc fictam traditionem, quia civili interpretatione pro naturali traditione habetur, ideo interdum naturalem appellari; exemplumque unum ejus generis, ut omittam alia, extare apud Paulum *l.* 8. *D. de peculio*: ubi de peculio differens, ait, ejus rem esse tunc demum, cum naturaliter data est; &, cum quæri posset, quando ita data videretur; addit, tunc datam videri, cum dominus tradidit; aut, cum apud eum esset, pro tradita habuerit. Hoc Paulus. idem vel simile habet Labeo; ad eumque in Notis observat Javolenus *l.* 51 *D. de adquirenda possessione.* Verba ejus loci, quia habent dignam inquisitione sententiam, apponam, ut illustrem, ac servem. Verba Labeonis,

Quarundam rerum animo possessionem nos apisci ait Labeo: veluti si acervum lignorum emero, & eum venditor tollere me jusserit: simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur. Idem juris esse, vino vendito, cum universæ amphoræ vini simul essent. Sed videamus (inquit) ne hæc ipsa corporis traditio sit: quia nihil interest, utrum mihi, an & cuilibet jusserim, custodia tradatur?

Verba hæc, ut monui, Labeonis sunt. in his verbis id primum noto, quod Labeo ait, nos non omnium, sed quarumdam rerum possessionem apisci animo; exemplumque ponit in re vendita: deinde, quod cum animum nominat, solum & nudum intelligit: postremo puto, versiculum, *sed videamus* &c. sic accipiendum esse, quasi significet: Labeo magis esse inquit, ut ipsa hæc, etsi re vera non sit corporis traditio, tamen intellectu Juris pro corporis traditione ha-

habeatur: finge enim, in conspectu meo rem deponi, & sub custodia mea constitui, præterea nec me, nec alium meo nomine, eam attingere: num dubium, inquit, est, si interpretationem spectes, quin hic opera corporis adhibita, & possessio tradita acceptaque, intelligatur? minime vero. quid ni ergo idem sit, ubi tu me jussisti tollere, ego custodiam posui? nil enim refert, utrum mihi, an cuilibet jusserim, custodia tradatur *arg. l.* 35. *D. de adquirendo rerum dominio.* Hæc Labeo: ad ea in Notis ita Javolenus.

In eo puto hanc quæstionem consistere, an etiam, si corpore acervus aut amphoræ apprehensæ non sunt, nihilominus traditæ videantur. nihil video interesse, utrum ipse acervum, an mandato meo aliquis custodiat: utrobique enim animi quodam genere possessio erit æstimanda.

Vir eximius, Jacobus Cujacius, in *Comment. ad t. P. de adquirend. Possess. tom.* 4. *part.* 2. *operis posthumi*, legit, *corporis quodam genere*: sed ego de lectione certa & recepta non recedo: sensus enim Javoleni, quamquam subdifficilis, tamen non dubius hic est: In eo vertitur Labeonis quæstio, an acervus, licet corpore non sit apprehensus, tamen pro tradito habeatur Jure Civili. quod magis est: si quis enim in uno exemplo velit dissentire, & traditionem inficiari; is viderit, ne traditionem quoque ab altero excludat: utrobique enim, id est, utroque in casu, si ad subtile exigantur singula, animi quodam genere, seu animo quodammodo solo possessio æstimanda erit. at naturalis traditio atque apprehensio procul dubio in altero, quamquam nulla intervenit, utique intervenire creditur: igitur consequens est, ut eadem altera quoque in specie Juris intellectu esse videatur. Hæc Labeonis, addo, Javoleni, sententia est: quam & superiora probant, & Paulus refert in *d. l.* 1. §. 21. *D. de adquirenda possessione:* Prisci enim ubi meminit, Javolenum intelligit: cui Prisco nomen fuisse, a Plinio *lib.* 6. *Epist.* 15. & Pomponio *l.* 2. *ad fin. D. de origine juris*, accepi: etsi idem quoque Neratio fuisse nomen, non ignorem. sed pro Javoleno facit, quod is *libro* 10. *Epistolarum* in hac vel simili prope specie traditionem quodammodo manus longæ esse perhibet. Verba ejus adscribam, ut caveas ab Antonio Fabro *part.* 3. *De erroribus Pragmaticorum decad.* 75. *error.* 6. qui putat, Labeonis sententiam a Javoleno corrigi in *d. vers. sed. videamus.* Verba Javoleni quæ huc spectant, in *l.* 79. *D. de solutionibus & liberationibus* talia sunt. *Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem, si in conspectu meo ponere te jubeam: efficitur, ut & tu statim libereris, & mea esse incipiat. nam tum, quod a nullo corporaliter ejus rei possessio detineretur, adquisita mihi, & quodammodo manu longa tradita existimanda est.*

6. Tantum de possessionis apprehensione ac traditione. Videndum porro, quod titulus hujus capitis pollicetur, an in traditionibus plerisque & veris & fictis peræque desideretur rei præsentia. Et censet Antonius Faber adversus Pragmaticos *d. decad.* 75. *error.* 1. *& seqq.* nec exceptionem prope admittit, præter unam quam desumit ex *l.* 9. §. *ult. D. de rebus creditis.* Movet eum virum, quod arbitratur, fictam traditionem non habere alio in casu locum, quam in quo vera potest: præfatus, commune esse omnibus Juris fictionibus, ut tunc inducantur demum, cum id quod in fictionem venit, & jus & natura recipit: maxime, si versantur circa hominis factum: in quo quanto minor sit potestas Juris, tanto majorem requiri aptitudinem, ut fictio obtineat: at sine ejusmodi esse causam possessionis *arg. l.* 19. *D. Ex quibus causis majores. l.* 1. §. *si vir uxori* 4. *D. de adquirenda possessione.* Jam per rerum naturam fieri vix posse; ut corporalis possessio sine vera traditione mutet possessorem; item ut fiat vera & naturalis traditio rei quæ non sit præsens: tradere enim esse, de manu in manum dare: & ideo nec ista quidem traditione quæ ex constituto inducitur, aliter transferri possessionem, quam si constituti tempore res præsens & quasi sub oculis inveniatur. Hæc viri & acuti & docti sententia est: sed mihi displicet: existimanti, rei præsentiam non ea solum in specie non esse valde necessariam, in qua possessio detentiove jam ante domini voluntate venit ad novum possessorem; (uti Faber voluit *arg. d. l.* 9. §. *ult.*) sed nec in constituto possessorio desiderari: hoc est, cum quis id quod suo nomine possidet, alieno nomine possidere constituit; & ipse ita definit possidere, ut quasi procurator suo rursus corpore alienæ possessioni ministerium præstet, ex sententia Celsi in *l.* 18. *D. de adquirenda possessione.* Quamquam enim possessor a re absit ea in specie, tamen quia animo ei præsens est, quamdiu is effectum sortiri potest, fictione Juris non minus corpore & oculis, quam animo, præsentem intelligi *arg. l.* 3. §. 7. *l.* 46. *l.* 25. §. 2. *D. eod. tit. l.* 1. §. 24. *D. de vi & de vi armata*: neque esse a ratione juris alienum, qui corpore absens, præsens animo sit, is si alii possidere constituat: hoc est, destinet, suam amittere possessionem, & interim ministerio suo alium facere possessorem. Dices, duplicem fictionem circa eamdem rem non facile concurrere. Sed id vanum est; & Paulus discutit *l.* 1. §. 1. *D. Pro socio*; cum scribit, in societate omnium bonorum omnes res quæ coëuntium sunt, continuo communicari, quia (ut Gajus subjicit *l.* 2. *D. eod. tit.*) licet specialiter non interveniat traditio, tamen tacita intervenire creditur: nec, opinor, cuiquam hac in specie est aut traditionis obscura fictio, aut possessionis constitutio: nam qui hactenus sibi res suas tenuit jure dominii, is nunc constituit, eas possidere ex causa societatis, non tantum sibi, sed & alii. Quod si est: vix cerno, qui sit quæstioni Viro Docto; an per constitutionem, etiam absente re, in alium transferatur possessio: nisi is velit dubitare; num in societate omnium bonorum omnes res quæ coëuntium sunt, continuo communicentur; aut, quod a vero est remotius, etiam in tacita rerum omnium traditione, quæ infinitæ sæpe ac dissitæ sunt, præterea aliam sibi fingat præsentiam, quam qua res sub utriusque custodiam cadat, utroque socio mutuæ possessioni operam dante, id est, existente hoc animo, ut non suas quisque res habeat, sed ut ambo eamdem rem pari jure possideant. Verum non dignum est, ei qui hoc dixerit, respondere latius.

CAPUT VII.

Culturam & curam *idem valere in* §. 35. *Inst. de rerum divisione*, *adversus Accursium & Cuja-*

jacium. Ea verba non factum qualis qualis culturæ & curæ, sed jus, significare. Bonæ fidei possessoris, qui rem accepit ex justa causa, naturali ratione fieri fructus, non tantum industriales, sed & naturales.

Justinianus in §. 35. *Inst. de rerum divisione. Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave qualibet justa causa æque bona fide acceperit: naturali ratione placuit fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura & cura.*

Quæsitum est, utrum postrema verba, *cultura* & *cura*, idem sonent eo in loco, an diversum quidpiam ac separatum? Et hoc magis esse, cum Accursius credidit, tum Cujacius in Notis ad *d.* §. 35. Sed mihi contra visum, idem significare: ut in illo Virgilii *lib.* 1. *Georgicorum.*

— — *Quæ cura boum, quis cultus habendo*
Sit pecori. — —

Nam, ut Servius notat, aut epexegesis est in sequenti; hoc ut sit, qui cultus habendo sit pecori, quod est, quæ cura boum; aut certe κατ' ἐξοχὴν ait, boves, & postea intulit cætera pecora; ut majus animal separet a minoribus &c. Jam Ovidius *De remedio amoris.*

Rura quoque oblectant animos, studiumque colendi
Quælibet huic curæ cedere cura potest.

Seneca quoque *lib.* 2. *De Beneficiis c.* 11. *Perdet*, inquit, *agricola, quod sparsit, si labores suos destituet in semine. Multa* cura *sata perducuntur ad segetem: nihil in fructum pervenit, quod non a primo usque ad extremum æqualis* cultura *prosequitur.* Sed & Quintilianus *lib.* 1. *Inst. orator. c.* 12. *Cur non idem suademus agricolis, ne arva simul & vineta & oleas & arbusta* colant? *ne pratis & pecoribus & hortis & alvearibus accommodent* curam? Unde apparet, *culturam* valere idem *curæ* apud Justinianum. causa autem conjungendi utrumque verbum mihi ista videtur esse, quod ea conjunctio orationem facit aliquanto modulatiorem & magis aptam atque efficacem, quam si simpliciter sit, dicaturque, *pro cultura.*

Id quo spectat? nempe, ut intelligamus Imperatorem Justinianum velle, fructus tam naturales, quam industriales, fieri bonæ fidei possessoris, qui fundum accepit ex emptione, vel legato, vel simili justa causa: eo quod & cultura & cura pro qua illi fructus indistincte addicit Imperator, ad utrumque fructuum genus referuntur. Quamquam ut melius intelligatur res non minus elegans, quam difficilis, & (quantum scio) nondum demonstrata ab aliis: porro addam, quod Imperator, cum fructus bonæ fidei possessori addicit *pro cultura & cura*; non significat, fructus ejus fieri pro quali quali cultura & cura: (alioquin debuisset eos quoque adscribere possessori malæ fidei: nam is æque culturam & curam fundo adhibet, ac possessor bonæ fidei, licet nullos fructus suos faciat) potius voluit Imperator fructus ideo bonæ fidei possessoris esse: quia ei, quasi domino, est jus colendi & curandi fundum, quem justa ex causa a non domino accepit bona fide. idque sic demonstro. Placet, fructus sive domino, sive possessori bonæ fidei, adquiri jure accessionis, atque adeo jure corporis ex quo proficiscuntur *l.* 25. §. 1. *D. de usuris.* Primum, si quis est dominus fundi seu corporis ex quo nascuntur fructus, is naturali ratione est dominus fructuum ex eo natorum §. 19. *Inst. de rerum divisione*: sive sint industriales, sive naturales; inprimis, ubi cohærent cum corpore: tum enim faciunt partem corporis *l.* 44. *D. de rei vindicatione*; & oportet eum qui est dominus corporis, esse dominum partium ejus. hoc, cum pendent fructus, & cohærent cum corpore. quid, si percepti sint: id est, a corpore separati? idem dicendum est, nec refert, utrum a domino, an ab alio separati, sint: quia ante fuerunt domini, neque separatione contigit quidquam quo desinerent esse *d. l.* 25. §. 1. Sed ut fructus, sive naturales, sive industriales, sunt domini corporis ex quo nati sunt: ita fructus, tam naturales, quam industriales, corporis bona fide possessi vel ex emptione vel quo simili justo titulo, sunt bonæ fidei possessoris *d.* §. 35. maxime, cum pendent, neque sunt separati a corpore ex quo sunt nati: tum enim intelliguntur pars corporis. porro bonæ fidei possessor, etsi non sit corporis dominus, tamen habetur dominus corporis. habetur igitur & dominus partium corporis: id est, fructuum. ita, cum pendent fructus. quid, si percepti sint: hoc est, separati a corpore? adhuc manent possessoris bonæ fidei; sive ab ipso, sive ab alio, separati sint: quia ante cum penderent, jam fuerunt ejus, neque separatione quidquam factum est quo desinerent esse *d. l.* 25. §. 1. *l.* 48. *D. de adquirendo rerum dominio.* Is sensus Justiniani in *d.* §. 35. qui si placet: apparet, culturam & curam in illo § non factum significare, sed jus culturæ & curæ quod bonæ fidei possessori, quasi domino, conceditur interpretatione bonæ fidei. Neque inusitata nostris ea loquutio: nam similiter alluvionem pro jure alluvionis, haustum pro jure hauriendi, actum pro jure agendi, iter pro jure eundi, appulsum pro jure appellendi, & similia, legimus *l.* 16. *D. de adquirendo rerum domino*, *l.* 5. §. 1. *l.* 13. §. 2. *D. de servitutibus prædiorum rusticorum.* Dixi, quid sentiam de *d.* §. 35. cui objicitur *l.* 45. *D. de usuris.* Sed frustra.

CAPUT VIII.

1. *Hypothecam jure honorario constitui nudo pacto, & tolli: si conveniatur,* ne pignus petatur. *Nova interpunctio & explicatio l.* 23. *C. de pignoribus. Cujacii, Fabri, Gifanii, & aliorum, taxatæ sententiæ.* 2. *Quid, si conveniatur,* ne debitum petatur? *Marcianus ab ingenio correctus duobus locis l.* 5. *D. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.* 3. *Severi & Antonini sensus in l.* 2. *C. de remissione pignoris.*

I. De hypotheca jure honorario nascitur pacto actio, & tollitur: nec mirum est, pacto, perimi, si pacto perficitur: æquitatis enim vinculum quo solo sustinetur, æquitate conventionis dissolvitur, & perit ipso jure quo colligatur. Nolo, hoc mihi credas: sit fides

des Imperatoribus, Diocletiano & Maximiano *l.* 23. *C. de pignoribus*, in qua scriptum est.

Major annis viginti quinque pignoris conventionem remissam, cum hoc solum pactum, vel jurisdictio secundum ipsius voluntatem tueatur, persequi non potest.

Obscura verba sunt, sed, ne offendas, lucem faciam. comma vides post hæc verba, *cum hoc solum pactum*: id comma natum a sequiore intellectu particulæ, *vel*, ibidem sequentis. dele & lege.

Major annis viginti quinque pignoris conventionem remissam, cum hoc solum pactum vel jurisdictio secundum ipsius voluntatem tueatur, persequi non potest.

Plana & clara sententia, Majorem viginti quinque annis non posse actione hypothecaria persequi hypothecam: quam pacto nudo remisit. quam ob causam? quia vel jurisdictio (Edictum sic appellant Imperatores: ut in *l.* 2. *C. de restitutione militum*, & aliis infinitis locis) quando, inquam, vel jurisdictio hoc solum, seu nudum, pactum secundum ipsius majoris voluntatem tuetur. Hoc autem quid aliud est, quam hypothecæ specialiter datum esse Edicto, ut pacto, quamvis solo, & nascatur & pereat? cavebis enim, si sapis, a Jacobo Cujacio in *comment. ad l.* 17. §. 2. *D. de pactis*, & *ad tit. C. de remissione pignoris*, ab Antonio Fabro in *Rationalib. ad. d. l.* 17. §. 2. ab Huberto Gifanio ad *d. l.* 23. & aliis qui perhibent, verba ista, *persequi non potest*, esse ambigua, atque ad litis exitum referenda. nam ut fatear, sæpe nil interesse, utrum quis non habeat actionem, an habeat eam quæ per exceptionem infirmetur: quid tamen tali opus interpretatione est, ubi oculis usurpatur veritas? dilucide scribunt Imperatores, si hanc meam consideres emendationem, hypothecam pacto constitui, pacto tolli: quia id pactum, etsi solum seu nudum sit; tamen vel Prætoris jurisdictione, non tantum naturali ratione, adjuvatur: locutione ac sensu plane simili huic Valeriani & Gallieni. *Etiam jure civili domestici testimonii fides improbatur l.* 3. *C. de testibus.* Erit tamen aliquanto clarior res, intellecta vocula *vel*, de qua monui supra: non enim hic separationem indicat; sed nec conjunctionem: verum pro *etiam* aut simili sumitur: & præcipuum quidquam significat: ut in *l.* 1. *pr. D. de pignoribus & hypothecis*, *l.* 43. *D. Familiæ erciscundæ*, & apud Terentium in illo *Andriæ* 3. 2. *vers.* 9. *Vel hoc quis non credat, qui norit te, abs te esse ortum*? ubi in Notis sic scribit Donatus. Vel *modo non est disjunctiva conjunctio, sed pro* etiam *posita: ut apud Virgilium.* Vel Priamo miseranda manus. *Et* Carmina vel cœlo possunt deducere lunam. *Et bene*, vel hoc, *subaudias exceptis illis, quæ reprehendit supra.* Sed in viam. Hoc volunt igitur Imperatores, hypothecam pacto nudo & constitui, & tolli, Prætorio jure: in primis, si sic conveniatur, *Ne hypotheca petatur.*

2. Quid si sic, *Ne debitum petatur*: dubitatum a Veteribus est, utrum ipso jure, an per exceptionem, liberetur hypotheca. Quod, si nescis, Marcianus probabit tibi in *l.* 5. *D. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.*

Solvitur hypotheca & si ab ea discedatur, aut paciscatur creditor, ne pecuniam petat: nisi si quis dicat pactum interpositum esse, ut a persona non petatur. Et quid si hoc actum sit, cum forte alius hypothecam possidebit? Sed cum pactum conventum exceptionem perpetuam pariat, eadem [&] in hoc casu possunt dici, ut & ab hypotheca discedatur.

Hæc recepta lectio; sed depravata non uno loco. corrigo & scribo.

Solvitur hypotheca, & si ab ea discedatur, aut paciscatur creditor, ne pecuniam petat: nisi si quis dicat pactum interpositum esse, ut a persona non petatur. Et quid si hoc actum sit? * *Sed cum pactum conventum exceptionem perpetuam pariat, eadem, [&] in hoc casu potest dici, ut & ab hypotheca discedatur.*

Primus ita scripturam ex conjectura restitui. An vere? videamus. Ait Marcianus, *Solvitur hypotheca, & si ab ea discedatur, aut paciscatur creditor, ne pecuniam petat.* Hæc verba manifestam habent sententiam, Si paciscatur debitor, Ne pignus petatur, hypothecam solvi ipso jure: idemque esse, si paciscatur, Ne pecunia petatur.

Pergit Marcianus, *Nisi si quis dicat, pactum interpositum esse, ut a persona non petatur.* His verbis continetur objectio, spectans fere ad posterius pactum, quod est, Ne pecunia petatur: in priore enim, quod est, Ne pignus petatur, certum jus fuit: ut monui. sensus autem Marciani est, Etiam pacto, Ne pecunia petatur, liberari hypothecam: nisi si quis putet, eo non agi, Ne pignus petatur; sed Ne debitum petatur. Is Marciani sensus: sunt enim ejus verba non de personali pacto accipienda, sed de personali debito. Ait tamen, *ut a persona non petatur.* Sed ideo quia sors principalis personali debetur obligatione, eoque tantum petitur a persona debitoris: hypotheca contra non debitorem obligat, sed rem pignoratam; eoque a quocumque ejus possessore petitur: denique, ut verbo absolvam, actio hypothecaria tantum hypothecam, personalis actio tantum debitoris personam, sequitur.

Subjicit Marcianus, *Et quid si hoc actum sit?* dispunxi hic verba ista, *cum forte alius hypothecam possidebit*; vel ut Accursius legit, *possidebat:* quia videntur profecta ab Interprete qui in his aliquid deesse, & anterioribus verbis personale pactum significari, existimabat. sententia vero Marciani talis est: Et quid, si hoc actum sit, ut tollatur in personam obligatio, sive principale debitum? hoc est, quamvis hac conventione, *Ne pecunia petatur*, sit tantum palam & directo actum, ne sors petatur; tamen quia per consequentiam & de hypotheca pactum conventum est; ideo eo quoque pacto hypotheca sine exceptione solvetur ipso jure. habet enim hæc interrogatio (*Et quid si hoc actum sit?*) præter elegantiam plerumque etiam arguendi vim fortiorem, quam rectus simplexque sermo: ut Quintilianus docet *lib.* 9. *Instit. orator. c.* 2.

Sequitur. *Sed cum pactum conventum exceptionem perpetuam pariat, eâdem, & in hoc casu potest dici, ut & ab hypotheca discedatur.* Comma pinxi post verbum *eâdem*, ut in Accursii editione. tum reposui, *potest* pro *possunt*, probabili nec difficili mutatione: spectantibus ad Siglum ꝑ quod utrumque & *potest* & *possunt* continet, Diacono teste in Notis Veterum: *potest* autem a Marciano scriptum fuisse, suspicor; non *possunt*: & sensum esse, Sed cum principalis obligatio non alias pacto tollatur, quam per exceptionem perpetuam; etiam dici, id est, defendi posse, quasi exceptione eâdem & ab hypotheca, quæ accessionis loco est, discedatur.

3. Unde apparet, Veteres ea in specie esse u-

* *Cum forte alius hypothecam possidebit.*

utraque usos sententia: id est, ista quæ pro exceptione faceret; etiam illa quæ hypothecam sine exceptione tolleret ipso jure. Idem observatum, puto, fuit; ubi debitor creditoris voluntate hypothecam vendidit: id autem ut putem, inducor Severi & Antonini verbis quæ sunt in *l.* 2. *C. de remissione pignoris.*

Si probaveris te fundum mercatum, possessionemque ejus tibi traditam, sciente & consentiente ea, quæ sibi eum a venditore obligatum dicit, exceptione eam removebis. Nam obligatio pignoris consensu & contrahitur & dissolvitur.

Casus talis est Titius fundum suum hypothecæ obligavit Mæviæ. deinde, hac consentiente, eumdem fundum Materno vendidit; addam, & tradidit. dehinc Mævia hypothecam a Materno petit actione quasi Serviana. is rogat Imperatores; an & qui debeat se tueri adversus Mæviam; & de exceptione pacti nominatim adjicit. Pro Mævia dubitatio hæc est, quod magis consensit venditioni hypothecæ, quam remissioni: superest igitur actio, a qua recessum non est. Contra facit, quod hic fundus est Materno Mæviæ voluntate alienatus & traditus; & ideo ipsa, ut sibi a Materno applicetur fundus quem ei & vendi, & tradi passa fuit, inverecunde desiderat *l.* 8. § 6. *l.* 10. *D. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.* Hæc difficultas una: est & altera, atque ipsa in modo defensionis: quia est hic quidem palam pactum conventum de alienanda hypotheca; sed non de tollenda: adeo si quis finis eo pacto ei adfertur; is ei per consequentiam, non principaliter, adfertur: eoque casu sicut difficile est, ut hypotheca ipso jure tollatur: ita exceptio sine hæsitatione adhibetur *l.* 8. §. 9. 13. 17. *D. eod. tit.* Hæc difficultas altera. Ad utramque ita imperatores: Si probaveris, Materne, & fundi alienationem & consensum Mæviæ: en, duplex tibi ad defensionem via: uti si velis pacti exceptione qua de quæris, uti poteris: cæterum verum est, hypothecam & consensu contrahi, & consensu dissolvi. Is mihi videtur Imperatorum sensus: fortassis & tibi, si intelligis voculam *nam*, qua utuntur Imperatores: aliter enim eam exaudio, quam solent Interpretes. illi pro causa existimant: ego opinor incipiendi vim, non causam, habere; & ita usurpari in Ulpiani verbis illis *l.* 2. §. 1. *D. Vi bonorum raptorum. Hoc edicto contra ea, quæ vi committuntur, consuluit Prætor. Nam si quis se vim passum docere possit; publico judicio de vi potest experiri.* Vides, hic proponi actionem vi bonorum raptorum, quæ privata actio est; ei subjici judicium publicum: id vero num causa est? an simile Imperatoribus in *d. l.* 2.? Sed, puto, hoc dices. Apud Suetonium quoque ita accipitur in *Caligula c.* 23. ubi sic scribit. *Fratrem Tiberium inopinantem interemit. Silanum item socerum ad necem compulit, causatus in utroque, quod hic ingressum se turbatius mare non esset sequutus, ille antidotum oboluisset, cum & Silanus impatientiam nauseæ vitasset, & molestiam navigandi, & Tiberius propter assiduam & ingravescentem tussim medicamento usus esset. Nam Claudium patruum non nisi in ludibrium reservavit.* Vocula, *nam* incipit, ut dixi, & separat; causam præcedentium non adfert. Idem crede esse in *d. l.* 2. *C. de remissione pignoris.* nam si aliter expones eam particulam; inepta erit ejus loci & ratio & consequentia: quod si enim verum est, hypothecam ita tolli nudo consensu, uti constituitur; ipso jure tolletur, & supervacua emptori erit exceptio *l.* 9. *C. de exceptionibus.* cæterum, quia apud Veteres aliquam recipiebat dubitationem, utrum hypotheca hoc in casu consensu ipso jure, an per exceptionem liberaretur; non absurdum est, utrumque observatum esse a Jureconsultis: tamen ut tutior exceptio haberetur: nam id & alibi obtinuit *l.* 34. *D. de obligationibus & actionibus.*

CAPUT IX.

Matrimonii cum amicitia, mariti cum patre, uxoris cum filia, comparatio elegans. Tum communio bonorum an inter hos apud Veteres fuerit, & qualis? Nuptiarum, ut eæ definiuntur c. 1. *D. de ritu nuptiarum, explicatio gemina.*

Quæ de matrimonio scripsere Veteres, ea, mirum est, ni magnam partem ab amicitia petierint: sive enim spectes legem utriusque generis, sive effectum; in his nihil est quod in magno ponas discrimine: præterquam quod in matrimonio maris ac feminæ, in amicitia aut virorum, aut feminarum, aut sexus utriusque, consensus est. Adhæc plures, quam duos, amicitia admittit; matrimonium plures respuit: illa animos miscet; hoc etiam corpora, non solum animos. Nec tamen scio, an Veteres & ista ab iisdem duxerint principiis: cum hanc primam fecerint amicitiæ legem; ut nec roges res turpes, alienasve a moribus populi; neque rogatus facias. Tamen horum quidquid sit, in præsentiarum nil definio, nec moror; dum matrimonium amicitiamque in cæteris convenire ostendam ut genus & speciem; simul, an & qualis marito cum uxore apud Veteres communio fuerit: quod sæpe quæsitum ab eruditis, non autem satis expositum est. Primum legem videamus: quam amicitiæ ponit Cicero *pro Plancio.* Verba Ciceronis. *Vetus est lex illa justæ veræque amicitiæ, ut idem amici semper velint, neque est ullum certius amicitiæ vinculum, quam consensus & societas consiliorum & voluntatum.* Hæc amicitiæ, addo, matrimonii, lex est; & ipsa ex Prudentum secta, Apulejo teste cum de marito *lib.* 9. *Metamorph.* ita infit. *Ipse semper cum mea conjuge tam concorditer vixi, ut ex secta prudentum eadem nobis ambobus placerent.* Jam Gratianus ex eadem secta *c. Beata Maria* §. *consensus c.* 27. *q.* 2. *Consensus cohabitandi & individuam vitæ consuetudinem retinendi interveniens eos conjuges fecit. Individua vero vitæ consuetudo est, talem se in omnibus exhibere viro, qualis ipsa sibi est, & e converso.* Sed matrimonii amicitiæque legem habes. Inde effectum accipe; & hunc, exceptis, quæ dixi, paucis, ubique parem aut eumdem. Etiamne in bonis? etiam: siquidem communia sunt conjugum bona. negat certe Nerva ac Cassius uxorem viro furtum facere: ea causa, quia societas vitæ quodammodo eam dominam faceret *l.* 1. *D. de actione rerum amotarum.* Sed & amicorum communia pleraque esse, amicitiæ consequens est, & proverbio vetere percrebuit. Dido apud Virgilium *lib.* 1. *Æneidos vers.* 577.

Urbem quam statuo, vestra est. Subducite naves.
Tros Tyriusque mihi nullo discrimine agetur.

Item

Item Cicero *De legibus lib.* 1. *Cum hanc benevolentiam late longeque diffusam vir sapiens in aliquem pari virtute præditum contulerit, tum illud effici, quod quibusdam incredibile videatur, sit autem necessarium, ut nihilo sese plus, quam alterum diligat. quid enim est, quod differat, cum sint cuncta paria? quod si interesse quidpiam tantulum modo potuerit, etiam amicitiæ nomen occiderit: cujus est ea vis, ut simul atque sibi aliquid, quam alteri maluerit, nulla sit.* Societas igitur amicis conjugibusque ut animorum, sic bonorum, fuit. quid multa? ipsum matrimonium a Modestino *l* 1. *D. de ritu nuptiarum* definitur, *Conjunctio maris ac feminæ, consortium omnis vitæ, divini & humani juris communicatio.* quid ni? & amicitia apud Ciceronem in *Lælio sive de amicitia* describitur, *Omnium divinarum humanarumque rerum cum benevolentia & caritate summa consensio*; vel, ut idem alibi hoc exprimit eodem libro, *Omnium rerum, consiliorum, voluntatum sine ulla exceptione communitas.* Seneca quoque *epist.* 48. *Consortium rerum omnium inter nos facit amicitia.* quod matrimonii definitioni convenit. Quamquam, ne te fallat nomen communionis, & hoc monendus es, in his intelligi communionem, non veram ac propriam; sed quæ benevolentia & usu finitur; adeo neque proprietatem transfert, neque cum invitis exercetur. Hanc in amicis indicat Seneca *lib.* 7. *De beneficiis c.* 12. Verba Senecæ. *Quidquid habet amicus, commune est nobis, sed illius proprium est, qui tenet. uti, illo nolente, non possum.* Similiter in conjugibus Ulpianus *l.* 1. §. 15. *D. de Senatusconsulto Silaniano*, *Quanquam*, inquit, *neque viri servi proprie uxoris dicantur, neque uxoris proprie viri, commixta tamen familia & una domus est.* Jam illo quid apertius, quod Impp. Theod. & Valent. *l.* 8. *C. de pactis conventis* decernunt *Ut vir in his rebus, quas extra dotem mulier habet, nullam, uxore prohibente, habeat communionem, nec aliquam ei necessitatem imponat.* Quid cum addunt? *Quamvis bonum erat mulierem, quæ se ipsam marito committit, res etiam ejusdem pati arbitrio gubernari; attamen quoniam conditores legum æquitatis convenit esse fautores, nullo modo, ut dictum est, muliere prohibente, virum in paraphernis se volumus immiscere.* Sed patet, matrimonium, ubi nudo consensu penditur ex gentium jure, amicitiæ velut speciem suo generi apud Modestinum *d. l.* 1. respondere.

Nec tamen inficior, Modestinum ad eas quoque nuptias referri recte; quæ ex jure Quiritium usu, farre, aut coëmptione, celebrantur. Hisce enim modis (ut Gellius scribit *lib.* 18. *Noct. Atticar. c.* 6. & Gajus *in Collatione legum Mosaicar. & Romanar. tit.* 16. aliquatenus etiam Ulpianus ostendit *l.* 195. §. 1. *D. de verborum significatione*) materfamilias non in matrimonium tantum venit, sed in manum quoque ac mancipium, hoc est, in familiam, mariti, inque locum sui heredis. Ita qualis filiafamilias ratione patris est; talis ea ratione mariti habetur; denique mortuo quasi filia una cum suis liberis succedit; & ut filia vivo patre nihil in bonis habet; ita mulier, ubi viro in manum convenit, omnia (ut Cicero *in Topicis* refert) quæ mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine; nec quidquam retinet, nisi jure peculii, aut viro auferat, aut stupro inveniat. Plautum audi *Casina* 2. 2. *vers.* 26.

——— *Peculi probam nihil habere addecet*
Clam virum: & quæ habet partum, ei haud commodi est,
Quin viro aut subtrahat, aut stupro invenerit.
Hoc viri censeo esse omne, quidquid tuum est.

Inde Sabinus ac Proculus *d. l.* 1. *D. de actione rerum amotarum* ajunt, uxorem marito furtum facere, sicuti filia patri faciat. Possit & Modestinus inde *d. l.* 1. nuptias appellare divini & humani juris communicationem: similiter ut hanc Paulus inter patrem & suum heredem constituit *l.* 11. *D. de liberis & posthumis heredibus instituendis*; ante Paulum autem Plautus indicat *Trinummo.* 2. 2. *vers.* 47. his verbis.

—— —— *Pater*
Bene volo ego illi facere, si tu non nevis. PH. Nempe de tuo.
LY. De meo: nam quod tuum'st, meum'st: omne meum est autem tuum.

Cicero quoque *in Verr. lib.* 1. cum, *Homo*, inquit, *improbissime, cur tantam injuriam P. Annio mortuo fecisti? cur hunc dolorem cineri ejus atque ossibus inussisti, ut liberis ejus bona patria voluntate patris, jure, legibus tradita eriperes, &, cui tibi esset commodum, condonares? quibuscum vivi bona nostra partimur, iis Prætor adimere nobis mortuis bona fortunasque poterit?* Ut igitur cum filio filiaque familias pater, sic maritus cum uxore, quæ in ipsius manu mancipioque est, jus cum divinum, tum humanum, communicat: id est, hereditatem & sacra familiaria. nam ista conjungi solere, manifestius est, quam ut ostendi necesse sit. Utrumque probat Dionysius Halicarnasseus, *lib.* 2. *Rom. antiq. c.* 4. de nuptiis confarreatis ita loquens, *Lex autem hæc erat, mulierem nuptam quæ ex sacratis legibus in manum mariti convenisset, cum eo omnium & bonorum & sacrorum participem esse.* Et post, *Uxor enim si pudica fuisset, & marito in omnibus rebus morem gessisset, erat familiæ domina æque atque ipse vir, & in ejus defuncti bona, ut filia in patris, heres succedebat. Et si sine liberis & intestatus obiisset, erat omnium bonorum relictorum domina: sin autem liberos habuisset, ex æquo cum liberis particeps erat.* Cæterum ad utramque hanc communicationem quæ marito cum uxore liberisque intercedit, fortasse respicit hoc Ciceronis *lib.* 1. *De officiis. Prima societas in ipso est conjugio; proxima in liberis: deinde una domus, communia omnia.* Pamphili quoque illud huc transferam ex Terentii *Andria* 1. 5.

Te isti virum do, amicum, tutorem, patrem:
Bona nostra hæc tibi committo, & tuæ mando fidei.
Hanc mihi in manum dat.

Vides enim nuptias solemnes per conventionem in manum, ex hisce virum, adde amicum, id est, socium vitæ, præterea tutorem & patrem, ei bona magis committi, quam dari: quia Glycerium ejus in potestate mancipioque, &, ut verbo finiam, ei in suis heredibus futura erat: quod est consentaneum Paulo *d. l.* 11. & reliquis allegatis locis. Sed nec aberrat ab illo Valerii apud Livium *lib.* 34. *c.* 7. *ad fin. Et vos in manu & tutela, non in servitio debetis habere eas, & malle patres vos & viros, quam dominos dici.* Tamen quod de tutela refertur his in locis, fere improprium est, & præter usum Jureconsultorum: servire autem cum mulier dicitur, non improprie dicitur. Nam & Virgilius sic *lib.* 4. *Æneidos vers.* 103.

—— —— *Liceat Phrygio servire marito,*
Dotaleisque tuæ Tyrios permittere dextræ.

ibique Servius Honoratus. De filiofamilias idem Lactantius tradit *lib.* 4. *Divin. Inst. c.* 3. & de pupillo Paulus in *epist. ad Galatas. c.* 4. §. 1. & *seqq.* Hæc addenda credidi his, quæ ad nuptiarum definitionem scripsere docti viri, ut rem obscuram haud paulo clariorem facerem.

C A-

CAPUT X.

Multum in puniendo desertore interesse, utrum cum necessitate, an ultro, sit reversus, aut per patrem oblatus. Arrius Menander correctus nove §. 13. *l.* 4. *D. de re militari.*

Placetne tibi scriptura ista & sententia Arrii Menandri §. 13. *l.* 4. *D. de re militari?*

Edicta Germanici Cæsaris militem desertorem faciebant, qui diu afuisset, ut is inter remansores haberetur: sed sive redeat quis & offerat se, sive deprehensus offeratur, pœnam desertionis evitat: nec interest, cui se offerat, vel a quo deprehendatur.

Non puto placere extremo versu. patiar enim, desertori gratiam fieri, dum se ipse Præsidi, Tribuno, aut alii potestati, offerat; perve patrem offeratur: sin is publice deprehensus sit, & cum necessitate reversus; pœnæ gratiam fieri numquam patiar. & qui possim, sodes, salva militari disciplina? numquid futurum est, si deprehensus evitat pœnam; nec, a quo deprehendatur, refert: facile ut deserant legionum partes magnæ; pro desertore autem nemo puniatur? porro cui rei erit, desertioni imponi pœnam, adversus desertorem, sive deprehensus, sive oblatus, sit, non exercendam? Igitur, ne menda sit eo in versu, quam mœchus apud Plautum, manifestior, diluo & scribo.

Nec interest, cui se offerat, verum a quo deprehendatur.

Quam apte & probe! primum, Siglum hoc, V, (quod fuisse videri potest hoc in loco) utramque voculam, id est, & *vel* & *verum* aut *vero* indicat apud Valerium Probum, Magnonem, & Diaconum. deinde Macer & ipse e Menandro, meæ convenienter emendationi, in *l.* 13. §. *ult. D. eod. tit.* sic ait *Desertorem, qui a patre suo fuerat oblatus, in deteriorem militiam Divus Pius dari jussit, ne videatur, inquit, pater ad supplicium obtulisse. Item Divus Severus & Antoninus eum, qui post quinquennium desertionis se obtulit, deportari jusserunt, quod exemplum & in ceteris sequi nos debere, Menander scripsit.* Hæc Macer. Verum cesso ego, ad probandam Menandri sententiam Menandrum testem adhibere? plane is *l.* 5. *D. eod. tit. Non, inquit, omnes desertores similiter puniendi sunt: sed habetur & ordinis stipendiorum ratio, gradus militiæ, vel loci, muneris deserti, & anteactæ vitæ: sed & numerus, si solus, vel cum altero, vel cum pluribus deseruit, aliudve quod crimen desertioni adjunxerit. Item temporis, quo in desertione fuerit, & eorum, quæ postea gesta fuerint. Sed & si fuerit ultro reversus, non cum necessitudine, non erit ejusdem sortis.* Idem Menander §. 3. & 4. ejusdem capitis. *Desertor si in urbe inveniatur, capite puniri solet: alibi apprehensus ex prima desertione restitui potest; iterum deserendo capite puniendus est. Qui in desertione fuit, si se obtulerit, ex indulgentia Imperatoris nostri in insulam deportatus est.*

CAPUT XI.

Naturæ jus immutabile. Justinianus §. 11. *Instit. de jure naturæ, gentium & civili ex Seneca illustratus.*

Quod vere, sed breviter, & ideo subobscure, Imperator §. 11. *Inst. de jure naturæ, gentium & civili,*

Sed naturalia quidem jura, quæ apud omnes gentes peræque observantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent.

id, age, ex Veterum sententia paulo & plenius & clarius repræsentemus. Ea sententia est, Deum esse; eum fecisse jus naturæ: fecisse enim mundum; fecisse autem summa providentia: & ideo sibi finem delegisse certum ob quem singula institueret: præterea invenisse viam qua posset ad eum finem pervenire: absque enim his esset; non tam sapienter egisse, quam cœco impetu: at, si & finem invenit sibi, & viam, perducentem ad finem: ad exequenda ea obligari immutabili sive voluntate, sive necessitate: nam dictu absurdum fore, Deum & vidisse semel, & probasse, quod deinde aut non videret, aut non probaret. Quod si est; neque placet, a sapiente fieri mutationem; nisi ut emendetur error qui ab initio irrepsit; vel ut tollatur quod postea inutile factum est; eaque in Deo non ferat ratio sapientiæ qua usus est in mundi dispositione: jam apparere, jus naturæ, id est, aut finem, aut viam, quam sibi optime & invenit & delegit Deus, mutari neque posse, neque debere. Id sane volunt Annæi Senecæ *lib.* 6. *De beneficiis c.* 23. verba ista, si examines.

Non externa cogunt Deos; sed sua illis in legem æterna voluntas est. Statuerunt, quæ non mutarent. Itaque non possunt videri facturi aliquid, quamvis nolint; quia quidquid desinere non possunt, perseverare voluerunt: nec unquam primi consilii Deos pœnitet. Sine dubio stare illis, & desciscere in contrarium non licet; sed non ideo, quia vis sua illos in proposito tenet, nec imbecillitate permanent, sed quia non licet ab optimis aberrare, & sic ire decretum est.

Idem in præfatione *lib.* 1. *Naturalium quæstionum.*

Tunc naturæ rerum gratias ago, cum illam non ab hac parte video, quæ publica est, sed cum secretiora ejus intravi, cum disco, quæ universi materia sit, quis auctor aut custos: quid sit Deus: totus in se intendat, an ad nos aliquando respiciat: faciat quotidie aliquid, an semel fecerit: liceat illi hodieque decernere, & ex lege fatorum aliquid derogare, an majestatis diminutio sit, & confessio erroris, mutanda fecisse. Necesse est enim ei eadem placere, cui, nisi optima, placere non possunt. Nec ob hoc minus potens & liber est. Ipse enim est necessitas sua.

CAPUT XII.

Ulpianum l. 25. §. 1. D. de contrahenda emptione a Triboniano corruptum non esse, adversus Jacobum Ravardum. Sensus ejus capitis & quorumdam aliorum.

Jacobus Rævardus, vir egregius & Jurisprudentiæ veterumque elegantiarum non incuriosus fuit. is libro 4. *Variorum, sive de ambiguitatibus juris, cap.* 19. suspicatus est, Ulpianum *l.* 25. §. 1. *D. de contrahenda emptione* ad hunc scripsisse modum.

Qui vendidit, necesse habet fundum emptoris facere, ut cogitur qui fundum stipulanti spopondit.

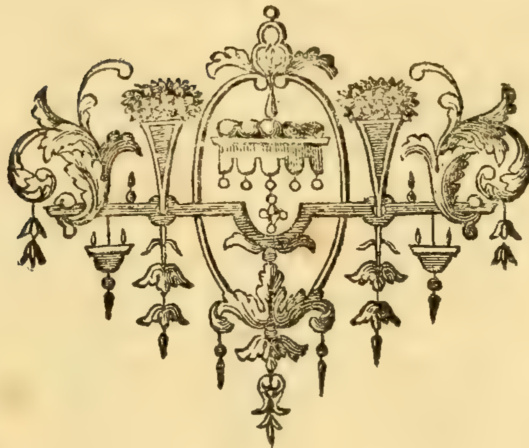
pro eo restituisse Tribonianum, *Qui vendidit, necesse non habet*, & reliqua. fuisse autem illi caussam addendæ negationis; quod Titulo Codicis, *De nudo jure Quiritium tollendo*, sublata est differentia rerum mancipi & nec mancipi; hodieque tantum valet nuda traditio, quantum olim in jure cessio, solemnisque mancipatio. cæterum quamvis ea mutatio quidem defendatur satis Imperatoris Justiniani auctoritate; esse tamen Triboniani hoc peccatum negligentia, quod unica contentus negatione, non scripserit potius, *Qui fundum vendidit, necesse non habet fundum emptoris facere, ut nec cogitur, qui fundum stipulanti spopondit.* abrogato enim jure antiquo, parem esse rationem promissi venditique fundi; & ideo in neutro, ut accipientis fiat, magnopere desiderari. Sic Rævardus.

Contra ego, si is faceret mihi gratiam consentiendi pro partibus suis, starem ab antiqua lectione: quam esse germanam Ulpiani scripturam censeo; Triboniani vero neque corruptam manu, neque culpa. Ei sententiæ mihi fundamentum ex Paulo aliquod: qui similiter *lib.* 1. *Sententiarum tit.* 13. §. 4. *Si id*, inquit, *quod emptum est, neque tradatur, neque mancipetur, venditor cogi potest, ut tradat, aut mancipet.* Duo, ut vides, designat: primum, ad mancipandum, dein ad tradendum, obligari venditorem: ad utrumque autem neque indistincte, neque semper: sed ut intersit, utrum mancipio res vendatur; an id actum sit, ne mancipio detur; postremo, utrum emptor eam dari stipulatus sit, an simpliciter contraxerit. Hæc Pauli sententia, hæc distinctio: quam Ulpianus tangit *d. l.* 25. §. 1. quippe vult, ei qui fundum vendidit, id est, simpliciter vendidit, non esse necesse, fundum emptori cedere in jure, aut mancipare: sed sufficere, si eum vacuum tradat, & caussam bonorum præstet: aliter, ac si venditor fundum dari spopondit. nam tum non liberari traditione vacuæ possessionis; nisi in emptorem quoque transferat dominium ex jure Quiritium. Is verus sensus istius §. Is sensus ne obscurus sit, accurabo: a posteriore initium facturus parte. Primum certum est, quod Ulpianus scribit *l.* 11. §. 1. *D. de actionibus empti & venditi. In hoc* (empti) *judicio id demum deduci, quod præstari convenit: cum enim bonæ fidei sit judicium, nihil magis bonæ fidei congruere, quam id præstari, quod inter contrahentes convenit.* Deinde dixi, oportere ei qui fundum sibi dari stipulatur, dominium dari ex jure Quiritium: non alia ratione, quam quod qui fundum dare spondet, plerumque fundi mancipationem, vel cessionem, spondet: id utique agit, ut dominium omnimodo fiat accipientis quoquo modo. Ulpianum audi *l.* 75. §. *ult. D. de verborum obligationibus. Hæc stipulatio, fundum Tusculanum dari, ostendit se certi esse, continetque, ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris quoquo modo.* Quid hic *omnimodo? item quoquo modo?* ut fundus in bonis stipulatoris sit ex jure gentium? minime: id enim vel ista concedit formula, *vacuam possessionem tradi*, amplior & efficacior illa, *fundum dari:* traditio enim vacuæ possessionis factum, licet non nudum, tamen factum, tamen tantum caussam bonorum, habet *l.* 52. §. 1. *D. eod. tit.* datio autem etiam jus complectitur, & dominii Quiritarii effectum indicat. vult igitur, ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris. at id nuda traditione vacuæ possessionis nec omnimodo transit, nec quoquo modo: imo post eam manet apud promissorem, donec mancipetur ex jure Quiritium, vel in jure cedatur, vel usucapiatur legitimo tempore. Ne longe te differam, Ulpianus huc spectat in *Fragment. tit.* 1. §. 16. sic scribens. *Qui tantum in bonis, non etiam ex jure Quiritium servum habet, manumittendo Latinum facit. In bonis tantum alicujus servus est, velut hoc modo. Si civis Romanus a cive Romano servum emerit, isque traditus ei sit, neque tamen mancipatus ei, neque in jure cessus, neque ab ipso anno possessus sit. Nam quamdiu horum quid fiat, is servus in bonis quidem emptoris est; ex jure Quiritium autem venditoris est.* Dixi vim emptionis venditionis: in qua, ut fundus detur, expresse pactum conventum est. quid, si nihil convenit? ait Ulpianus *l.* 11. §. 1. & 2. *D. de actionibus empti & venditi, Tunc ea præstari, quæ naturaliter insunt hujus judicii potestate. Et in primis ipsam rem præstare venditorem oportere; id est, tradere: quam rem, siquidem dominus fuit venditor, facere & emptorem dominum; si non fuit; tantum evictionis nomine venditorem obligare.* Hic locus nostram firmat sententiam: primum vult considerari id quod actum est, pariter ut nos ex *d. l.* 25. §. 1. deinde vult, venditorem, si nihil dictum sit, non obligari ultra, quam ad traditionem: tum addit effectum ejus rei, caussam bonorum tribuere accipienti, sive, quod idem, dominium. Nec repugno: nam ut mancipatione, ut cessione, sic traditione, adquiri singularum rerum dominium, Ulpianus in *Fragmentis* refert *tit.* 19. sed dispari effectu: adquiritur enim res mancipatione, & cessione, ex jure Quiritum omnimodo & quoquo modo: traditione saltem hactenus, ut in bonis accipientis jure gentium sit, nec recedat a domino. Itaque accipiendus Ulpianus in *d. l.* 11. §. 2. etiam in *d. l.* 25. §. 1. Vis, & Paulum addam? addam sane, ut liberem Tribonianum, non tantum culpa, sed & culpæ suspicione. Verba Pauli in *l.* 1. *D. de rerum permutatione. Emptor, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito: venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere, & purgari dolo malo: itaque, si evicta res non sit, nihil debet: in permutatione vero, si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet; si merx, neutrius.* Igitur & in permutatione & in emptione, nisi dictum sit, ut mancipetur, vel cedatur fundus, id est, ut detur,

tur, & accipientis fiat, non requiritur. Quid, si stipulatus emptor sit, *habere licere*? forsan dubitari possit, quid præstandum sit: quia hæc formula & dominium juris Quiritium, & bonitarium, seu juris gentium, complectitur; ut Paulus indicat libro 33. ad Edictum, quo eum de empti venditique actionibus egisse, constat ex *l.* 1. *l.* 34. *D. de contrahenda emptione. l.* 21. *D. de actionibus empti & venditi.* Verba Pauli ex eo libro in *l.* 188. *D. de verborum significatione* hæc sunt. *Habere duobus modis dicitur, altero jure dominii, altero obtinere sine interpellatione, quod quis emerit.* Placuit tamen, venditorem, nisi aliter convenit, etiam hoc casu non ad dandum, sed ad tradendum, obligari. Et hoc clare Africanus *l.* 30. §. 1. *D. de actionibus empti & venditi*, sic scribens. *Quamvis alioquin verum sit, venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam, ut ejus faciat.* Illud quoque addam, Senecam *tradere* abusive dixisse pro dare, vel tradere nexu: ut Cicero in *Topicis* loquitur. Verba Senecæ *De beneficiis lib.* 3. *c.* 20. *Corpus est, quod domino fortuna tradidit. Hoc emit: hoc vendit: interior illa pars mancipio dari non potest.* Item ad *Lucilium epist.* 117. *Ager jure possidetur; sapientia natura. ille abalienari potest, & alteri tradi: hæc non discedit a domino.*

FINIS LIBRI II.

PROBABILIUM JURIS CIVILIS.



GERARDI NOODT,

Jurisconsulti & Antecessoris,

PROBABILIUM JURIS CIVILIS LIBER TERTIUS.

Caput I.

Quæ sit constans & perpetua voluntas, *& quo spectet in justitiæ definitione apud Ulpianum l. 10. D. de justitia & jure. Stoicorum cum cæteris indicata pugna, & sublata.*

Quæ est justitiæ definitio apud Ulpianum in *l.* 10. *D. de justitia & jure*, eam definitionem multi serio, pauci bene, explicant. ea gratia passus sum me induci, ut ornandam in præsentiarum hanc provinciam desumerem. sed quia in ea vetus atque antiqua lis est: visus sum recte atque ordine facturus; si ex Veteribus aliquos in consilium adhiberem; nec aliter, quam de consilii sententia, decernerem. prorsus sic agam, si primum Ulpiani verba adjecero: ea verba sunt. *Justitia est constans & perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.* Cum ait, *constans & perpetua voluntas*; indicat, opinor, habitum: quem Cicero *lib.* 1. *De inventione*, interpretatur, *Animi aut corporis constantem & absolutam aliqua re perfectionem; ut virtutis, aut artis perceptionem alicujus, aut quamvis scientiam: & item corporis aliquam commoditatem, non natura datam, sed studio & industria comparatam.* Justitia igitur Ulpiano est, constans & absoluta perfectio, sive habitus, sed voluntatis, sive animi. hoc vero eo pertinet, ut justitia non qua actione, quamvis justa, sed voluntate juste agendi, eaque perpetua & constante, censeatur. nam si spes, aut metus, aut ambitio, hominem malum atque iniquum invitet ad æqui bonique observantiam; non is idcirco boni viri personam nomenque accipiet: & contra, si quis humanus error aut impetus eo quo nolit, auferat virum bonum; nec is ideo talis esse desinet atque injustus fiet. neuter enim quod fecit, voluit; sed ad id quod noluit, alter spe, aut metu, aut ambitione, alter errore, aut necessitate, abreptus fuit. Ita refert (quod Aristoteles scribit *lib.* 5. *De moribus cap.* x.) inter actionem justam & quæ juste fit, item inter actionem injustam & quæ injuste fit: altera fortunæ, altera constantis animi, est: altera injusto, altera justo, homini convenit. Ad prius spectat Seneca, *Epist.* 94. Verba Senecæ. *Omnia ista mihi locus de justitia tradit. illic invenio æquitatem per se expetendam, nec metu nos ad illam cogi, nec mercede conduci; non esse justum, cui quidquam in hac virtute placet, præter ipsam.* Et Aristoteles *lib.* 2. *De moribus cap.* 3. *Quæ*, inquiens, *ex virtutibus aguntur, non si ea cujusdam modi sint, juste aut temperanter aguntur: sed si is quoque qui agit, quodammodo conformatus agat: ac primum quidem si sciens: deinde si consilio capto, & consilio propter ea ipsa capto: postremo, si firma, perpetua, & constante voluntate agat.* Ad posterius, nescio, an alludat illa Phædræ excusatio, apud Senecam Tragicum *in Hippolyto.*

— — — *Quæ memoras, scio*
Vera esse, nutrix; sed furor cogit sequi
Pejora. Vadit animus in præceps sciens,
Remeatque, frustra sana consilia appetens.
Sic cum gravatam navita adversa ratem
Propellit unda, cedit in vanum labor,
Et victa prono puppis aufertur vado.
Quod ratio poscit, vincit, ac regnat furor.

Stoici aliter: quippe ipsis, ut Cicero testis est *in Paradoxis*, *Una virtus est consentiens cum ratione, & perpetua constantia nihil huic addi potest, quo magis virtus sit, nihil demi, ut virtutis nomen relinquatur.* Idem Seneca indicat *epist.* 130. sed plenius. Verba Senecæ. *Idem erat semper & in omni actu par sibi: jam non consilio bonus, sed more eo perductus, ut non tantum recte facere posset, sed, nisi recte, facere non posset. Intelleximus in illo perfectam esse virtutem. Hanc in partes divisimus. Oportebat cupiditates refrænari, metus comprimi, facienda provideri, reddenda distribui. Comprehendimus temperantiam, fortitudinem, prudentiam, justitiam, & suum cuique dedimus officium. Ex quo ergo virtutem intelleximus? Ostendit illam nobis ordo ejus, & decor, & constantia, & omnium inter se actionum concordia, & magnitudo super omnia efferens se.* Quid igitur? Stoici omnem virtutem parem faciunt: sed & omnem (ut Cicero inquit *lib.* 4. *De finibus*) putant insipientiam, injustitiam, alia vitia similia esse, omniaque peccata esse paria, eosque qui natura doctrinaque longe ad virtutem processissent, nisi eam plene consecuti essent, summe esse miseros, neque inter eorum vitam, & improbissimorum quidquam omnino interesse; ut Plato, tantus ille vir, si sapiens non fuerit, nihilo melius, nec beatus vixerit. Sic Stoici. Qua ratione? ea, quam reddit Cicero *in Paradoxis*, *Quidquid*, inquiens, *peccatur, perturbatione peccatur rationis atque ordinis; perturbata autem ratione semel & ordine, nihil possit addi, quo magis peccari posse videatur.* Sed hoc rectius fortasse ostendam similitudine, quam idem Cicero adfert eodem loco, verbis istis. *Est peccare tanquam transire lineas: quod cum feceris, culpa commissa est: quam longe progrediare,* cum

cum semel transieris, ad augendam transeundi culpam nihil pertinet. Tamen ea Stoicorum sententia, etsi verbis ab Ulpiano plurimum recedat, in eamdem cum illo viam redit: si pœnam, si rempublicam, si humanitatem, spectes. hoc certe idem Cicero paulo post *in Paradoxis d. loc. & d. lib.* 4. *De finibus* memorat: sed posteriorem locum adscripsisse suffecerit. is locus sic habet. *Hæc cum magnifice primo dici viderentur, considerata minus probantur. Sensus enim cujusque, & natura rerum, atque ipsa veritas clamabat, quodammodo, non posse adduci, ut inter eas res, quas Zeno exæquaret, nihil interesset. Homo igitur acutus causam non obtinens, repugnante natura, verba versare cœpit, negatque, Platonem, si sapiens non sit, eadem esse in causa, qua tyrannum Dionysium: huic mori optimum esse propter desperationem sapientiæ, illi propter spem vivere. Peccata autem partim esse tolerabilia, partim nullo modo, propterea quod alia peccata plures, alia pauciores quasi numeros officii præterirent. Jam insipientes alios ita esse, ut nullo modo ad sapientiam possent pervenire, alios, qui possent, si id gessissent, sapientiam consequi. Hic loquebatur aliter atque omnes, sentiebat idem, quod cæteri.*

CAPUT II.

Quemadmodum jus suum cuique tribuendum sit. Ulpianus & Tryphoninus expositi d. l. 10. *D. de justitia & jure. l.* 31. *D. Depositi. l.* 4. §. 1. *D. Familiæ erciscundæ l.* 12. §. 11. *D. Mandati vel contra.*

Dixi, quæ sit Ulpiano constans & perpetua voluntas. Dicam, quid ei sit, jus suum cuique tribuere. id enim utrum simpliciter, an distincte, & quemadmodum, cuique tribuendum sit, satis expeditum non est; ubi justitiam generaliter vocat, *constantem & perpetuam voluntatem jus suum cuique tribuendi.* Putem tamen, petenti suum non simpliciter, neque semper, tribuendum esse. quid enim si ipsi, quid si publicæ utilitati, nociturum sit? num æquum bonum erit, quod petentis esse hominum inscientia opinatur, id ei ut imprudentius permittatur? Sed probo, ut suum cuique tribuatur, tam suum humanæ conjunctionis societati, quam privato, quod ejus dicitur, dandum esse, magisque in hoc concursu id agendum videri, ut sua constet innocentiæ, ut veritati, tum communi utilitati, ratio; quam ejus qui stulte suum petit, libidini nimiæ, atque insano affectui, serviatur. Hoc apud Veteres quam egregie Seneca *lib.* 4. *De beneficiis c.* x. *Depositum*, inquiens, *reddere, per se expetenda res est: non tamen semper reddam, nec quolibet loco, nec quolibet tempore. Aliquando nihil interest, utrum inficier, an palam reddam. Intuebor utilitatem ejus, cui redditurus sum, & nociturum illi depositum negabo.* Sic Seneca. Quid Cicero? infit *lib.* 3. *De officiis. Promissa non facienda nonnunquam, neque semper deposita reddenda sunt. Si gladium quis apud te sana mente deposuerit, repetat insaniens, reddere peccatum sit, non reddere officium. Quid si is, qui apud te pecuniam deposuerit, bellum inferat patriæ, reddesne depositum? Non credo: facies enim contra rempublicam, quæ debet esse carissima. Sic multa, quæ honesta videntur esse, temporibus fiunt non honesta: facere promissa, stare conventis, reddere deposita, commutata utilitate fiunt non honesta.* Locus elegans, sed cui par qui proxime sequitur ex ejusdem *lib.* 1. *De officiis. Incidunt sæpe tempora, cum ea, quæ maxime videntur digna esse justo homine, eoque, quem virum bonum dicimus, commutantur, fiuntque contraria, ut non reddere depositum,* [*etiamne furioso?*] *promissum facere, quæque pertinent ad veritatem & ad fidem, ea migrare interdum, & non servare sit justum. Referri enim decet ad ea, quæ proposui in principio, fundamenta justitiæ, primum, ut ne cui noceatur, deinde, ut communi utilitati serviatur. Ea cum tempore commutantur, commutatur officium, & non semper est idem. Potest etiam accidere promissum aliquod & conventum, ut id effici sit inutile vel ei, cui promissum sit, vel ei, qui promiserit. Nam si, ut in fabulis est, Neptunus, quod Theseo promiserat, non fecisset, Theseus filio Hippolyto non esset orbatus. Ex tribus enim optatis, ut scribitur, hoc erat tertium, quod de Hippolyti interitu iratus optavit: quo impetrato, in maximos luctus incidit. Nec promissa igitur servanda sunt ea; quæ sint iis, quibus promiseris, inutilia: nec si plus tibi noceant, quam illi prosint, cui promiseris. Contra officium est, majus non anteponi minori; ut si constitueris te cuipiam advocatum in rem præsentem esse venturum, atque interim graviter ægrotare filius cœperit, non sit contra officium, non facere, quod dixeris: magisque ille, cui promissum sit, ab officio discedat, si se destitutum queratur. Jam illis promissis non standum esse quisque non videt, quæ coactus quis metu, aut deceptus dolo promiserit, quæ quidem pleræque jure prætorio liberantur, nonnulla legibus.* Hactenus Cicero: manifeste ostendens, nihil esse æque conveniens officio boni & justi viri, quam jus suum cuique tribuere: non tamen semper, neque indistincte, sed cum exigentis utilitas, aut alioquin ratio humanæ societatis, postulat: eamque exceptionem idem Cicero ad justitiæ definitionem commode adjecit *lib.* 2. *De inventione, & lib.* 5. *De finibus.* Verba Ciceronis ex libro secundo hæc sunt. *Justitia est habitus animi, communi utilitate servata, suam cuique tribuens dignitatem.* Ex libro autem quinto ista. *Justitia est animi affectio, suum cuique tribuens, & hanc societatem conjunctionis humanæ munifice & æque tuens.* Et congruenter Ciceroni Tryphoninus in *l.* 31. *D. Depositi. Bona* (inquit) *fides, quæ in contractibus exigitur, æquitatem summam desiderat. sed eam utrum æstimamus ad merum jus gentium, an vero cum præceptis civilibus & prætoriis: veluti reus capitalis judicii deposuit apud te centum, is deportatus est, bona ejus publicata sunt, utrumne ipsi hæc reddenda, an in publicum deferenda sint? Si tantum naturale jus & gentium intuemur, ei qui dedit, restituenda sunt. Si civile jus & legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt: nam male meritus publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet.* & reliqua. Plane, ut Tryphoninum, sic Ulpianum, justitiam quoque ad præcepta civilia, non utique ad merum jus gentium, exegisse, ex Fragmento ejus quodam accepi quod est in *l.* 4. §. 1. *D. Familiæ erciscundæ.* Ait ibi, mala medicamenta & venena quidem in judicium familiæ ercisfundæ venire; sed judicem se in his non

non debere interponere hactenus, ut inter coheredes exemplo cæterarum rerum dividantur; verum ut corrumpantur. Id an juste? est enim suum cuique tribuendum. Sed pulchre respondet, boni & innocentis viri officio eum fungi oportere: nec igitur peccandi causam malis moribus præstare. Addit, tantumdem debere facere in libris improbatæ lectionis, magicis forte, vel his similibus: nam hos protinus corrumpendos esse. Id vero quid aliud est, quam quod dictum supra, justitiam suum cuique non simpliciter, neque semper, tribuere; sed ita, ut non distrahatur ab ulla humanitatis, dicam, an societatis utilitatisve publicæ, justiore contemplatione? Macrobius in *Somnium Scipionis lib.* I. *c.* 8. hoc ita expressit. *Justitiæ est servare unicuique, quod suum est. De justitia veniunt innocentia, amicitia, concordia, pietas, religio, affectus, humanitas. His virtutibus vir bonus primum sui, atque inde reipublicæ rector efficitur, juste ac provide gubernans humana, divina non deserens.* Sed & illud huc spectat, quod pie & sapienter Ulpianus *l.* 12. §. 11. *D. Mandati* ait. *Si adolescens luxuriosus mandet tibi, ut pro meretrice fidejubeas, idque tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem: quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris. Sed & si ulterius directo mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas, non obligabitur mandati, quasi adversus bonam fidem mandatum sit.* Forte expectabis, ut ejus loci elegantiam æquitatemque exponam. Sed quid, si interpretem tibi allegem Senecam? videtur enim omnino allusisse Ulpianus ad librum ejus secundum *De beneficiis c.* 14. cujus hæc verba sunt. *Sunt quædam nocitura impetrantibus, quæ non dare, sed negare beneficium est. Æstimabimus itaque utilitatem potius, quam voluntatem petentium. Sæpe enim noxia concupiscimus, nec dispicere, quam perniciosa sint, licet; quia judicium interpellat affectus: sed cum subsedit cupiditas, cum impetus ille flagrantis animi, qui consilium fugat, cecidit, detestamur perniciosos malorum munerum auctores. ut frigidam ægris negamus, & lugentibus ac sibi iratis ferrum, aut amantibus, quidquid contra se usurus ardor petit; sic ea, quæ nocitura sunt, impense ac submisse, nonnunquam etiam miserabiliter rogantibus perseverabimus non dare. Tum initia beneficiorum suorum spectare, tum etiam exitus decet, & ea dare, quæ non tantum accipere, sed etiam accepisse delectet Multi sunt, qui dicant: scio hoc illi non profuturum. sed quid faciam? rogat; resistere precibus ejus non possum. viderit: de se, non de me queretur. Falsum est; imo de te, & merito quidem: cum ad mentem bonam redierit, cum accessio illa, quæ animum inflammabat, se remiserit. Quid ni eum oderit, a quo in damnum ac periculum suum adjutus est? Exorari in perniciem rogantium sæva bonitas est. Quemadmodum pulcherrimum opus est, etiam invitos nolentesque servare, ita rogantibus pestifera largiri, blandum & affabile odium est. Beneficium demus, quod usu magis ac magis placeat, quod nunquam in malum vertat. pecuniam non dabo, quam numeraturum adulteræ sciam, ne in societate turpis facti aut consilii inveniar. Si potero, revocabo: sin minus, non adjuvabo scelus. Sive illum ira, quo non debebat, impellit, sive ambitionis calor abducit a tutis, non committam, ut possit quandoque dicere, ille amando me occidit. Sæpe nihil interest inter amicorum munera & hostium vota. Quidquid illi accidere optant, in id horum intempestiva indulgentia impellit, atque instruit. Quid autem turpius quam, quod evenit sæpe, ut nihil intersit inter odium & beneficium?*

CAPUT III.

Marcianus emendatus l. 5. D. de interdictis & relegatis & deportatis.

Vulgo Marcianus *l.* 5. *D. de interdictis & relegatis & deportatis* ita legitur.

Exilium triplex est, aut certorum locorum interdictio, aut lata fuga, ut omnium locorum [interdicatur] præter certum [locum,] aut (in) insulæ vinculum, id est, relegatio in insulam.

Haloander edidit. *Aut lata fuga, ut omnium locorum præter certum locum.* & reliqua. Russardus ad oram editionis suæ adjecit. *Ut lata fuga aut omnium.* Cujacius vero ad Paulum *lib.* 5. *Sentent. tit.* 17. hoc emendavit modo. *Aut certi loci interdictio, id est lata fuga, aut omnium locorum interdictio præter certum locum.* Sed aut aberrat animus meus, aut in his tantum duas species invenit; alteram certorum, alteram omnium, locorum interdictionem, præter certum. Qui igitur triplex exilium; cum duplex adferatur? ego vereor, ne per luxationem corruptionemve particularum *ut* & *aut* pro verbo *duplex* proximum *triplex* sit suppositum: scriptura, si ad Sigla respicias, parum diversa & prope eadem: siquidem illud *duplex* sic *dp.* istud autem *triplex* ita *tp.* notari solitum fuit: ut me docuit Petrus Diaconus in sequentibus literis, CCCDP. quas, *trecentum duplex*, interpretatur: literarum autem *d* & *t*, si paulum flectas transversam obliquamve lineam, quam levis & parva, si spectes usum, quam frequens ac pene quotidiana, mutatio est? possem ego hanc pluribus ostendere; sed, quia olim tradita a Radulpho Fornerio *lib.* I. *Rerum quotidianarum c.* X. non lubet actum agere, nec vacat. Quintilianum tamen adscribam, quem non allegat Fornerius. Verba Quintiliani ex *lib.* I. *Inst. orat. c.* 4. *p.* 44. *Quid T literæ cum D. quædam cognatio? Quare minus mirum, si in vetustis operibus urbis nostræ & celebribus templis legantur Alexanter & Cassantra.* Igitur restituo & lego.

Exilium duplex est, aut certorum locorum interdictio, ut lata fuga, aut omnium locorum præter certum locum, ut insulæ vinculum, id est, relegatio in insulam.

Sensus, Formas exilii sive relegationis, sive (ut Ulpianus eam vocat *l.* 4. *D. Si quis cautionibus in judicio sistendi causa factis non obtemperaverit*) exilii salva civitate: nam de isto tantum exilio loquitur Marcianus hoc quidem in loco; non etiam de exilio quod civitatem tollit, ut interdictione aquæ & ignis, aut deportatione: ne putes. sensus, inquam, Marciani est, formas exilii seu relegationis duas esse: unam certorum locorum interdictionem, ut si lata fuga permittatur: alteram omnium locorum præter certum, interdictionem, in qua est insulæ vinculum: sive in insulam relegatio. Is sensus est; sed Ulpiani verbis confirmandus quæ sunt *l.* 7. *D. eod. tit.* Verba Ulpiani.

Relegatorum duo genera sunt, quidam, qui in insu-

ſulam relegantur, ſunt qui ſimpliciter, ut provinciis eis interdicatur, non etiam inſula adſignetur.

Poteſtne magis lacti lac, aut ovo ovum, quam Marciano, ſed emendato, Ulpianus reſpondere? hoc vult, relegato aut quibusdam locis interdici, aut omnibus, præter certum: id eſt, eum aut aditu quorumdam locorum prohiberi, aut exitu; duasque has exilii ſummas adjectis exemplis definit: quod noſtris familiare fuiſſe, nil opus eſt, ut probem. Formæ igitur exilii ſeu relegationis non tres, ſed duæ, ſunt: partes atque exempla utriusque formæ multa habentur: denique eſt omnium locorum, præter certum, interdictio; ſive quis in inſulam relegetur, ut *d. l.* 7. ſive ita, ne patriam, neve civitatem certam, aut regionem, neve domum ſuam, excedat: quæ exempla ſunt *d. l.* 7. §. 8. *&* 9. *&* 19. *eod. tit.* apud Suetonium quoque in *Tiberio c.* 50. Verba Suetonii. *Juliæ uxori tantum abfuit, ut relegatæ, quod minimum eſt, officii aut humanitatis aliquid impertiret, ut ex conſtitutione patris uno oppido clauſam, domo quoque egredi, & commercio hominum frui vetuerit.* Contra, ſi cui Roma & continentibus ejus, ſi cui provincia, ſi cui inſulis, ſi patriæ, territorio, aut muris, aut aliqua civitate interdicatur; (uti in *d. l.* 7. §. 16. *& l.* 14. *eod. tit.*) certorum locorum interdictio, id eſt, lata fuga eſt: quam Vulcatius Gallicanus in *Avidio Caſſio c.* 9. vocat *liberam evagandi, ubi vult* exul, *poteſtatem:* Capitolinus in *Antonino Philoſopho c.* 26. appellat *exilium liberum*, & *liberam vagandi poteſtatem.* Quod ideo monendum fuit: ne quis liberum exilium a libera vagandi poteſtate ſepararet, cum Budæo in *Notis reliquis ad l.* 16. §. *eventus D. de pœnis:* atque ea gratia Marcianum in medio membro corruptum mutilatumve eſſe, imprudenter ſuſpicaretur. haud enim vidit Budæus, (quod frequens illis auctoribus, & a Salmaſio, in Notis ad hunc Capitolini locum, obſervatum eſt) eum diverſorum auctorum verba, ut ea forte repererat, ſine delectu congeſſiſſe, & eamdem rem iterum aliis verbis enarraſſe. Sed hoc ultro ſe oſtendit, ſi ad Vulcatium Gallicanum *d. loc.* tum ad Orationem ipſam Antonini Philoſophi quæ huc apud Gallicanum ſpectat, diligentius examinetur. Igitur apparet, *latam fugam* Marciano eſſe, liberam fugam, ſeu liberum exilium, liberam vagandi poteſtatem, ubi velit relegatus; dum modo abſtineat a loco illo, a quo arcetur interdictione. itaque accipienda quoque apud Ammianum Marcellinum *lib.* XIX. *cap.* XII. quamquam aliter eum interpretatur vir eruditiſſimus, Henricus Valeſius. Verba Ammiani ſunt. *Ductus eſt itaque inter primos Simplicius Philippi filius, ex Præfecto & Conſule, reus hac gratia poſtulatus, quod ſuper adipiſcendo interrogaſſe dicebatur imperio: perque elogium Principis torqueri præceptus, qui in his caſibus nec peccatum aliquando pietati dederat, nec erratum, fato quodam arcente, corpore immaculato lata fuga damnatus eſt.* Atque hæc eſt ſimpliciſſima & veriſſima Marciani ſententia; cum præſertim *fuga* pro exilio ſalva civitate, id eſt, de relegatione optime dicatur: ut apud Ovidium *lib.* 2. *Triſtium*, quum de relegatione ſua ita loquitur.

Nec mea decreto damnaſti facta Senatus,
Nec mea ſelecto judice juſſa fuga eſt.

Quod obſervari velim; ſimul exilium, quod iterum moneo, a Marciano in *d. l.* 5. non accipi pro interdictione aquæ & ignis ſeu deportatione; (etſi ſciam, alias eo ſenſu accipi in *l.* 2. *D. de publicis judiciis*, & apud Ovidium *lib.* 5. *Triſtium eleg.* XI.) ſed pro nuda interdictione aut certorum locorum, aut omnium præter certum locum; ut ipſa ſonant Marciani verba: id eſt, pro relegatione ſeu exilio ſalva civitate: quo ſenſu ſumitur apud Ulpianum *d. l.* 4. *D. Si quis cautionibus in judicio ſiſtendi cauſa factis non obtemperaverit*, apud Capitolinum *d. loc.* & in Ovidii *lib.* I. *Triſtium eleg.* I.

Vade, ſed incultus, qualem decet exulis eſſe.
Infelix, habitum temporis hujus habe.

Quod ſi eſt; ſane dubito, an Marciani mentem infeliciter ſectetur vir ampliſſimus, Ulricus Huberus, Friſiorum Curiæ Exſenator, *part.* 2. *Digreſſionum lib.* I. *c.* 24. quum illam quærit via plane diverſa, eaque vult oſtendere, in lectione Florentina nihil fuiſſe a me mutandum; ſed ita ὡς κεῖται, ſenſum Marciani eſſe rectum & juridicum; præterea, quod Ulpianus in *d. l.* 7. *in pr.* ſcribit, *Relegatorum duo genera eſſe*, nihil commune habere cum Marciani diviſione exilii: cujus ſignificationem clariſſimus ille vir putat latiorem eſſe: neque adeo inde, quod quidem mihi viſum eſt, pro *triplex* eſſe legendum *duplex*. Quamquam miror, eumdem virum ampliſſimum qui negat, mihi cauſam eſſe mutandæ Florentinæ lectionis, in aſſerenda ea ſibi non conſtare; ſed ſcribere in fine d. capitis 24. Si quis tamen ſuſpectam in Marciani loco habeat Triboniani manum; ei ſe non magnopere eſſe reluctaturum. nam ſic videtur, mea quidem ſententia, aliis verbis dicere, Marciani ſcripturam, quia corrupta eſt, jure a me aut emendatam, aut certe tentatam, eſſe; ab ipſo autem eam ſcripturam, quam fatetur vitiatam, neque ſerio, neque jure, defendi. quin vereor quoque, ut vir ille clariſſimus habeat cauſam vel probabilem, cur magis Triboniano imputet ſcripturæ vitium, quam imprudentiæ Librarii, aut ejus aut alterius: maxime cum nulla fuerit Triboniano ratio mutandæ lectionis: ubi Jus Juſtinianeum ab eo quod obtinuit Marciani tempore, non diſcreparet.

CAPUT IV.

Creditor an & quando rei debitæ fur aut prædo ſit? l. 9. C. de adquirenda poſſeſſione emaculata, & Virgilii elegans locus adductus.

Titius debitam ſibi rem propria auctoritate abſtulit; an furtum fecit? Et puto, ſi lucro ſtuduit, furtum feciſſe: ſin, ut jus ſuum tueretur, affectavit, etſi improbe egit, tamen, quia animus lucrandi abfuit, non commiſiſſe furtum. Ne multis opus ſit, id exemplo clarum reddam. Titius caprum emit; eumque emptum ſubripuit: intereſt, utrum ſoluto pretio ſubripuerit, an non ſoluto. nempe, quia res vendita, quamdiu pretium non eſt ſolutum, pro pignore apud venditorem remanet *l.* 13. §. §. 8. *D. de actionibus empti & venditi;* poſt ſolutum pretium non ſic remanet. altero igitur caſu laboraſſe videtur Titius, ut venditorem aut pretio ſuo fraudaret, aut pignore, ex eaque injuria lucrum faceret: altero caſu magis

fecit, ut haberet possessionem quam ei actione ex empto dari oportebat: quo in genere lucrandi fraudandique animus cessat; nec furtum cum ratione appellari potest: ut bene Ulpianus tradidit *l.* 14. §. 1. *D. de furtis:* & Virgilius in simili sensit in *Bucolicis*, *Eclog.* 3. ubi Damœtas furti suspicionem cujus a Menalca insimulabatur, a se victoriæ ferme titulo amolitur. Locus Virgilii talis est.

ME. *Non ego te vidi Damonis, pessime, caprum*
Excipere insidiis, multum latrante Lycisca?
Et cum clamarem, quo nunc se proripit ille?
Tityre, coge pecus: tu post carecta latebas.
DA. *An mihi cantando victus non redderet ille,*
Quem mea carminibus meruisset fistula caprum?
Si nescis, meus ille caper fuit, & mihi Damon
Ipse fatebatur; sed reddere posse negabat.

Furtum igitur capri nec Damœtas apud Virgilium, nec emptor apud Ulpianum, fecit; postquam pretium solvit: caprum tamen uterque præter voluntatem domini inciviliter occupavit; & ideo prædo non male appellabitur. Hoc Paulus docet *l.* 5. *D. de adquirenda vel amittenda possessione.* Addo Imperatores, Diocletianum & Maximianum, *l.* 9. *C. eod. tit.* ut sanem eorum verba, quibus nescio quid est mali imprudente objectum manu. Verba Imperatorum fere ita eduntur.

Nec ex vera venditione possessionem, quam non fuerat emptor adeptus, improbe retinere potest: ac multo minus is, qui adseveratione falsa velut emptor, cum sine obligatione pigneris pecuniam mutuo dedisset, fundum irrumpens alienum, retinendi justam causam habet.

Sic vulgo. Alias ita legi Accursius in Glossa auctor est lit. E.

Nec ex vera venditione possessionem, quam non fuerat emptor adeptus, probe retinere potest. & reliqua.

Sed & hoc male & illud. quamquam, si posterius placet, nihil sollicito, præter comma quod verbo *adeptus* subjicitur. transfer, & pone post verbum sequens, *probe:* ut fit. *Nec ex vera venditione possessionem, quam non fuerat emptor adeptus probe, retinere potest.* Sin magis prior scriptura arridet; interpungo itidem: sed hoc plus censeo, pro voce ista, *non*, legendum *modo:* id est, *tamen*, detracta tantum, non dicam literula una, sed lineola: solet enim, ut Petrus Faber meminit *lib.* 1. *Semestrium c.* 14. altera vox ita scribi nō, altera sic mō. Leges igitur, si videtur, meo periculo. *Nec ex vera venditione possessionem, quam modo fuerat emptor adeptus improbe, retinere potest.* Possis & ita legere, conjuncta utraque scriptura. *Nec ex vera venditione possessionem, quam modo fuerat emptor adeptus imPROBE retinere potest:* id est, *quam modo fuerat emptor adeptus improbe probe retinere potest.* Quod sequentibus respondet, & ab iisdem Imperatoribus in *l.* 7. *eod. tit.* hoc modo exprimitur. *Improba possessio firmum titulum possidenti præstare nullum potest.*

CAPUT V.

Quando & ubi in criminalibus causis de servis adversus dominos habeatur quæstio. Pars prior. l. 1. C. de quæstionibus vindicata a menda & exposita.

Experiar hoc & sequente capite, an forte queam pacare verba *l.* 1. *C. de quæstionibus*, quæ levi ex causa tumultuantur insanum in modum. Sed prius ipsa verba adscribam.

Quæstionem de servis contra dominos haberi non oportet: exceptis adulterii criminibus, item fraudati census accusationibus, & crimine majestatis, quod ad salutem Principis pertinet. In cæteris autem quanquam ea, quæ servus contra dominum dixit, judicaturi sententiam formare non debeant, tamen si aliis quoque probationibus fides veritatis investigetur, præscriptionis invidia evanescit. In pecuniariis vero causis nec inopia probationum servos contra dominum interrogari posse, manifestum est.

Primum negant Imperatores, æquum bonum esse, servos in criminibus adversus dominos torqueri. Deinde excipiunt, nisi sit accusatio adulterii, aut fraudati census, aut crimen perduellionis. Tum rursum scribunt, in cæteris ea quæ servus contra dominum dixit, judicaturi sententiam non formare, nisi aliis quoque modis fides veritatis investigetur. Id vero nonne idem est, ac si de servis quæstionem contra dominos permitterent, cum eam de servis contra dominos exerceri prohibent? non enim dubium est, quin ne in exceptis quidem causis ante fiat quæstioni locus, quam si fides veri aliis quoque probationibus adstruatur. saltem cautum ab Augusto est, in eruendis criminibus neque a tormentis esse incipiendum, neque adeo fidem quæstioni habendam. sed & Hadriani epistola ad Sennium Sabinum continetur, ad tormenta servorum tum demum veniri oportere, cum suspectus est reus, & aliis argumentis ita probationi admovetur, ut sola servorum confessio deesse videatur *l.* 1. *pr.* & §. 1. *D de quæstionibus.* Quamobrem si vera est Imperatorum lectio in *d. l.* 1. *C. de quæstionibus:* fortassis verendum fuerit, ne ipsis accesserit delirium, aut libido in re seria ludendi: non enim ex animo quisquam neget, servos in criminibus interrogari, præterquam in adulterio, fraudato censu, & perduellione; cum in cæteris quæstionem patitur, simul alia eunti patet ad verum semita. Tamen, ne quid temere derogetur Imperatoriæ majestati, derogabo potius receptæ lectioni. Extat vitium in verbis istis, *in cæteris.* scripsere Imperatores, *in eis.* id pro Nota acceptum ob deteriorem scripturam, & voculam *autem*, quæ falso licet, falso tamen quod adversari crederetur, levi mutatione transiit in sequentes literas, *in cæteris:* solet enim *cæterum*, si Diacono credimus, apud Veteres notari hoc modo *ctr*, item isto *ctr.* Igitur corrigo & scribo, *in eis.* ita composita pugna; sensusque optimus, Quæstionem de servis contra dominos in criminibus nullo jure exerceri; præterquam in adulterio, fraudato censu, & crimine majestatis: in istis enim, vel in istis igitur (*autem* sic accipio: ut apud Papinianum *l.* 10. §. 1. *D. de diversis temporalibus præscriptionibus*, apud Marcianum *l.* 65. §. 4. *D. de legatis lib.* 3. & alibi) in istis enim, inquam, vel in istis igitur criminibus, quamquam ea quæ servus contra dominum edidit per tormenta, judicaturi sententiam sola formare non debeant; tamen, si aliis quoque probationibus veritatis in-

investigetur fides, præscriptionis invidiam evanescere: hoc est, quamquam servi in cæteris criminibus neque interrogari debeant adversus dominum, quum is haud levibus argumentis premitur; neque, si interrogati sint, responsione sua dicturi sententiam consilium instruant: tamen aliud est in crimine adulterii, item perduellionis, sed & census fraudati accusatione: in eis enim, si tum interrogentur servi, cum etiam aliter veritati fides est, præscriptionis invidia evanescit: si, inquam, aliter veritati fides est; nam in his quoque si servi torti sint sine aliis probationibus, sola eorum confessio judicaturo ad domini condemnationem non sufficit. Nec tamen ignoro, dominum a servo suo ultro deferri posse in crimine fraudati census & perduellionis *l.* 53. *D. de judiciis. l.* 20. *C. de his qui accusare non possunt. l.* 6. *C. de delatoribus* Sed id neque huc pertinet, neque de adulterio usquam proditum est; etsi hic de adulterio æque sermo sit, ac de fraudato censu & perduellione.

Caput VI.

1. *Quando in causis pecuniariis tormenta servorum adversus dominos adhibeantur? Earum cum criminibus comparatio. Sententia & lectio posterioris partis d. l.* 1. *C. de quæstionibus.* 2. *&* 3. *Ibidem* inopia probationum *quid sit, ex Apulejo atque Ovidio singulariter demonstratum. Cujacii rejecta emendatio. Leonini item Robertique sententia.* Defectus probationum *quando sit?* Quando aliter veritas inveniri, *aut* aliter illuminari non possit, quam per tormenta? *Scrupulus ex compluribus locis exemptus.* 4. *Jusjurandum, quod suppletorium vulgo vocant, quando a Judice deferri soleat? Illustrata l.* 3. *C. de rebus creditis & jurejurando. item l.* 31. *D. de jurejurando. Francisci Duareni & Hugonis Donelli laudata ac firmata sententia.*

1. Posterior pars *l.* 1. *C. de quæstionibus* sic habet.

In pecuniariis vero causis nec inopia probationum servos contra dominum interrogari posse manifestum est.

Hæc recepta lectio est, & Johanni Roberto *lib.* 2. *Receptarum lectionum c.* 18. atque Elberto Leonino *lib.* 6. *Emendationum c* 19. placet. Cujacius *lib.* 2. *Observat. c.* 33. *& lib.* 20. *c.* 28. mavult *ex inopia.* itaque legitur apud Gratianum *c. quæstionem* 59. *caus.* 12. *q.* 2. Sed verior mihi videtur scriptura, *nec inopia.* primum, quia generaliter ait Ulpianus in *l.* 1. §. 16. *D. de quæstionibus*, Severum rescripsisse, quæstionem de servis contra dominos neque haberi debere, neque, si facta sit, dicturi sententiam consilium instruere. igitur una Severo fuit criminalium civiliumque causarum regula: quam & Gordianus probat *l.* 6. *C. eod. tit.* & Paulus, *lib.* 5. *Sententiarum*, *tit.* 16. §. 5. sed, quam Ulpianus, uterque plenius. Verba utriusque adscribenda putavi. Ea verba ex Paulo sunt: *Servi in caput domini neque a Præside, neque a Procuratore, neque in pecuniariis, quam in capitalibus causis interrogari possunt.* Hæc ex Paulo: ex Gordiano illa sunt. *Pridem placuit, domestica servorum interrogatione in causis ad dominos pertinentibus abstinendum esse; ut neque pro his, neque adversus eos in capitalibus, vel pecuniariis quæstionibus veritatis vim obtinere possit, quod in confessionem ab eis deductum fuerit.* Id primum noto ac moneo. proximum est quod a criminalibus adulterium, fraudatus census, & perduellio, cum paucis aliis, excipitur *d. l.* 1. *C. de quæstionibus*; item in pecuniariis, si servus magis in se, aut de suo facto, quam in dominum, prove domino, rogatur *l.* 12. *l.* 15. *C. eod tit. l.* 7. *D. de probationibus.* Paulus *d. tit.* 16. §. 1. si de rebus hereditariis, vel fide generis; si pro successione domini defuncti quæritur, non contra dominos cæteros filios, quæstioni locum esse, ratio æquitatis ostendit *l.* 17. §. 2. *D. de quæstionibus.* Paulus *d. lib.* 5. *tit.* 16. §. 2. Jam ut in illis quæ a criminalibus excipiuntur, tum demum rogatur servus adversus dominum; cum hic probabilibus, & prope certis, atque evidentibus, argumentis urgetur: sic nec in istis quidem quæ a civilibus separantur, aliter quæstio habetur, quam inopia probationum; in cæteris autem quæ ad regulam utriusque generis spectant, ne inopia, id est, ne tunc, quidem tormentis locus est, ubi dominus verisimilibus & velut certis indiciis premitur.

2. Itane? inquiet aliquis: inopia tibi est, cum indicia ad probationem gravia & prope certa? nugæ. ad nostros specta: his inopia est; cum veritas aliis probationibus illuminari *l.* 12. *C. de quæstionibus*, aliterve inveniri non potest, quam per tormenta *l.* 9. *l.* 18. §. 4. *D. eod. tit.* Paulus *d. lib.* 5. *Sententiarum tit.* 16. §. 2. cum alia probatio ad eruendam veritatem non est *l.* 7. *D. de testibus*, cum deficit probatio *l.* 7. *D. de probationibus.* Quid dicam? quod *lib.* 1. *c. ult. n.* 14. *& seq.* verba hæc & similia sæpe latius apud Veteres usurpari; &, ut vulgo ajunt, magis secundum quid, quam simpliciter, accipi: igitur inopiam, defectumve, appellari, quotiens non liquida, verum dubia & anceps, causa est: item negari, veritatem aliter inveniri, quoties ea aliter non omnino, nisi per tormenta, invenitur. ut enim omittam, olim Divum Augustum constituisse, non esse a tormentis incipiendum, neque adeo fidem quæstioni adhibendam: ut omittam, Divum Hadrianum Sennio Sabino rescripsisse, ad tormenta servorum ita veniri demum oportere, cum suspectus est reus, & aliis argumentis ita probationi admovetur, ut sola servorum confessio deesse videatur *l.* 1. § 1. *&* 2. *D. de quæstionibus*: nonne hic unum id suffecerit quod egregie Paulus in *l.* 20. *D. eod. tit.* hoc refert sensu: Maritus quidam, heres uxoris suæ, petebat a Suro pecuniam, quasi ab uxore apud eum depositam, se absente: & in eam rem testem unum producebat; & quæstionem de ancilla haberi desiderabat. contra negabat Surus, se accepisse pecuniam; negabat quoque, admitti unius hominis testimonium, & a quæstionibus incipi; etsi aliena ancilla foret, nedum propria. quid fit? admissa quæstio, & habita: deindeappellatum ad Imperatorem. is ubi cognovisset: pronuntiavit, eam quæstionem illicite habitam esse: nec videri unius hominis testimonium ad quæstionem sufficere.

3. Non igitur distinguenda hic inopia a de-

fectu, auctore Cujacio *lib.* 22. *Observat. c.* 28. quia idem valent: ut liquet ex *d. l.* 7. *D. de probationibus*, & reliquis adductis locis. non accipienda quoque inopia pro omni & qualicumque inopia: ut idem Cujacius putat *lib.* 2. *Observat. c* 33. & *lib.* 20. *cap.* 28. non enim quæstio habetur, cum nulla, leviorve, apparet conjectura; aut cum unus saltem adest testis: ut Paulus docet *d. l.* 20. sed inopia est, ubi tanta utrimque probationum copia, ut noceat, ac turbet: adeo ubi par causa ac ratio; neque valde in alteram inclinans partem. Hoc sensu usurpatum ab Apulejo id vocabulum *lib.* 5. *Metamorph. sive de asino aureo*, in fabula de Psyche & Cupidine. verba Apuleji, quia non memini observari adducive ab aliis, adscripsi: sunt autem hæc. *Conjcio lumine vultus ejus adspexi: video mirum divinumque prorsus spectaculum, ipsum illum Deæ Veneris filium, ipsum, inquam, Cupidinem, leni quiete sopitum. Ac, dum tanti boni spectaculo percita, & nimia voluptatis copia turbata, fruendi laborarem inopia, casu scilicet pessimo lucerna fervens oleum rebullivit in ejus humerum.* Hæc Apulejus, & ad superius Rescriptum omnino accommodate. quippe appellat inopiam Psyches: non, quia erat illi defectus voluptatis; sed quia erat tanta undequaque copia atque abundantia, ut dubitaret Psyche, hac, an illa, potius parte frueretur: id enim est quod paulo ante Apulejus eadem in re & fabella, ubi egregiam Cupidinis venustatem formamque descripsisset, tum deinde ait, *Psyche magis magisque cupidine flagrans Cupidinis, prona in eum efflictim inhians, patulis ac petulantibus suaviis festinanter ingestis, de somni mensura metuebat. Sed dum tanto bono percita, saucia mente fluctuat, lucerna illa evomuit de summa luminis sui stillam ferventis olei super humerum Dei dextrum.* Viden', quod ante dixit Apulejus, *Dum tanti boni spectaculo percita, & nimia volnptatis copia turbata, fruendi laborarem inopia*, hoc eum postea sic efferre, *Dum tanti boni spectaculo percita, saucia mente fluctuat?* Id vero quid aliud designat, quam ambiguitatem fruendi ex nimia atque æquali undequaque copia? mihi crede. sin secus, Ovidio: nam & is vult, copia præligari atque impediri eligendi arbitrium, *lib.* 5. *Fastorum*, hisce verbis.

Quæritis, unde putem Majo data nomina mensi.
Non satis est liquido cognita causa mihi.
Ut stat, & incertus, qua sit sibi, nescit, eundum,
Cum videt ex omni parte viator iter.
Sic quia posse datur diversas reddere causas,
Qua ferar, ignoro; copiaque ipsa nocet.

4. Exposui hæc diligentius; cum ut scrupulum hoc ex capite eximerem, eruditis usque adhuc molestum ac gravem; tum ut liqueret, quemadmodum accipienda forent hæc Diocletiani & Maximiani verba *l.* 3. *C. de rebus creditis.*

In bonæ fidei contractibus, nec non [etiam] in cæteris causis, inopia probationum, per judicem jurejurando causa cognita res decidi oportet.

Nam in eo quoque capite ab Imperatoribus dicitur, inopia probationum, rem jurejurando decidi oportere. sensu plane simili. Quod ut censeam, vel id me impellit maxime; quod non simpliciter & nude ajunt Imperatores, oportere litem, si inopia probationum sit, jurejurando decidi; sed inopia probationum causa cognita. Id autem quo? nisi, ut dispiciat Judex & caveat,

Ne Deus intersit, nisi dignus vindice nodus
Inciderit. — — —

ut Horatius in re alia loquitur, *De arte Poëtica.* adeo non temere alteri deferet Judex jusjurandum: cum causa plana est, atque in alteram inclinans partem: ut forte, si actor intentionem suam aut nullo probavit teste, aut saltem uno: cujus responsio non auditur, etsi præclaræ Curiæ honore præfulgeat *l.* 9. §. 1. *C. de testibus*; neque igitur facit dubiam causam, neque jurijurando locum. at Judex deferet jusjurandum, inopia probationum, causa cognita: id est, cum res dubia est atque in ambas agi partes animo potest. Ita Gajus in *l.* 31. *D. de jurejurando.* Gajum vero primus ita interpretatus Vir Clarissimus, Franciscus Duarenus, *lib.* 2. *Disputationum anniversariarum c.* 33. & post eum Hugo Donellus *ad d l.* 3. ex Terentii *Phormione*, & Cicerone, *Pro Ligario*: locis sane elegantibus; sed quia plerisque minus sufficiunt, pauca adscribam de meo, ut juvem ac firmem. Terentius in *Andria* 1 5. *Dum in in dubio est animus, paulo momento huc illuc impellitur.* Isidorus *lib.* 10 *Etymologic. Dubius, incertus, quasi duarum viarum.* De dubitatione Myrrhæ Ovidius *lib.* 10. *Metamorph*

— — — *Virgo Cinyreia pervigil igni*
Carpitur indomito, furiosaque vota retractat.
Et modo desperat, modo vult tentare, pudetque,
Et cupit, & quid agat, non invenit, utque securi
Saucia trabs ingens, cum plaga novissima restat,
Quo cadat, in dubio est, omnique a parte timetur;
Sic animus vario labefactus vulnere nutat
Huc levis atque illuc, momentaque sumit utroque.

CAPUT VII.

Ulpianus emendatus l. x. *D. de usu & habitatione, transposita vocula* tamen.

Quibus in causis comparetur legatum usus & habitationis, quibus separetur, eas causas videretur mihi Ulpianus satis recte demonstrasse *l.* 10. *D. de usu & habitatione*; nisi sedem mutasset vocula *tamen*, tenebrasque ea re scriptori optimo offudisset. Verba Ulpiani si quis recensere velit, ita in omnibus editionibus leguntur.

Si habitatio legetur, an perinde sit, atque si usus, quæritur? Et effectu quidem idem pene esse legatum usus & habitationis, & Papinianus consensit lib. 18. *Quæstionum. Denique donare non poterit. Sed eas personas recipiet, quas & usuarius. Ad heredem tamen nec ipsa transit, nec non utendo amittitur, nec capitis diminutione.*

Restitues, me auctore

Ad heredem nec ipsa transit: nec tamen non utendo amittitur, nec capitis diminutione.

Vult enim Ulpianus, usum & habitationem duobus his articulis distingui, cæteris quos præterea recitat, non distingui; postremo, hoc esse commune utriusque legati, quod neuter legatarius donare potest, quod uterque recipit easdem personas, & quod utrumque legatum morte extinguitur *l.* 2. *D. Quando dies legatorum*

rum vel fideicommissorum cedat, *l.* 21. *D. de usu & habitatione*; alterum vero legatum, habitationis scilicet, id singulare habere, quod neque capitis diminutione, neque non utendo amittitur. Id mihi certum est, & pene his Modestini verbis respondet *l.* x. *D. de capite minutis. Si habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercidit, capitis diminutione tamen interveniente perseverat: videlicet quia tale legatum in facto potius, quam in jure consistit.*

CAPUT VIII.

Mendum sublatum ex Ulpiani l. 5. §. 3. D. Usufructuarius quemadmodum caveat.

Non fero quoque Ulpiani scripturam hanc, quamvis ei omnes codices adstipulentur in *l.* 5. §. 3. *D. Usufructuarius quemadmodum caveat.*

Et si habitatio, vel operæ hominis vel cujus alterius animalis relictæ fuerint, stipulatio locum habebit; licet per omnia hæc usumfructum non imitantur.

Constabit sententia, si legas.

Licet per omnia hæc usum fructumve non imitantur.

Fructus enim *hominis*, si Gajo fides, *in operis consistit, & retro in fructu hominis operæ sunt. l.* 4. *D. de operis servorum.* At *legatum usus & habitationis effectu idem pene esse*, ex Ulpiano discas *l.* 10. *D. de usu & habitatione.* Imo Pomponius *l.* 32. *D. de usufructu*, *Habitationis*, inquit, *exceptione usque sive temporali, sive, ad mortem ejus, qui excepit, usum exceptum videri.* Plane, etsi legatum habitationis assimiletur usui, legatum operarum usuifructui; non tamen hæc per omnia aut usum, aut usumfructum, imitantur ex Ulpiani sententia: nam habitationem in quibusdam ab usu dividit in *d. l.* 10; licet in aliis eam usui comparet; ut ostendi superiore capite: operas quoque separat a fructu *l.* 2. *D. de operis servorum*; quamquam operas fructui comparet in *d. l.* 5. §. 3. imo Papinianus *l.* 2. *D. de usu & usufructu & reditu & habitatione & operis per legatum vel fideicommissum datis*, differentiam inter legatum ususfructus & operarum triplicem facit; negatque, eum cui legatæ sunt operæ, fructuarium esse. Paulus quoque *l.* 1. §. 9. *D. Ad legem Falcidiam* ait, operis servi legatis, neque usum, neque usumfructum in eo legato esse.

CAPUT IX.

An directa negotiorum gestorum actio domino detur adversus prædonem? huic item an contraria adversus illum competat? Labes e l. 6. §. 3, D. de negotiis gestis detersa singulariter.

Ut actio negotiorum gestorum locum habeat, non modo negotium alterius gestum esse oportet; sed amplius desideratur, ut ejus contemplatione *l.* 6. §. 3. *D. de negotiis gestis*, id est, ut gerendi negotii affectione *l.* 19. §. 1. *d. t.* ut quasi amici. *l.* 36. *eod. tit.* vel (ut Paulus loquitur *l.* 23 *D de rebus auctoritate judicis possidendis*) ex officio amicitiæ, gestum sit. Adeo, si quis sui lucri causa gessit, quia suum magis, quam alterius, negotium gessit; non videtur adversus eum actio negotiorum gestorum danda esse. Obtinuit tamen, nihilominus, imo magis, & eum negotiorum gestorum actione teneri: quia utique constat, in re mea negotioque meo versatum esse; quamvis ei affectio negotii mei gerendi nulla fuerit. denique quis ferat, ipsi dolum suum prodesse, & ex improbitate fructum nasci? Directæ igitur actioni vel in hac specie locus erit *d. l.* 6. §. 3 *D. de negotiis gestis.* An & contrariæ? fac, insulam fultam, necessarias impensas factas, has omnino vel ex parte periisse, tamen repeti an possint? quæritur. Sed totus ad se spectavit prædo, non ad me: mihi vero ut imputet quod sibi præstitit, non id jus, minus æquitas, patitur. Pulchre hoc & sapienter, ut solet, Phædrus *lib* 1. *fab* 22 Verba Phædri.

Mustela ab homine prensa, quum instantem necem
Effugere vellet; quæso, inquit, parcas mihi,
Quæ tibi molestis muribus purgo domum.
Respondit ille, faceres si causa mea,
Gratum esset, & dedissem veniam supplici:
Nunc quia laboras, ut fruaris reliquiis,
Quas sunt rosuri, simul & ipsos devores,
Noli imputare vanum beneficium mihi.
Atque ita locutus improbam letho dedit.
Hoc in se dictum debent illi agnoscere,
Quorum privata servit utilitas sibi,
Et meritum inane jactant imprudentibus.

Sic Phædrus: idem aperte Jureconsultus *d. l.* 6. §. 3. *D. de negotiis gestis*, sequentibus verbis. *Ipse si circa res meas aliquid impenderit, non in id, quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, contra me actionem habet.* Aperte? ita est: verba enim hæc (*in id, quod ei abest*) sunt ex formula contrariæ actionis: uti Gajus *l.* 2. *D. de negotiis gestis*, & Javolenus *l.* 28. *D. eod. tit.* docent. Igitur, negata ei actione in id quod ei abest, propter improbitatem suam; contrariam ei actionem, propter improbitatem suam negari puta. Quid tandem? *In quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem.* Haud dubito, quin hic scripturæ error sit: & *exceptionem*, aut *retentionem*, aut *pensationem*, auctor, quisque is fuit, ponere voluerit, saltem debuerit; vox autem ista (*actionem*) cum fuisset paulo ante inferenda, deinde, ut fit inter scribendum, imprudenti & tantum non aliud cogitanti exciderit. hoc eo magis censeo: quia formula ista (*in quod ego locupletior factus sum*) non tantum ad exceptionem, aut retentionem, (uti in *l.* 38. *D. de hereditatis petitione*, *l.* 38 & 48 *D. de rei vindicatione*, *l.* 1. § 1. *D. de doli mali & metus exceptione*) sed ad indebiti quoque condictionem, accommodari solet: uti ex *l.* 8. § 22. *D. de transactionibus*, cum similibus, liquet. Solet & actioni negotiorum gestorum, sive ea directa, sive contraria, sit, adjici: sed una in specie quæ est in *d. l.* 6. *pr. l.* 37 *D. & l.* 2. *C de negotiis gestis*; atque ad hanc fere ex Rescripto Divi Pii singulari jure *l.* 3. § 4. *l.* 34. *D. eod.* Adeo nil abhorret a vero, ipsum Jureconsultum, aut Librarium, in errorem hunc in *d.* §. 3. *sexti capitis* cum memo-

 mo-

moria principii ejusdem loci, tum verborum ac rerum similitudine, lapsum incidisse. Accedit ad hæc quod Veteres in hac specie actionis meminerunt nusquam. imo actioni, qualiscumque sit, locum negant: tantum retentionem, vel officio judicis, vel per exceptionem doli mali, concedunt *l.* 33. *D. de condictione indebiti*, *l.* 14. *D. de doli mali & metus exceptione*, *l.* 14. §. 1. *D. Communi dividundo*, *l.* 27. §. 5. & *l.* 48. *D. de rei vindicatione*, *l.* 38. & 39. *D. de hereditatis petitione*, *l.* 45. §. 1. *D. de actionibus empti & venditi*, §. 30. *Inst. de rerum divisione.* Hoc autem cum non minus statuant in persona possessoris bonæ fidei, quam ejus qui mala fide possidet; cedo, ecquid causæ sit, cur huic permittant actionem, quam non permittunt illi quem alioquin justa fides tuetur? Verum hæc olim decisa lis fuit: ne quis hodie contrariam negotiorum gestorum actionem, aut indebiti condictionem, formula ista, *In quod ego locupletior factus sum*, hic indigitari crederet; licet ea alioquin utramque denotari verum sit. Superest igitur, ut eadem formula pro retentionis exceptionisve nota haberi debeat: quam exceptionem prædoni ad hanc faciem dari in re simili, Paulus significat *l.* 38. *D. de hereditatis petitione.* Verba vero *d. l.* 6. §. 3. *D. de negotiis gestis* ego sic emendanda censeo.

Sed & si quis negotia mea gessit, non mei contemplatione, sed sui lucri causa: Labeo scripsit, suum eum potius, quam meum negotium gessisse. qui enim deprædandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet. Sed nihilominus, imo magis & is tenebitur negotiorum gestorum actione. Ipse tamen, si circa res meas aliquid impenderit, non in id, quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, actionem, sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me exceptionem.

exceptionem, inquam, vel retentionem, vel pensationem: uti in *l.* 18. §. *ult. D. Commodati vel contra*, *l.* 8 *D. de pigneratitia actione*, & *l.* 33. *D. de condictione indebiti.* Judicium hoc meum est: quod cum nuper Amplissimo Viro, Magno Wedderkoppio, Serenissimi Hollatorum & Sleesvicensium Ducis Legato, ostenderem domi meæ ad quam visendi mei gratia accesserat, ut sæpe solet: deinde is, domi secum exploratis diu ac diligenter singulis, perplacere sibi testatus est; & addidit, quia Juliani *d. l.* 6. esset, cujus & *d. l.* 33. *D. de condictione indebiti*, & *d. l.* 27. §. 5. *D. de rei vindicatione*, ideo minus verisimile esse, eumdem auctorem tam aperte non tantum cum ratione, atque usu juris, sed secum quoque, pugnantia absurdissime protulisse. Fateor, & me jam ante id argumentum tenebat; sed verebar, conjecturæ meæ adscribere: quia animadvertebam, eam legem in Haloandri & quibusdam aliis exemplaribus non Juliano, sed Ulpiano, tribui, & parte quinti capitis censeri. adhæc existimabam, verba ea (*non in id, quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, actionem habet*) non omnino abhorrere ab Ulpiano: qui in *l.* 12 §. 1. *D. de furtis* similiter inquit. *Nemo de improbitate sua consequitur actionem: & ideo soli bonæ fidei possessori, non etiam malæ fidei furti actio datur.* Sentit tamen pro Juliano Russardus: qui Inscriptionem *d. l.* 6. ita exhibet; VI. *Julianus libro tertio Digestorum scribit*; & quod ab aliis ita profertur finis præcedentis loci, *ut scribit Julianus lib.* III. ex Notis natum arbitratur: nam pro VI. facile fuisse ut scriberetur *ut.*

CAPUT X.

Bis idem dici ab Ulpiano in l. 1. §. 7. *D. de Ædilitio edicto, item in l.* 5. §. 1. *D. de jure deliberandi, & a Tryphonino in l.* 9. *D. de rebus dubiis.*

Satis otiose Ulpianus in *l.* 1. §. 7. *D. de Ædilitio edicto*, cum Edicti verba, *morbi vitiive* interpretatur, inquit.

Ego puto Ædiles tollendæ dubitationis gratia bis κ̀ τ̀ αὐτȣ̃, *id est, de eodem idem dixisse, ne qua dubitatio superesset.*

Cui bono enim repetitio ista ejusdem rei in verbis, *tollendæ dubitationis gratia*, &, *ne qua dubitatio superesset*? num ornat, ut alioquin solet, orationem? num modulatiorem aptioremque reddit? num onerandi vel exprobandi causa exaggerationem aliquam speciosam facit? causas tamen prope has esse quibus apta sit repetitio, & ratio suadet, & Favorinus in re simili apud Gellium refert *lib.* 13. *Noctium Atticarum c.* 24. Sed profecto id vitium in Ulpiano nimis manifestum est.

Simile in *l.* 5. §. 1. *D. de jure deliberandi.*

Si major sit hereditas, & deliberat heres, & res sunt in hereditate, quæ ex tractu temporis deteriores fiunt, adito Prætore, potest is, qui deliberat, sine præjudicio eas justis pretiis vendere; qui possit etiam ea, quæ nimium sumptuosa sint, veluti jumenta aut venalitia, item ea, quæ mora deteriora fiant, vendere; quique præterea curaturus sit, ut æs alienum, quod sub pœna vel sub pretiosis pignoribus debeatur, solvatur.

Vacant ista versu penultimo, *Item ea, quæ mora deteriora fiant.* Jam ante enim dixerat Ulpianus, *si res in hereditate sint, quæ ex tractu temporis deteriores fiunt, justis pretiis vendi permissu Prætoris posse.*

Similis ταυτολογία apud Tryphoninum in his verbis *l.* 9. *D. de rebus dubiis.*

Qui duos impuberes filios habebat, ei, qui supremus moritur, Titium substituit: duo impuberes simul in nave perierunt. Quæsitum est, an substituto, & cujus hereditas deferatur? Dixi, si ordine vita decessissent, priori mortuo frater ab intestato heres erit, posteriori substitutus; in ea tamen hereditate etiam ante defuncti filii habebit hereditatem. In proposita autem quæstione. & cætera.

Supersunt ista. *In ea tamen hereditate etiam ante defuncti filii habebit hereditatem.* Nil enim aliud designant, quam illa quæ præcedunt. *Priori mortuo frater ab intestato heres erit, posteriori substitutus.*

CAPUT XI.

Intellectus l. 78. §. ult. D. de contrahenda emptione.

Verba Labeonis sunt in *l.* 78. §. *ult. D. de contrahenda emptione.*

Frumenta, quæ in herbis erant, cum vendidisses, dixisti, te, si quid vi aut tempestate factum esset, præstaturum: ea frumenta nives corruperunt. si immoderatæ fuerunt, & contra consuetudinem tempestatis, agi tecum ex empto poterit.

Hæc vulgata lectio: nec damno; quamquam malim. *Si immoderatæ fuerunt, & contra consuetudinem tempestates.* Quo modo Salmasius conjicit *Ad jus Atticum c.* 24. Thema vide: id tale est. Vendidisti Titio frumenta quæ in herbis erant; & dixisti, id est, recepisti, te ei præstiturum, si quid vi aut tempestate accidisset. nives cecidere; hæ frumenta corruperunt: id est, frumenta, ad votum non respondentia, corrupisse dicuntur: sic enim accipio id verbum, ut querelam prætextumque emptoris, atque adeo facti speciem, ab eo Labeoni propositam, non utique veritatem rei, non effectum, indicet: quod apud nostros & alios auctores sæpe usu venit: ut pluribus demonstrarem, nisi similia in antecessum annotassem *lib.* 2. *c.* 6. *n.* 3. & apud Casaubonum *ad Suetonium in Julio c.* 29 invenissem. Nivibus igitur non corrupta frumenta sunt, ut verba præferunt primo adspectu: (alioquin inepta & insulsa foret sequens distinctio; scilicet, utrum immoderatæ fuerint, & contra consuetudinem tempestates, an non fuerint: quia & in hoc & in illo casu, peræque verum foret, frumenta vi aut tempestate corrupta esse; quod venditor se emptori præstiturum promisit) sed frumenta in facto, a consultore proposito, nivibus corrupta dicuntur: & proinde quæstio est, an venditor emptori indistincte, propter nives, aliquid præstare debeat. causa quæstionis est, quod tempestatis verbum anni solitas insolitasque tempestates, & has sive serenas, sive turbidas, sive moderatas, sive immoderatas, complectitur: uti Servius refert ad id Virgilii *lib.* 9. *Æneid. vers.* 19.

— — *Unde hæc tam clara repente*
Tempestas. — — —

Clara enim (inquit) bene addidit: quia tempestas τῶν μέσων est. Addo, Prudentius *lib.* 2. *Adversus Symmachum.*

Nec tamen idcirco minor est aut cultus agelli,
Aut tempestatis clementia læta serenæ,
Temperat aut pluvius qui culta novalia ventus.

Item Lucretius *lib.* 4. *De rerum natura*

— — *Modo cum fuerit* liquidissima cœli
Tempestas, *perquam subito fit* turbida *fœde*
Undique. — — —

Cicero quoque in Oratione *pro Murena* infit, *Ut tempestates sæpe certo aliquo cœli signo commoventur, sæpe improviso, nulla ex certa ratione, obscura aliqua ex causa excitantur: sic in hac comitiorum tempestate populari sæpe intelligas, quo signo commota sit, sæpe ita obscura est, ut casu excitata esse videatur.* Significat Cicero, tempestates duum generum esse: alias certo cœli signo certaque ex causa moveri: alias obscura atque incerta ratione excitari; istas casu, illas non æque casu, motas excitatasque intelligi Tempestas igitur vel serena, vel turbida, vel clemens, vel horrida, vel solita, vel insolita est; & qualiscumque sit, hoc pacto excipitur. hæc quæstio, & ejus causa. Sed responsum, tantum, *si immoderatæ fuere & contra consuetudinem tempestates*, pactioni locum fore. quamobrem? quia, si solitæ & moderatæ fuere tempestates; non videtur nivibus, id est, vi aut tempestate, damnum datum esse: nam constat, solitas & moderatas tempestates nivesque aut prodesse frumentis, aut non nocere: at insolitas atque immoderatas tempestates, id est, fortuitos casus, frumentis nocere, & experiundo probatum est, & egregie Prudentius docet *lib.* 2. *Adversus Symmachum.* Verba ejus quia ad Labeonis intellectum faciunt, adscribam.

Antiquis elementa labant erroribus, ac de
Legitimo discussa modo plerumque feruntur
In casus alios, quam lex habet, aut iter anni.
Nunc consumit edax segetem rubigo maligni
Aëris ex vitio. nunc culpam vere tepenti
Post Zephyros gelidi glacies aquilonis inurit,
Ambustumque caput culmi fuligine tinguit:
Seminis aut teneri turgens dum germinat herba,
Continuis nimiisque perit constricta pruinis.
Nec potis est tenuem telluri affigere fibram.
Mox ejecta solo glacie fidente supersit,
Nudaque subducto radix avellitur arvo.
Ancipites tribuli subeunt, & carduus horrens.
Hos fert sicca sitis, hunc ebrius educat humos.
Temperies affusa minus, vel plus, agit istos
Terrarum morbos, & mundum vulnerat ægrum.

Igitur hic immoderatæ atque insolitæ tempestates, id est, fortuiti casus, demum faciunt pactioni locum; non tempestates moderatæ & solitæ. hæ eo minus: quia ea quæ metuenda frumentis sunt, fere ab emptore excipi, & a venditore promitti, solent; non etiam illa quæ aut prosunt, aut non nocent: nec vero dubium est, in obscuris inspici quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet *l.* 114. *D. de regulis juris.* deinde non sic pactum conventum est, *si quid tempestate*, sed ita, *si quid vi aut tempestate, factum esset:* ea autem verba si hic conjunctim accipiantur, ut *dedi aut donavi*, item *pecuniæ tutelæve*, & alia id genus plura *in l.* 53. *D. de verborum significatione, & alibi*, forte sic pro promissore recte accipiuntur. vis enim tempestatem continet; tempestatis etiam tam lata significatio est, ut vim ac bella comprehendat: ut apud Virgilium *lib.* 7. *Æneid. vers.* 222.

Quanta per Idæos sævis effusa Mycænis
Tempestas ierit campos. — — —

imo tempestas per excellentiam sæpe pro horrida tempestate sumitur, & a reliquis cœli injuriis distinguitur: ut apud Plinium *lib.* 18. *Historiæ naturalis c.* 28. cum sic scribit. *Ante omnia duo genera esse cœlestis injuriæ meminisse debemus. unum, quod tempestates vocamus, in quibus grandines, procellæ cæteraque similia intelliguntur: quæ cum acciderint, vis major appellatur. hæc ab horridis syderibus exeunt, ut sæpius diximus, veluti Arcturo, Orione, Hædis. alia sunt illa, quæ silente cœlo serenisque noctibus fiunt, nullo sentiente nisi cum facta sunt. publica hæc & magnæ differentiæ a prioribus, aliis rubiginem, aliis uredinem, aliis carbunculum appellantibus, omnibus vero sterilitatem.* Hæc Plinius, quamquam aliter, ac nostri: quibus ista quo-

quoque quæ silente cœlo serenisque noctibus fiunt, si immoderata atque insolita sint, vi tempestatis fieri dicuntur: uti ex Ulpiano discas *l.* 15. § 2. *D. Locati conducti.* Quid ergo? ubi pactum conventum est, *quod vi aut tempestate accidisset*, præstari; pactum conventum videtur quod insolita atque immoderata tempestate, vel (ut Ulpianus loquitur *d. l.* 15. §. 2.) quod vi tempestatis accidisset, præstari.

Iter hoc meum est ad sententiam difficilis & obscuri loci. aliud Salmasius, *Ad jus Attic. & Roman. d c.* 24. aliud Heraldus *lib. singul. Observ. & emend. c.* XXX. aliud alii tenuere.

CAPUT XII.

Fictionum in jure usus & exempla non inconcinna. In his quid servitus pœnæ *apud nostros, & cur ea inventa sit, hactenus nondum tradita sententia.*

Sæpe animadverti quæ principaliter non valent, per consequentiam tolerari; & quæ diu sunt utentium moribus observata, post verborum fictione atque imagine deludi atque obliterari: sive quod vulgo speciem æqui bonique habent quæ complurium ætatum usus castigavit: sive quod exemplo periculosum est novandi studium in his quæ ad mores reipublicæ legesque spectant. plerique certe, antiquitatis immoderata veneratione, eorum in quibus nati atque educati sunt, correctionem corruptionemque juxta ponunt. adeo illa sive mutatio, sive emendatio, etsi ex usu publico esset, etiam in rebus minimis, passim mitiganda interpretatione ac dissimulanda fuit: verumque omnino est quod *Pro Murena* Cicero (etsi subridens) refert, scientiam Juris totam prope rebus fictis commentitiisque constare. Placebunt species quas adferam.

Emptionis imago fuit qua olim testamentum per æs & libram constabat §. 1. *Inst. de testamentis ordinandis;* qua liberorum adoptio emancipatioque perficiebatur *l. ult. C. de adoptionibus. l. ult. C. de emancipationibus liberorum.* Sed & quasi usufructus cautione, velut remedio, introductus dicitur §. 2. *Inst. de usufructu.* Querela quoque inofficiosi testamenti hoc colore defenditur, quasi non sanæ mentis testator fuerit, cum testamentum inique ordinaret *l.* 2 & 5. *D. de inofficioso testamento.* Præterea non poterat heredem facere Prætor: tantum fiebat heres per legem, aut per similem juris constitutionem: sed, cum utilitas exigeret, faciebat Prætor bonorum possessorem qui heredis loco esset §. 2. *Inst. de bonorum possessionibus.* Similiter notat Licinius Rufinus *l.* 74. *D. de heredibus instituendis*, si ita quis heres institutus fuerit, *excepto fundo*, *excepto usufructu*, *heres esto*, perinde fore Jure civili, atque si sine ea re institutus esset, idque auctoritate Galli Aquilii factum esse. Sed & Hermogenianus ait *l.* 23. *D. de manumissis vindicta*, manumissionem per lictores hodie, domino tacente, expediri; & verba solemnia, licet non dicantur, ut dicta accipi. Apud Dionysium quoque ex jure publico simile: refert enim *lib.* 2. Romulum cavisse, ne quis magistratum aliquem iniret, præterquam addicentibus avibus: id longo tempore observatum, suo tempore desiisse; nisi quod superesset umbra veteris instituti: nam designatos, mane exeuntes, sub dio preces peragere, ibique ex auguribus aliquem fulguris signum a læva datum denuntiare, etsi nullum datum sit: ejus vero vocis omine contentos eos magistratum inire. Similiter domino permittebatur vindicatio lege XII. tabularum; non domino non permittebatur: idque initio visum sufficere: post, ubi novæ inciderent species in quibus æquum bonum crederetur, etiam non domino, petitionem dari; Prætor, ne videretur facere adversus legem XII. tabularum, plerumque ita in rem agi permisit, ut vel actor diceret, se quasi usucepisse quod non usuceperat; vel e diverso, adversarium suum, quod usuceperat, non usucepisse §. 3. 4. & 5. *Inst. de actionibus.* Referam huc etiam quæ de vindiciis scribit Gellius *lib.* XX. *Noct. Attic. c* X. sic inquiens. *Vindicia, id est, correptio manus in re atque in loco præsenti, apud Prætorem ex duodecim tabulis fiebat, in quibus ita scriptum est, si qui in jure manum conserunt. Sed postquam Prætores, propagatis Italiæ finibus, negotiis occupati, proficisci vindiciarum dicendarum causa in longinquas res gravabantur, institutum est, contra* XII. *tabulas, tacito consensu, ut litigantes non in jure apud Prætorem manum consererent, sed ex jure manum consertam vocarent; id est, alter alterum ex jure ad conserendam manum in rem, de qua ageretur, vocaret: atque profecti simul in agrum, de quo litigabatur, terræ aliquid ex eo, uti unam glebam, in jus in urbem ad Prætorem deferrent: & in ea gleba, tanquam in toto agro, vindicarent.*

Est & hoc notabile & ad fictitium jus pertinens, quamquam a tyrannica impotentia ad perdendas magis leges, quam conservandas, profectum; quod de filia Sejani Tacitus *lib.* 5. *Annal. c.* 9. memorat, quia triumvirali supplicio affici virginem inauditum habebatur, laqueum juxta compressam, exin, oblisis faucibus, id ætatis corpora in gemonias abjecta esse. Item, quod idem auctor est *lib.* 2. *Annal. c* 30. quia vetere Senatusconsulto quæstio in caput domini prohibebatur, callidum & novi juris repertorem Tiberium mancipari singulos actori publico jussisse, ut in Libonem ex servis salvo Senatusconsulto quæreretur. Illud lubentius addam, quod in exulibus his quibus aqua & igne interdicebatur, commentum simile Cicero *Pro domo* refert his verbis. *Qui erant rerum capitalium condemnati, non prius hanc civitatem amittebant, quam in eam recepti, quo vertendi, hoc est, mutandi soli causa venerant. id autem ut esset faciundum, non ademptione civitatis, sed tecti & aquæ & ignis interdictione faciebant.* Jam istud quale est quod idem Cicero *Pro Cæcina* libertatem & incensis & iis qui ad delectum non respondissent, sublatam fuisse docet? Ait, *Populum, cum eum vendidit, qui miles factus non est, non ademisse ei libertatem, sed judicasse, non esse eum liberum, qui, ut liber sit, adire periculum noluit. Cum autem incensum vendidit, hoc judicasse, cum ii, qui in servitute justa fuerint, censu liberentur, eum, qui, cum liber esset, censeri noluerit, ipsum sibi libertatem abjudicasse.*

Porro, ut libertatem, ut civitatem, ita vitam, civis Romanus nemo invitus amittebat. id populo visum erat tuendæ libertatis gratia; sed usus sustulit. prætextus isti fuit, quod liber-

tas

tas nimia in licentiam, hoc est, in exitium publicæ disciplinæ irruptura crederetur; &, qui levioribus pœnis emendari non possent, ipsos pro exemplis nequitiæ male cedentis perire, & alios pereundo deterrere, æquum esset. Placuit igitur, competentibus remediis adversus ire hominum flagitiis. ea autem remedia ut adhiberi possent, salva populi libertate, salvisque legibus, a verborum inani ambitu atque imagine impetratum est. is ambitus atque ea imago talis fuit. Ubi commissum erat a cive capital, Quæsitores non civem capite puniebant: (non enim fas erat) sed non esse civem eum judicabant, qui capitis condemnatus foret. servum appellabant pœnæ; ad servum autem civile Jus non pertinebat. ita, quamquam civis esset, tamen vitam, quasi servus, amittebat, & in manum carnificis, velut actoris pœnæ, mancipabatur. Nescio, an id videatur indigitare Apulejus *lib.* x. *Metamorph. sive de asino aureo*, verbis sequentibus. *Cum jam sententiæ pares, cunctorum stilis ad unum sermonem congruentibus, ex more perpetuo in unam urnam æneam deberent conjici: quo semel conditis calculis, jam cum rei fortuna transacto, nihil postea commutari licebat; sed mancipabatur potestas capitis in manum carnificis.* Possit & Lactantius videri huc alludere, cum *lib.* 6. *Divinar. instit. c.* 23. ita scribit. *Huic divinæ legi summa devotione parendum est. Sint omnes, qui se discipulos Dei profitebuntur, ita morati & instituti, ut imperare sibi possint. Nam qui voluptatibus indulgent, qui libidini obsequuntur, ii animam suam corpori mancipant, morteque condemnant: quia se corpori addixerunt, in quo habet mors potestatem.* Hæc Lactantius; hominum corpora mortis in potestate agere, animas liberas esse, &, ut ita dicam, optimo jure cives haberi: vitam igitur animæ invitæ non auferri: præterquam, si voluptatibus indulgeat, & libidini obsequatur. quod cum fit, & libertatem suam, quasi judicio suo, amittere, & ad mortem rite damnari, corporique suo, velut actori mortis, pro mortis mancipio mancipari. Sed hæc etsi non inverisimilia, evidentia tamen non sunt. Illud clarius huc spectat, quod Gajus. ait *l.* 29. *D de pœnis. Qui ultimo supplicio damnantur, statim & civitatem & libertatem, perdunt: itaque præoccupat hic casus mortem, & nonnunquam longum tempus occupat: quod accidit in personis eorum, qui ad bestias damnantur.* Sed & Paulus *l.* 6. §. 6. *D. de injusto, rupto, irrito facto testamento* ait, *Si quis fuerit capite damnatus, vel ad bestias, vel ad gladium, vel alia pœna, quæ vitam adimit, testamentum ejus irritum fieri, non tunc, cum consumptus est, sed cum sententiam passus est; nam servum pœnæ effici.* Quod Macer *l.* 12. *D. de pœnis* confirmat. Solent & in metallum dati & in opus metalli, pœnæ servi appellari: pœnæ, inquam, non Cæsaris; & ita Marcianus *l.* 3. *D. de his quæ pro non scriptis habentur.* Verba Marciani. *Si in metallum damnato quid extra causam alimentorum relictum fuerit, pro non scripto est, nec ad fiscum pertinet. nam pœnæ servus est, non Cæsaris. & ita Divus Pius rescripsit.* Idem. *l.* 17. *D. de pœnis. Sunt quidam servi pœnæ, ut sunt in metallum dati & in opus metalli. & si quid eis testamento datum fuerit; pro non scripto est, quasi non Cæsaris servo datum, sed pœnæ.* Cæterum & illud subjiciamus, novum non fuisse, ut fictiones istæ, cum jam essent moribus receptæ ac firmatæ, contrario rursus usu aut lege pro supervacuis atque inanibus solemnitatibus omnino, aut pro parte, abolerentur. Exemplum sane unum ejus generis in servitute pœnæ; de qua Justinianus *Novella* 22. *c.* 8. aliud in §. 1. &. 2. *Inst. de testamentis ordinandis.* aliud in *l. ult. C. de adoptionibus.* item in *l. ult. C. de emancipationibus liberorum*, & *l. ult. C. de donationibus.* Livius quoque aliud habet æque egregium *lib.* 41. *c.* 8. Verba Livii. *Genera fraudis duo mutandæ viritim civitatis inducta erant. Lex sociis ac nominis Latini, qui stirpem ex sese domi relinquerent, dabat, ut cives Romani fierent. ea lege male utendo alii sociis, alii populo Romano injuriam faciebant. Nam &, ne stirpem domi relinquerent, liberos suos, quibusquibus Romanis in eam conditionem, ut manumitterentur, mancipio dabant, libertinique cives essent: & quibus stirps deesset, quam relinquerent, ii cives Romani fiebant. Postea his quoque imaginibus juris spretis, promiscue sine lege, sine stirpe, in civitatem Romanam per migrationem & censum transibant.*

FINIS LIBRI III.

PROBABILIUM JURIS CIVILIS.



GERARDI NOODT,

Jurisconsulti & Antecessoris,

PROBABILIUM JURIS CIVILIS LIBER QUARTUS.

Caput I.

1. *An quis possit ædificium aut quid aliud ponere in flumine publico, & quemadmodum? Item quid juris sit in mari aut littore?* 2. *Scævola correctus l. ult. D. de fluminibus.*

Vetus quæstio est, an is qui domum aut simile ponit in flumine publico eodem censeatur jure, quo is qui in mari aut littore ædificat? Et mihi placet: sed quia aliis secus videtur, fortasse sum operæ facturus pretium; si, quid in mari & littoribus obtineat, paucis exequar; tum, quid in fluminibus publicis receptum sit, ordine subjiciam. Primum, quod ad mare attinet, ait Celsus *l.* 3. §. 1 *D. Ne quid in loco publico vel itinere fiat*, maris communem usum esse, ut aëris; jactasque in id pilas fieri ejus qui jecit: sed id concedendum non esse, si deterior littoris marisve usus eo modo futurus sit. adeo hoc quod in mari exstructum est, facientis est. ut tamen exstruere liceat, & decreto opus est, & ut innoxia ædificatio sit: ut Pomponius auctor est *l* 50. *D. de adquirendo rerum dominio.* Porro ut usus maris, ita usus littoris, sive communis sive publicus est jure gentium; & ideo licet unicuique, in littore ædificare, littusque ædificatione suum facere. si tamen ut in mari, ita in littore, impetravit: præterea si non eo modo deterior futurus sit usus littoris *d. l.* 3. §. 1. *D. Ne quid in loco publico vel itinere fiat*, & *l.* 50. *D. de adquirendo rerum dominio:* vel (ut Scævola loquitur *l.* 4. *D. Ne quid in loco publico vel itinere fiat*) nisi usus publicus impediet. Hoc in mari & littoribus jus est. Idem in fluminibus publicis: Ulpiano teste *l.* 24. *D. de damno infecto*: cum sic ait, *Fluminum publicorum communis est usus, sicuti viarum publicarum & littorum. In his igitur publice licet cuilibet ædificare, & destruere, dum tamen hoc sine incommodo cujusquam fiat.* Primum comparat Ulpianus usum fluminum publicorum cum usu littorum & viarum publicarum: ait enim, fluminum publicorum communem esse usum; & addit, sicuti viarum publicarum & littorum. inde infert, licere igitur unicuique, in fluminibus publicis ædificare; addam ego, ædificium suum facere: id enim viarum, littorum, fluminumque, communio & comparatio exigit. præterea cui bono liceret cuiquam ædificare; si non suum ædificium faceret? vult tamen Ulpianus, ut ædificari possit, ædificari *publice*, & *sine cujusquam incommodo*; pariter ut in mari & littore definitum: *publice*, inquam, seu publica auctoritate; id enim hoc verbum *publice* indigitat: ut in *l.* 6. §. 3. & *l.* 9. *pr.* & §. 1. *D. de rerum divisione & qualitate*, juncta *l. ult. D. Ut in possessionem legatorum*, & *l.* 2. §. *ult. D. de judiciis*, & *similibus.* Quod si est; apparet, maris, littorum, & fluminum publicorum, rationem in his plane eamdem esse.

2. Sed contra Scævola *l. ult. D. de fluminibus.* Verba Scævolæ.

Quæsitum est, an is, qui in utraque ripa fluminis publici domus habeat, pontem privati juris facere potest. Respondit, non posse.

Vides flumen publicum; vides, Titium habere domus in utraque ripa; proinde ripam utrimque Titii esse. vides, Titium velle, flumen ponte sternere, & de domo in domum transitum facere: inde quæri, an possit facere pontem qui sit privati juris: id est, qui ejus proprius seu privatus sit: is enim est sensus horum verborum, *privati juris:* ut in *l.* 6. *C. de servitutibus & aqua*, & *l.* 14. §. 1 *D. de servitutibus.* vides, Scævolam respondere, Titium non posse: id est, non posse pontem privati juris facere. si vero; apparet, hoc quod in flumine publico ædificatur, non fieri ædificantis. Sed puto, quod recepta scriptura præfert, hoc a Scævola neque quæsitum, neque responsum esse; sive ad rationem meæ sententiæ adverto; sive ad horum qui id quod in flumine publico ædificatur, non ædificanti adsignant, sed huic cujus vicina ripa est. præfantur illi, alveum publici fluminis esse partem ripæ, desertumque a flumine fieri ejus cujus ripa est; quæ si peræque vera ac certa ratio est; obsecro, qui hic possit alterius, quam Titii, pons esse? quem præsertim ipse posuit in pulico flumine cujus utraque in ripa domus habet: id est, cum dominus utriusque ripæ est. Quamquam, ut hoc addam, non est ea peræque vera & certa ratio, neque ad hanc speciem satis accommodata: quamvis enim procedat tum, cum est sermo de insula aut alveo a flumine detectis, ut jam alveus non sit: quamvis & tum procedat, cum quæritur de ædificio aut simili, quod factum sit aut in insula aut in alveo a flumine jam destitutis: non procedit tamen, si aut pons aut ædificium dicitur factum in aqua fluminis publici. In aqua, inquam: quod enim in ea fit aut ponitur, id demum in flumine publico poni aut fieri dicitur *l.* 1. §. 11. *D. de fluminibus:* non, si extra aut

in ripa fiat. Ita eſt: qui ædificat in aqua fluminis publici, is ædificium ſuum facit: nam ut flumen jure gentium ſive publicum ſive commune eſt; ſic alveus fluminis publici, quamdiu a flumine obſidetur, fluminis, id eſt, omnium hominum ſive publicus ſive communis eſt *l.* 7. §. 5. *D. de adquirendo rerum dominio.* Atque id tam certum Veteribus fuit, uti Ulpianus contrarium impoſſible eſſe reſponderit *l.* 1. §. 7. *D. de fluminibus.* Adeo parum probabile mihi ſit, quod vulgata ſcriptura arguit, (quia in ea nulla liquet quærendi reſpondendique cauſa) id apud Scævolam aut quæſitum, aut reſponſum eſſe. Sed legendum.

Quæſitum eſt, an is, qui in utraque ripa fluminis publici domus habeat, pontem privato jure facere poteſt. Reſpondit, non poſſe.

Quæ ſi placet lectio: fere quæritur, an is qui habet domus in utraque ripa fluminis publici, poſſit pontem facere proprio jure, ſeu privata auctoritate? reſpondetur autem, non poſſe; &, ſi facit, interdicto teneri. cauſa reſponſi eſt: quod, cum pontem facit, uſum fluminis publici facit deteriorem. Quæ quæſtio, & reſponſio pertinet ad interdictum illius Tituli: neque abſimilis videtur huic Ulpiani de via publica *l.* 2. §. 33. *D. Ne quid in loco publico vel itinere fiat.*

Scio tractatum, an permittendum ſit ſpecus & pontem per viam publicam facere. Et plerique probant, interdicto eum teneri. non enim oportere eum deteriorem viam facere.

Reſpondet & illud ejuſdem Ulpiani *d. l.* 24. *D. de damno infecto.*

Fluminum publicorum communis eſt uſus, ſicut viarum publicarum & littorum. In his igitur publice licet cuilibet ædificare, & deſtruere, dum tamen hoc ſine incommodo cujuſquam fiat.

Ait, cuilibet licere ædificare; ſed *publice:* id eſt, ſi permittatur; vel, non privato jure; ut Scævola loquitur *d. l. ult.*

CAPUT II.

Imperatores, Carus, Carinus & Numerianus, emendati, expuncta litera in l. 6. C. de pactis inter emptorem & venditorem compoſitis.

Imperatores, Carus, Carinus & Numerianus, A A A. Rimulo *l.* 6. *C. de pactis inter emptorem & venditorem compoſitis.*

Cum te fundum tuum certæ rei contemplatione inter vos habita, exiguo pretio in alium tranſtuliſſe commemores, poterit tibi ea res non eſſe fraudi: quando non impleta promiſſi fide, dominii tui jus in ſuam cauſam reverti conveniat. Et ideo aditus competens judex, fundum, cujus mentionem facis, reſtitui tibi cum fructibus ſuis, ſine ulla ludificatione, ſua auctoritate perficiet: præcipue cum & adverſa pars receptis nummis ſuis, nullam paſſa videri poſſit injuriam.

Multos mirari video, qua ratione Imperatores, fundo certæ rei contemplatione vendito exiguo pretio, non autem impleta promiſſi fide, Rimulo fundi repetitionem permittant: ſiquidem certi juris eſt, neque a perfecta emptione venditione facile recedi poſſe, neque rei venditæ ac traditæ ullam repetitionem eſſe *l.* 14. *C. de reſcindenda venditione. l.* 12. *C. de contrahenda emptione.* Sed ſi placet, quod Accurſius Gloſſa prima conjecit, pactum conventum eſſe, ut, ſi emptor fidem fallat, venditori fundus reſtituatur; deciſa quæſtio eſt: cum palam ſit, emptionem eo pacto fingi atque informari; ex eoque aut venditi, aut præſcriptis verbis, actionem dari, ut emptio reſolvatur: & pretio reſtituto venditori fundus reddatur *l.* 4. *D. de lege commiſſoria l.* 2. 3. *C. de pactis inter emptorem & venditorem compoſitis. l.* 6. *D. de reſcindenda venditione.* At id pactum conventum, quamquam ſæpe & multum quæſivi, Reſcriptique verba curioſe atque contente legi, in his neque mihi occurrit, neque ab Accurſio aut alio Interprete indicatur. quin ipſe mox Accurſius ſequente Gloſſa, cur hic fundus repeti poſſit, hanc eſſe veriorem cauſam arbitratur; quod non fuiſſet contracturus Rimulus, niſi emptor ei promiſiſſet hoc cujus contemplatione ei fundus datus fuit. Qua in re Accurſio multi egregii ac præclari homines adſtipulantur: qui ideo, quod emptioni adjecta a Rimulo fuit lex ſive conditio quæ ad ejus ſubſtantiam pertinuit, hoc tacite actum interpretantur; ut, niſi ea lex ſeu conditio impleatur, res inempta ſit. Sed ut Accurſium piget prioris Gloſſæ: ita poſteriorem ſollicitat Vir Ampliſſimus, Antonius Faber, *De erroribus Pragmaticorum, part.* 2. *decad.* 45. *error.* 8. *n.* 14. *& ſeqq.* negat certe, Imperatores loqui de venditione quæ facta ſit ſub pacto cui non paruit emptor; ſed de venditore qui fundum exiguo pretio tranſtulit certæ rei contemplatione, emptoris meram fidem & nudam pollicitationem ſequutus: additque idem Faber, non, ut pacta conventa, ita & pollicitationes, bonæ fidei judiciis ineſſe: harum tamen, ſi contractui cauſam dederint, rationem perinde haberi, ut pactorum: quamquam non hactenus, ut ex contractu actio detur ad hoc quod in pollicitationem deductum fuit; ſed ne venditor qui emptoris fidem ſequutus, rem majoris pretii minore vendidit, impune circumveniatur. Ita Antonius Faber. ſed, quod cum bona ejus venia dixerim, ſubtilius, quam verius: nam res aliter ſuadet; etiam Rubrica reclamat: quæ pacta inter emptorem & venditorem compoſita clare præfert. Atque ut in his Antonio Fabro non aſſentior; ſic ut probem poſteriorem Accurſii Gloſſam, a me nondum impetro: quia nihil verius eſt, quam hanc eſſe venditionis ſubſtantiam, uti venditor pretium pro re habeat, neque adeo facile contracturum videri, niſi ei pretium, amplius, niſi certum pretium, promittatur. ſi tamen hoc emptor promittat, ſed non ſolvat; placet, quidem venditori adverſus emptorem ad pretii ſolutionem, ſed non ad traditæ rei reſtitutionem, ex vendito actionem dari *l.* 12. *C. de rei vindicatione. l.* 12. *C. de contrahenda emptione. l.* 14. *C. de reſcindenda venditione.* Quod ſi eſt; profecto vereor, ut ſerio dici poſſit, quod Accurſius ſuſpicatus poſteriore Gloſſa, cum de venditionis ſubſtantia pactum conventum eſt, hoc actum videri, ut, ſi non ſervetur pacti fides, res inempta ſit: denique ab emptione ac venditione ob id recedi poſſe Quid ergo eſt? ſi, quod ſentio, dicam; non diſplicet mihi prior Accurſii Gloſſa: puto enim, Rimulo permitti fundi re-

repetitionem, non aliam ob caufam, quam quia clare pactus eft, fi emptor fidem fallat, fundum reftitui. Qui potes? inquies, cum id pactum neque apud Imperatores extet, neque ab Accurfio, aut aliis Interpretibus, oftendatur. Sed videamus, ne una litera verbi *conveniat* cum ei, tum cæteris, fraudi fuerit: qua dempta legendum.

Cum te fundum tuum certæ rei contemplatione inter vos habita, exiguo pretio in alium transtuliffe commemores, poterit tibi ea res non effe fraudi: quando non impleta promiffi fide, domini tui jus in fuam caufam reverti convenit. & reliqua.

Ita fcribo *convenit*, id eft, placuit, feu pactum conventum eft: non ita, ut hactenus legitur, *conveniat*, id eft, oporteat: *convenit*, inquam, inprimis præeuntibus ita Imperatoribus, Diocletiano & Maximiano, in *l. 6. C. de actionibus empti ac venditi.* Verba Imperatorum funt. *Venditi actio, fi non ab initio aliud convenit, non facile ad refcindendam venditionem, fed ad pretium exigendum competit.* Ajunt Imperatores, venditi actionem, fi ab initio nihil aliud convenit, tantum ad exigendum pretium dari; fi convenit, etiam ad refcindendam venditionem dari. Hactenus de fcriptura & fenfu *l. 6. C. de pactis inter emptorem & venditorem compofitis.*

CAPUT III.

Ulpianus emendatus l. 13. §. 1. *D. de pigneratitia actione vel contra; & contraria cujusdam fententia propofita & refutata. Expofita l.* 19. *C. de pignoribus & hypothecis, & l.* 8. *C. de pigneratitia actione.*

Venio ad emendationem *l.* 13. §. 1. *D. de pigneratitia actione vel contra:* in qua vifa mihi caufa fimilis corrumpendæ fcripturæ. Dixi fane *lib.* 1. *cap.* 4. in ea effe unam literam, quæ mifcuit optimam atque elegantem differentiam, quæ a veteribus in pigneratitia & commodati actione circa culpæ diligentiæque præftationem recepta fuit: fcriptum enim.

Venit autem in hac actione & dolus & culpa, ut in commodato; venit & cuftodia: vis major non venit.

Scribendum vero

Venit autem in hac actione & dolus & culpa; at in commodato venit & cuftodia: vis major non venit.

Hoc quam vere dixerim, non exfpectabis, ego ut probem: cum ipfe in hunc non tantum fenfum, fed & modum, fcribat Ulpianus *l.* 5. §. 2. *D. Commodati vel contra.*

Ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in PIGNORE, *ut in focietate, &* DOLUS, *&* CULPA *præftatur.* COMMODATUM AUTEM *plerumque folam utilitatem continet ejus, cui commodatur, & ideo verior eft Quinti Mucii fententia, exiftimantis, &* CULPAM *præftandam, &* DILIGENTIAM.

Habes Ulpiani definitionem: qua quid convenientius fit Ulpiano a me emendato in *d.* §. 1. *l.* 13. nullus video: nifi hæ voces *autem* & *diligentia* aliter in *d.* §. 2. quam in *d.* §. 1. *at* & *cuftodia* accipiuntur. Sed alterum vetat Paulus: qui cuftodiam diligentiamque pariter ufurpat *lib.* 2. *Sentent. tit.* 4 § 3. cum, *Servus*, inquit, *vel equus fi a latronibus, vel in bello, in aliam caufam commodati occifi funt, actio commodati datur: cuftodia enim & diligentia rei commodatæ præftanda eft.* Alterum fides veri manifeftius refellit, quam ut probari neceffe fit. Tamen fi quis vel hoc petet, ejus honoris caufa apponam Gajum: qui caufam pignoris & commodati ipfo verbo *at* diftinguit in verbis iftis *l.* 18. *D. eod. tit.*

In rebus COMMODATIS *talis* DILIGENTIA *præftanda eft, qualem quisque* DILIGENTISSIMUS *paterfamilias fuis rebus adhibet: ita ut tantum eos cafus non præftet, quibus refifti non poffit, veluti mortes fervorum, quæ fine dolo & culpa ejus accidunt, latronum, hoftiumve incurfus, piratarum infidias, naufragium, incendium, fugas fervorum, qui cuftodiri non folent.* Et poft. *Hæc ita, fi duntaxat accipientis gratia commodata fit res.* AT, *fi utriusque, veluti fi communem amicum ad cœnam invitaverimus, tuque ejus rei curam fuscepiffes, & ego tibi argentum commodaverim, fcriptum quidem apud quosdam invenio, quafi dolum tantum præftare debeas: fed videndum eft, ne &* CULPA *præftanda fit;* UT ITA CULPÆ FIAT ÆSTIMATIO, SICUT IN REBUS PIGNORI *datis, &* DOTALIBUS *æftimari folet.*

Hæc cuique liquent; fed illi qui ad Probabilia mea notas fcripfit, non liquent; putat is, creditorem, accepto pignore, duplicitur obligari; primum, ne amittatur; deinde, ne deterius fiat: proinde fi de culpa quæratur, intereffe, utrum perierit pignus, an falvum fit, fed deterius factum; iftic culpam tantum levem, illic, ut in commodato, etiam cuftodiam, id eft, culpam leviffimam præftandam effe: adeo idoneam effe Ulpiani fententiam; Venit in hac actione & dolus, & culpa: venit & cuftodia, ut in commodato: membrum obligationis unum culpæ, alterum cuftodiæ, refpondere. Sic ille: fi vere; haud caufam dico, quin temeraria fit juftæ fententiæ emendatio. Sed experiamur, ne viderit in Ulpiano homo acutus, quod neque Ulpianus vidit, neque Veterum cuiquam in mentem venit: five enim de pignoris corruptione, five de amiffione, agatur; fepararunt hi commodatum a pignore; atque in altero culpam levem, in altero leviffimam venire, indiftincte arbitrati funt. Hoc fenfu generaliter infit Ulpianus *l.* 5. §. 2. *D. Commodati vel contra*, in pignore quidem dolum, & culpam, præftari; in commodato autem & culpam præftandam, & diligentiam: id eft, (ut reftitui in *d. l.* 13. §. 1) at in commodato & cuftodiam. Sed nominatim de amiffo pignore & commodato differit eum in modum Gajus in verbis fupra adductis ex *l.* 18. *D. Commodati vel contra.* Addo, Diocletianus & Maximianus *l.* 9. *C. de pigneratitia actione.* ubi fic fcribunt. *Cum adfeveras in borreis pignora depofita, confequens eft, fecundum jus perpetuum pignoribus debitori pereuntibus (fi tamen in borreis, quibus & alii folebant publice uti, res depofitæ fint) perfonalem actionem debiti repofcendi caufa integram te habere.* Quæftio Imperatoribus eft de amiffo, non de deteriorato, pignore; ne erres: negant tamen,

men, creditorem pignoratititia actione teneri, si in deponendis pignoribus usus sit horreis quibus & alii solent publice uti in custodiendis rebus suis. publice, inquam; & recte: fuerunt enim olim publica horrea, in quibus bona sua deponerent hi qui non haberent privatas custodias: eorumque horreorum meminit Paulus *l.* 3. §. 2. *D. de officio Præfecti vigilum*, & Lampridius *in vita Alexandri c.* 39. sic scribens. *Horrea in omnibus regionibus publica fecit, ad quæ conferrent bona ii, qui privatas custodias non haberent.* Unde apparet, Imperatores, uti salvum pignus sit, in creditore exigere diligentiam, non exactissimam, sed communem: id est, hanc quæ levi culpæ, non eam quæ levissimæ opponitur: plane similiter uti in eadem specie Paulus in *l.* 14. *D. de pigneratitia actione vel contra.* Id ipsum tam evidenter; ut mirer, contrariam distinctionem potuisse homini in mentem venire.

Sed deceperunt eum hæc verba *l.* 19. *C. de pignoribus & hypothecis.*

Sicut vim majorem pignorum creditor præstare non habet necesse, ita dolum & culpam, sed & custodiam exhibere cogitur.

Vidit, in his fieri mentionem doli, culpæ, & custodiæ; credidit autem, culpam accipi pro culpa levi, custodiam pro accuratissima diligentia, & hanc levissimæ culpæ opponi, sermonemque esse geminum ei qui extat in §. 1. *d. l.* 13. Hoc pro certo habuit; parum attendens, altero in loco tantum pignus exponi, in altero pignus cum commodato committi; & proinde alterum ad alterius intellectum male adduci. Sed quid est? mihi placet quod Accursius scribit ad *d. l.* 19. in ea custodiam sumi pro diligentia, neque aliam, quam mediam, designari: id est, eam quæ levi culpæ comparatur: ita sensum esse, teneri creditorem pigneratitia actione; sive id facit quod in rebus suis non solet facere bonus & diligens paterfamilias; sive non facit id quod is solet facere. Hoc cum regulis juris consentit, neque abhorret a Veterum loquutione: ex quibus unam apponam quæ est Pauli in re simili in *l.* 17. *D. de jure dotium.* Verba Pauli. *In rebus dotalibus virum præstare oportet tam dolum, quam culpam; quia causa sua dotem accipit: sed etiam diligentiam præstabit, quam in suis rebus exhibet.* Ait, virum in dote præstiturum dolum & culpam, etiam diligentiam quam in suis rebus exhibet. constat tamen, ut pignus, ita dotem, accipientis dantisque causa constitui: constat, creditorem in pignore, virum in re dotali, tantum ad dolum, culpam levem, diligentiamque mediam, teneri: constat, utrumque ea gratia commodatario perinde opponi *l.* 5. §. 2. & *l.* 18. *D. Commodati vel contra.* Igitur ut Paulus, cum ait, virum in dote dolum & culpam præstare, etiam diligentiam quam in rebus suis exhibet, de levi culpa & frugi hominis diligentia exaudiendus est, ut bene Accursius in *d. l.* 17. quia causa sua, id est, etiam sua, non tantum uxoris, causa dotem accipit: ita Imperatores, cum in *d. l.* 19. volunt, creditorem dolum & culpam, sed & custodiam exhibere, non videntur aliam, quam levem, culpam, diligentiamque mediam, indigitasse: id est, ut idem Paulus ait *l.* 14. *D. de pigneratitia actione*, tantum ea quæ diligens paterfamilias in rebus suis præstare solet, a creditore exegisse. Nec tamen, ut id addam, inferendum inde, Ergo & custodiam cujus mentio fit apud Ulpianum §. 1. *d. l.* 13. similiter accipi: nam custodia pro contractuum natura, & subjecta specie, aut levior aut major desideratur; major autem in commodato, quam in pignore: porro si altera cum altera conferatur, levior fere pro custodia non est; contra accuratior sæpe, velut per excellentiam, custodia appellatur; utraque tamen, si ad verum exigitur, æque custodia dicenda est. Hoc (quamquam communi ratione, & loquentium usu, intelligitur) operæ pretium erit exemplo uno aut altero confirmasse. Imparator §. 17. *inst. de obligationibus quæ ex delicto nascuntur* ait, *Sed is apud quem res deposita est, custodiam non præstat: sed tantum in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit, &c.* Negat Imperator, depositarium præstare custodiam: sed ideo, quia non eam præstat, quam commodatarius aut fullo præstat ibidem in præcedentibus paragraphis: depositarium enim alioquin ad custodiam teneri, vel inde constat, quod depositum ad custodiam comparatum est *l.* 1. *D. Depositi vel contra.* Rursus Paulus *l.* 36. *D. de Actionibus empti ac venditi* ait, venditorem domus, dum eam tradat, custodiam & diligentiam præstare. Ulpianus quoque *l.* 1. §. 1. *D. de periculo & commodo rei venditæ*, venditorem, vino vendito, custodiam ad diem mensuræ præstare: custodia tamen utrimque aliter atque aliter sonat: nam in ista specie plenam, qualis commodatarii est *l.* 2. §. 1. *l.* 3. *D. eod. tit.* in illa communem & mediam, significat *l.* 35. §. 5. *D. de. contrahenda emptione.* Hæc quo? ut pareat, custodiam diligentiamque pro contractuum natura, & subjecta specie, majorem, aut minorem exigi; & hanc, si cum illa comparetur, prope pro diligentia custodiaque non haberi: itaque *d. l.* 19. cum §. 1. *d. l.* 13. minime conjungendum esse: imo Ulpianum in *d.* §. 1. *l.* 13. ubi infit.

Venit autem in hac actione & dolus, & culpa; at in commodato venit & custodia: vis major non venit.

non hoc velle, in pignore nullam custodiam venire: (id enim stultum foret, & veritate contractus refelleretur) sed in eo dolum, & levem culpam venire; eaque sive diligentiam sive custodiam mediam comprehendi; quam & Paulus indicat *l.* 14. *D. de pigneratitia actione:* in commodato autem venire etiam hanc quæ patrisfamilias diligentissimi atque accuratissimi est: ut bene Gajus *l.* 18. *D. Commodati vel contra*, & *l.* 1. §. 4. *D. de obligationibus & actionibus*: id est, eam quæ per excellentiam custodia & diligentia Paulo appellatur *d. lib.* 2. *Sent. tit.* 4. §. 3.

Videntur tamen & hanc in pignore Philippus Augustus & Philippus Cæsar exigere verbis sequentibus *l.* 8. *C. de pigneratitia actione vel contra.*

Si nulla culpa seu segnitia creditori imputari potest, pignorum amissorum dispendium ad periculum ejus minime pertinet. Sane si simulata amissione etiamnum eadem pignora, ut adseveras, a parte diversa possidentur, adversus eum experiri potes

Sed id sic exaudies, quasi sit: Si non potest creditori ea imputari culpa quam cogitur jure civili præstare. Nulla enim creditoris culpa est, si non ea sit ad quam tenetur, etsi alia & levior ostendatur. Possis etiam dicere, ad factum, quod Libello comprehensum fuit, ibi rescriptum esse: non jus certum & generale traditum esse: Atque ita est: dixerat debitor, creditorem pignoris restitutionem recusare prætextu amissionis quæ sine ejus culpa accidisset; sed hanc simulatam esse. Hæc facti species: ad quam ita Imperatores: Si, ut prætendit creditor, nulla ei culpa imputari potest, pignorum a-

amissorum dispendium ad ejus periculum non pertinet. sane, si eadem pignora, ut tu adseveras, ab eo simulata amissione possidentur, adversus eum experiri potes. Hæc Imperatores: sed quia ad facti speciem, inde ad generale & certum jus non infertur recte. Similis responsio sit ad *l.* 5. *C. eod. tit.* quam mihi similiter video objici. Cætera refutare piget.

CAPUT IV.

Celsus ex conjectura emendatus priore parte l. ult. D. de condictione causa data causa non sequuta.

Celsus *l. ult. D. de condictione causa data causa non sequuta.*

Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares. utrum id contractus genus pro portione emptionis & venditionis est? an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non sequuta? In quod proclivior sum. & ideo si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris. & rursus, si tuus est Stichus, & pro evictione ejus promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim.

Digna res animadversione est, cur Celsus, data pecunia, ut Stichus daretur, potius scribat, esse contractum ob rem dati, quam emptionem & venditionem: nam contra testatur Paulus si pecuniam dem, ut rem accipiam, emptionem & venditionem esse: sin rem do, ut rem accipiam, rerum permutationem esse, non emptionem & venditionem *l.* 5. §. 1. *D. de præscriptis verbis.* Scio, Accursio sedet, pecuniam quantitate, aut corpore, æstimari: & quantitate quidem, cum numerata datur: corpore vero, cum loco definita datur; ut ea quæ in arca est: argumentumque esse in *l.* 108. §. 10. *l.* 30. §. *pen. l.* 51. *D. de legatis lib.* 1. proinde referre, qua mente, quaque forma pecunia detur: nam si, ut quantitas, datur, emptionem contrahi: sin ut corpus, non aliam intelligi obligationem, quam ob rem dati re non sequuta: alterum Paulum *d. l.* 5. §. 1. alterum Celsum *d. l. ult.* indigitare. Hoc Accursius. idem multi clari atque eruditi homines opinantur. Sed mihi displicet: quia Paulus *l.* 1. *D. de contrahenda emptione* infit, pecuniam, postquam percussa est forma publica, usum sui dominiumque non tam ex substantia, quam ex quantitate, præbere: nec ultra utrumque mercem, sed alterum pretium, appellari. id vero si est: quæso, an causa sit, cur putetur Celsus, *pecunia data, ut Stichus daretur*, pecuniam magis pro merce, quam pro pretio accepisse, & ad primam ac rudem rerum originem a plana ac recepta distinctione rediisse? Sed non puto, esse: maxime cum scribat Ulpianus *l.* 7. §. 1. *D. de contrahenda emptione*, tanquam in re certa atque explorata, *Hujusmodi emptionem, quanti tu eum emisti, quantum pretii in arca habeo, valere, nec incertum pretium esse, tam evidenti venditione.* Quamquam sit ita, uti volunt viri eruditi, pecunia data quæ in arca est, magis corpus datum esse, quam pretium: quid id ad Celsum? nam simpliciter is, *Dedi tibi*, inquit, *pecuniam, ut mihi Stichum dares;* perinde ut Paulus *l.* 5. §. 1. *D. de præscriptis verbis* ait, *Siquidem pecuniam dem, ut rem accipiam:* non autem videtur cuiquam apud Paulum data pecunia quæ in arca est; non etiam dubium cuiquam est, quin ibi pecunia pro pretio sit, & emptio venditio contrahatur: cur igitur aliud fingimus apud Celsum; apud quem sermonis par aut idem tenor?

Inquies, quia pecunia proponitur data esse, ut mihi Stichum dares, id est, ut Stichum meum faceres: non vero consequens est emptioni & venditioni, ut venditor rem emptoris faciat: sed ut ei vacuam rei possessionem tradat, & præterea caveat, eam sine interpellatione habere & obtinere licere, dolumque malum abesse absuturumque esse *l.* 11. §. 1. & 2. *l.* 30. §. 1. *l.* 13. §. 21. *D. de actionibus empti & venditi. l.* 25. §. 1. *D. de contrahenda emptione.* Sed & hæc opinio tantum abest, ut mihi probetur, ut vix videatur habere colorem sanæ disputationis. Arridet tamen & ipsa Accursio, etiam aliis, & his magnis viris. At si verum est quod illi putant, hanc conventionem, *ut detur*, apud Celsum excludere conjecturam initæ emptionis & venditionis: profecto longe est, ut ob eam permutatio quoque apud Celsum facta videri possit: nam, quod ad dationem attinet, eadem est ratio utriusque contractus: neque magis oportet rem accipientis fieri ex causa permutationis, quam ex causa emptionis & venditionis: ut Paulus testatur *l.* 1. *pr. D. de rerum permutatione;* utrumque contractum sibi invicem hac in parte comparans. quin neque illud verum est, quod illi statuunt, venditorem numquam obligari ad dandum. nam etsi fatear, re simpliciter vendita, tantum actum videri, ut emptori liceat rem habere sine interpellatione, eoque nomine illi de evictione cautum sit: tamen cum palam actum est, ut res emptori detur, in eumque ejus dominium transeat ex jure Quiritium; nil causæ venditori est, cur minus & id præstet, & de evictione caveat. Sed hoc jam pridem ostendi supra *libro* 2. *cap. ult.* Itaque apparet, pactum de dando neque adversari naturæ emptionis & venditionis, neque esse impedimento, quo minus, pecunia data, ut Stichus detur, emptio venditio dicatur. Negat tamen Celsus, ea in specie aliam esse obligationem, quam ob rem dati re non sequuta. Non inficior, id me diu multumque exercuisse; sed tandem accessi sententiæ conjicientium, pecuniam pro merce fuisse apud Celsum in *d. l. ult.* id vero non ideo ei fuisse visum, quod pecunia quæ in arca erat, pro re data esset; sed quia peregrina pecunia pro re esset data. quod enim pecunia usum sui dominiumque non tam ex substantia præbet, quam ex quantitate, hoc Paulus *l.* 1. *D. de contrahenda emptione* tum probat, cum percussa est forma publica: (quo sensu apud Qintilianum legitur *lib.* 1. *Inst. orat. c.* 6. *Utendum plane sermone, ut nummo cui publica forma est.* Et Seneca *lib.* 5. *De beneficiis c.* 14. *Æs*, inquit, *alienum habere dicitur & qui aureos debet, & qui corium forma publica percussum, quale apud Lacedæmonios fuit, quod usum numeratæ pecuniæ præstat*) at in peregrina pecunia Paulus non idem probat. imo de nummo victoriato sic scribit Plinius *lib.* 33. *Historiæ naturalis c.* 3. *Qui nunc vi-*

victoriatus appellatur, lege Clodia percussus est; antea enim hic nummus ex Illyrico advectus mercis loco habebatur. Amplius, Volusius Mæcianus, is, quem Divi Fratres *l.* 17. *D. de jure patronatus* vocant suum amicum, & juris civilis præter veterem & fundatam peritiam anxie diligentem? is, inquam, Volusius Mæcianus, *Distributione de asse* infit. *Victoriatus nunc tantumdem valet, quantum quinarius olim, ac peregrinus nummus loco mercis, ut nunc tetradrachmum & drachma, habebatur.* Igitur liquet, Veteres, peregrina pecunia pro Sticho data, non pecuniam pro merce, sed mercem pro merce, datam credidisse: & ideo hunc contractum magis pro rerum permutatione, quam pro emptione & venditione accepisse. Quid id ad Celsum? inquies. num apud eum ulla vestigia peregrinæ pecuniæ, an quod in peregrina jus fuit, hoc ut ad publicam & usitatam pecuniam transferatur, rationum consequentia efficitur? non puto. Quid ergo? Celso male esse ex levi vulnere. Scriptum erat, *dedi tibi pe. pec. ut mihi Stichum dares*; vel, *dedi tibi peg. pec. ut mihi &c.* Utrumque idem valebat, ut constat ex Notis Veterum; & volebat, *dedi tibi peregrinam pecuniam, ut mihi &c.* Sed imprudentior Librarius, cum arbitraretur, syllabam temere repetitam esse, tantum *pecuniam* scripsit, omisso verbo *peregrinam.* hoc restitue, & bene habebit Celsus: tolle, & vix erit, ut a culpa lata, nedum calumnia, excusetur: qui non quæsiverit modo id quod omnibus in confesso fuit, pecunia pro Sticho data, utrum emptio venditio esset, an alia obligatio; sed in istam quoque sententiam se procliviorem dixerit, contra omnium placita. Idcirco, si quis volet vulgatam lectionem tueri, is viderit, ne dum illi nimium inservit, Jurisconsulti famam ac fidem offendat.

CAPUT V.

1. *Celsus declaratus parte altera l. ult. D. de condictione causa data causa non sequuta.* 2. *& Paulo l. 5. §. 1. D. de præscriptis verbis conciliatus.*

1. Sequitur altera pars *l. ult. D. de condictione causa data causa non sequuta*, in qua mirum est, cur Celsus, postquam dixit, data tibi pecunia, ut mihi Stichum dares, non esse emptionem & venditionem, sed obligationem ob rem dati re non sequuta, ideo opinetur, si Stichus mortuus sit, me hoc repetere posse quod idcirco tibi dedi, ut mihi Stichum dares: nam e diverso scribit Paulus, si tibi dedi scyphos, ut mihi Stichum dares, periculo meo Stichum fore, ac te dumtaxat culpam præstiturum *l.* 5. §. 1. *D. de præscriptis verbis.* Quod si est; videtur eadem esse ratio contractus, do ut des, quæ est emptionis & venditionis, aliter ac Celsus definivit *d. l. ult.* Sed videamus, ne insignis differentia sit inter utrumque contractum: emptio enim & venditio perficitur, simul ac de re & pretio convenit: & ideo, sive quid datum sit, sive nihil datum sit, modo consensum sit, emptio & venditio dicitur, statimque competit actio ex empto & vendito ad consummationem ejus contractus: ad dati autem repetitionem neque illa competit, neque condictio ob causam dati causa non sequuta *l.* 12. *C. de contrahenda emptione. l.* 3. *l.* 7. *l.* 14. *C. de rescindenda venditione.* At contractus, do ut des, demum proficiscitur a re data; atque inde datur actio incerta præscriptis verbis; datur etiam condictio ob rem dati re non sequuta: illa urget contractus consummationem: ista dati repetitionem, & hanc non tantum tum, cum tu cessas dare, sed & tum, cum me dati pœnitet *l.* 3. §. 2. & 3, *item l.* 5. *D. de condictione causa data causa non sequuta.* Hæc cur tam varie? quia quidquid in emptione & venditione datur post consensum de re & pretio, datur perfecta emptione & venditione: denique solvitur quasi debitum: & ideo neque dati repetitio est, & tantum actio ex empto aut vendito competit ad complementum ejus contractus. at qui in contractu, do ut des, dat, neque debitum dat, neque ut se obliget, aut liberet: sed ut alterum obstringat sibi: proinde apparet, illi præter actionem præscriptis verbis ad id quod interest, etiam dati condictionem esse, sive quia res sequuta non est, sive quia eum dati pœnitet *l.* 3. §. 2. *D. de condictione causa data causa non sequuta.* Fuerit tanti, quo res clarior fiat, de utraque ejus actionis causa paulo distinctius dixisse. Prior causa ex qua condictio ob rem dati indulgetur, est, quia res sequuta non est, sive cum posset sequi, sive cum non posset propter moram aut culpam tuam: & illo quidem casu, ne ego, cujus tu fidem fallis, damnum patiar per te, cui rem meam dedi, ut mihi tuam dares, cum non essem obligatus tibi: hoc autem casu mihi datur condictio: quia, cum culpa tua aut mora factum est, ne contra possis dare, non iniquum est, si eam tibi potius, quam mihi imputes. Cæterum si ea res quam mihi dare debuisti, præter tuam culpam aut moram periit fortuito casu; tunc, quia per te non stat, quo minus eam mihi des, neque adeo est, quod imputetur tibi, condictio cessat hac ex causa. Sed dati condictio mihi datur non tantum tum, quum tu cessas dare; verum etiam tum, quum me pœnitet, qui rem dedi tibi, ut mihi aliam dares; neque hic interest, utrum steterit per te, quo minus mihi dares, an per te non steterit: nam mihi sufficit, condictionem neque in hoc, neque in illo, casu ulla obligatione meâ inhiberi. Igitur si res quæ mihi danda fuit, sine mora aut culpa tua periit fortuito casu, etsi per te non steterit, quo minus eam dares, & adeo mihi condictio denegetur ex priore causa, scilicet quia res sequuta non est, tamen ex causa pœnitentiæ non denegabitur: ut clare liquet ex *l.* 5. *pr.* & §. *ult. D. de condictione causa data causa non sequuta.* Atque hoc Celsus vult in *d. l. ult.* cum infit, *Et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares:* respicit enim ad condictionis partem illam quæ pœnitentia nititur, atque ex hac usum invenit. Sic, si res secuta non sit. Quid si secuta sit, sed aliter, quam oportuit, ut si, cum propria danda esset, aliena data sit, aut propria quidem, sed is qui debet dare, non caveat pro evictione? Et eo casu, quamquam secuta res est, tamen quia secuta est aliter, quam oportuit, pœnitentiæ locus erit, & ex ea condictio dabitur ex sententia Celsi. Quid ergo est? apparet, differentias emptionis & permutationis in *d. l. ult.* tres ad-

adferri. prima est, quod, si mortuus est Stichus, antequam mihi datus esset, pecuniæ datæ mihi repetitio est: quia etsi per te non steterit, quo minus dares: tamen, quamdiu non dedisti, est mihi jus pœnitentiæ: at in emptione & venditione, postquam consensum est de re & pretio, jus pœnitentiæ non est. altera differentia est, quod, si alienus Stichus est, sed tu eum tradidisti, adhuc, quia non dedisti, etsi tradidisti, tamen ex pœnitentia a te repetam id quod tibi ideo dedi, ut mihi Stichum dares: quod item aliter observatur in emptione & venditione. tertia differentia est, quod si tuus Stichus est, & pro evictione ejus promittere non vis, similiter verius est, ex causa pœnitentiæ mihi fore dati condictionem: quia oportet te non tantum dare, sed & cavere pro evictione, pariter ut in emptione & venditione: in qua tamen quia & condictio, & pœnitentia cessat, differentia tertia est. Exposui Celsum in *d. l. ult.*

2 Venio ad Paulum in *d. l.* 5. §. 1. *D. de præscriptis verbis*: qui cum ait, *Si tibi scyphos dedi, ut mihi Stichum dares, periculo meo Stichum fore, ac te duntaxat culpam præstare debere:* spectat, opinor, ad actionem præscriptis verbis: quæ mihi competit adversus te, cum vel potes mihi Stichum dare, vel culpa aut mora tua fecisti, ne possis; verum, cum Stichus periit sine culpa & mora tua, mihi non competit: igitur, si respicias ad hanc actionem, verissime infit Paulus, periculo meo Stichum fore, ac te dumtaxat culpam præstare debere: quia hac actione neque eum petere possum, neque id quod mea interest, illum mihi datum esse. Idem dicendum est, si respicias ad condictionem ob causam dati causa non sequuta; dum agatur ex illa parte, quod res sequuta non est: nam nec ex ea agi potest, si casus fortuitus Stichum sustulit sine culpa aut mora tua: quia per te non stetit, quo minus dares, nec est quod tibi imputetur: igitur in hoc quoque casu placet quod Paulus ait, periculo meo Stichum fore, ac te dumtaxat culpam præstare debere. Hæc (opinor) Paulus definit in *d. l.* 5. §. 1. sed hæc tantum, & nihil præterea. non igitur sic debet accipi, quasi neget mihi scyphorum condictionem etiam ex capite pœnitentiæ, ideo quod eam negat mihi ex eo capite, quod res sequuta non est: nam & diversa hæc capita sunt, neque Paulus ibi de pœnitentia aut sensit quid aut dixit: igitur nec debet ad hanc extendi: utique non magis, quam Ulpianus in *l.* 3. § 3. *D. de condictione causa data causa non sequuta*: apud quem versus, *Sed si Stichus decesserit &c.* plane similiter intelligendus est: id est, tantum de ea condictionis parte quæ usum invenit ob rem non sequutam, non etiam de illa quæ habet locum ex causa pœnitentiæ: prorsus perinde, ac si in fine ejusdem loci post hæc verba, *Proculus ait, si post id temporis decesserit, quo manumitti potuit, repetitionem esse; si minus, cessare*, sequerentur illa verba, *nisi pœniteat*, pariter ut in verbis præcedentibus: id enim & connexio ostendit, & ratio quam supra attuli, sed in primis ipse Ulpianus *l.* 5. *D. eod. tit.* cujus verba adscripsi. *Si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas. deinde parato TIBI ad proficiscendum CONDITIO TEMPORIS vel VALETUDINIS IMPEDIMENTO fuerit, quo minus proficisceretis: an condici possit, videndum? ET, CUM PER TE NON STETERIT, potest dici REPETITIONEM CESSARE. SED CUM LICEAT POENITERE EI, QUI DEDIT, PROCUL DUBIO REPETETUR id, quod datum est. Nisi.* & reliqua. Eodem pertinent in §. *ult. ejusdem loci* verba hæc: *Enimvero si nihil eorum facturus, ipsi adhuc servum dicimus obisse, decederet enim & si non accepisset, ut manumitteret.* Quæ observanda sunt: simul, apparere ex his, quemadmodum accipiendus sit tenor *l. pen. C. de condictione ob causam datorum.*

CAPUT VI.

Lacuna expleta apud Paulum l. 7. D. de nautico fœnore.

Pauli vitium sit, an Librarii, haud definio: vitium certe est in his verbis *l* 7. *D. de nautico fœnore.*

In quibusdam contractibus etiam usuræ debentur, quemadmodum per stipulationem. Nam si dedero decem trajectitia; ut salva nave sortem cum certis usuris recipiam, dicendum est, posse me sortem cum usuris recipere.

Desunt verba *ex pacto:* adjice, & lege.

In quibusdam contractibus etiam ex pacto usuræ debentur, quemadmodum per stipulationem. & reliqua.

Sensus Pauli, Usuras in quibusdam contractibus etiam ex pacto deberi, quemadmodum alioquin debentur per stipulationem: vel, quod idem, usuras in quibusdam contractibus æque ex pacto deberi, atque ex stipulatione. Quod & sequentibus Pauli verbis respondet, & istis Scævolæ: *In hisce autem omnibus & pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest l.* 5. §. 1. *D. eod. tit.* Item his Pauli *l.* 30. *D. de usuris. Etiam ex nudo pacto debentur civitatibus usuræ creditarum ab eis pecuniarum.* Et Imperatorum *l.* 12. *C. eod. tit. Frumenti vel hordei mutuo dati accessio etiam ex nudo pacto præstanda est.*

CAPUT VII.

1. *Pœna legis Corneliæ de sicariis puniri latrocinium, sive homicidium dolo malo factum.* 2. *Non id quod in rixa fortuita atque improvisa contigit subito impetu.* 3. *Variæ lectiones l.* 1. §. 3. *Ad legem Corneliam de sicariis.* 4. *Interpretatio prioris partis ejusdem loci.* 5. *Pars posterior emendatur.* 6. *Tentatur ejus interpunctio in Titulo* 1. *Collationis*

Le-

Legum Moſaicarum & Romanarum. 7. *Eadem pars poſterior exponitur: ſimul, quid juris ſit, ſi homo impetu in rixa fortuita, aut per laſciviam occiſus ſit.*

1. Lege Cornelia quam de ſicariis tulit Lucius Cornelius Sylla, cautum fuit de pœna ejus qui hominem occiderit, aut hominis occidendi, furtive faciendi, cauſa cum telo ambulaverit. Ea pœna fuit interdictio aquæ & ignis cum omnium bonorum ademptione. Ei ſubſtituta poſt deportatio cum omnium bonorum ademptione, præſertim adverſus eos qui altioris dignitatis eſſent; qui autem in ſecundo gradu conſiſterent, hos placuit capite puniri; humiliores vero vel beſtiis ſubjici, vel in crucem tolli *l.* 3. §. *pen. & l.* 16. *D. Ad legem Corneliam de ſicariis. Paulus lib.* 5. *Sent. tit.* 23. Sed utcumque ſe ea pœna habuit; fuit hæc legis Corneliæ ratio, homicidium perſequi, non qualecumque, ſed a ſciente dolo malo factum: neque igitur alium pro homicida habere, quam latronem. Fuerit argumentum, quod ea lex, quia ſicarios coërcet, Cornelia de ſicariis appellatur. illi autem qui ſunt, niſi latrones, habentes ſub veſte ſicas, ſive parvos atque incurvos gladios quibus homines non modo in tenebris aut ſolitudine, (quas latrones alioquin quærere abſcondendo ſceleri, notant Seneca *lib.* 3. *De ira c.* 19. & Plinius *Paneg. c.* 34.) ſed etiam in turba, & mero die, utcumque per inſidias, & non opinantes occidunt: ut optime oſtendit V. CL. Barnabas Briſſonius, *lib.* 2. *Select. antiq. c.* XI. Porro etſi non negem, idem verbum per abuſionem etiam extendi ad omnes qui cædem quocumque teli genere commiſerint, auctore Quintiliano *lib.* 10. *Inſt. orat. c.* 1. non tamen ad alios interpretando porrigitur, quam qui cædem ex propoſito & voluntate commiſiſſe dicuntur. Eique rei vel illud indicio eſt, quod Paulus *l.* 7. *D. Ad legem Corneliam de ſicariis* ſcribit, *In lege Cornelia dolum pro facto accipi; nec in hac lege culpam latam pro dolo haberi.* Hoc enim quid ſignificat, præterquam lege Cornelia quidem conſilium ac voluntatem, non autem imprudentiam, ſeu culpam, ne latam quidem, coërceri? Atque id non modo Paulus, ſed plerique etiam Veteres teſtantur: cum ajunt, homicidium quod ſponte & dolo malo, quod conſulto & voluntate, factum eſt, demum lege Cornelia de ſicariis vindicari *l.* 16. *D. & l.* 1. *C. eod. tit. & tot. Tit.* 1. *Collationis Legum Moſaicarum & Romanarum.* Adeo, quod ad hanc legem attinet, homicidium latrocinio finitur; & quæ pœna homicidii, ea latrocinii videtur; atque ut homicidæ, ita latrones, aut deportantur, aut capite puniuntur, aut beſtiis objiciuntur, aut in crucem tolluntur. Ne res probatione egeat, teſtem pœnæ deportationis habeo Marcianum *l.* 5. *D. de lege Pompeja de parricidiis:* qui refert, D. Hadrianum in inſulam deportaſſe quemdam, quod in venatione necaverat filium qui novercam adulterabat: & addit cauſam pœnæ, quod magis latronis, quam patris, jure eum interfecerat: id eſt, quod eum non tamquam pater occiderat jure patriæ poteſtatis; ſed tamquam latro, quærens opportunitatem venationis & ſolitudinis. Habes deportationem, crucem & beſtias quæris. De illa Seneca, *Epiſt.* 7. *ad Lucilium*, verbis ſequentibus. *Latrocinium fecit aliquis. Quid ergo? meruit, ut ſuſpendatur. Occidit hominem: qui occidit, ille meruit, ut hoc pateretur.* Petronius quoque in *Satyrico.* Verba Petronii. *Cum interim Imperator provinciæ latrones juſſit crucibus affigi.* Utriusque pœnæ, id eſt, & crucis & beſtiarum, meminit Calliſtratus *l.* 28. §. 15. *D. de pœnis: Famoſos*, inquiens, *latrones in his locis, ubi graſſati ſunt, furca figendos compluribus placuit: nonnulli etiam ad beſtias hos damnaverunt.* Beſtias & furcam vides; crucem non vides: ſed quia Tribonianus, quod obſervavit V. CL. Jacobus Cujacius, pro cruce furcam ſubſtituit: ſublata jam a Conſtantino crucis pœna. Niſi furca figi apud Calliſtratum dicitur pro cruci figi: ut patibulo affigi pro cruci affigi, apud Trebellium Pollionem in *Triginta tyrannis, vita Celſi in f. p.* 327. *Novo injuriæ genere imago* (Celſi) *in crucem ſublata, perſultante vulgo, quaſi patibulo ipſe Celſus videretur affixus.* Similiter Juſtinus de Bomilcare *lib.* 22. *Ob quam noxam in medio foro a Pœnis patibulo ſuffixus eſt. Sed Bomilcar magno animo crudelitatem civium tulit: adeo ut de ſumma cruce, velut de tribunali, in Pœnorum ſcelera concionaretur.* Imo Plinius *lib.* 29. *Nat. hiſt. c.* 4. dixit, *in furca figi* pro *cruci figi.* Verba Plinii. *Supplicia annua canes pendunt inter ædem Juventutis & Summani, vivi in furca ſambucea arbore fixi.* Id eſt, patibulo ex ſambucea arbore: ut Salmaſius exponit *De cruce p.* 415. Apud Feſtum. *Sunt furcillæ, quibus homines ſuſpendebant.*

2. Inquies, quo hæc pertinet præparatio? nempe, ut oſtendam, homicidium in lege Cornelia ſignificare id quod conſulto & deliberato, ſeu integra voluntate, factum eſt: non quod in rixa fortuita atque improviſa contigit ſubito impetu? hoc eſt, qua imprudentia, ſine conſilio, ſine voluntate, ſaltem integra: idque indigitari Reſcripto Imperatoris Hadriani cujus verba apud Marcianum *l.* 1. §. 3. *D. Ad legem Corneliam de ſicariis & veneficis* hæc ſunt.

> *Divus Hadrianus reſcripſit, eum, qui hominem occidit, ſi non occidendi animo hoc admiſit, abſolvi poſſe: & qui hominem non occidit, ſed vulneravit, ut occidat, pro homicida damnandum: & ex re conſtituendum hoc. nam ſi gladium ſtrinxerit, & in eo percuſſerit: indubitate occidendi animo id eum admiſiſſe. Sed ſi clavi percuſſit, aut cuccuma in rixa: quamvis ferro percuſſerit, tamen non occidendi animo, leniendam pœnam ejus, qui in rixa cauſa magis, quam voluntate homicidium admiſit.*

3. Ita Florentiæ legitur. apud Accurſium vero editur *clava.* Sed placet *clavi:* quia & Scholiaſtes Græcus hoc verbum ſervat *Baſilic. lib.* 60. *tit.* 39. Scholio ad hunc locum. Etiam propior ea lectio ab illa, *ſic lapide percuſſit aut cuccuma*, quæ in eodem Reſcripto eſt apud Ulpianum *ſub Tit.* 1. *Collationis Legum Moſaicarum & Romanarum.* Illud non improbem quod Accurſius pro *qui in rixa cauſa magis, quam voluntate homicidium admiſit*, quæ eſt ſcriptura Florentini codicis, ſcribit, *qui in rixa caſu magis, quam voluntate homicidium admiſit.* nam hanc probat non modo Græcus Scholiaſtes, ſed etiam Ulpianus *d. Tit.* 1. cum infit, *Diſtinctionem caſus & voluntatis in homicidio ſervari, reſcripto Hadriani confirmatur.* Qui? quod ipſe Hadrianus alibi *d. Tit.* 1. ſimiliter ait, *Referre & in majoribus delictis conſulto aliquid admittatur, an caſu.* Verum ad rem.

4. Ait Marcianus, Hadrianum reſcripſiſſe, homicidium lege Cornelia tantum animo cenſeri, non etiam exitu: animum vero ex re, id eſt, ex cauſa *l.* 28. §. 1. *D. Ad legem Aquiliam*, ex

ex facto *l.* 1. §. 2. *D. de doli mali & metus exceptione*, sive ex circumstantiis, intelligi. hoc Hadrianum duobus exemplis ostendisse: primum esse, *Si gladium strinxerit & in eo percusserit. In eo* dixit pro *eo:* usitata locutione quam Salmasius indicavit ad Trebellii Pollionis *Triginta tyrannos*, *ad finem Titi p.* 344. *col.* 1. Cui ego illud addo ex Apuleji *lib.* 3. *De asino aureo. At illi barbari prorsus & immanes homines neque fugam capessunt, & cum me viderent in ferro, tamen audaciter resistunt.* Tum in primis hoc ex Ambrosio *lib.* 1. *De interpellat. Job. c.* 1. *pag.* 604. *col.* 2. *Chaldæi imposuerunt tres turmas & circuierunt camelos & captivos tulerunt eos, & pueros interfecerunt in gladiis.* Ait igitur Hadrianus, *Si* (quis) *gladium strinxerit, & in eo percusserit, indubitate occidendi animo id eum admisisse.* Quod sic accipe, Si gladium ultro strinxit: & hoc occisum sponte aggressus est more latrionis: non si impetu fecit in rixa fortuita atque improvisa. Argumentum mihi, quod hujus impetus vel rixæ ab Hadriano hoc in versu mentio nulla fit? cum in sequente versu bis fiat. porro si ea rixa, simul subitus atque improvisus animi motus, liquet: non videtur gladius integrare voluntatem cui impetus derogat, & mentis occœcatio adversatur: ut Cicero censet in *Topicis*, cum sic infit. *Cadunt in ignorantiam, atque imprudentiam perturbationes animi: quæ quamquam sint voluntariæ, objurgatione enim atque admonitione dejiciuntur, tamen habent tantos motus, ut ea, quæ voluntaria sunt, aut necessaria interdum, aut certe ignorata videantur.* Sic Cicero: sed & ipse sive Hadrianus, sive Marcianus, in fine *d.* §. 3. scribens *Leniendam pœnam ejus qui in rixa casu magis, quam voluntate homicidium admisit.* Animi enim perturbationem quam rixa movit, ab occidendi voluntate quam lex Cornelia punit, aperte discernit. Apertius tamen is *l.* 11. §. 2. *D. de pœnis* ait, *Delinqui aut proposito, aut impetu, aut casu: proposito delinquere latrones, qui factionem habent: impetu autem, cum per ebrietatem ad manus, aut ad ferrum venitur: casu vero, cum in venando telum in feram missum hominem interfecit.* Ita Marcianus: prorsus, etsi ferrum intervenit, impetum a proposito, vel, quod idem, a dolo ac voluntate, separans. Non igitur ferrum, seu gladius, sive Hadriano, sive Marciano, semper atque indistincte est pro indicio cædis dolo aut proposito admissæ: sed tum, si homicidium gladio factum arguitur, neque impetus, neque rixa, paret. Hoc adeo verum est, ut si quis contra putet, homicidium tantum a teli genere distinguendum esse, is etiam eum qui cum gladio est qualemcumqne ob causam, hominis occidendi causa cum gladio esse, & ideo lege Cornelia teneri, arbitrari debeat: illa enim lex illum qui hominem dolo malo occidit, & hunc qui hominis occidendi causa cum telo, fuit, pariter persequitur. Sed hoc quam non modo falsum, sed etiam ineptum sit, Ulpiani, Ciceronis & Quintiliani, testimonio constat: quorum Ulpianus lib. 7. De officio Proconsulis, sub Titulo De Sicariis & Veneficis, de capite scribens primo, *Hæc*, inquit, *lex non omnem, qui cum telo ambulaverit, punit, sed eum tantum, qui hominis necandi, furtive faciendi causa telum gerit, coërcet, compescit. Tit.* 1. *Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum.* Cicero autem *Pro Milone. Etsi persapienter & quodammodo tacite dat ipsa lex potestatem defendendi, quæ non modo hominem occidi, sed esse cum telo hominis occidendi causa vetat: ut, cum causa, non telum quæreretur, qui sui defendendi causa telo esset usus, non hominis occidendi causa habuisse telum judicaretur.* Quintilianus etiam *Declam.* 17. *Ita*, inquit, *parricidæ argumentum est & hoc ipsum quod habuisti venenum. Omnibus, Judices, quibus ad scelerum conatus adjuvatur deteriorum quotidie fœcunda mortalitas, non hanc solam potentiam natura concessit, in quam malis mentibus & nocentium ducantur ingeniis; sed illis usus ex animo est, totumque quod faciunt, de conscientia possidentis accipiunt. Quid enim, si latronem gladio tantum probes? Sic munimus & somnos. Excute peregrinantium sinus: hærent tela sollicitis. Non vetant ista leges parare, prospicere: nec instrumenta probibent, sed æstimant usus.* Tantum de priore Hadriani exemplo.

5. Sequitur alterum in his verbis: *Sed si clavi percussit, aut cuccuma in rixa: quamvis ferro percusserit, tamen non occidendi animo, leniendam pœnam ejus; qui in rixa casu magis, quam voluntate homicidium admisit.* Quid in his velit id, *quamvis ferro percusserit*, non intelligo: nam ante facta fuit cuccumæ mentio; cuccuma vero est genus vasis instar cucumeris, sive ex ferro sit, sive ex alia materia, ut ex ære, aut luto, seu terra: sicut in *Memorialibus* annotavit Catellianus Cotta. Quamquam demus, cuccumam esse ex ferro: quid postea? an eo, quod est ferrum, vel ex ferro factum, hoc si alius percutitur, & occiditur, semper atque indistincte potest probari occidendi animus? non dices: nam & gladius ex ferro est: is tamen si in rixa strictus est, & eo cædes facta; non utique occidendi animo cædes facta intelligitur. cui rei igitur illa adjectio, *quamvis ferro percusserit*? utrum lex Cornelia de ferro loquuta est, ut necesse fuerit, hac admonitione verbi calumniæ occurrere? an in hoc aut præcedente versu de ferro dictum, quod homine in eo percusso peremptove ad convincendum occidendi animum sufficiat? non video, neque apparet: minus, cui hoc *quamvis ferro percusserit*, aut juste respondeat, aut sano sensu opponatur. Nisi putes, Hadrianum verbo *ferro* indigitare gladium cujus meminit priore versu. Et tamen quod de gladio dixit, non hanc causam habet, quod gladius plerumque ex ferro est, quodve occidendi voluntas facilius ex ferro, quam ex ære, ligno, aut lapide, ostenditur: sed quia ibi quis dicitur, alium gladio percussisse sine rixa aut simili ex quo animi impetus ac pertubatio moveri ac deprehendi posset; & adeo alia, quam occidendi, causa appareret. Sic est, cum Hadrianus infit, *sed si clavi percussit, aut cuccuma in rixa, quamvis ferro percusserit*, hoc verbo *ferro*, non ferream clavem, neque ferream cuccumam, sed gladium, designat: ut in *l.* 5. *D. Ad legem Aquiliam*, *l.* 11. §. 2. *D. de pœnis*, & passim, ubi de cæde sermo est, & ferri mentio fit, vel Quintiliano teste *lib.* 10. *Inst orat. c.* 1. verbis sequentibus. *Sunt autem alia hujus naturæ, ut idem pluribus vocibus declarent, ita ut nihil significationis, quo potius utaris, intersit; ut ensis & gladius. Alia quæ etiamsi propria rerum aliquarum sint nomina, τροπικῶς tamen ad eundem intellectum feruntur, ut ferrum & mucro.* Quid ergo? non sic accipiendus Hadrianus, quasi dicat, quamvis clavis aut cuccuma ferrea fuerit, quod voluit Scholiastes Græcus *Basilic. lib.* 60. *tit.* 39. etiam V. CL. Gulielmus Budæus, *Notis reliquis ad Pandectas*, & plerique Interpretes arbitrati sunt: sed quasi posteriorem versum anteriori opponat, totoque Rescripto hoc agat tantum, ut hunc casum in quo ad manus vel ad ferrum ventum est per rixam & inconsultam animi perturbationem, ab eo distinguat in quo gladius sine rixa spon-

ſponte ſtrictus, & inſultatio in hoc ſine conſimili animi motu in modum latrocinii facta eſt. Sed id ex verbo *rixa*, quo Hadrianus iterum utitur hoc in verſu, & his quæ dicta ſunt ad priorem ſpeciem, ſatis intelligitur: itaque perſuaſi mihi, eum verſum, translato verbo *ferro*, & inſerta vocula *aut*, ita reſtitui poſſe.

Sed ſi clavi percuſſit, aut cuccuma, aut ferro in rixa; quamvis percuſſerit, tamen non occidendi animo, leniendam pœnam ejus, qui in rixa caſu magis, quam voluntate homicidium admiſit.

Vel.

Sed ſi clavi percuſſit, aut cuccuma, aut in rixa ferro; quamvis percuſſerit, tamen. Et reliqua.

6. Hæc mea conjectura, ſi conjectura dicenda eſt, in quam me, velut manu, ipſa Hadriani duxerunt verba, quæ Ulpianus recitat ex eodem Reſcripto *Tit.* I. *Collationis Legum Moſaicarum & Romanarum.*

Nam ſi gladium inſtrinxit, aut telo percuſſit, quid dubium eſt quin occidendi animo percuſſerit? Sic lapide percuſſit, aut cuccuma, aut cum forte rixaretur, ferro percuſſit, ſed non occidendi mente. Ergo hoc exquirite, & ſi voluntas occidendi fuit, ut homicidam ſervum ſupplicio cum jure jubete affici.

Hæc vulgata hujus loci interpunctio: ſed vereor, ne corrupta ſit, & ſic emendanda.

Sic lapide percuſſit, aut cuccuma, aut ferro, cum forte rixaretur, percuſſit, ſed non occidendi mente. Ergo, &c.

7. Vides, Hadrianum lapidis, cuccumæ, & ferri, meminiſſe: his voculam *aut* non ſemel, ut apud Marcianum in Pandectis, ſed, ut a me factum, bis apponere: itaque ferrum a lapide, vel, ut apud Marcianum eſt, a clavi & cuccuma, ſeparare: ſenſumque eſſe, Si forte rixa, verbi gratia, in luſu aut convivio orta ſubito & præter conſilium, furor arma miniſtravit, alter clavem aut cuccumam aut ferrum ſeu gladium apprehendit, & adverſarium occidit; non videri occidendi animum fuiſſe. qua cauſa? quia is qui alium ſic percuſſit in rixa, etſi eum occidit, non tamen conſulto neque deliberato percuſſit; ſed impetu, ſed animi perturbatione, ſed iræ calore inconſulto, adactus, &, ut proprie atque appoſite Patroclus in illo Homeri apud Claudium Saturninum *l.* 16. §. 8. *D. de pœnis*

Imprudens, invitus, circa talos iratus.

Prorſus ita eſt: qui alium in rixa, ut Patroclus colluſorem ſuum in talorum luſu, occidit; is ſive gladio, ſive cuccuma, ſive clave, occidit: poterit a lege Cornelia abſolvi. Ut tamen (ſi Marciano credimus *d. l.* I. §. 3.) ei lenior pœna infligatur. quam ob rem? quia lex Cornelia voluntatem punit: at hic alium magis caſu, quam voluntate, occidit: ſic Marcianus loquitur: caſu, inquam, id eſt, ut Saturninus infit *d. l.* 16. §. 8. fortuito, vel (ut ipſe Marcianus *l.* 2. *D. de legibus*) non ſponte, ſed involuntarie, vel (ut idem Marcianus *d. l.* 11. §. 2. *de pœnis*) magis impetu, quam propoſito: caſu tamen, & neceſſitate, atque ignorantia; ſi impetum cum dolo, id eſt, cum propoſito & deliberatione, compares: quod lex Cornelia deſiderat. Hoc ſenſu infit Cicero *in Topicis d. loc. Cadunt in ignorantiam atque imprudentiam perturbationes animi: quæ quamquam ſint voluntariæ, objurgatione enim & admonitione dejiciuntur, tamen habent tantos motus, ut ea, quæ voluntaria ſunt, aut neceſſaria interdum, aut certe ignorata videantur.* Ulpianus quoque *l.* 5. §. *ult. D. de pœnis.* Verba Ulpiani. *Refert & in majoribus delictis, conſulto aliquid admittatur, an caſu. Et ſane in omnibus criminibus diſtinctio hæc pœnam aut juſtam eligere debet, aut temperamentum admittere:* Ulpianus caſum opponit conſilio; pœnam juſtam temperamento: porro conſilium dicit pro dolo; caſum pro eo quod dolo caret, ſed culpa atque imprudentia non caret: denique caſum vocat eum qui laſciviam ſequutus & ſagi jactationem: id eſt, luſum noxium qui ab initio culpam habet: ut apparet ex integro loco qui extat *Tit.* I. *Collationis Legum Moſaicarum & Romanarum.* Igitur ſic definit Ulpianus, ſi homicidium ſit conſulto ſeu dolo & propoſito factum, pœnæ juſtæ, id eſt pœnæ legis Corneliæ (nam de hac ei ſermo eſt) locum fieri: ſin caſu, id eſt, laſcivia & culpa, non illi, ſed temperamento, id eſt, relegationi in perſona honeſtiore, ut conſtat ex *d. Tit.* I. *& l.* 4. §. I. *D. Ad legem Corneliam de ſicariis & veneficis*, vel, quod Marcianus *d. l.* I. §. 3. vult in propoſita ſpecie, a lege, id eſt, a lege Cornelia, abſolvi, ſed pœnam leniendam. Vides meam interpretationem, quam juvat ſimilis Salviani locutio *lib.* 4. *De gubernatione Dei, p.* 99. quam adſcripſi. Verba Salviani. *Nos, quantum ad crimina noſtra pertinet, lethalibus ſuppliciis digni ſumus: ſed ille, plus miſericordiæ tribuens, quam ſeveritati, mavult nos clementis cenſuræ temperamento emendare, quam plaga juſtæ cohercitionis occidere.* Ita Salvianus. Paulus hæc ſic effert *d. Tit.* I. *Qui hominem occidit, aliquando abſolvitur, & qui non occidit, ut homicida damnatur: conſilium enim uniuscujusque, non factum puniendum eſt. Ideoque qui, cum vellet occidere, caſu aliquo perpetrare non potuit, ut homicida punitur: & is, qui caſu teli hominem imprudenter ferierit abſolvitur. Quod ſi in rixa percuſſus homo fuerit, quoniam ictus quoque ipſos contra unumquemque contemplari oportet, ideo humiliores in ludum aut in metallum damnantur, honeſtiores dimidia parte bonorum multati relegantur.*

CAPUT VIII.

Quædam quæ priori ſententiæ adverſari videntur, ratione & Veterum auctoritate infirmantur.

Explicui meam ſententiam de difficili & obſcuro loco Marciani *l.* I. §. 3. *D. Ad legem Corneliam de ſicariis & veneficis*, ipſam, niſi fallor, convenientem humanæ fragilitati, & uſu populi Romani, Veterumque Sapientum ſuffragio atque auctoritate, ſubnixam. quam cum ante aliquod annos feciſſem publici juris: deinde animadverti, exiſtimare Virum Ampliſſimum, Ulricum Huberum, eam procul abeſſe a via rationis & Themidos: ſic enim ſcribit. At quam recte, age, collatis argumentis putemus: nam & fruſtra id dixerit Vir Ampliſſimus, & ego fruſtra negaverim, apud idoneos rerum æſtimatores, niſi rebus demonſtretur.

Primum ejus argumentum eſt, *Si homicidia quæ in rixa fiunt ſubitis animi motibus, etſi cultro, ſica aut gladio, extra ordinem leniore, quam capitis, ſupplicio adficienda ſunt; ergo fas fore, Lapithas & Centauros convivia, fortuitis rixis & promiſcua cæde cruentata, ſine metu mortis celebrare.*

Hoc primum argumentum est. At quam nullam habeat vim consequentiæ, item quam male Centaurorum rixas appellet fortuitas, ex facto intelliges. Id factum tale est, ut quidem ab Ovidio proponitur *lib.* XII. *Metamorph.* Pirithous, Ixionis regis Lapitharum filius, uxorem duxit Hippodamen. is cum ad nuptias inter alios vocasset Centauros; ex his Eurytus Hippodamen, mox alias alii, quam quisque volebat, aut poterat, ad stuprum aut adulterium rapuerunt. Huic flagitio tam immani primus Theseus, deinde & cæteri qui aderant, principes intercessere: inde rixa, ex ea vulnera, & cædes, subsequuta sunt. Vides factum, & ex eo sensum objecti argumenti. is sensus est, Si homicidia quæ in rixa plane fortuita & improvisa fiunt subitis animi motibus, etsi cultro, sica aut gladio, saltem extra ordinem sunt afficienda leniore, quam capitis, supplicio; ergo fas fore Centauris, uxores & sponsas Lapitharum in solemni convivio nefario scelere & consilio rapere ad stuprum atque adulterium; Lapithasque, vim a se & suis jure optimo repellentes, armis vulnerare, aut occidere sine metu mortis. Is sensus argumenti: cujus quam absurda sit consequentia, quis non videt? petitur enim a temperamento pœnæ involuntarii delicti & culpæ erroris plane humani ad excusationem propositi & sceleris, quam improbi, tam detestabilis, Centaurorum: qui quum sponte venerint ad raptum Hippodames, cæterarumque mulierum Lapitharum, neque habent ejus excusationem, & existimandi sunt, etiam ea quæ deinde per iram involuntarie fecerunt, sponte ac voluntate fecisse: saltem, cum dederint causam, cur a Lapithis debuerint vim pati; quid dubium est, quin ea ipsis, non Lapithis, imputanda videatur: per *l. 6. C. Ad legem Juliam de vi publica*?

Ejusdem pretii est hoc quod deinde adfertur, Si obtineret mea sententia, consequens fore, *Ut, qui rapido furore sodalium sanguinem duellis hauriunt, nihil amplius metuant ultorem gladium.* Nam neque hoc placet, aut sequitur ulla ratione. quando nihil aliud dixi, quam quod, si quis alterum in fortuita rixa occidit subito & improviso impetu, humanitati convenit, eum puniri mitius, quam si homicidium consulto & deliberato fecisset. huc autem quid facit comparatio duelli: in quo uterque, plerumque stato condicto tempore & loco, sæpe etiam advocatis auxiliis atque arbitris, sponte procedit ad pugnam: in qua si cædes fiat, etsi ira, tamen tantum abest, ut in fortuita rixa fiat subito atque improviso impetu, ut e contrario pessimo non solum exemplo, sed etiam proposito, fieri; & ideo ad severitatem legis Corneliæ vel maxime pertinere, videatur.

Tertium argumentum est. *Quod si homicidium ab ordinaria pœna excusatur, propter subitum impetum, similiter ordinaria furti pœna eximendi sunt qui subita cupiditate accensi, res alienas abstulerunt; item, qui alienam matremfamilias improvisa libidine motus corrupit, expressa legis Juliæ sanctione non tenetur.* At quis non videt, quam male procedat argumentum a fortuita & subita ira, ob quam homicidium, in rixa factum, ab ordinaria pœna excusatur, ad excusationem pœnæ furti aut adulterii subito impetu commissi? Nam qui ad cædem movetur improvisa & repentina ira, fere ab alio movetur aut damno aut contemptu aut dolore aut metu aut qua alia injuria: qua etsi imprudenter & ad breve tempus, tamen statim, & specie juris, extra se rapitur: hoc magis, quo minus assuetus est ea pati, & quo magis illi malo occurrendum arbitratur. At qui libidine aut cupiditate incitatur ad adulterium aut furtum, neque habet quod alii imputet, ne colore quidem juris; & ut plurimum movetur appetitu boni, sæpe imaginarii, semper turpis, etiam alias comparabilis; & ideo magis sponte ac voluntate, quam is qui ira accensus est, peccare, minusque excusandus videtur: ut vere & pulchre definit Hugo Grotius, Vir Summus *lib.* 2. *De jure belli & pacis c.* 20. §. 31. &, quem is allegat, Aristoteles multis locis, maxime *lib.* 6. *Eudemior. c.* 6. & *lib.* 2. *Magnor. moral. c.* 6. & *De moribus lib.* 7. *c.* 7. etiam Imperator, Marcus Antoninus, *lib.* 2. *De se ipso* §. 10. sic scribens. *Philosophice Theophrastus, in peccatis inter se conferendis, prout vulgo conferri solent, dicit, graviora esse, quæ per cupidinem, quam quæ per iram admittuntur: etenim, qui irascitur, cum dolore quodam & contractione animi occulta a rationis tramite declinare videtur; qui vero per cupiditatem delinquit, quia voluptate vincitur, intemperantior quodammodo & in peccando effeminatior videtur. Recte igitur nec indigne Philosopho pronuntiavit, amplioris esse criminis, quod cum voluptate, quam quod cum dolore admittitur. Atque omnino alter similior ei existit, qui prior læsus doloris ratione ad irascendum adigitur: cum is sponte sua ad lædendum feratur, qui ad perpetrandum quidquam cupidine ducitur.*

Possem plura adferre: verum hæc suffecerint dejiciendis illis quibus adversus me usus fuit Vir Amplissimus: maxime, quando ipse fatetur, *posse singularibus & exquisitis personarum rixarumque circumstantiis judici mitigandæ pœnæ causam dari*; & Alciatum allegat, *apud quem puer fortuita ira collusorem suum cultro percusserat.* Id vero quid est, nisi, desertis partibus suis, in meas transire? quippe cum idem quod ego, Alciatus sentiat *lib.* 4. *Dispunct. c.* 17. Itaque inanis est declamatio quam mox subjicit Vir Cl. *Si quis putet inde colligendum, homicidia quælibet, rixandi studiosis & gladiis admissa, mitiore, quam capitis supplicio adficienda esse, næ illum parum consulturum incolumitati generis humani, quod salvum esse non possit, si violenti affectus rigidis pœnarum frænis a facinoribus non cohibeantur.* Nihil enim ea declamatio ad meam pertinet sententiam: quæ non rixandi studio ignoscit, sed rixæ fortuitæ atque incogitatæ: sed neque vult, homicidium in rixa factum primo impetu, quia a capitali pœna excusatur, ideo aut justum esse, aut impunitum; sed solum; non tam malum esse, quam cogitato & deliberato factum: alterum enim hominis improbi & flagitiosi, alterum imprudentis & errantis, esse: neque igitur pari atque eadem severitate puniendum. quo sensu infit Cicero *lib.* 1. *De officiis. In omni injustitia permultum interest, utrum perturbatione aliqua animi, quæ plerumque brevis est & ad tempus, an consulto & cogitata fiat injuria: leviora enim sunt, quæ repentino aliquo motu accidunt, quam ea, quæ meditata & præparata inferuntur.* Sic Cicero: addo, Plato *De legibus, dialog.* IX. Verba Platonis. *Duplicem cædem ponere placet, utramque ira factam, quas inter voluntarias & involuntarias actiones medias jure posuerim. Neutra enim voluntaria revera, vel involuntaria est, sed altera alterius est imago. Nam ille quidem, qui iram servat, nec repente, sed cum insidiis se postea vindicat, homicidæ voluntarii est persimilis: & qui non servat, sed primo iræ impetu fertur, & absque præmeditatione interficit, involuntarii homicidæ similis judicatur. Non tamen omnino involuntarius est, sed involuntarii habere similitudinem dicitur. Quocirca per iram*

com-

commissæ cædes difficile determinantur, utrum voluntariæ, an contra ponendæ sint. Optima igitur & verissima sententia est, utrasque imagines appellare, easque seorsum ita distinguere, ut altera consulto, altera inconsulto committi dicatur. Majora vero supplicia illis decet imponere, qui consulto per iram interfecerunt; illis contra, qui repente & inconsulto, leviora. Nempe, quod graviori malo simile, asperius, quod vero leviori, mitius puniendum. Ita certe nostris legibus agendum est. Exposui meam, simul Amplissimi Viri, Ulrici Huberi, sententiam: illud superest, ut per te æstimes, utrius sententia longius absit a via rationis & Themidos, mea, an illius.

CAPUT IX.

Ulpianus emendatus Tit. 1. Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum.

Restitui Rescriptum Divi Hadriani quod exstat apud Marcianum *l.* 1. §. 3. *D. Ad legem Corneliam de sicariis & veneficis.* Experiar, quid in Ulpiano possim: apud quem idem Hadriani Rescriptum, sed corruptius, proditur. experiar autem eo lubentius, quo justius operam meam vicissim exigit qui in Marciani dispunctione mihi per se egregie adfuit. Sed primum Ulpiani verba adscribam. Ea in *Tit.* 1. *Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum* forma hac sunt.

Distinctionem casus & voluntatis in homicidio servari, rescripto Hadriani confirmatur. Verba rescripti. Et qui hominem occidit, absolvi solet, scilicet si non occidendi animo id admisit: & qui non occidit, sed voluit occidere, pro homicida damnatur. E re itaque constituendum est ex quo ferro percussit, ipsa funditus. Nam si gladium instrinxit, aut telo percussit, quid dubium est quin occidendi animo percusserit? Sic lapide percussit, aut cuccuma, aut cum forte rixaretur, ferro percussit, sed non occidendi mente. Ergo hoc exquirite, & si voluntas occidendi fuit, ut homicidam servum supplicio cum jure jubete affici.

Hunc locum Pertus Pithœus ex Fratris sui conjectura ita emendat: *Ut homicidii reum supplicio majore jubete affici.* Ipse de suo addit. *Ut homicidam servum supplicio majore.* Sic Pithœus. Sed neutrum probat Samuel Petitus. quin is *lib.* 2. *Observ. c.* 6. putat, vitium esse in versu, *e re itaque*; in eoque esse legendum, *eræ itaque constituendum est, & quo ferro percussit ipsam: fundus id. eram* autem, sive *beram* exponit dominam; eam fingit a servo suo percussam, & hunc apud Præsidem cædis, quamvis non perfectæ, tamen intentatæ, accusare: itaque rescribi Præsidi, heræ probandum esse, quo instrumento ipsam percusserit, & in eo accusationis fundum esse. Argumentum Petito ex Rescripti fine: quem, ut ad Præsidem sit, sic restituit. *Ergo hoc exquirito, &, si voluntas occidendi fuit, ut homicidam cum jure jubeto affici.* Et *cum jure* illi est cum causa legibus cognita. Hæc Petitus: in quibus forte id placet tibi, *exquirito, jubeto.* Sed mihi supervacua videtur emendatio: cogitanti, ab Hadriano forte rescriptum esse ad aliquod Consilium: nam & id solitum fieri. rescriptum sane Consilio Bæticæ in *l.* 1. *D. de abigeis, & Tit.* XI. *Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum*, etiam Consilio Africæ in Inscriptione *l.* 21. *C. de procuratoribus*: eoque casu scribi in plurium numero apparet ex *d. Tit.* XI. Illud porro qui probem, quod Petitus pro *e re* substituit *beræ* vel *eræ*? Primum enim Marcianus adversatur: qui ea verba *e re* clare servat *l.* 1. §. 3. *D. Ad legem Corneliam de sicariis & veneficis.* Deinde, *e re constitui* perinde dicitur, ut *ex causa* in *l.* 28. *D. Ad legem Aquiliam*, ut *ex facto* in *l.* 1. §. 2. *D. de doli mali exceptione*, vel ex circumstantiis. His adde, quod *beræ* aut *servi* apud Marcianum neque vola est, neque vestigitum: adeo neque necessitas *beram* apud Ulpianum reponendi; & verosimile mihi, id verbum *servum* a mala manu esse: præsertim quia non videtur ab Hadriano tradi id quod proprium heræ vel servi, sed quod omnium commune jus est. Non igitur placet vox *beræ*, neque Hadriano convenit. Jam quod attinet ad ista, *ex quo ferro percussit, ipsa funditus*, vel, ut Petitus conjecit, *& quo percussit ipsum: fundus id*; ea, vereor, ne delenda sint: quia hæc nec Marcianus agnoscit, nec sermonis admittit tenor: qui si absque his est, plenus ac justus; si ea adsint, valde inconcinnus ac turbulentus, videtur. Adeo mihi verisimile fit, hæc a sciolo primum adscripta fuisse ad marginem, & ab alio deinde translata in contextum, cum existimaret, Hadriano id negotium esse, uti percussoris animum tantum ex ferri seu instrumenti quo percussit, genere distingueret. Quod licet aliter sit, ut dixi supra, tamen Basilicorum Architectis arrisit *lib.* 60. *tit.* 39. & in Scholio ad *d. l.* 1. §. 3. *p.* 692. etiam Michaëli Attaliatæ *Synops. tit.* 71. & Photio *in Nomocanon. tit.* 9. *c.* 16. *p.* 139. & plerisque aliis sedit. Igitur ipse versum eum *e re* sic concinnandum censeo.

E re itaque constituendum est. nam si gladium strinxit. & reliqua.

Huic ad marginem pro glossa, aut pro argumento loci, adscribendum esse. *En, quo ferro percussit, ipso fundat se*, vel, *ipso fundatur*, vel quid simile. *En*, inquam; ut sensus sit: Vide, quo ferro percussit, in eo fundat se. Rescripti superest versus postremus: in quo vox illa, *cum*, Siglum est; & *cum jure* pro *communi jure* ponitur: ut in ista veterum Notarum COMM. CONS. quod est *communi consensu.* Porro pro *servum supplicio* opinor scribendum *severo supplicio.* Eodem sane sensu *capitalis severæque sententiæ* mentio apud Constantinum *l.* 16. *C. de pœnis*; etiam *severitatis judiciariæ* in *l.* 29. *C. Ad legem Juliam de adulteriis*; & *severitatis legum* apud Marcianum *l.* 11. *D. de pœnis.* Igitur hunc versum sic dispungo.

Ergo hoc exquirite, & si voluntas occidendi fuit, ut homicidam severo supplicio communi jure jubete affici.

Cui respondet hoc ejusdem Hadriani apud Ulpianum *l.* 5. §. *ult. D. de pœnis, & Titulo* 1. *Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum. In omnibus criminibus dictinctio hæc POENAM aut JUSTAM eligere debet, aut TEMPERAMENTUM admittere.* Ubi pœna justa est severum supplicium communi jure: cui opponitur temperamentum clementis censuræ apud Salvianum *lib.* 3. *De gubernatione Dei*, verbis sequentibus. *Nos siquidem, quantum ad crimina nostra pertinet, lethalibus suppliciis digni sumus: sed ille, plus misericordiæ tribuens, quam severitati,*

ti, mavult nos clementis censuræ temperamento emendare, quam plaga justæ cohercitionis occidere. Hæ meæ conjecturæ; sed quia sparsim traditæ, conjungam omnes, & Ulpiani locum, uti a me dispunctus est, proponam integrum.

*Distinctionem casus & voluntatis in homicidio servari, rescripto Hadriani confirmatur. Verba rescripti. Et qui hominem occidit, absolvi solet: scilicet si non occidendi animo id admisit: & qui non occidit, sed voluit occidere, pro homicida damnatur. E re itaque constituendum est. * nam si gladium strinxit, aut telo percussit, quid dubium est, quin occidendi animo percusserit? Si clavi percussit, aut cuccuma, aut ferro, cum forte rixaretur: percussit; sed non occidendi mente. Ergo hoc exquirite, &, si voluntas occidendi fuit, ut homicidam severo supplicio communi jure jubete affici.*

* *En, quo ferro percussit, ipso fundatur,* vel *ipso fundat se.*

CAPUT X.

Confirmatur emendatio, quæ tentata fuit libro secundo capite octavo in Marciano l. 5. pr. D. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.

Fuit ea Veterum constans sententia, hypothecam hoc pacto, *Ne pignus petatur*, ipso jure liberari: de illo autem pacto, *Ne debitum petatur*, hæsitatum fuit; & ideo tutius visum, hypothecam eo tolli potius per exceptionem, quam ipso jure. Observavi supra capite octavo libri secundi, utrumque a Marciano esse traditum *l. 5. pr. D. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*; in eaque hæc verba, *cum alius hypothecam possidebit*, non esse ejus Jurisconsulti, sed hominis, Marcianum non intelligentis. addidi præterea, in fine ejusdem loci legendum esse, *eâdem* [*&*] *in hoc casu potest dici, ut & ab hypotheca discedatur.* causam ejus conjecturæ hanc habui: quod arbitrarer, a Marciano proponi pactum generale & in rem, *Ne ex personali obligatione petatur:* id est, pactum perpetuum de non petendo principali debito; non autem personale pactum, sive pactum, *Ne a persona*, verbi gratia, *Lucio Titio, petatur.* Ita tum conjeci: neque adhuc muto sententiam; etsi sciam, Marcianum a V. Cl. Francisco Hotmano *lib. 1. Amicabilium responsorum c. 29.* aliter accipi; magisque ad personale pactum referri, quam ad id quod generale & in rem fit. Sed pro mea conjectura stat argumentum clarum & evidens: scilicet, quod Marcianus scribit, ex pacto quo de agitur, nasci perpetuam exceptionem: quam constat ex personali pacto non nasci: quia id pactum non semper cavet paciscenti, sed saltem, quamdiu vivit: illo mortuo, si ab herede opponatur creditori, evitari potest: at in pacti conventi perpetui exceptione (ita vocatur pactum in rem & generale in *l. 3. D. de exceptionibus*) secus est: vult enim, ne omnino, sive, quod idem valet, ne umquam petatur pecunia. Primum igitur sic puta, personale pactum parere exceptionem, non perpetuam, sed temporalem & dilatoriam *d. l. 3. D. de exceptionibus. §. 1. Inst. eod. tit.* Deinde, si promisero, *Ne petam, quamdiu vives*, ultro autem solvas mihi, cessare soluti repetitionem: quia, cum certum sit, te aliquando moriturum esse, perinde habetur res, ac si convenisset, ne ad tempus peterem. Adeo exceptio illius pacti neque perpetua est, neque perpetuæ comparatur *l. 16. §. 1. l. 17. l. 18. D. de condictione indebiti:* aliter ac fit in pactis in quibus incertum est, utrum temporaria, an perpetua, futura sit exceptio *l 56. D. eod. tit.* Quod si est: apparet, his Marciani verbis in *d. l. 5. D. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*,

nisi si quis dicat, pactum interpositum esse, ut a persona non petatur.

fere indicari, Nisi quis putet, eo pacto, *Ne pecuniam petat*, non agi, ne pignus vel hypotheca petatur actione in rem. sed, ne debitum petatur actione in personam. hoc eo magis, quia ait Marcianus, isto pacto quo de agit, hypothecam liberari vel ipso jure, vel per exceptionem: non autem video, qua ratione possit hypotheca aut hoc, aut illo, modo liberari propter personale pactum; quod est, verbi gratia, ne a Lucio Titio petatur: cum præsertim principalis duret obligatio etiam post hoc pactum; tantumque ad debitoris vitam differatur. & ita est: durat principalis actio post personale pactum; durat & hypotheca. & proinde potest quidem dici, Quemadmodum principalis actio personali pacto differtur, sic hypothecariam actionem eodem pacto differri, auctore Marciano *d. l. 5. §. 1. D. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur:* sed non potest dici, Quia personali pacto principalis differtur actio, ideo personali pacto hypothecam tolli: eo minus, quia, ubi pacto differtur actio, plerumque hoc agitur, ut interim creditori hypotheca cautum sit. Hæc, si pactus sit debitor, *Ne debitum petatur.*

CAPUT XI.

1. *Glossa exempta ex Gajo l. 7. §. 2. D. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.* 2. *Marcianus expositus l. 8. §. 2. D. eodem titulo.*

1. Gaji verba sunt in *l. 7. D. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.*

Si consensit venditioni creditor, liberatur hypotheca: sed in his pupilli consensus non debet aliter ratus haberi, quam si præsente tutore [auctore] consenserit, aut etiam ipse tutor: scilicet si commodum aliquid, vel satis ei fieri ex eo judex æstimaverit. §. 1. Videbimus, si procurator omnium bonorum consensit, vel servus actor, cui & solvi potest, & in id positus est: an teneat consensus eorum? & dicendum est non posse: nisi specialiter hoc eis mandatum est. §. 2. Sed si cum debitoris procuratore convenit, Ne sit res obligata, *dicendum est, id debitori per doli exceptionem prodesse. Cum autem cum servo ejus convenerit, per ipsam pacti [conventi] exceptionem debet.*

Sic habent omnes codices: sed aut fugit me ra-

ratio, aut ita scripsit Gajus.

Sed si cum debitoris procuratore convenit, dicendum est, id debitori per doli exceptionem prodesse. &c.

Hanc optimam Gaji scripturam Vetus interpres aliquis, adjectis his, *Ne sit res obligata*, corrupit, & in pessimam sententiam detorsit: quod non perspiceret, quemadmodum debitori ex pacto procuratoris aut servi de alienando pignore, eo vendito, daretur exceptio pacti conventi, aut doli mali: cum certum esset, actionem quasi Servianam, seu hypothecariam, quia in rem est, hypothecæ possessorem, non debitoris personam sequi. perinde igitur, ac si lacuna esset eo in loco, aut certe aliud egisset Gajus, quam verba vellent, vel pro interpretatione verbi *convenit*, vel pro varia lectione, ad marginem adjecit verba illa, *ne sit res obligata.* deinde alius, æque intelligens scilicet, ea e margine transtulit in contextum. Sed si ad Gaji verba, & ad eorum connexionem, animum advertas; aliquanto apertius est, quam ut dissimulari possit, non hoc Gajo sedisse, ut exponeret formulam pacti, *Ne sit res obligata*; sed ut indicaret, quid juris sit, cum creditor pignoris alienationi consensit. in qua specie, propter quorumdam dubitationem, tutior visa fuit pacti exceptio; cum ea in specie pacti, *Ne res obligata sit*, supervacua haberetur: ut pridem ostendi libro secundo capite octavo. Sed, ut hoc agamus, primum dixit Gajus, creditoris consensu de alienando pignore pignus per exceptionem liberari: dehinc quæsivit de pupillo creditore, an ejus consensus, vel solius, vel cum tutorum auctoritate conjunctus, sufficiat: item quid, si tutor ipse consentiat: tum de creditoris procuratore, & actore servo subjecit: postremo ad debitoris procuratorem transiit; &, si cum eo convenit, non, *Ne res obligata sit*, ut habent omnes codices; (quid enim id ad propositam quæstionem?) sed si cum eo convenit, *ut sit debitori jus vendendi pignoris*: quæsivit, an id pactum debitori prosit. proinde, cum scripsit,

Sed si cum debitoris procuratore convenit, dicendum est, id debitori per doli exceptionem prodesse. &c.

hoc voluit: Si neque cum pupilli tutore, nec cum alterius creditoris procuratore, de quibus dictum in præcedentibus versibus; sed si aut cum debitoris procuratore, aut cum ejus servo actore convenit de vendendo pignore: debitori illic doli, hic pacti, exceptionem profuturam. Quod verissimum est *l.* 10. §. 2. *D. de pactis.* Sed recipit difficultatem eo, quod actio quasi Serviana sive hypothecaria non adversus debitorem, sed adversus pignoris possessorem datur *l.* 16. §. 3. *D. de pignoribus & hypothecis*; & ideo non videtur exceptio, si quæ danda sit illo ex pacto, debitori danda, sed pignoris possessori. Atque hoc, opinor, est quod Veterem Interpretem fefellit: fefellit, inquam: quia si debitor hypothecam vendidit, nec adhuc tradidit; ipse potest actione Serviana conveniri, & se pacti aut doli exceptione tueri. imo, si creditor ei venditionem permisit intra annum, aut biennium, (ut in *l.* 8. §. 11. *D. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*) forsan nocebit ei exceptio intra id spatium, quamvis nondum facta venditione: nam cum debitori concessit jus vendendi pignoris intra certum spatium, non tantum jus vendendi, sed & retinendi, pignoris ei concessisse intelligitur. Sed profecto verborum Gaji (quæ sunt in *d. l.* 7. *pr.* §. 1. & 2.) sive connexio, sive oppositio nimis manifesta est.

2. Nisi ei novæ tenebræ offundantur ex Marciani *l.* 8. §. 2. *in fine D. eodem titulo.* Verba ejus.

Si procurator debitoris in rem suam sit, non puto dubitari debere, quin pactum noceat creditori. Itemque si a parte creditoris procurator in rem suam extiterit, paciscendo inutilem sibi faciet hypothecariam actionem. in tantum, ut putem recte dici, & dominis litis hoc casu nocere hanc exceptionem.

Exceptionem a Marciano dici vides, & adferri pactum, *Ne res pignori hypothecæve sit*; ut liquet ex *d. l.* 8. §. 1. Qui potest? nam idem Marcianus *l.* 5. *D. eod. tit.* scribit, *hypothecam solvi, si ab ea discedatur.* Verum nom improbabiliter dixerim, *exceptionem* illi significare in *d.* §. 2. non exclusionem actionis, ut videtur primo obtutu; sed *pactionem*, seu *conventionem*: usitata locutione, nam & *excipere* pro *pacisci*, & *exceptionem* pro *pactione* Pomponius *l.* 32. *D. de usufructu*, Modestinus *l.* 39. *D. de actionibus empti & venditi*, & Ulpianus *l.* 7. §. 6. *D. de pactis*, dixere.

CAPUT XII.

1. *De mandato & ejus origine.* 2. & 3. *Id quemadmodum a commendato & a consilio discernatur.* 4. *Non esse obligatorium consilium, si tibi specialiter suadeam id quod non fuisses facturus, nisi ego tibi hortator fuissem.* 5. *Mandatum tibi tua gratia esse consilium, non mandatum: neque in eo interesse, utrum mandator in se suscipiat negotii periculum, an non suscipiat.* 6. *Lectio & sententia l.* 6. §. 4. & 5. *D. Mandati vel contra.*

1. Ita est, ut Cicero scribit, *Pro S. Roscio Amerino*, in quibus rebus ipsi superesse non possumus, in his operæ nostræ vicaria fides amicorum supponitur: quam qui lædit, oppugnat omnium commune præsidium, &, quantum in ipso est, disturbat vitæ societatem: non enim possumus omnia per nos agere: alius in alia re est magis utilis: idcirco amicitiæ comparantur: ut commune commodum mutuis officiis gubernetur. id autem neque facilius fit, neque diligentius, quam cum hoc agitur, ne quis propter fidem suscepti negotii facile damnum pro gratia referat, neve officio simulato alterius commodis temere officiat. Quum tamen censerent Veteres, mandatum ex officio atque amicitia proficisci *l.* 1. §. 4. *D. Mandati vel contra:* non videntur initio hoc nomine obligationem constituisse; sicut nec ex precario *l.* 14. *D. de precario:* sed, quod fidem plurimum colerent, atque ut alias corporis partes aliis dicarent numinibus, sic dextram fidei sacram facerent, maxime illa promissa alligasse fidem mandatæ susceptæque operæ: eoque pertinere putem, quod Isidorus scribit *lib.* 5. *Originum c.* 24. mandatum dictum esse, quod olim in commisso negotio alter alteri manum dabat: al-

alludit certe ad hunc ritum Plautus, *Captiv. act.* 2. *sc.* 3. *vers.* 82 *& seqq.* Igitur, quod fides jubebat & pudor, hoc primum mandati jus fuit. post usus ei actionem invenit: ita in civile negotium transiit; & ritus jungendarum manuum exolevit, quasi supervacuus: nomen tamen & res mansit. Proinde ubi mandatum dicimus, designamus consensum mandatoris & mandatarii de quo negotio periculo mandatoris gratis gerendo: in eoque contractu neque scripturam desideramus, neque solemnia verba; sed sufficit consentiri *l.* 1. *D. Mandati vel contra*, inter absentes quidem per nuntium, aut per epistolam *d. l.* 1. §. 1. inter præsentes vero vel tacite, ut si præsens patiar pro me interveniri, neque contradicam *l.* 6. §. 2. *D. eod. tit.* vel palam quibuscumque precariis verbis quæ idonea sint ad explicandum utriusque consensum. In quibus Paulus *d. l.* 1. §. 2. esse inquit non tantum *rogo*, sed & *mando*; & recte: nam cum mandatum ab officio atque amicitia proficiscatur, ut dixi *d. l.* 1. §. *ult.* quid ni *mando* precarium verbum esse existimetur? Atqui hoc ostendit illud Virgilii *lib.* 6. *Æneid. vers.* 116.

— — — — — — *Orans mandata dabat.*

2. Quid, si usus sit *commendandi* verbo? non videri mandatum, Ulpianus refert *l.* 12. §. 12. *D. eod. tit.* quia aliud est mandare, aliud commendare: mandare est, negotium gratis gerendum committere: commendare est, tantum laudare & gratiorem reddere: igitur qui mandat, is mandati periculum in se suscipit vel tacite, vel aperte *l.* 20. *D eod. tit.* nisi ex causa aliud placeat; ut in *l.* 39. *& l.* 36. §. 2. *D. eod. tit.* at, qui commendat, tantum præbet testimonium de moribus aut conditione ejus quem commendat; periculum autem in se neque tacite suscipit, neque aperte: quamquam pudorem suum onerat temeraria laudatione secundum hoc Horatii lib. 1. Epist. 18.

Qualem commendes, etiam atque etiam adspice, ne mox
Incutiant aliena tibi peccata pudorem.

3. Sed quemadmodum *commendatum*, ita *consilium*, a mandato differt: nam & consilii proprium est, ne obligatorium sit *l.* 2. §. *ult. D. Mandati vel contra*: qui enim amico consulit, ei nihil promittit, præter fidem & amicalem affectionem: tantumque vult, eum, si patiatur, consilio monere & regere: si non audiat, invitum cogere, ut faciat id quod nolit, neque vult, neque potest *l.* 10. §. 7. *D. eod. tit.* Igitur cui datur consilium, is si damnosum sibi arbitretur, & sequatur; imputet sibi, cum posset negligere: sin utile existimet, & res aliter cadat; consulentis neque culpa est, neque obligatio: quia neque hic periculum in se suscepit; & ille, quum sequutus est hujus consilium, suo judicio stetit. Sed hoc certum est, consilii non fraudulenti nullam obligationem esse; etiamsi non expediat ei cui dabatur §. 6. *Inst. de mandato*, *l.* 2. §. *ult. D eod. tit.* idque omnes concedunt tum, si tibi generaliter suadeam, ut pecunias tuas potius in emptiones prædiorum colloces, quam fœneres, vel ex diverso.

4. Sed fingamus, me tibi nominatim consuluisse, ut Titio crederes, nec aliter te facturum fuisse, nisi tibi hortator suasorque extitissem: quid dicemus; mandatum esse? hercle censent multi: sed ne putem, suadet Ulpianus *l.* 2. *D. de proxeneticis*: in qua sic infit. *Si proxeneta intervenit faciendi nominis, ut multi solent, videamus, an possit quasi mandator teneri? Et non puto teneri.* Proxeneta est pararius seu conciliator perficiendis negotiis: solet is in emptionibus venditionibus, commerciis, contractibus licitis utilem se non improbabili more exhibere *l. ult. D. eod. tit.* solet aliter non contracturos sua persuasione movere, ut credant ac nomina faciant. hoc enim ostendit Seneca *epist.* 119. his verbis. *Opus erit tibi creditore, ut negotiari possis, æs alienum facias oportet; sed nolo, per intercessorem mutueris, nolo proxenetæ nomen tuum jactent: paratum tibi creditorem dabo.* Hic tamen proxeneta si intervenit faciendi nominis, (Græcismus est notatus ab Augustino *lib.* 2. *Emendat. cap.* 1. *pag.* 99. *& seq.*) hic proxeneta, inquam, si intervenit faciendi nominis causa; & partes ad contrahendum persuasione sua induxit: negat Ulpianus, eum teneri; & addit causam, quia magis monstrat nomen, quam mandat; tametsi laudet: id est, quia non est hoc animo, ut mandet, & periculum recipiat; sed solum, ut monstret, quale sit. Qui igitur consilium dat etiam aliter non contracturo cum Titio, verbi gratia, eum negat Ulpianus mandati teneri: quia non mandat, sed suadet: longe autem aliud est mandare, aliud suadere & monstrare *arg. l.* 1. §. 14. *D. Depositi vel contra.* Idem dicit Ulpianus *d. l.* 2. si aliquid philanthropiæ nomine acceperit: philanthropia est humanitas & dexteritas seu benevolentia adversus omnes homines promiscua: ut supra ostendi *lib.* 1. *c.* 7. quamobrem, absque renumeratione esset consilium proxenetæ, quia non foret mandatum, deficiente consensu: sequitur, ut ne honorario quidem interveniente mandatum fiat: quia honos remunerandi causa habetur; non ut res sit periculo proxenetæ; nec quasi argumentum contracti mandati. Hoc, si quis usus sit aut *suadendi* verbo, aut *consulendi.*

5. Quid, si dixerit, *mando*? nondum erit mandatum; si tibi mandet tantum tua gratia: nam supervacuum est ea in specie mandatum *pr. Inst. de mandato*; resque perinde accipitur, quasi consilium sit, & ob id obligatorium non sit. quamobrem? quia, cum tua interest, mea non interest, res tui arbitrii est, non mei. ego sane cur cogam te, ut in re tua facias quod nolis, neque causam habeo, neque facultatem. sed & si rem tuam gesseris, & damnum passus fueris; nihil est quod accuses meam imprudentiam: cum egeris tuam causam tuo jure; & potueris per te ipse explorare, quid ex usu tuo esset. Sic, si palam non receperim periculum. Idem, si receperim, auctore Celso *l.* 48. §. *ult. D. Mandati vel contra.* ait enim, si, ut tibi negotium geras, mandem tibi, & ut cuivis credas, tu recipias usuras, periculum ad me pertineat, extra mandati formam esse: quemadmodum si mandem, ut tibi quemvis fundum emas: tibi, inquam; sic enim Haloander edit, & sensus postulat; etsi Florentiæ legatur *mihi.*

6. At Ulpianus obstat *l.* 6. §. 5. *D. Mandati vel contra*, quum ait. *Si tibi mandavero, quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit: aut si non esses facturus, nisi ego mandassem, [&] si mea non interfuit, tamen erit mandati actio.* Soletque exemplum postremi casus peti ex *l.* 32. *D. eod. tit.* Verum videamus, ne conjungenda sit species *d.* §. 5. cum ea quæ præcedit §. 4. in quo dixerat Ulpianus. *Si tibi mandavero, quod mea non interest.* Ita Florentiæ legitur: & sensus est, Si tibi mandavero tantum aliena gratia, non etiam mea, neque tua; veluti, ut pro Sejo intervenias,

nias, vel ut Titio credas: esse mihi tecum mandati actionem, & me invicem tibi obligatum fore. Is sensus Florentinæ scripturæ; neque improbo: quum constet, aliena causa mandatum valere *l.* 2. *D. Mandati vel contra.* Malim tamen, nisi offendet te dispunctio voculæ *non*, legere, *si tibi mandavero, quod mea interérat*: quia ea vocula *non* abest a multis manuscriptis libris; utique si quæ Acccursio fides id testanti in Glossa. Etiam convenit ea emendatio speciei *l.* 48. §. 1. *D. eod. tit.* quæ est desumpta ex Celsi libro 7. Digestorum quem allegat Ulpianus *d.* §. 4. Postremo exigit eam sive connexio, sive oppositio, trium specierum quas distinguere videtur Ulpianus in *d.* §. 4. & 5. cum alioquin species *d.* §. 4. eadem sit speciei ultimæ *d.* §. 5. & bis referatur: quod vereor, ut Ulpiano negotium fuerit. Igitur legendum erit, expuncta negatione: *Si tibi mandavero, quod mea intererat.* Sensus vero, Si tibi mandavero & mea & aliena gratia, veluti ut pro Sejo intervenias, vel ut Titio credas, valere mandatum. & ideo mihi tecum fore mandati actionem, & me invicem tibi obligatum fore. Quod verum est, & a Celso probatur *d. l.* 48. §. 1. quem, ut dixi, laudat Ulpianus *d.* §. 4. Deinde inquit Jurisconsultus §. 5. *Plane, si tibi mandavero, quod tua intererat, nulla erit mandati actio.* Verissime: nam supervacuum est mandatum, si tantum tua gratia interpositum est: quia tantum tua interest, mea non interest. Quid, si mea quoque interfuit? jam valet mandatum, ut Ulpianus inquit: quia & tua & mea gratia est. Sequitur, *aut si non esses facturus, nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit, tamen erit mandati actio.* Ita habent Pandectæ Florentini sed pro *aut si* scribe *at si*: sic enim suadent manuscripti libri: ut monent Russardi & Charondæ marginales Notæ, etiam codex Haloandrinus. & sensus, At si mandavi tibi, neque mea gratia, neque tua, sed aliena; & ideo non fuisses facturus, nisi tibi mandassem; competituram tibi adversus me mandati actionem, etsi mea non interfuit. Hoc mihi videtur; & a Justiniano indicatur §. 6. *Inst. de mandato*: cum sic scribit. *Et adeo hæc ita sunt, ut quæsitum sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio fœnerares; sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.* Hæc cur tam varie? In primis cum, aliena causa interposito mandato, non magis mea intersit, quam cum mandatum est tua causa. Sed refert, quod te in tua causa & deligentem & curiosum esse oportet, in aliena non item: quod recte notat Paulus *l.* 19. *D. de novationibus*: nec Paulus tantum, sed Terentius quoque *Heautontim. act.* 1. *scen.* 1. *vers.* 23. his verbis.

— — — *Tantumne ab re tua 'st otI tibi?*
Aliena ut cures; eaque nihil quæ ad te attinent?

& ideo in altero casu, si aliter cadat res, neque inquisivisti diligenter & curiose in rem mandatam, tua culpa est, in altero non est. Totus igitur Ulpiani locus ita restituendus erit.

Si tibi mandavero, quod mea intererat, veluti ut pro Sejo intervenias, vel ut Titio credas: erit mihi tecum mandati actio, (ut Celsus lib. 7. Digestorum scribit) & ego tibi sum obligatus. Plane si tibi mandavero, quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit: at si non esses facturus, nisi ego mandassem, [&] si mea non interfuit, tamen erit mandati actio.

Plane, si quis volet tueri lectionem Florentini exemplaris, *aut si non esses facturus, nisi ego mandassem*; ei libertatem suam non invideo: dum cogitet, non esse exemplum ejus versus in *l.* 32. *D. eod. tit.* quamquam multi putant: non enim proponitur ea in lege mandatum tua tantum causa de quo illi volunt quæri allegato in versu *d.* §. 5. sed proponitur mandatum mea & tua gratia de quo non agitur illo in versu; sed in præcedente, scilicet, *nisi mea quoque interfuit.*

FINIS LIBRI IV.

PROBABILIUM JURIS CIVILIS.

ELENCHUS

Capitum Probabilium Juris Civilis.

LIBRI PRIMI.

pectis

LIBRI SECUNDI.

LIBRI TERTII.

LIBRI QUARTI.

GERARDI NOODT,

JURISCONSULTI ET ANTECESSSORIS,

DE

JURISDICTIONE

ET

IMPERIO

LIBRI DUO.

Editio quinta.

GERARDI NOODT,

Jurisconsulti & Antecessoris,

DE

JURISDICTIONE ET IMPERIO

LIBER PRIMUS.

Caput I.

Quid jurisdictio sit, & quam late pateat.

Quid jurisdictio sit, & quam late pateat, origo verbi & rei natura indicant. proficiscitur enim a jus & dicere. jus autem dicere est, pronuntiare id quod omnibus vel pluribus in civitate utile habetur. ita enim jus sumi, & Lactantius refert *lib. 6. Divin. inst. c. 9.* neque Paulus negat *l. 11. D. de justitia & jure.* Cassiodorus quoque *lib. 6. Var. in Formul. Consulat.* cum de Consulis jurisdictione loquitur, eam eodem aut simili sensu describit. Verba Cassiodori. *Merito supra omnes cives poterat, qui ab hoste patriam vindicabat, utilitates publicas sub æquitate disponens, jus dicebat etiam capiti.* Igitur jus dicere est, pronuntiare id quod omnibus vel plerisque in civitate utile habetur. At quia ea utilitas sive id jus parum intelligi solet, præterquam causa cognita; etiam frustra dici, nisi jurisdictioni cogendi vis potestasque insit: facile obtinuit, ut jurisdictionis appellatione non tantum juris pronuntiatio, sed cognitio quoque, atque executio, contineri viderentur. idque Javolenum opinor velle libro 6. ex Cassio; cum ait, cui jurisdictio data est, ei quoque concessa videri ea sine quibus jurisdictio explicari non potest *l. 2. D. de jurisdictione.* Sed usus jurisdictionis quem dixi, certus est *ex l. 5. D. de re judicata, l. unic. §. 1. D. Si quis jus dicenti non obtemperaverit, l. ult. §. 1. D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio, l. 13. §. 4. D. Ad Senatusconsultum Trebellianum, & similibus.* Adeo licet, illam definiam, notionem quæ Magistratui competit cum decernendi atque exequendi potestate. Nec refert, utrum ei jure Magistratus sui, an nominatim Lege aut Constitutione, deferatur: utramque enim jurisdictionem appellari, cum superioribus consequens est, tum Ulpiani auctoritate liquet; postquam in *l. 7. §. 2. l. 8. & 9. D. de officio Proconsulis & Legati* scribit, *Cum plenissimam jurisdictionem Proconsul habeat, omnium partes, qui Romæ, vel quasi Magistratus, vel extra ordinem jus dicunt, ad ipsum pertinere.* Eodem spectat, quod idem Ulpianus *pr. l. 8. D. de transactionibus* refert, D. Marcum effecisse, ne transactio alimentorum aliter rata esset, quam si Prætore auctore facta esset; & hanc cognitionem jurisdictionis esse, deinde palam affirmat *§. 18. d. l. 8.* His adde, quod tutelæ datio specialis concessionis habetur: apud Alexandrum tamen jurisdictio indigitatur *l. 3. C. de confirmando tutore*, verbis istis. *Si, ut proponis, pupillo cujus meministi, pater inutiliter testamento tutores dedit; &, priusquam hi confirmarentur, alii ab eo, cujus jurisdictio est, dati sunt.* Ita Russardus legit: cum vulgo sit, *alii ab eo, cujus interest, dati sunt.* Sed Russardi conjecturam sensus exigit, & Ulpiani similis locus locutioque, non dicam suadet, sed convincit *l. 3. D. de postulando, & l. 3. §. 5. D. Judicatum solvi.*

Habes veram & naturalem jurisdictionis significationem: sed quam videtur interdum restringere ratio subjectæ materiæ: ut apud Ulpianum *l. 6. §. 2. D. de tutelis;* cum ait, *Tutoris dationem neque imperii, neque jurisdictionis esse: sed ei soli competere, cui hoc nominatim dedit vel Lex, vel Senatusconsultum, vel Princeps.* Observandum enim, quod loci ejus Inscriptio indigitat, eum desumptum esse ex Ulpiani libro 38, vel, si mavis, libro 39. Ad Sabinum: quo libro illum tutelam, maxime dativam, persequutum esse, verisimile est ex conjunctione *l. 1. D. de tutoribus & curatoribus datis ab his, l. 2. D. de officio Juridici, & similium.* In eo autem libro expositurus, quibus Magistratibus in urbe atque in provinciis jus sit tutores dandi, primum dixit, nullis suo jure esse: nec referre, utrum habeant ea quæ magis imperii, an ea quæ magis jurisdictionis, appellantur: & pro ratione addidit, quod tutoris datio neque imperii neque jurisdictionis est; sed ei soli competit cui hoc nominatim dedit vel Lex, vel Senatusconsultum, vel Princeps. his autem verbis non negavit, tutoris dationem si cui Lege aut Senatusconsulto aut Constitutione data sit, recte imperii aut jurisdictionis vocari: sed significavit, eam non ordinarii imperii, neque ordinariæ jurisdictionis, esse; & ideo ad Magistratus quibus nominatim concessa non sit aut Lege, aut Senatusconsulto, aut Constitutione, sola vi imperii aut jurisdictionis non pertinere. Dedi pulchram ac claram Ulpiani interpretationem. sed, si permittes, addam alteram, non minus probabilem, atque ipsam ex superiore profluentem. Cum enim enumerasset Ulpianus omnes quibus in urbe atque in provinciis nominatim concessum esset jus dandi tutores: deinde adhuc quæsivisse videtur, an tutelæ datio ab his aliis mandari possit; & respondisse. non posse: ut in *l. 8. D. de tutoribus & curatoribus datis ab his* &c. Qua causa? quia tutelæ datio neque imperii, neque jurisdictionis, est: sed ei soli competit cui hoc nominatim dedit

vel

vel Lex, vel Senatusconsultum, vel Princeps. Sensus vero: Posse quidem a Magistratu mandari ea quæ illi sine speciali lege, tantum propter vim imperii aut jurisdictionis, competunt: sed non ea quæ, absque lege foret, a jurisdictione atque imperio separata essent: porro esse hanc tutelæ dationis conditionem, ut qui imperium, aut jurisdictionem habet, eam, nisi nominatim Lege accepit, tantum propter vim imperii aut jurisdictionis non habeat. Vides Ulpiani sensum, etiam scopum: & adeo velle, tutelæ dationem non quidem hactenus esse imperii aut jurisdictionis, ut videatur Magistratui competere jure Magistratus sui, ab eoque alii mandari possit: sed non æque velle, hanc, si Magistratui Lege aut Constitutione data sit, jurisdictionem male appellari: hoc enim illi propositum non fuit; præterea origo verbi potestasque, & quem dixi, Veterum usus, ipsiusque Ulpiani atque Alexandri auctoritas refellit. Sed verius, dixerim, jurisdictionis appellationem, cum de majorum more & his effectis quæ eo recepta sunt, quæritur, tantum accommodari illis quæ Magistratui jure proprio & more competunt: sin rei naturam & verbi proprietatem spectes, etiam designare eam quam Ulpianus *plenissimam jurisdictionem d. l. 7. §. ult. D. de officio Proconsulis & Legati*, aut *officium jus dicentis latissimum l. 1. D. de jurisdictione*, Gordianus vero *plenam legis actionem* vocat *l 1. C. de adoptionibus:* & ideo his quæ specialis concessionis sunt, negari minime

Exposui jurisdictionem quæ civilibus causis consumitur. Videamus, an merum quoque imperium quod criminibus occupatur, jurisdictio appelletur. Quod magis puto, & a Pomponio probari *l. 2. §. 23. D. de origine juris;* cum negat, Consulibus lege permissum fuisse, injussu populi jus dicere de capite civis Romani. Clarius tamen Tertullianus *Ad Scapulam c. 4.* quem locum mihi suggessit Vir Egregius, Antonius Schultingius, Jurisconsultus, quem honoris causa appello, ut insignis ejus eruditio & peritia rerum antiquarum meretur. Verba Tertulliani. *Potes & officio jurisdictionis tuæ fungi, & humanitatis meminisse, vel quia & vos sub gladio estis. Quid enim amplius tibi mandatur, quam nocentes confessos damnare, negantes autem ad tormenta revocare.* Tertulliano officium jurisdictionis est officium meri imperii, seu juris gladii. Neque aliter accipitur apud Cassiodorum *lib. 6. Var. Form. 20.* in sequentibus verbis quæ sunt de jurisdictione Consulis. *Secures enim & fasces, quos illi dicavit genio antiquitas, tuis videntur faleris deputata, ut jurisdictio concessa vel tacita possit admonere provincias.* Vides Consulis jurisdictionem a Cassiodoro referri etiam ad causas criminales & meri imperii: pariter ut *in Formul. 1. ejusdem libri*, ubi de eadem sic infit. *Merito supra omnes cives poterat, qui ab hoste patriam vindicabat, utilitates publicas sub æquitate disponens, jus dicebat etiam capiti.* Similiter Papinianus *l. 1. D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio* scribit, *Errare Magistratus, qui cum publici judicii habent exercitionem, veluti Legis Juliæ de adulteriis, & si quæ sunt aliæ similes, jurisdictionem suam mandant.* pro, mandant jurisdictionem sibi Lege Julia concessam. quæ cum quæstio sive criminalis jurisdictio sit, probatum est, jurisdictionem ad causas quam civiles, tam criminales, referri recte. Nec tamen inficior, his rarius, illis frequentius, eam applicari; & quæ de criminibus est, hanc magis merum imperium, seu potestatem, quæ vero de civilibus causis est, eam magis jurisdictionem appellari *l. 3. D. de jurisdictione.* Sed vulgo notum est, verborum inopia, & rerum multitudine fieri; ut, quæ generis loco sunt, sæpe in speciem transeant, & generale nomen tantum in parte retineant.

CAPUT II.

Jurisdictionem & imperium tantum nominis sono distingui. Ulpianus l. 3. D. de jurisdictione expositus, salva lectione hactenus recepta.

Dictum hactenus de jurisdictione: deinde de imperio videndum. de quo ita Ulpianus *l. 3. D. de jurisdictione.*

> *Imperium aut merum est, aux mixtum est. merum est imperium, habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam potestas appellatur. Mixtum est imperium, cui etiam jurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia.*

Locus optimus; sed multis corruptus, omnibus obscurus, videtur: non aliam ob causam, quam quia non omnibus liquet, quid sit hoc, *Mixtum imperium est, cui etiam jurisdicto inest.* Igitur ut lucem inferam, simul receptam lectionem servem, primum lubet inquirere, quid *imperium*, deinde quid *inesse*, significet. Puto autem, imperium indigitare Magistratus potestatem, & idem jurisdictioni haberi. Inde Pomponius *l. 215. D. de verborum significatione* ait, potestatis verbum in personis Magistratuum imperium significare. Et Ulpianus *l. 7. §. 14. D. de pactis* scribit, *Si paciscar, ne operis novi nunciationem exsequar, quosdam putare, non valere pactionem, quasi in ea re Prætoris imperium versetur:* id est, prætoria jurisdictio, vel ipso Ulpiano interprete *l. 1. §. 9. D. de novi operis nunciatione.* Paulus quoque *l. 12. §. 1. D. de judiciis, Eum, cui mandata est jurisdictio, judicem dare posse: ut sunt Legati Proconsulum. item hos, quibus id more concessum est, propter vim imperii: sicut Præfectus urbi, cæterique Romæ Magistratus:* pro propter vim jurisdictionis: nam (ut Ulpianus *l. 3. D. de jurisdictione* refert) *jurisdictio est etiam judicis dandi licentia.* Rursus Gajus *l. 2. D. de adoptionibus* infit, *Generalem adoptionem duobus modis fieri, aut Principis auctoritate, aut Magistratus imperio:* id est, ut ego expono, jurisdictione voluntaria; sic enim appellatur *l. 2. D. de officio Proconsulis & Legati.* Similiter Ulpianus *l. 13. §. 4. D. Ad Senatusconsultum Trebellianum:* ait enim, *Prætorem in Prætorem, vel Consulem in Consulem nullum imperium habere; sed si jurisdictioni se subjiciant, Prætorem in eos jus dicere.* Ulpianus jurisdictionem atque imperium, item imperium habere & jus dicere, pariter accipit. Et hoc eum velle arbitror *d. l. 3.* cum sic infit, *Mixtum est imperium, cui etiam jurisdictio inest:* sensus enim, Mixtum imperium est, quo etiam jurisdictio continetur; sive mixtum imperium est quod civili jurisdictione censetur; sive, quod etiam jurisdictio appellatur. Habes Ulpiani sen-

sensum, sed paucis confirmandum. Ipse similiter *l.* 7. §. 10. *D. de pactis* ait, *Fraudem dolo inesse*, pro faudem videri eamdem dolo. quo modo Augustinus, *Exposit. in Evangel. Joan. tract.* 7. *cap.* 1. *tom.* 9. *pag.* 29. *col.* 1. *in fin. Dolus fraus est, simulatio est.* Idem rursus Ulpianus, *Pacta conventa judiciis bonæ fidei inesse l.* 7. §. 5. *D. eod. tit.* pro his contineri *l.* 72. *D. de contrahenda emptione*, & eorum jure ac nomine censeri haberique. Et, *In empto paratum inesse*, *in parato non continuo emptum contineri l.* 47. §. 1. *D. de legatis lib.* 3. pro quod emptum est, id paratum esse, quod vero paratum est, id non continuo emptum videri. Præter Ulpianum utitur & Cicero eo verbo eodem aut pari sensu, *De natura Deorum lib.* 1. *c.* 42. cum sic infit, *Horum enim sententiæ omnium non modo superstitionem tollunt, in qua inest timor inanis Deorum; sed etiam religionem, quæ Deorum cultu pio continetur.* Utitur & Ovidius *Heroidum epistola* XVII. quæ est Helenæ ad Paridem. Versus Ovidii.

Ipse mihi quoties iratus, adultera, dices!
Oblitus nostro crimen inesse tuum.
Delicti fies idem reprehensor & auctor.

Sed satis apparet, illud Ulpiani, *Mixtum imperium est, cui etiam jurisdictio inest*, tantum velle, quod mixtum imperium est, hoc etiam jurisdictionem appellari Sane imperium pro genere ponit: ejus species duas facit, ex his alteram imperium merum, alteram imperium mixtum vocat, & utramque ab exemplis definit: ut sæpe Veteres, Isidoro teste *lib.* 2. *Originum c.* 29. *vers. undecima p.* 882. & Jurisconsulti *l.* 2. §. 1. *l.* 6. §. 1. *D. de rerum divisione. l.* 5. *D. de pactis l.* 7. *D. de interdictis & relegatis:* etiam Imperator §. 3. *Inst. de jure naturali gentium & civili.* Prima Ulpiano species venit merum imperium: id vero esse infit, verbi gratia, gladii potestatem habere, & alias potestatem vocari: ut in illo Lampridii *in vita Alexandri Severi c.* 49. *Honores juris gladii nunquam vendi passus est, dicens, necesse esse, ut, qui emit, vendat. Ego non patiar mercatores potestatum.* Vides speciem imperii unam. Quæ altera? Imperium mixtum cui etiam jurisdictio inest: id est, quod alio nomine etiam jurisdictio appellatur. Paulus *l.* 1. §. 1. *D. de officio ejus cui mandata jurisdictio est* dicit, *Imperium quod jurisdictioni cohæret*: pari forma qua Papinianus *l.* 72. §. 6. *D. de conditionibus & demonstrationibus* ait, *Rationem legandi legato non cohærere*: significans, rationem legato adscriptam, non esse legandi rationem. Ipse quoque Paulus *l.* 126. §. 1. *D. de verborum obligationibus*, *Minus*, inquit, *est in eo usufructu quem per se quis promisit, quam in eo qui proprietatem comitatur*: pro, in eo qui proprietate censetur, vel qui alias proprietas dicitur *l.* 78. *D. de jure dotium.* Est igitur Ulpiano mixtum imperium cui etiam jurisdictio inest: id est, ut Paulus loquitur, quod jurisdictioni cohæret; vel, ut ipse explicui, quod etiam jurisdictio appellatur. Sed id quale? ait Ulpianus, Quod in danda bonorum possessione consistit. Ulpianus definitionem tradit ab exemplo: estque ea perinde accipienda, quasi roganti, quid sit mixtum imperium, sive jurisdictio, respondeat Ulpianus, mixtum imperium, sive jurisdictionem, esse verbi gratia, jus dandæ bonorum possessionis. nec ad hoc subsistit Ulpianus. amplius ait, esse & Judicis dandi licentiam. nihil enim aliud agit, cum subjicit, *Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia;* quam ut ostendat, & bonorum possessionem, & Judicis dationem, pariter & mixti imperii & jurisdictionis haberi: adeo sive jurisdictionem, sive mixtum imperium, dicas; rem eodem recidere, & utrumque duabus absolvi partibus: id est, Judicis dandi licentia, & Prætoris cognitione ac decreto cujus exemplum est datio bonorum possessionis. Verum patet, Ulpianum imperium mixtum cum jurisdictione confundere; & ejus qualem qualem definitionem, pro Veterum more, exemplis paucis exposuisse.

Caput III.

Quo sensu Ulpianus & Paulus imperium & jurisdictionem distinxerint l. 4. *D. de jurisdictione, & l.* 26. *pr. &* §. 1. *D. Ad municipalem.*

Difficultatem tamen his idem ex transverso injicit Ulpianus *l.* 4. *D. de jurisdictione* verbis istis. *Jubere caveri prætoria stipulatione, & in possessionem mittere, imperii magis est, quam jurisdictionis.* Ait, esse quæ magis imperii sunt; ait, esse quæ magis jurisdictionis habentur. videtur igitur aliam jurisdictionem, aliud imperium, facere. Sed non est ita; neque Ulpiano ratio fuit, generaliter quæ imperii, quæque jurisdictionis sint, definire; sed quid in Magistratibus municipalibus observetur, fere id ostendere. Hoc Inscriptio indicat: quæ Ulpiani ad Edictum librum primum præfert: quo eum de Magistratuum municipalium potestate egisse, patet ex *l.* 25. *D. Ad municipalem*, *l.* 1. *l.* 4. *D. de damno infecto*, & pluribus Pandectarum Fragmentis. Sed & Paulus scribit similiter ad Edictum libro primo: *Ea, quæ magis imperii sunt, quam jurisdictionis, Magistratum municipalem facere non posse.* Item, *Magistratibus municipalibus non permitti in integrum restituere, aut bona rei servandæ causa jubere possideri, aut dotis servandæ causa, vel legatorum servandorum causa. l.* 26. *pr. &* §. 1. *D. Ad municipalem.* Unde apparet, aliter jurisdictionem sonare, aliter imperium: sed tantum in municipalibus, non etiam in cæteris, Magistratibus: ut mox plenius ostendam. At cur in municipalibus? quia Edictum perpetuum, cum his dedit notionem de quibusdam causis, eam non imperium dixit, sed jurisdictionem; ipsamque non in infinitum concessit, sed usque ad certam summam: uti idem Paulus eodem libro primo ad Edictum docet *l.* 28. *D. eod. tit. l. ult. D. de jurisdictione, & lib.* 5. *Sentent. tit.* 5. §. 1. His adde, quod eam non pro tribunali dedit, sed de plano dedit. Adeo & II. VIR. I. D. aut IIII. VIR. I. D. aut IIIIII. VIR. I. D. id est, Duumvir juri dicundo, aut Quatuorvir juri dicundo, aut Sevir juri dicundo, passim legitur in antiquis Inscriptionibus, & jurisdictionis municipalis mentio sæpe fit in Fragmentis Juris, ut *l.* 29. *D. Ad municipal. & alibi*: imperii autem mixti, aut tribunalis municipalis, mentio in Fragmentis Juris non fit. Scio, Suetonius *De claris Rhetoribus c.* 6. sic inquit. *Cajus Albutius Silus Novariensis, quum ædilitate in patria fungeretur, quum forte jus diceret, ab iis contra quos pronuntiabat, pedibus e tribunali detractus est.* Sed Suetonius tribunal abusive dixit locum in quo positis subselliis considebat Magistratus juri dicundo:

do: quæ subsellia in municipiis videntur fuisse Magistratuum, sicut Romæ fuere Tribunorum, Triumvirorum, Quæstorum, & hujusmodi minora judicia exercentium: qui non habebant tribunal, auctore Asconio Pediano *ad Divinat. in Verr. pag.* 34. abusive, inquam, & consimili ambitione, qua & Curia Senatus, & Decuriones Senatores & Duumviri Dictatores, Consules & Prætores, appellantur apud Veteres. Idem judicium esto de sequentibus Inscriptionibus apud Reinesium: prior est 89. classis 2.

MELANTHVS. P. DECII
ET. COLLEGA. MAG NE
TRIBVNAL. NOVVM. A. SOLO. FECERE
THEATRVM. ET. PROSCENIVM. REFECERE
LVDIS. SCENICIS BIDVO. DEDICAR
D. S. P.

Altera Inscriptio est 44. classis 6.

HONORI
M. GAVI. M. F.
POB. SQVILLANI.
EQ. PVB. IIII. VIR. I. D.
IIII. VIR. AP. VB.
CVRATORI. VICETINOR
APPARITORES. ET
LIMOCINCTI
TRIBUNALIS. EIVS

Nec mutat, quod & tribunal & sublimis suggestus municipalibus Magistratibus adscribi videtur etiam in sequentibus Apuleji verbis *lib.* 3. *Metamorph. Tandem pererratis plateis omnibus, & in modum eorum, qui lustralibus piamentis minas portentorum hostiis circumforaneis expiant, circumductus angulatim, forum, ejusque tribunal adstituor. Jamque sublimi suggestu Magistratibus residentibus, jam &c.* Nam res, quam narrat Apulejus, ludicra est, & ad risum facta: ut ipse indicat, cum post pergit. *Nam lusus iste, quem publice gratissimo Deo Risui per annua reverticula solenniter celebramus, semper commenti novitate florescit.* Adeo vix est, ut ex Apuleji verbis argumentum serio fieri possit pro municipali tribunali: maxime, cum non modo vestigium ejus nullum extet in Fragmentis Juris Civilis: sed Plutarchus quoque in *Præceptis reipublicæ gerendæ, pag* 813. *tom.* 2. *edition. Paris.* municipalem Magistratum clare ponat infra tribunal. Verba Plutarchi hæc sunt. *Sed & hæc commemoranda; imperas subditus, urbi præfectus, quæ proconsulibus, aut procuratoribus Cæsaris est subjecta. non hic lanceæ campi sunt, nec priscæ Sardes, neque Lydorum illa potentia. gestanda tibi est chlamis vilior, & a prætorio oculi in tribunal convertendi, neque multum fiduciæ in corona ponendum, cum supra caput tuum calceos cernas.* Præterea Paulus *l.* 38. §. 10. *D. de pœnis* Magistratum municipalem appellat, *Pedaneum Judicem*, scribens, illum, si pecunia corruptus sit, Curia, seu Ordine Decurionum, summovendum esse. At Magistratum qui tribunali præest, numquam Pedaneum Judicem dici, inter omnes constat. His accedit, quod Paulus *l.* 105. *D. de regulis juris* quæ est ex libro ejus primo ad Edictum, & ideo conjungenda cum *d. l.* 26. non minus clare, quam commode, definit, *Ubicunque causæ cognitio est, ibi* (quia tribunali opus, ut ostendam capite 10.) *Prætorem desiderari:* id est, non sufficere municipalem Magistratum; quem idem Paulus, ut dixi, Judicem Pedaneum appellat. Et Paulo convenienter Ulpianus libro primo ad Edictum *l.* 4. §. 4. *D. de damno infecto, Si forte duretur non caveri,* (in causa damni infecti) *ut possidere liceat, quod causa cognita fieri solet,* (& ideo pro tribunali) *non Duumviros,* (qui sunt municipales Magistratus) *sed Prætorem vel Præsidem permissuros.* Quod si est; apparet causa inventæ differentiæ inter jurisdictionem & imperium in municipalibus Magistratibus: simul, jurisdictionem in ipsorum personis partes jurisdictionis illas comprehendere quæ de plano exerceri possunt; cæteras quæ cognitionem & tribunal exigunt, id est, quæ mixti imperii seu totius jurisdictionis sunt, nullas comprehendere: imo, ne illas quidem quæ de plano exercentur; si præsertim Prætor eas sibi in Edicto reservaverit: ut in edictalibus bonorum possessionibus factum: quæ, etsi solerent de plano peti & dari, tamen mixto imperio accensebantur *l.* 3. *D. de jurisdictione;* neque a Duumviris peti poterant, sed a Prætore: nisi postquam id mutavit Constantinus *l. ult. C. Qui admitti ad bonorum possessionem possunt.* Quid ergo est? ego censeo, imperium a jurisdictione, quantum ad Magistratus municipales attinet, non tam vocabuli proprietate, quam docentium usu, separari; &, quia lex notionem municipalium Magistratuum jurisdictionem appellavit, fecisse vocabulorum paupertatem, & distinguendi necessitatem, ut eadem, si cum potestate Romani Magistratus conferretur, tantum jurisdictio diceretur: ea vero quæ Romani Magistratus est, magis imperium appellaretur. Ut tamen in Romano Magistratu ista quæ imperii, eadem jurisdictionis, & quæ jurisdictionis, eadem imperii, haberentur. Sane, si cui Prætor, aut similis Populi Romani Magistratus, jurisdictionem delegaret; tum (ut Ulpianus loquitur *l.* 1. §. 4. *D. de suspectis tutoribus*) officium totum juris dicundi ad illum transibat: & ideo ea quoque quæ imperii sunt, ei mandata intelligebantur; ut, quod Macer notat *libro* 1. *De officio Præsidis*, cognitio de suspectis tutoribus, & si possessio bonorum detur, vel si cui damni infecti non caveatur, ut is possidere jubeatur, aut ventris nomine in possessionem mulier, vel is cui legatum est, legatorum servandorum causa in possessionem mittatur *l.* 4. *pr. &* §. 1. *D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio.* His adde, quod idem Ulpianus scribit *l.* 1. §. *ult. D. de stipulationibus prætoriis*, eique Pomponius consentit *l.* 5. *D. de verborum obligationibus*, jubere caveri prætoria stipulatione prætoriæ jurisdictionis esse. præterea *l.* 1. §. 10. *D. de postulando*, & *l.* 16. §. *ult. D. de minoribus*, tam Præfectum urbi, quam alios Magistratus pro jurisdictione sua restituere in integrum. Item Ad Edictum libro primo *l.* 1 *D. de damno infecto, Cum res damni infecti celeritatem desideret, & periculosa dilatio Prætori videatur, si ex hac causa sibi jurisdictionem reservaret, Magistratibus municipalibus delegandum hoc recte putavisse.* Et rursus *l.* 4. §. 3. *D. de damno infecto*, Prætorem vel Præsidem Magistratibus municipalibus duas res injunxisse, cautionem, & in possessionem missionem; cætera suæ jurisdictioni reservavisse. Quæ mihi placent, atque ea quæ in *l.* 4. *D. de jurisdictione, & l.* 26. §. 1. *D. Ad municipalem*, respectu municipalium Magistratuum dicuntur magis imperii esse, quam jurisdictionis, in cæteris magistratibus æque jurisdictionis, atque imperii esse, clare evincunt. Nisi Paulus intercedit *l. ult.* §. 1. *& l.* 1. *D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio*, locis sane asperis & difficilibus. Sed ea superavi infra libri secundi capite secundo.

CA-

Caput IV.

De mero imperio, seu gladii potestate. id quo sensu merum dicatur, & a mixto imperio separetur? Cognitionem & decretum meri imperii partem facere.

De imperii & jurisdictionis significatione dictum satis. porro de formis dicendum: cum autem imperium duplex sit, merum, aut mixtum; primum de mero videndum. Id ab Ulpiano *l.* 3. *D. de jurisdictione* definitur, *Habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines.* Ait, *gladii;* &, ut puto, exempli causa: utitur enim specie imperfectæ definitionis, quam Isidorus κατ' ἀναλογίαν appellat; non definitione ex genere & differentia. Adeo perinde acceperim Ulpianum, ac si dixisset, merum imperium esse, verbi gratia, habere gladii potestatem. non enim gladius qui apud Ulpianum de ultimo supplicio dicitur, tantum ad merum imperium refertur, sed & quævis alia criminum coërcitio, quam Ulpianus a gladii potestate separat *l.* 6. *D. de officio Proconsulis & Legati. l.* 70. *D. de regulis juris. l.* 6. §. 8. *D. de officio Præsidis.* Nec tamen inficior, Veteres interdum per gladium etiam integrum merum imperium, non tantum partem ejus, indigitare: ut cum honores juris gladii apud Lampridium legimus *in vita Alexandri Severi c.* 49. Sed apud Ulpianum contra est: & forsan in illo Prudentii *Cathemerin. hymno ante somnum.*

Quæsitor ille solus
Animæque corporisque,
Ensisque bis timendus
Prima ac secunda mors est.

Deinde ait Ulpianus, *Ad animadvertendum facinorosos homines.* Video, ex his verbis colligi, jus gladii tantum executione, non etiam cognitione, constare: & ideo alio nomine merum imperium dici: etiam opponi imperio mixto cui jurisdictio inest: postremo, coërcitionem, executionem, animadversionem, potestatem, jusque animadvertendi, appellari *d. l.* 3. *& l.* 11. *D. de officio Proconsulis & Legati l.* 1. §. 1. *D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio. l.* 131. §. 1. *D. de verborum significatione.* Quod mihi non placet: nam cum hoc imperium vocatur *merum*, idemque *mixto* opponitur; non hanc causam habet, quod id solum ac nudum imperium est; quamquam & *merum* hac significatione sumi, non ignorem, aut negem: sed quia ad ultionem læsæ disciplinæ respicit, & severitatem Judicis ac vim requirit, & ob id vehementius & insignius habetur: ut solent quæ nulla admixtione aut corrupta, aut attemperata, sunt. Eo sensu *merum* Latine scientibus usurpari, etiam Obertus Gifanius observat, *Indice ad Lucretium;* & apud Sidonium Apollinarem accipitur *lib.* 4. *epist.* 1. istis verbis. *Purius, fortius, meracius amare.* Justinianus quoque *l.* 12. *C. de legitimis heredibus* hoc sensu, *Omne*, inquit, *jus quod ex quacunque lege liberis præstitum est, hoc* merum *atque* immutilatum *hujusmodi filiis vel filiabus servari.* Contra id imperium quod *mixtum* est, non idcirco sic appellatur, quia cognitioni miscetur: minime: sed quia lenius est, aut non tam vehemens, quam merum imperium: neque ad vindicandam reipublicæ majestatem, sed ad regendam privatorum utilitatem refertur. Sic mihi videtur: & facit priori sententiæ, quod Pomponius *l.* 2. §. 18. *D. de origine juris*, & Arcadius Charisius *l. unic. D. de officio Præfecti prætorio*, capitis animadversionem eadem ratione summam & majorem potestatem vocant. Facit utrique Cicero *pro Cæcina cap.* 2. cum sic scribit. *Omnia judicia aut distrahendarum controversiarum, aut puniendorum maleficiorum causa reperta sunt: quorum alterum* lenius *est, propterea quod & minus lædit, & persæpe disceptatore domestico dijudicatur. Alterum est* vehementissimum, *quod & ad graviores res pertinet, & non honorariam operam amici, sed severitatem judicis ac vim requirit.*

At enim merum imperium dicitur gladii potestas ad animadvertendum, dicitur & coërcitio, & animadversio. Memini: sed id non obstat; neque magis cognitionem ab imperio mero excludit, quam lex, cum Magistratui cognitionem aut jurisdictionem indulget, ab ea executionem aut notionem separat. Igitur & imperium, & animadversio, & coërcitio, plenius accipenda sunt; ut animadversionem seu jurisdictionem integram exhibeant: velut in Edicto de injuriis, & de minoribus; vel Ulpiano interprete *l.* 15. §. 28. *D. de injuriis, & l.* 1. §. 1. *juncta l.* 24. §. *ult. D. de minoribus.* Quamquam quid verbis opus est? ubi res apparet, & Ulpianus scribit *l.* 6. *D. de officio Proconsulis & Legati, Proconsules solere custodiarum cognitionem mandare Legatis: scilicet ut præauditas custodias ad se remittant, ut innocentem ipsi liberent. sed hoc genus mandati extraordinarium esse:* & addit, *nec enim posse quem gladii potestatem sibi datam, vel cujus alterius coërcitionis, ad alium transferre.* Unde constat, cognitionem Ulpiano facere partem potestatis gladii, & sub mero imperio comprehendi. Sed hoc probant quoque formulæ legum publicorum judiciorum: in quibus ita caveri, docuit me Ciceronis Oratio *Pro Cluentio*, & *Collatio Legum Mosaicarum & Romanarum Tit.* 1. *Uti is Prætor, Judexve quæstionis, cui sorte obvenerit quæstio de sicariis, quærat cum his judicibus, qui ex lege sorte obvenerint.* Idem Virgilius ostendit *lib.* 6. *Æneid. vers.* 431. verbis sequentibus.

Nec vero hæ sine sorte datæ, sine judice sedes,
Quæsitor Minos urnam movet, ille silentum
Consiliumque vocat, vitasque, & crimina discit.

Vides Quæsitorem, cum urnam movere Consilium convocare, vitas & crimina discere: id vero quid aliud est, quam eum qui merum imperium habet, de criminibus cognoscere, & pronuntiare? id est, jus dicere. Atque hoc Asconius Pedianus ex illo Virgilii loco observat, & sic tradit in *Argumento orationis Ciceronis in Verrem de prætura urbana.* Verba Asconii. *Ad hanc similitudinem Poëta Virgilius Minoëm judicem apud inferos, tanquam si Prætor sit rerum capitalium, Quæsitorem appellat: dat ibi sortitionem, ubi urnam nominat: dat electionem judicum, cum dicit, consiliumque vocat: dat cognitionem facinorum, cum dicit, vitasque & crimina discit.* Sed & sententiæ pronunciationem Prætori, seu Quæsitori, competiisse, præter eumdem Asconium *in Proœmio actionis in Verrem p.* 47. & 48. & *in Argumento Milonianæ p.* 191. clare attestatur Plutarchus *in vita Pompeji p.* 620. *ad fin.*

CAPUT V.

Mixti imperii partes duas esse, decretum, & judicis dationem.

Sed hujusmodi imperium Ulpiano merum est. idem mixtum vocat *d. l.* 3. quod in danda bonorum possessione consistit: & addit, jurisdictionem etiam Judicis dandi licentiam esse. Ita formæ sive mixti imperii, sive jurisdictionis, duæ videntur, decretum, & Judicis datio: sed utriusque formæ exempla multa habentur: sive enim Judex, sive Arbiter, sive Recuperator, detur; Judicis datio est, & ad alium notio transfertur: contra, sive bonorum possessio, sive addictio, executioque, sive in integrum restitutio, sive id genus alia interveniant; decretum dicitur, & Prætoris opera desideratur. Igitur exempla mixti imperii (ut dixi) multa, formæ tantum duæ, habentur. Inde Asconius in *Proœmio actionis in Verrem p.* 46. scribit, *Instituta Prætorum in decretis interponendis, dijudicandisque causis versari.* Ait, *dijudicandis causis* pro causis Judicem dando: ut in illo Vopisci in *Floriano c.* 2. *Qui Taprobanis Præsidem imponat, qui ad Romanam insulam Proconsulem mittat, qui Sarmatis omnibus judicet;* pro Judicem det: quod ibi Salmasius annotavit *p.* 623. Res certa: nam & Cicero *lib.* 3 *De legibus* infit, *Juris disceptatorem, qui privata judicet, judicarive jubeat, Prætorem fore.* Eodem sensu Plautus in *Menæchm.* definit, *Aut ad populum, aut in jure, aut ad judicem, rem esse.* Publica enim judicia olim apud Populum, privatæ vero causæ aut apud Magistratum, aut apud Judicem datum, expediebantur: atque illo casu in jure, isto in judicio, esse dicebantur *l.* 15. *D. Ratam rem haberi.* Hæc de divisione.

CAPUT VI.

De origine ejus divisionis: antiquam esse, & cum urbe Roma cœpisse.

Porro videndum, qua ratione & quo jure ea divisio nata videatur. Et Ulpianus *l.* 12. §. 1. *D. de judiciis* eam, quod ad Magistratus urbanos attinet, mori majorum imputat: sed tempus quo mos invaluerit, nullum adjicit. Suspicor tamen, cum Urbe, atque ipso Romano nomine, surrexisse: quippe a Regibus fluxisse, ab his ad Consules venisse, a Consulibus denique ad Prætores, similesque Magistratus, transiisse. Movet me quod Dionysius Halicarnasseus auctor est *lib.* 10. *Antiq. Roman. cap.* 1. Consules inter cætera regia officia etiam juris cognitionem sibi sumpsisse, litesque inter litigatores quacumque de causa ortas, jure decidisse. Idem præterea Dionysius *lib.* 2. scribit, id Romuli institutum fuisse, ut alias per se cognosceret, alias per Judices quibus formula data ostenderet, quemadmodum judicandum esset. Verba Dionysii hæc sunt. *Regis quidem hæc munia eximia esse jussit, ut legum & morum patriorum custos esset, & omnis juris naturalis, & ex communi hominum consensu pactoque scripti curam gereret, & de gravissimis injuriis ipse cognosceret, leviorum vero causarum notionem Senatoribus permitteret, ita tamen, ut caveret, ne quid interim in judiciis peccaretur.* En, ait, Romulum voluisse, Regis officium esse, per se jus dicere de quæstionibus juris, cum civilis, tum naturalis; denique de gravissimis injuriis: leviores vero causas Senatorum notioni permittere: ita tamen, ut caveret, ne quid interim in judiciis peccaretur: id vero ideo, quia Judices ab eo dati tantum ex jure ab eo dicto & præscripto judicabant: adeo neque absolvere, neque condemnare, poterant, nisi ejus permissu: id enim formulæ & Judicis dationi consequens esse, vel ex Seneca intelligimus: cujus verba ex *lib.* 3. *De beneficiis cap.* 7. hæc sunt. *Quæcunque in cognitionem cadunt, comprehendi possunt, & non dare infinitam licentiam judici. Ideo melior videtur conditio causæ bonæ, si ad judicem, quam si ad arbitrum mittitur, quia illum formula includit, & certos, quos non excedat terminos ponit. &c.* Igitur a Romulo hæc judicandi forma varietasque. Romulum vero Numam sequutum, Festus in voce *reus* auctor est: nam & Judicis & Arbitri in quadam ejus lege meminit: ut eorum nomina & notionem ea tempestate innotuisse verisimile sit. Verba Festi apposui. *Numa in secunda tabula, secunda lege, in qua scriptum est, quid horum fuat unum judici, arbitrove, reove, eo die diffensus esto.* Sed ea quidem de Romulo & Numa mihi probabilia videntur: quod autem ad Servium Tullium attinet, pene hæreo: quia eum a priorum more atque instituto recessisse, idem Dionysius refert *lib.* 4. *Antiq. Rom. c.* 3. Utrum tamen Servius universam jurisdictionis formam inverterit, an judiciorum causas ampliaverit: &, cum priores Reges in his pleraque arbitratu suo agerent, ipse se necessitati Judicis dandi subjecerit, eumque in finem elegerit certos homines ex quibus Judices daret in singulis causis, pariter ut a Prætore factum deinde esse ostendam capite XIII, id neque affirmaverim temere, neque negaverim. Hoc tamen verisimilius puto, idque a Dionysio indigitari verbis sequentibus. *Tullius de regii imperii auctoritate ac potestate ipse dimidium detraxit; quum enim omnes superiores Reges omnium litium judicia ad se transferri vellent, & de omnibus tam privatis, quam publicis causis arbitratu suo cognoscerent, ille, separatis publicis a privatis, ipse quidem de criminibus ad rempublicam pertinentibus cognoscebat, privatorum vero judices privatos constituit, quibus leges a se latas ut regulas præscripsit, quas in judiciis & rebus decidendis sequerentur.* Hæc Dionysius: quem ita accipio, quasi hoc velit. Servium privatas lites ab injuriis publicis distinxisse, & has ipsum per se, illas per personas privatas & datos Judices, cognovisse: itaque a Romuli & cæterorum instituto recessisse in eo: quod illi litium sibi, etiam privatarum, cognitionem sumpsere; præterquam si minores essent, ut tamen & has arbitrarias haberent: Servius omnes privatas pro minoribus habuit, solisque ipse causis publi-

bli-

blicis sedit; privatis autem Judicem & formulam dedit. Verum quidquid ejus rei sit, ut dixi, non definio. Quod sequitur, pro certo dixerim, ipsis Duodecim Tabulis jurisdictionis utramque partem, id est, & cognitionem & Judicis dationem, Magistratibus plane permissam aut non ademptam esse, idque constare eo Fragmento quod Gellius habet *lib.* 20. *Noct. Attic. c.* 1. ubi infit, Legem Duodecim Tabularum voluisse, *judicem arbitrumve in jure datum qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus erit, capite pœniri.* Prodit & Festus aliud in sequentibus verbis. *Et in* XII. *Si vindiciam falsam tulit, si velit is . . . tor arbitros tres dato, eorum arbitrio fructus duplione damnum decidito.* Verba corrupta sunt: sed volunt, Si quis vindiciam falsam tulerit, ejus rei sive litis a Prætore tres dari arbitros quorum arbitrio dupli fructus restituantur.

Caput VII.

Prætorem in quibusdam causis per se cognovisse, in quibusdam per judicem datum, tertium genus nullum fuisse l. 2. C. de pedaneis judicibus dispuncta.

Sed de origine ejus differentiæ satis. Porro quod attinet ad causas, in quibus vel solet Judex dari jure & ordine, vel Magistratus extra ordinem cognoscere, duplex est Interpretum sententia. una permittit Prætori libertatem, velitne Judicem dare ordinario jure, an malit ipse extra ordinem cognoscere. altera facit tria causarum genera: quarum aliæ Judicis notionem exigant, Prætoris autem cognitionem non admittant: aliæ ad Prætorem tantum, non ad Judicem datum, pertineant: aliæ denique arbitrariæ habeantur. Sed ego neutri accedo: imo miror, viris egregiis & doctis opinionem, tam ipsis dissimilem, & a vetere Jure tam abhorrentem, aliquando in mentem venisse. Primum, quid certius est, quam Prætores lege Cornelia jussos fuisse, ex Edictis suis perpetuis jus dicere? in quibus autem causis in Edicto judicem & formulam promisere, in his ab Edicto abire, atque extra ordinem intervenire eis, quemadmodum jus aut fas fuit? Sed eam legem gratiam sustulisse ambitiosis Prætoribus qui assueverant varie jus dicere, attestatur Asconius Pedianus, *Argumento in orat. Ciceronis Pro C. Cornelio p.* 123. etiam Dion Cassius *lib.* 36. Eodem spectat castigatio sequens ex Ciceronis *lib.* 1. *ad Q. Fratrem epist* 2. *Quid? Prætor solet judicare, deberi?* Hoc enim vult, Prætorem non solitum judicare, deberi: & ideo subjungit, *Sed via juris ejusmodi est quibusdam in rebus, ut nihil sit loci gratiæ.* Item juvat quod Julianus & Callistratus *l.* 8. *&* 9. *D. de officio Præsidis* scribunt, quoties Princeps negotia ad Præsidem remittit hac vel simili rescriptione, Eum qui provinciæ præest, adire potes, eum æstimare debere, utrum ipse cognoscere, an Judicem dare debeat. Juvat præterea, quod Ulpianus *l.* 1. §. 7. *D. de extraordinariis cognitionibus* refert, Præsidem his artium opificibus quæ sunt extra notas vel literas positæ, nequaquam debere extra ordinem jus dicere; cæteris debere. Et quod idem §. 14. *ejusdem loci* ait, ad nutricia quoque officium Præsidis vel Prætoris venire: nutricia autem eo usque produci, quoad infantes uberibus aluntur: post hæc partes Prætoris vel Præsidis cessare. His adde, quod apud Suetonium Claudius *in ejus vita c.* 15. quemdam interpellatum ab adversariis de propria lite, negantemque, cognitionis rem, sed ordinarii juris esse, agere causam apud se coëgit. Ait Suetonius, reum quemdam Imperatoris cognitioni in re quæ ordinarii juris esset, recte atque ordine restitisse; sed Claudium non communi jure, neque civili more fecisse, verum Imperatoria & legibus soluta potestate: quæ cum in Magistratibus cesset; apparet, his neque cognitionem, neque Judicis dationem, arbitrariam fuisse, vetante lege Cornelia: & ideo non licuisse, in rebus ordinarii juris extra ordinem cognoscere, sed Judicem dare: in rebus autem cognitionis illis licuisse extra ordinem intervenire, Judicem dare non licuisse. Prorsus ita est: & utrumque probant Imperatores, Diocletianus & Maximianus; simul alterum mutant verbis sequentibus *l.* 2. *C. de pedaneis judicibus.*

Placuit nobis, Præsides de his causis, in quibus, quod ipsi non possent cognoscere, ante hac pedaneos judices dabant, notionis suæ examen adhibere: ita tamen, ut, si vel propter occupationes publicas, vel propter causarum multitudinem omnia hujusmodi negotia non potuerint cognoscere, judices dandi habeant potestatem. Quod non ita accipi convenit, ut in his etiam causis, in quibus solebant ex officio suo cognoscere, dandi judices licentia eis permissa credatur. Quod usque adeo in Præsidum cognitione retinendum est, ut eorum judicia non diminuta videantur: dum tamen & de ingenuitate, super qua poterant etiam ante cognoscere, & de libertinitate Præsides ipsi dijudicent.

Primum observandum, Imperatores, Diocletianum & Maximianum, causarum species quæ vetere Jure fuerunt, tantum duplices facere: alias in quibus Præsides non possent cognoscere, sed Judices dare; alias in quibus possent cognoscere, sed Judices dare non possent. Illud primum notandum: hoc deinde, juberi Præsides, de universis causis, sive ante fuerint ordinarii juris, sive cognitionis, deinceps extra ordinem cognoscere: præterquam, quæ exceptio additur, si litium copia intercedat, aut publicæ occupationes impedimento sint: nam utroque casu Judicis dationem recipere: quamquam non in his causis in quibus ante solebant ex officio suo cognoscere; sed in istis in quibus antea habebant Judicis dandi facultatem. Postremo observanda cautio quæ adjicitur ad calcem legis. ea cautio est, ne quem Præsides de ingenuitate aut libernitate Judicem dent vel tum, cum eos litium multitudo, aut publicæ occupationes distracturæ sunt: etsi hæ causæ alioquin æque, ac reliquæ quæ ante ordinarii juris fuerunt, olim tantum admiserint Judicem datum, Præsidum vero cognitionem non admiserint. Aperui viam ad verum Imperatorum sensum: neque me alio trahunt postrema verba, *Super qua poterant etiam ante cognoscere;* quæ scio a multis sic accipi, quasi velint, Super qua debebant Præsides etiam ante cognoscere: sensu, si verum dicam, non tantum supervacuo, sed & falso. primum supervacuo: siquidem Imperatores jus causarum extraordinarii juris ante eum

versum tam clare definierunt, ut si causæ libertinitatis & ingenuitatis ex illis forent, deinde nil necesse esset, in his idem nominatim repetere. at non tantum absurditas eam expositionem refellit, sed & veritas: quia certissimum est, liberales causas ante hanc legem quidem datos Judices admisisse jure ordinario; sed Præsidem extra ordinem non admisisse. id vero si est; apparet, etiam errare illos qui eadem verba Imperatorum, Diocletiani & Maximiani, ita interpretantur, Super qua poterant Præsides, prout vellent, vel ipsi cognoscere, vel Judices dare: nam Præsidibus in liberalibus causis nihil arbitrarium fuit: utique si verum est, eas ad Præsidum cognitionem non pertinuisse. proinde, ne absurdi, aut falsi, sint Imperatores, velim, cogitent eruditi; ne versus ille, *super qua poterant etiam ante cognoscere*, depravatus sit, & ita restituendus, *super quâ poterant etiam judices ante cognoscere*: parva, nisi fallor, mutatione; si quidem putemus, ita scriptum fuisse, *super qua poterant et. i. ante cognoscere.* nam, præterquam quod quidam manuscripti libri non habent, *etiam*, sed, *et*; si fides Marginalibus Russardi Notis: constat quoque, illam vocem, *etiam*, fere notatam fuisse hac forma, *et.* præterea, istas literas, *i. e.* apud Notarum scriptores exponi, *judex esto.* has autem, *i s. c.* ita, *judex sacrarum cognitionum.* Tamen quia de causis status longe aliter, atque ego, sentiunt homines eximii & reipublicæ litterariæ principes; quod ipse de his obiter tradidi, deinde plenius demonstrabo; si primum docuero, in quibus causis olim Magistratum oportuerit aut Judicem dare ordinario jure, aut per se extra ordinem cognoscere.

CAPUT VIII.

Prætorem de jure, deque æquo & bono, Judicem de facto judicasse, & quemadmodum.

Erant causæ aliæ facti, aliæ juris: quæ autem facti erant, hæ fere Judicem datum recepere. Ejus rei, præter veteres actionum formulas in quibus erat, *Si paret, condemna*, etiam Ciceronem testem habeo; cum infit *lib.* 1. *ad Q. Fratrem epist.* 2. *Quid? Prætor solet judicare, deberi?* Hoc enim vult, Prætorem minime solitum judicare, deberi: utitur sane interrogatione quæ præter elegantiam sermonis, habet vim arguendi fortiorem, quam rectus simplexque sermo: ut Quintilianus docet *lib.* 9. *Inst. orat. c.* 2. Sed, quod dixi, moris fuit, si jus certum, factum incertum, esset. cæterum, si & factum certum ac clarum esset: tum neque Judice, neque actione, neque exceptione, opus fuit; verum Prætor per se intervenit, & legum voluntatem sine Judice executus est *l.* 9. *D. de jurejurando*, *l.* 1. §. 5. *D. de dolo malo.* Idem fuit, cum de jure & æquo dubitaretur: nam & tum Prætor, non Judex datus cognovit. Hoc clare Seneca. *De benefic. lib.* 3. *c.* 7. Verba Senecæ. *De quibusdam etiam imperitus judex dimittere tabellam potest, ubi fecisse, aut non fecisse pronuntiandum est, ubi prolatis cautionibus controversia tollitur. Ubi vero inter disputantes ratio jus dicit, ibi animi conjectura capienda est, ubi id, de quo sola sapientia decernit, in controversiam incidit, non potest ad hæc sumi judex ex turba selectorum, quem census in album & equestris hereditas misit.* Igitur in facto quod aut chirographo plerumque paret, aut testibus demonstratur, Judex dari potest: at in æqui bonique disceptatione in qua prudentissimus quisque fallitur, &, ut Seneca loquitur, animi conjectura capienda, & sola sapientia decernit, Judex dari non potest: sed Romæ quidem Prætor, in provincia vero Præses definit, atque, ut in factis judicium, ita hic Consilium, adhibet: id est, in Urbe Decemviros aut Centumviros, in provinciis viginti Recuperatores. Inde Quintilianus *lib.* 4. *Inst. orat. c.* 2. *De jure quæritur, ut apud Centumviros, filius, an frater debeat ab intestato esse heres: pubertas annis, an corporis habitu æstimetur.* Et Cicero *De oratore lib.* 1. *cap.* 38. *Volitare in foro, hærere in jure ac Prætorum tribunalibus, judicia privata magnarum rerum obire, in quibus sæpe non de facto, sed de æquitate ac jure certetur, jactare se in causis centumviralibus, in quibus usucapionum, tutelarum, gentilitatum, agnationum, alluvionum, circumluvionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum, testamentorum ruptorum, aut ratorum, cæterarumque rerum innumerabilium jura versentur, cum omnino quid suum, quid alienum, quare denique civis, an peregrinus, servus, an liber quispiam sit, ignoret, insignis est impudentiæ.* Hæc Cicero & Quintilianus: ostendentes clare, quæstionibus quæ de jure atque æquitate fuere, apud Prætorem & Centumviros ventilatas fuisse; Centumviros vero Prætori in consilio assedisse, ex Valerio intelligitur: cujus verba hæc sunt *lib.* 7. *c.* 7. §. 1. *Militantis cujusdam pater, cum de morte filii falsum e castris nuncium accepisset, aliis heredibus scriptis decessit. Peractis deinde stipendiis adolescens reversus, domum errore patris, impudentiaque amicorum sibi clausam reperit; itaque depositis armis coactus est in foro togatam ingredi militiam. Acerbe: cum improbissimis enim heredibus de paternis bonis apud Centumviros contendit, omnibus non solum consiliis, sed etiam sententiis superior discessit.* Vides, ea in causa, quod & Cicero annotavit *lib.* 1. *De oratore*, quæsitum fuisse de Jure civili, possitne paternorum bonorum exheres esse filius quem pater testamento neque heredem nominatim scripsisset, neque exheredem. vides, eam causam apud Centumviros actam, eos porro in Consilio fuisse: at cui? nisi Prætori qui eos quatuor consiliis conscribebat: amplius, cum Decumviris ipsis præsidebat, Plinio teste *lib.* 5. *epist. ult. & lib.* 6. *epist.* 33. Intererit, loci utriusque verba adscripsisse. Ea ex *lib.* 5. *epist. ult.* hæc sunt. *Descenderam in basilicam Juliam, auditurus, quibus proxima comperendinatione respondere debeam. Sedebant Judices, Centumviri venerant, observabantur Advocati; silentium longum, tandem a Prætore nuncius. dimittuntur Centumviri.* Et post. *Hoc facto Nepotis commotus Prætor, qui Centumviralibus præsidet, deliberaturus, an sequeretur exemplum, inopinatum nobis otium dedit.* Hæc ex *lib.* 5. Ex *lib.* autem 6. *epist.* 33. ista sunt. *Fœmina splendide nata, nupta prætorio viro, exheredata ab octogenario patre intra undecim dies, quam ille novercam ei amore captus induxerat, quadruplici judicio bona paterna repetebat. Sedebant judices centum & octoginta: tot enim quatuor consiliis conscribuntur.* Igitur de jure & æquo Prætor cum Consilio, id est, cum Cen-

Centumviris aut Decemviris, cognovit. Ut tamen, si ei facti quæstio misceretur, Prætoris æque de facto incidente, ac de jure, notio esset; ut in exemplo *l.* 1. *C. de ordine judiciorum*, de quo pluribus sequente capite. ut in querela inofficiosi testamenti, ostendente Plinio *d. epist.* 33. *lib.* 6. verbis hisce. *Intervenit acribus illis, & erectis frequens necessitas computandi, ac pene calculos tabulamque poscendi, ut repente in privati judicii formam Centumvirale vertatur.* ut in minorum restitutione: in qua quia pollicetur Prætor, se quod cum his gestum esse dicetur, animadversurum esse *l.* 1. §. 1. *D. de minoribus*, nulla propria actio est, sed Prætoris cognitio vertitur *l.* 24. §. *ult. D. eod. tit.* nec tamen in integrum restituitur minor, nisi Prætori duo probet; primum, se minorem esse; & deinde, se lapsum esse fragilitate consilii & lubrico ætatis. Simile in illis causis quæ inter patrem & filium sunt: in quibus Seneca auctor est *De beneficiis lib.* 3. *c.* 11. privilegia quædam parentibus data esse, ut eorum erga liberos suos extra ordinem haberetur ratio: in quibus de potestate quoque quæstionem esse, si ea inter patrem & filium sit, Paulus docet *l.* 8. *D. de probationibus*, & Ulpianus *l.* 3. §. 4. *D. de liberis exhibendis*, & *l.* 1 §. 2. *D. de rei vindicatione.* Solet & de fideicommissis extra ordinem jus dici ex Augusti & Claudii constitutionibns §. 1. *Inst. de fideicommissariis hereditatibus.* Solet & de aliis quæ hic enumerari, nihil attinet. Potius addam quod de fideicommissis dixi, eo referendum videri Julianum *l.* 75. *D. de judiciis.* nam, etsi non faciat fideicommissi mentionem, tamen pro fideicommisso stat Inscriptio loci quæ habet, *Julianus libro* 36. *Digestorum.* eo enim libro, ut & quibusdam præcedentibus ac sequentibus eum egisse de legatis & fideicommissis, satis colligitur ex Fragmentis quæ in Pandectis supersunt. Adeo nil mirum, ibi Prætorem de facto pronuntiasse, scilicet absentem debere; cum in fideicommissis nulla formula esset, sed extraordinaria persequutio indulgeretur; auctore Ulpiano *in Fragmentis tit.* 25. §. 12. Nec tamen negaverim, Prætori, etsi non fuerit ei in his jus dandi Judicem seu Arbitrum cognoscendæ judicandæque rei, tamen jus fuisse (ut Julianus ait) actioni judicati, item excutiendæ æstimandæve rei, Arbitrum dandi: quod & constat ex *l.* 7. *D. de confessis. l.* 109. §. 1. *D. de legatis lib.* 1. *l* 12. *D. de legatis lib.* 3. *l.* 37. *D. de fideicommissariis libertatibus.* E diverso quoque quod Judici factum, Prætori jus, assignavi; non sic accipi oportet, quasi Judicis de jure nulla notio fuerit; sed quasi ei non licuerit, jus ab eo quod formula continebatur, diversum sequi. Nec tamen hoc obstitit, quo minus lis de æquo & bono ex ipsa formula, maxime si ei addita esset clausula, Ex bona fide, apud eum oriri & definiri potuerit. idque nescio, an Cicero velit *De oratore lib.* 1. sequentibus verbis. *Volitare in foro, hærere in jure, ac Prætorum tribunalibus, judicia privata obire, in quibus sæpe non de facto, sed æquitate ac jure certetur.* Sed & in *Topicis cap.* 17. sic infit. *Privata judicia maximarum quidem rerum in Jurisconsultorum mihi videntur esse prudentia: nam & adsunt multum, & adhibentur in consilio, & patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugientibus hastas ministrant. In omnibus igitur iis judiciis, in quibus ex bona fide est additum, plurimus eorum usus est. Ubi vero etiam ut inter bonos bene agier oportet, in primisque in arbitrio rei uxoriæ, in quo est, quid æquius melius, parati esse debent.*

Caput IX.

Utrum liberales causæ fuerint ordinarii juris, an extraordinarii, plena & accurata disputatio l. 2. C. de ordine judicorum exposita, & quædam alia.

Verum venio ad id quod supra promisi, demonstrandum, causas libertatis atque ingenuitatis ante *l.* 2. *C. de pedaneis judicibus* ordinarii juris fuisse: itaque in his Magistratus, si de facto, id est, utrum quis servus, an liber, utrum libertus, an ingenuus esset, disputaretur, non per se, sed per datos Judices, intervenisse. Utar ad hoc primum testimonio Gaji, qui *sub titulo D. de liberali causa c.* 9. scribit, si fructuarius & proprietarius pariter consistant adversus eum qui de libertate litigat; Prætorem permissurum, alterum agere, etsi alter aberit: ut tamen & istum, si superveniat durante judicio, ad eumdem Judicem missurus sit: nisi is justam causam adferat, quare ad eum mitti non debeat: ut si hunc sibi inimicum affirmet. Vides in his liberale judicium, in eo Prætorem, ab hoc actionem & Judicem dari petitorum alteri: vides, alterum, si actionem sibi similiter petat, ad eumdem mitti Judicem, præterquam si eum sibi inimicum, & ideo suspectum dicat: ea vero quid volunt, nisi in causa status esse ordinarium judicium? Sed hoc Suetonius illustri exemplo firmat *in Vespasiano cap.* 3. *Flaviam Domitillam uxorem duxit, Statilii Capellæ delicatam olim Latinæque conditionis, sed mox ingenuam & civem Romanam recuperatorio judicio pronuntiatam, patre asserente Flavio Liberale Ferenti genito.* Ait, Flaviam Domitillam esse ingenuam & civem Romanam Recuperatorio judicio pronuntiatam: Recuperatorium autem judicium esse ordinarium, optime probat Cicero, de causa status, deque Recuperatoribus in ea datis, ita loquens, *Divinat. in Verrem cap.* 17. *Agonis est quædam Lilybætana, liberta Veneris Erycinæ, quæ mulier ante hunc Quæstorem copiosa plane & locuples fuit. Ab hac Præfectus Antonii quidam symphoniacos servos abducebat per injuriam, quibus se in classe uti velle dicebat. Tum illa, ut mos in Sicilia est omnium Venereorum, & eorum, qui a Venere se liberaverunt, ut Præfecto illi religionem Veneris nomenque objiceret, dixit, & se, & omnia sua Veneris esse. Ubi hoc Quæstori Cæcilio, viro optimo, & homini æquissimo nuntiatum est, vocari ad se Agonidem jubet, judicium dat statim, si paret, eam se & sua Veneris esse dixisse. Judicant recuperatores id, quod necesse erat; neque enim cuiquam erat dubium, quin illa dixisset. Iste in possessionem bonorum mulieris mittit: ipsam Veneri in servitutem adjudicat.* Hactenus Cicero; clare ostendens, hanc quæstionem, utrum quis servus, an liber, utrum ingenuus, an libertinus sit, dato Judice expeditam fuisse. Idque adeo verum est; ut Severus & Antoninus negent *l.* 1. *C. de ordine judiciorum*, Præsidem cognoscere posse super causa status. Fuerit tanti, eorum

rum verba, quia quibusdam truncata, plerisque obscura, videntur, paucis explicuisse. Verba Imperatorum.

Adite Præsidem provinciæ, & ruptum esse testamentum Fabii præsentis, agnatione filii docete: neque enim impedit notionem ejus, quod status quæstio in cognitione vertitur, etsi super status causa cognoscere non possit: pertinet enim ad officium judicis, qui de hereditate cognoscit, universam incidentem quæstionem, quæ in judicium devocatur, examinare: quoniam non de ea, sed de hereditate pronunciat.

Proponitur Fabius, facto testamento, & in eo Titio herede instituto, decessisse. deinde nato posthumo, dicitur de hereditate Fabii lis orta esse inter Titium & posthumi tutores. petit ille, hereditatem ex testamento suam esse: hi eam ab intestato vindicant ex lege; quod ajunt, Fabii testamentum ruptum esse agnatione posthumi. id cum premeret causam Titii, movet is posthumo quæstionem status: causatus, eum non testatoris filium, seu servum, esse. Hæc species legis: in qua duplex quæstio; una de jure, utrum posthumum ex lege ab intestato, an scriptum ex testamento, heredem esse oporteat; altera de facto, utrum posthumus liber sit, an servus: illa tantum Magistratum, ista tantum Judicem ab eo datum, admittit. inde quæritur, ubi utraque lis exerceri debeat? volunt Principes, provinciæ Præsidem adiri & doceri, Fabii testamentum esse ruptum agnatione posthumi: Præsidem, inquam, non Judicem ab eo datum: quamquam ita arbitrantur eruditi homines, quidam & inserendum contendunt. Sed non est ita, neque lex loquitur de Judice dato, ne in posteriore quidem parte, sed de Præside: de quo accipienda hæc, *Neque enim impedit notionem ejus:* item illud, *Pertinet enim ad officium judicis, qui de hereditate cognoscit.* Hoc ut censeam, movet me, quod ea quæstio quæ principaliter vertitur ea in lege, si attendes, non est ordinarii juris, sed cognitionis: non enim in ea ambigitur de facto in quo solet Judex dari; sed de jure, utrum oporteat filium ex lege ab intestato, an scriptum ex testamento, heredem esse quod observari velim vel ex Ciceronis *lib.* I. *de oratore.* Vides principalem legis quæstionem: in quam etsi alia incidat quæ de statu posthumi est, utrum is liber, an servus sit; neque Præses de facto tali possit cognoscere: id tamen hic Præsidis notionem non impedit. cur ita? quia pertinet ad officium Judicis (id est, Præsidis, ut sæpe alibi) qui de hereditate cognoscit, examinare universam incidentem quæstionem quæ in judicium devocatur: quoniam non de ea, id est, de facto, sed de hereditate, id est, de jure pronunciat. Sed, ut dixi, quæstio, utrum quis servus, an liber, utrum libertus, an ingenuus sit, contenta fuit dato Judice: at sequens de abducendo servo non alia, quam Prætoria cognitione & adjudicatione sublata fuit: ut commode Cicero indicat *Divinat. in Verrem*, loco & verbis supra allegatis. Idem dicendum, si de jure quæstio sit in causa status: quam idem Cicero *Pro Cæcina cap.* 33. refert non apud Recuperatores, sed apud Decemviros, agitari solitam. Verba Ciceronis hæc sunt, *Cum Aretinæ mulieris libertatem defenderem, & Cotta Decemviris religionem injecisset, non posse sacramentum nostrum justum judicari, quod Aretinis adempta civitas esset, & ego vehementius contendissem, civitatem adimi non potuisse, Decemviri prima actione non judicarunt. Postea re quæsita & deliberata, sacramentum nostrum justum judicarunt.* Hunc locum tam evidentem & certum, quod mireris, jam olim vir eruditissimus in contrariam partem traxit, tantum quod non animadverteret, eo judicio magis de jure, quam de facto, disputatum fuisse: quæstio autem hæc erat, possetne Aretinis civitas libertasve quæ eorum erat, Syllana lege adimi. quam quæstionem juris, non facti esse, vel cuivis apparere potest: etiam Cicero monet, eam ad uniuscujusque civis statum ac libertatem pertinere, atque ideo Decemviralem, non Recuperatoriam, esse. quod nescio ab aliis esse animadversum, aut traditum; cum in hac parte magni momenti sit. Est & illud notandum, quod, etsi tantum Decemvirûm mentio fiat apud Ciceronem *d. loc.* tamen quam Decemviros, tam Prætorem, ea in causa fuisse existimari debet. idque illud Juvenalis innuere *sat.* 7. *vers.* 115.

Consedere duces: surgis tu pallidus Ajax.
Dicturus dubia pro libertate, bubulco
Judice. — — —

Nisi enim fallor, sub hoc schemate intelligit Prætorem cum Decemviris aut Centumviris quibus Prætor præsidebat.

Vera quidem hæc, & adversus cavillationem duratura: sed difficultatem accipiunt ex *l.* I. & 3. *C. de ordine cognitionum:* in quibus Imperatores cognitionem de statu ipsi Præsidi verbis adscribunt tam claris, ut multis visus sit vix clarioribus uti posse ad demonstrandum, causas liberales respuere dati Judicis cognitionem. Observandum tamen, utroque Rescripto Præsidi liberalem causam non simpliciter adscribi: sed quia erat conjuncta cum quæstione de crimine *d. l.* 3. sicut cum æqui & boni disceptatione in *d. l.* I. *C. de ordine judiciorum*, & *l.* 3. *C. de judiciis:* in quo concursu æquissimum est, quod Paulus monet, ne majori causæ per minorem præjudicium fiat; sed ut major minorem ad se trahat *l.* 54. *D. de judiciis.* Igitur, quia criminalis causa privata & liberali major est, placet Valeriano & Gallieno, causam liberalem criminali cedere, & utramque ab eo cognosci, a quo, absque concursu foret, cognosci & definiri non potuisset: quod & alibi evenit in *l.* I. *C. de officio Rectoris provinciæ.*

Sed ostendi, causas liberales sub Alexandro Severo ordinarii juris fuisse; primosque Diocletianum & Maximianum eas extraordinarii juris fecisse *l.* 2. *C. de pedaneis judicibus.* id ipsum in provinciarum Præsidibus: nam de his agunt Imperatores. post autem Constantinus in Prætore constituit, ut liberale negotium ipse disceptator examinet *l.* I. *C. de officio Prætorum.* Quod si est; probatum est, verba hæc, *super qua poterant etiam ante cognoscere*, quæ extant in *d. l.* 2. *C. de pedaneis judicibus*, aut vitiosa esse, aut adventitia.

CAPUT X.

De decreto. Prætorem alia pro tribunali, alia de plano definiisse. Et quid sit de plano cognoscere, quid pro tribunali, quid per libellum? Summatim & de plano non semper idem fuisse. De di-

dispositione dierum conventus, & ordine cognitionum, deque humanitate, aut peregrinis & longe venientibus, aut militibus, extra ordinem exhibenda. Ulpiani & Senecæ tentatus locus.

Ostendi, jurisdictionis seu mixti imperii partes duas esse, decretum, & Judicis dationem: proximum est, ut exponam, quemadmodum decretum interponi, aut Judex dari consueverit. Primum quod ad decretum attinet, monendum est, id vel late accipi, vel stricte: nam aut in specie decretum, aut subscriptionem, appellari; alterumque de plano, alterum pro tribunali, fieri *l.* 3. §. 8. *D. de bonor. possessionib. l.* 2. §. 1. *D. Quis ord. in possessionib. servetur*, & *alibi.* Planum vero alto opponi, ex isto Cornelii Frontonis constat. *Cadimus in plano, decidit aliquid ex alto.* Idem Ulpianus docet *l.* 2. §. 32. *D. Ne quid in loco publico vel itinere fiat*; cum viam *planam clivosæ* opponit: & in *l.* 5. §. 7. *D. Commodati vel contra*; cum ista, *de plano* opus facere, & *in machina* operari, opponit. Hoc *planum.* Quid *tribunal?* altior locus fuit, fere hemicycli schemate introrsum curvatus: ut Vitruvius scribit *lib.* 5. Eum locum Cicero *superiorem* appellat, eique *æquum* opponit *lib.* 3. *Ad Familiares, epist.* 8. his verbis. *Illud quidem scio, meos multos, & illustreis, & ex superiore, & ex æquo loco sermones habitos cum tua summa laude &c.* Tribunali porro sellam curulem imponi solitam, idem Cicero *lib.* 2. *in Verr. c.* 38. indicat; cum sic inquit, *Palam de sella atque tribunali pronuntiavit.* Item Tacitus *lib.* 1. *Annal. cap.* 75. Verba Taciti, *Judiciis assidebat mixtim, aut in cornu tribunalis, ne Prætorem curuli depelleret.* Martialis quoque *lib.* 11. *Epigr.* 99.

Sedeas in alto tu licet tribunali,
Et e curuli jura gentibus reddas.

Igitur illo in tribunali, illaque in sella, ubi sedens Magistratus jus dicebat, hasta posita (nam & hæc poni solet) *pro tribunali*, id est, *in tribunali*, Festo interprete in verbo *pro*, cognoscere aut decernere dicebatur. More a Romulo introducto: de quo ita Dionysius Halicarnasseus *lib.* 2. *c.* 4. *in fine. Et quum videret ipsum metum homines ab omni facinore deterrere maxime posse, multa ad eam rem paravit, & tribunal, ubi sedens judicabat, in fori loco maxime conspicuo.* Quod si qui de tribunali in planum descendentem retinerent, quod de Claudio Suetonius refert in ejus vita, aut alioquin & in via, aut domi, desiderium suum exponerent: eo casu, quia hos in æquo consistens solo, procedensve, audiebat, dicebatur *de plano* cognoscere; item *procedens* jus dicere; dicebatur & *planaria interpellatio*: ut apparet ex *l.* 4. *C. de dilationibus*, quam Haloander ita vere restituit. *A procedente judice dilationem non convenit postulari, etiamsi utraque parte præsente tribuatur, cum non alias, nisi causa cognita, indulgeri queat: & cognitio causæ non interpellatione planaria,* (vulgo legitur, *plenaria*) *sed confidente magis judice legitime colligatur.*

At quemadmodum tribunal & planum committuntur, ita tribunal & libellus *l.* 2. *C. Quemadmodum testamenta aperiantur*, item libellus & cognitio seu decretum, opponuntur *l.* 6. *C. de prædiis & aliis rebus minorum. l.* 9. §. 1. *D. de officio Proconsulis & Legati*: non aliam ob causam, quam quod de plano postulans, Magistratum per libellum adibat, & postulanti Magistratus per subscriptionem respondebat: uti præter alios docet Paulus *l.* 15. *D. de in jus vocando*, & Modestinus *l.* 29. *D. de lege Cornelia de falsis*: at quæ decretum & causæ cognitionem desiderabant, non poterant per libellum, aut alibi, quam pro tribunali, expediri *l.* 9. §. 1. *D. de officio Proconsulis & Legati. l.* 3. §. 8. *D. de bonorum possessionibus.* Eoque referri debet id Achillis Tatii *lib.* 8. *De Clitophontis & Leucippes amoribus. Sed neque quidquam est, quod tu* (Præses) *pro tua auctoritate statuere prius audeas, quam hoc in solio consideas* His adde, quod ea quæ fiebant per libellum, quamvis passim expedirentur de plano, tamen & pro tribunali postulationum die recte petebantur; eoque summatim cognita, subscriptionem statim aut sequente die recipiebant. contra, illa quæ cognitionis erant, quamquam cognitione, saltem summaria, indigerent, non tamen de plano fieri poterant.

Adeo de plano & summatim cognosci non semper idem fuit: multa certe quæ summatim cognoscebantur, pro tribunali, non de plano, expediri oportuit. Exemplum in decretali bonorum possessione quæ ex Carboniano Edicto, vel ad exemplum ejus, datur: ea enim cum desideret causæ cognitionem, saltem summariam *l.* 1. *l.* 3. §. 4. *D. de Carboniano Edicto, l.* 1. §. 14. *D. de ventre in possessionem mittendo*, alibi, quam pro tribunali, dari nequit *l.* 3. §. 8. *D. de bonorum possessionibus. l.* 2. §. 1. *D. Quis ordo in possessionibus servetur.*

Atque hæc ut paulo plenius intelligantur, observandum præterea est ex Theophilo *ad* §. 4. *Inst. Qui & quibus ex causis manumittere non possunt*, quod in Urbe Prætor, & in provincia Præses, certo anni tempore solet Conventum, sive Forum indicere: id est, (ut ipse, & Servius ad Virgilium *lib.* 5. *Æneid. vers.* 758. interpretatur) tempus & locum distinguendorum negotiorum definire. Meminit talium Conventuum Suetonius *in Julio c.* 7. dicens, Cæsarem, cum ei Quæstori ulterior Hispania obvenisset, mandatu Prætoris jure dicundo conventus circumiisse. Hi Conventus Plinio dicuntur *Juridici Conventus lib.* 3. *Natur. histor. c.* 1. cum, *Juridici*, inquit, *conventus ei quatuor. Gaditanus, Cordubensis, Astigitanus, Hispalensis.* Dicuntur quoque ei simpliciter *Conventus* in his verbis *c.* 3. *Nunc universa provincia dividitur in conventus septem: Carthaginiensem, Tarraconensem, Cæsaraugustanum, Cluniensem, Asturum, Lucensem, Bracarum.* Et in sequente Lapide apud Reinesium; *Class.* 3. *Inscript.* 22.

IMP. CÆS.
T. AELIO. HAD. ANTONINO.
AUG. PIO. P. P. COS. IIII.
PONT. MAX. TRIB. POTEST.
CONVENTVS. CAR
TAGIN.
CVRANTE. POSTVMIO.
FLAMINE.

Deinde observandum, quod inchoaturus hunc Conventum Præses, Prætorve, solitus fuit, eum ita dividere, ut alium diem postulationibus, alium cognitionibus, alium decretis, alium manumissionibus, alium aliis partibus, assignaret; uti idem Theophilus docet ad *d.* §. 4. *Inst.* & ex Ulpiano intelligitur *l.* 2. §. 1. & 2. *D. Quis ordo in possessionibus servetur.* apud quem tamen, ut hoc obiter addam, in his verbis §. 1.

Quid si ea, quæ causæ cognitionem pro tribunali desiderat, vel quæ decretum exposcit? Sessiones &c. videntur abundare verba, *vel quæ decretum exposcit*, utique Interpretis esse; exponentis priora verba, *quæ causæ cognitionem pro tribunali desiderat*, Igitur, illis expunctis aut relegatis, non in insulam, sed ad oram libri, legendum. *Quid si ea, quæ causæ cognitionem pro tribunali desiderat? Sessiones*, & reliqua.

Porro quæ erant cognitionis, ea petenda erant postulationum die: quo si non possent expediri, a Prætore differebantur in diem cognitionis: dein pro tribunali suo quæque ordine cognoscebantur & terminabantur; auctore Servio ad Virgilium *lib.* 2. *Æneid. vers.* 102. qui ita scribit. *In ordine dicebantur causæ propter multitudinem vel tumultum festinantium, quum esset annus litium. Juvenalis. Expectandus erit, qui lites incboat annus.* Hoc, præterquam si humanitas vellet, quod Seneca observat, ut Prætor ab hoc ordine recederet, & longe venientem extra ordinem expediret: id enim ad Lucilium indigitat *epist.* 106. cum infit, *Dubitavi, utrum differrem te, an donec suus isti rei veniret locus, jus tibi extra ordinem dicerem. Humanius visum est, tam longe venientem non detinere.* Sic Seneca: in quo id eruditos monebo, ut videant, ne particula ista, *an*, mutaverit sedem, & restituenda sit ad hunc modum. *Dubitavi, utrum differrem te, donec suus isti rei veniret locus, an jus tibi extra ordinem dicerem. Humanius* &c. Ita mihi videtur, & sensus constat. quod vero ad rem attinet, ad eam respicit quoque Sidonius Apollinaris *lib.* 4. *epist.* 6. *ad fin.* verbis sequentibus. *Si perspicis a vero non discrepare querimoniam, tribue, quæso, convincenti reformationem, peregrino celeritatem.* Sic in peregrino & longe veniente. Idem in milite observat Juvenalis *sat.* 16. *vers.* 54. *& seqq.* Verba Juvenalis.

Præmia nunc alia atque alia emolumenta notemus
Sacramentorum. Convallem ruris aviti
Improbus aut campum mihi si vicinus ademit,
Et sacrum effodit medio de limite saxum,
Quod mea cum patulo coluit puls annua libo,
Debitor aut sumptos pergit non reddere nummos,
Vana supervacui dicens chirographa ligni:
Expectandus erit, qui lites incboat annus
Totius populi: sed tunc quoque mille ferenda
Tædia, mille moræ, toties subsellia tantum
Sternuntur, jam facundo ponente lacernas
Cædicio, & Fusco jam micturiente, parati
Digredimur, lentaque fori pugnamus arena.
Ast illis, quos arma tegunt, & baltheus ambit,
Quod placitum est ipsis, præstatur tempus agendi,
Nec res atteritur longo sufflamine litis.

At non tantum his & quibusdam aliis personis hic honos habitus fuit, ut extra ordinem audiri possent, sed & quibusdam causis quas hic enumerari non patitur ratio instituti nostri.

CAPUT XI.

Pro tribunali nihil potuisse cognosci sine Consilio. Pro tribunali Prætorem, simul Consilium, sedisse. Consiliarii seu Assessores an & quemadmodum Judices appellati?

Cæterum, ubi Magistratus pro tribunali sedebat, hasta posita, & cognoscebat, more proditum fuit, ne aliter cognosceret, quam si in Consilium adhiberet Assessores seu Consiliarios suos. hoc enim, præter Pomponium *l.* 2. §. 29. *D. de origine juris*, quem sequente interpretabor capite, pulcherrime indicat Lactantius, *De mortibus Persecutorum c.* 22. nam castigans improbos seculi mores, *Judices*, inquit, *militares. humanitatis literarum rudes, sine adsessoribus in provincias immissi.* In primis vero id ostendit Achilles Tatius *lib.* 8. *de Clitophontis & Leucippes amoribus p.* 496 Verba ejus, quia parum pervulgata sunt, adscribam. Ea verba sunt. *Assurge Thersandro Præses. verbo enim tenus tantum dignitatem hanc obtines, re autem vera hic, quæ te facere decet, imo quæ tu nullo modo facere auderes, omnia unus fecit. Tu consiliarios habes, sine quibus tibi nihil decernere licet. Sed neque quidquam est, quod tu pro tua auctoritate statuere prius audeas, quam hoc in solio consideas.* Hæc ille. Igitur cogniturus pro tribunali Magistratus, Consiliarios adhibebat. addo, cum ipsis pro tribunali considebat: id enim, præter Achillem Tatium, etiam Theophilus *ad.* §. 4. *Inst. Qui & ex quibus causis manumittere non possunt*, & Suetonius *in Tiberio c.* 33. attestantur. Ammianus autem *lib.* 23. *ad finem* refert, ita assedisse eos, uti post Prætoris tergum sederent. E re erit, ipsius verba apposuisse: ea de Persis hæc sunt. *Ad judicandum usu rerum spectati destinantur & integri, parum alienis consiliis indigentes: unde nostram* (Romanam) *consuetudinem rident, quæ interdum facundos jurisque publici peritissimos post indoctorum collocat terga.* Igitur ad hanc formam sedebat cogniturus pro tribunali Magistratus; decreturus autem adeuntibus Assessorum verba pronunciabat: ut Seneca ait *De tranquillitate animi lib.* 1. *c.* 3 quid multa? Prætoris judicium erat, Assessores præsentem ac judicantem instruebant, ipsi neque judicabant neque jus dicebant. Inde Seneca (nam huc alludit) *epist.* 67. *Quidquid honeste fit, una virtus facit, sed de Consilii sententia: quod autem ab omnibus virtutibus comprobatur, etiamsi ab una fieri videtur, optabile est.* Imo Plinius, judicare & judicanti in Consilio adesse, longe diversa opinatur. Verba Plinii *lib.* 1. *epist.* 20. *Frequenter egi, frequenter judicavi, frequenter in consilio fui.* Pariter Paulus *l.* 2. *D. Quod quisque juris*, *Hoc*, inquit, *Edicto dolus debet jus dicentis puniri: nam si Adsessoris imprudentia jus aliter dictum sit, quam oportuit, non debet hoc Magistratui, sed ipsi Adsessori officere.* Item Juvenalis *satira* 7. *vers.* 115. Verba Juvenalis.

Consedere duces, surgis tu pallidus Ajax.
Dicturus dubia pro libertate bubulco
Judice. — —

Plane Judicem seu Magistratum separat ab his qui cum eo consident; ut Paulus jus dicentem ab Assessore, ut Plinius Judicantem ab eo qui ei in Consilio adest. Qui potest? nam qui Prætori assident, & ipsi Judices appellati *l.* 16. *D. de manumissis vindicta, & l.* 1. *C. de vindicta & apud consilium manumissione.* Scio; sed ideo, quia is qui jus dicit, nihil cognoscere aut decernere potuit sine horum sententiis: ita hi Judices, quia Judicis portiones, (hoc enim nomine designantur) item partes, participes, & consiliorum socii, ipsum etiam Consilium Participatus appellatum: quod Johannes Savaro optime annotavit, & multis probavit, ad Sidonii Apollinaris *lib.* 3. *epist.* 3. Igitur qui Assessores, hi & Judices fuere, sed præsente & judicante Ma-

Magiſtratu: abſente enim, neque libellis ſubſcribere, neque cauſas audire, potuerunt *l.* 2. *& l. pen. C. de Aſſeſſoribus:* id eſt, Judices non fuerunt. Hoc tamen ex parte mutatum a Juſtiniano *Nov.* 60. *c.* 2. *& Nov.* 82. *in præfat.* Supereſt, ut videamus, qui in provincia, quique in urbe, jus dicentis Conſilium conſtituerint.

Caput XII.

Prætorem Romæ aut Decemviros litibus judicandis aut Centumviros, Præſidem in provincia Recuperatores viginti in Conſilium adhibuiſſe. Decemvirûm judicium non fuiſſe ſeparatum a Prætoria cognitione.

Solet Præſes in provincia Conventum acturus, ſibi in Conſilium adhibere viginti Recuperatores, cives Romanos; ſolet & Prætor Romæ adſciſcere quinque Senatores & quinque Equites Romanos: ut Ulpianus refert *tit.* 1. & Theophilus ad §. 4. *Inſt. Qui & ex quibus cauſis manumittere non poſſunt.* Illos autem Equites quinque, Senatoresque quinque, ſi quis eosdem fuiſſe putet qui Decemviri litibus vel ſtlitibus judicandis appellantur, haud aberraverit: nam & numerus convenit, & Decemviros Prætori ſolitos aſſidere tum, cum de jure & æquo diſceptaretur, ſatis oſtendi ſupra. His accedit quod Pomponius ſcribit *l.* 2. §. 29. *D. de origine juris, Cum eſſet neceſſarius magiſtratus, qui haſtæ præeſſet, Decemviros litibus judicandis conſtitutos eſſe.* Hoc vero, quamquam obſcurius, tamen nihil aliud vult, quam, cum neceſſarius eſſet Magiſtratus qui regeret ea quæ pro tribunali haſta poſita cognoſcuntur, Decemviros conſtitutos eſſe; & ipſos, quod aſſiderent Magiſtratui, hujusque partem facerent, ac jurisdictionis ſocii eſſent, quam Judices, tam Magiſtratus, appellatos eſſe. Sed hoc poſtremum in Aſſeſſoribus probavi ſuperiore capite. Præterea, haſtæ præeſſe Pomponio idem eſſe quod haſtam regere, vel inde apparet quod idem Pomponius §. 6. ejusdem loci, jura regere, & juri dicundo præeſſe, pro iisdem accipit; utrumque vero quam Magiſtratus, tam eorum eſſe qui ſuadent & aſſident, ex illo Plinii intelliges *lib.* 5. *epiſt.* 17. *Ille meus in petendis honoribus ſuffragator & teſtis, ille in incboandis deductor & comes, ille in gerendis conſiliator & rector.* Sic Plinius: etiam Pomponius *d. l.* 2. §. 6. cum inquit, ex Pontificum collegio quotannis conſtitutum fuiſſe, *qui privatis præeſſet.* Cicero quoque *lib.* 1. *De oratore c.* x. his verbis. *Id, niſi hic in tuo regno eſſemus, non tuliſſem, multisque præeſſem, qui aut interdicto tecum contenderent, aut te ex jure manu conſertum vocarent.* Inquit, *multis præeſſem*, pro multis eſſem conſiliator & ſuaſor; quod jam ab aliis bene annotatum eſt. Eodem ſenſu, neſcio, an Apulejus utatur verbo præſidere, *lib. De mundo* ſic ſcribens. *Ejus* (legis) *ſcitis Magiſtratus tribunalia, principia milites frequentabunt, recuperatores judiciis præſidebunt.* Utique nil opus, Apulejo, quod cuidam viſum, pro *præſidebunt* reſtituere *adſidebunt;* cum & Recuperatores, a Magiſtratibus dati, judiciis præeſſe ſeu præſidere dicantur. Utcumque erit; apparet, eum quem dixi, Pomponii ſenſum eſſe, Decemviros conſtitutos fuisſe ad hoc, ut eorum quæ fierent pro tribunali haſta poſita, rectores adjutoresque eſſent Prætori: denique illos, quod a Prætore adhiberentur neceſſario, præturæ ſeu magiſtratus participes viſos fuiſſe.

Solet Prætor, præter Decemviros, etiam Centumviros adhibere: ut tamen Centumviris Decemviri, ſed cum Prætore, præeſſent: eoque ſenſu accipio quod Suetonius *in vita Auguſti c.* 36. ſcribit, Auguſtum conſtituiſſe, ut Centumviralem haſtam quam quæſtura functi conſueverant cogere, Decemviri cogerent. haſtam enim cogere Suetonio eſt, haſtæ præesſe: quemadmodum judicium cogere eſt judicio præeſſe, apud Valerium *lib.* 9. *c.* 12. §. 7. ut jam ab aliis viſum: atque id ſic Dion *lib.* 54. *p.* 618. interpretatur: etiam Lucanus oſtendit *ad Piſonem* his verbis.

Seu trepidos ad jura decem citat haſta virorum,
Et firmare jubet centeno judice cauſam.

In primis vero Plinius *lib.* 5. *epiſt. ult.* cum, *Sedebant*, inquit, *judices, Decemviri venerant, obverſabantur advocati,* (ita habent veteres libri, Grutero teſte) *ſilentium longum, tandem a Prætore nuncius. Dimittuntur Centumviri.* Et poſt. *Hoc facto commotus Prætor, qui Centumviralibus præſidet, deliberaturus, an ſequeretur exemplum, inopinatum nobis ocium dedit.* Igitur liquet, Decemviros Prætori in Conſilio fuiſſe, & hoc ſenſu haſtæ præfuiſſe, neque male Magiſtratus appellatos eſſe; etiam liquet, Prætorem non tantum Decemviris, ſed & Centumviris, uti ſolitum: ejusque cum Decemviris æſtimationem fuiſſe pro gravitate & magnitudine litium, etiam hos, an tantum illos, adhibere deberet, facile intelligi poteſt, ſi quis cogitet, Ciceronem quæſtiones juris quæ ad perſonarum libertatem aut civitatem pertinent, Centumviralibus cauſis annumerare *De Oratore lib.* 1. eas tamen apud Decemviros quoque actas finitasque eſſe, eodem Cicerone teſte *Pro domo & Pro Cæcina.*

Plane non aſſentior cuidam docto viro qui ex his locis contendit, Decemvirûm judicium proprium & a Prætorio ſeparatum fuiſſe: nam, quod cauſa ſtatus a Cicerone dicitur acta apud Decemviros, factum pari ratione qua multa apud Centumviros acta, idem ſcribit Cicero, & Plinius, etiam Scævola, & Paulus *l.* 13. *&* 17. *D. de inofficioſo teſtamento*, pro apud Prætorem, ſive (ut Ulpianus loquitur *l.* 6. *l.* 8. §. 16. *D. de inofficioſo teſtamento*, & Marcellus *l.* 5. *D. eod. tit.*) apud Judicem cui Centumviri aſſident: item qua manumiſſionem apud Conſilium factam, refert Celſus *l.* 19. *D. de manumiſſis vindicta*, & Imperator Antoninus *l.* 1. *C. de vindicta libertate & apud conſilium manumiſſione*, pro apud Prætorem cum Conſilio; ut clare Theophilus ad *d.* §. 4. *Inſt. Qui & quibus ex cauſis manumittere non poſſunt.* Illud æque leve eſt quod idem vir doctus huc tranfert verba hæc Ciceronis ex *Oratore c.* 46. *Planeque, duorum virorum judicium, aut, triumvirorum capitalium, aut, decemvirorum litibus judicandis, dico nunquam.* Non enim id agit Cicero, ut aut Duumvirûm, aut Triumvirûm capitalium, aut Decemvirûm litibus judicandis, faciat judicium proprium & ſeparatum, aut ut de illorum jurisdictione diſputet; ſed ut oſtendat uſum Latini ſer-

ſermonis: quo placuit, Duumvirûm dici pro Duumvirorum, & Triumvirûm pro Triumvirorum, & Decemvirûm pro Decemvirorum.

Non igitur ſeparanda a Prætorio judicio ſunt Decemvirûm judicia: nec magis Centumvirûm. Atqui, inquies, Centumviri quatuor Conſiliis conſcribebantur, inde quatuor tribunalibus conſidebant, & quadruplex eorum judicium vocabatur. Sed omnibus Prætor cum Decemviris præerat; ac, ſi vel rei magnitudo, vel obſcuritas, vel exemplum, omnium urgeret conjunctionem, unum ex omnibus conſtituebat judicium, etſi quadruplex appellaretur. Nec opus verbis: omnia enim Conſilia, omnesque qui in ſingulis ſedebant, Centumviros in una, atque inſigni, cauſa eodem tempore judicaſſe, ex illo Valerii *lib.* 7. *cap.* 7. §. 1. intelligitur. *Militantis cujusdam pater, cum de morte filii falſum e caſtris nuncium accepiſſet, aliis heredibus ſcriptis deceſſit. Peractis deinde ſtipendiis, adoleſcens reverſus, domum errore patris, impudentiaque amicorum ſibi clauſam reperit. Quid enim illis inverecundius? florem juventæ pro republica abſumpſerat, maximos labores & plurima pericula toleraverat, adverſo corpore exceptas oſtendebat cicatrices, & poſtulabat, ne avitos ejus lares otioſa ipſi urbi onera poſſiderent. Itaque depoſitis armis, coactus eſt in foro togatam ingredi militiam. Acerbe. cum improbiſſimis enim heredibus de paternis bonis apud Centumviros contendit, omnibusque non ſolum Conſiliis, ſed etiam ſententiis ſuperior diſceſſit.* Nec minus ex hoc Plinii *lib.* 6. *epiſt.* 33. *Fœmina ſplendide nata; nupta Prætorio viro, exheredata ab octogenario patre, intra undecim dies, quàm ille novercam ei amore captus induxerat, quadruplici judicio bona paterna repetebat. Sedebant judices centum & octoginta. (tot enim quatuor conſiliis conſcribuntur) ingens utrimque advocatio, & numeroſa ſubſellia; præterea denſa circumſtantium corona, latiſſimum judicium multiplici circulo ambibat. Ad hoc ſtipatum tribunal, atque etiam ex ſuperiore Baſilicæ parte, qua fœminæ, qua viri, & audiendi, quod difficile, & quod facile, viſendi ſtudio imminebant. Magna expectatio patrum, magna filiarum, magna etiam novercarum. Secutus eſt varius eventus. Nam duobus conſiliis vicimus, totidem victi ſumus. Notabilis prorſus res & mira, eadem in cauſa, iisdem judicibus, iisdem advocatis, eodem tempore, tanta diverſitas accidit caſu quidem, ſed non ut caſus videretur. Victa eſt noverca.* Sic, ſi res digna eſſet tanti judicii majeſtate. At ſi parva eſſet & exilis, quales pleraſque fuiſſe, Plinius docet *lib.* 2. *epiſt.* 14. obtinuiſſe videtur, ne Centumviri in una omnes cauſa, ſed aliqui ex illorum corpore a Prætore delegati, ſederent: more fortaſſis inducto a Veſpaſiano: de quo ita Suetonius *in ejus vita c.* 10. *Sorte elegit per quos rapta bello reſtituerentur: quique judicia centumviralia, quibus peragendis vix ſuffectura litigatorum ætas videbatur, extra ordinem dijudicarent, redigerentque ad breviſſimum numerum.* Utique inde in quatuor illis tribunalibus plures cauſas eodem tempore ſic actas fuiſſe, ut aliquando qui in uno peroraret tribunali, audiretur ab his qui in cæteris negotiarentur, indicat ſequens Quintiliani locus *lib.* XII. *Inſt. orat. c.* 5. *Cum in Baſilica Julia diceret primo tribunali, quatuor autem judicia, ut moris eſt, cogerentur, atque omnia clamoribus fremerent, & auditum eum & intellectum, & quod agentibus cæteris contumelioſum fuit, laudatum quoque ex quatuor tribunalibus memini.* Idem diſcitur ex hoc Plinii *d. epiſt.* 14. *lib.* 2. *Narrabat ille, Aſſectabar Domitium Afrum, quum apud Centumviros diceret graviter & lente (hoc enim illi actionis genus erat) audiit ex proximo immodicum inſolitumque clamorem, admiratus reticuit: ubi ſilentium factum eſt, repetit, quod abruperat: iterum clamor, iterum reticuit; & poſt ſilentium cœpit idem tertio. Noviſſime quis diceret, quæſivit, reſponſum eſt Licius. Tum intermiſſa cauſa, Centumviri, inquit, hoc artificium periit.* Tantum de decreto.

CAPUT XIII.

De Judicum datione. Eos a Prætore aut Præſide eligi ſolitos, & in album atque in decurias referri. Selectorum publicum & neceſſarium fuiſſe munus; niſi excuſarent ſe ob privilegium vel juſtam cauſam. Cum Judex dandus eſſet, non alium dari potuiſſe a Prætore, quam ſorte, atque ex Selectis. fuiſſe & ſine ſorte datum ex litigatorum conſenſu: & quæ in utroque genere fuerit differentia. Judicem, cum addiceretur, tantum notionem accepiſſe, nihil præterea: ſolitamque ei præſcribi formulam cujus terminis includeretur notio & poteſtas ejus. An potuerit actor poſt litem conteſtatam aut emendare aut mutare actionem, aut ab ea deſiſtere, invito reo? & quid juris, ſi a Prætore impetraret in integrum reſtitutionem cauſa cognita? Item quid juris, ſi Judex formulam egrederetur ex conſenſu litigatorum? Formulam fuiſſe aut anguſtam, aut latam. Hujus differentiæ effectus inſignis.

Sequitur Judicis datio: in qua id primum monendum, Judices initio Conventus in provincia a Præſide, in urbe a Prætoribus, legi; &, ut certi eſſent, in decurias, inque album, referri ſolitos. Prætorum certe meminit A. Gellius *lib.* 14. *Noctium Atticarum c.* 2. & ante Cicero *Pro Cluentio c.* 43. Verba Ciceronis: *Prætores urbani qui jurati debent optimum quemque in Selectos Judices referre.* Albi mentio apud Senecam *De beneficiis lib.* 3. *c.* 7. & Suetonium *in Claudio c.* 16. Etiam Judicis ex quinta decuria meminit ſequens Inſcriptio apud Reineſium *claſſ.* 6. *pag.* 406.

L. CLODIO. C. F. SERG.
VITELLINO. II. VIR. I. D.
IVDIC. EX. V. DEC.
EQVO. PUBL.

Ex quinta, inquam, decuria: tot enim fuiſſe vel ex Suetonio intelligitur, qui refert, Auguſtum ad tres decurias Judicum quæ ante erant, addidiſſe quartam, deinde Caligulam adjeciſſe quintam, Galbam autem Judicibus, etiam ſextam addi precantibus, eam negaſſe. *vid. Sueton. Auguſto c.* 32. *Caligula c.* 16. *& Galba c.* 14.

Hoc primum fuit monendum: illud deinde, quod qui electi erant, hi ſicut in cæteris publicis muneribus, ita hic, niſi excuſarent ſe ob juſtam cauſam aut privilegium, judicandi neceſſitate tenebantur: ut conſtat ex *l.* 13. *pr.* & §. 2. *D. de vacatione & excuſatione munerum.* addo,

ex exemplo quod habet Plinius *lib.* x *epist.* 66. & Suetonius *in Claudio c.* 15.

Præterea monendum est, ita moris fuisse, ut actor, si vellet jure judicioque experiri, die postulationis sicut actionem, sic judicem, Arbitrumve, a Prætore in jure postularet; & Prætor ei quam actionem, tam Judicem, Arbitrumve, daret. nec tamen semper unus & petebatur & dabatur, sed aliquando plures. nam & plurium mentio *l.* 12. *& l.* 76. *D. de judiciis. l.* 36. *l.* 37. *l.* 38. *&. l.* 39. *D. de re judicata.* Sive autem unus daretur, sive plures; quia antequam darentur, ultro non erant Judices; & cum darentur, necessaria non erat eorum præsentia vel scientia *l.* 39. *D. de judiciis*, quippe cum inviti Judices esse cogerentur: idcirco Plinio *repente apprehensi* dicuntur *lib.* 3. *epist.* 20. Verba Plinii *Ut in recuperatoriis judiciis, sic nos in his comitiis, quasi repente apprehensi, sinceri judices fuimus.* Neque vero ita obtinebat, ut daturus Judicem Judicesve Prætor, de medio quem quosve vellet, pro arbitrio suo apprehenderet; (quamquam tale exemplum in castris & de militari præmio, apud Livium *lib.* 26. *c.* 48.) sed ut ex Selectis atque ex Albo Judicem, Judicesve daret. Ne testimonio res egeret, adduxi A. Gellium, *lib.* 14. *Noct. Attic. c.* 2. qui ita se, quo primum tempore a Prætoribus lectus in Judices esset, a prætore esse datum, meminit. Nec minus clare Seneca *lib.* 3. *De Benefic. c.* 7. *De quibusdam*, inquit, *etiam imperitus judex dimittere tabellam potest, ubi fecisse aut non fecisse pronuntiandum est, ubi prolatis cautionibus controversia tollitur. Ubi vero inter disputantes ratio jus dicit, ibi animi conjectura capienda est: ubi id de quo sola sapientia decernit, in controversiam incidit, non potest ad hæc sumi judex ex turba Selectorum, quem census in album & equestris hereditas misit.* Quin amplius, Prætor Judicem nec ex Selectis quemquam, nisi forte, ac ne sic quidem, nisi (ut Cicero loquitur *Pro Cluentio*) inter adversarios convenisset, dare poterat. Ita Judex forte ex decuriis dabatur; at ut litigantibus jus esset, suspectum rejicere, & alium petere. Rem & formulam ostendit Plinius, *Panegyric. c.* 36. verbis sequentibus. *Sors & urna fisco judicem adsignat, licet rejicere, licet exclamare, hunc nolo, timidus est, & bona seculi parum intelligit: illum volo, quia Cæsarem fortiter amat.* Sed non tantum sorte dabatur Judex; verum & litigatorum consensu. Auctor Pomponius *l.* 80. *D. de judiciis*, & Papinianus *l.* 23. *D. de appellationibus*, dum pro *circa* apud Papinianum legatur *citra*: quomodo habent manuscripti libri. Hoc vero casu utrum tantum ex albo atque ex Selectis eligeretur Judex, an etiam de medio populi, non pro certo dixerim: etsi posterius mihi non improbabile videatur, ob litigantium consensum manifestum: modo ne is qui ex consensu peteretur, Judex lege, natura, aut moribus, dari impediretur: tales enim Judices dari posse, Paulus negat *l.* 12. §. 2. *D. de judiciis.* Cæterum non, ut forte ductus Judex recte poterat recusari, ita electus partium consensu. Clare Plinius *lib.* 1. *Natur. histor. Præfat.* Verba Plinii conplusculа sunt; sed quia videntur ad omnia quæ præcedunt, alludere, ipsaque commode exprimere, adscribam. Verba Plinii. *Quid te judicem facis? cum hanc operam condicerem, non eras in hoc albo. Majorem te sciebam quam ut descensurum huc putarem. Præterea est quædem publica etiam eruditorum rejectio. Utitur illa & M. Tullius, extra omnem ingenii aleam positus, & (quod miremur) per advocatum defenditur. Hæc doctissimum Persium legere nolo, Lælium Decimum volo. Quod si hoc Lucilius, qui primus condidit styli nasum, dicendum sibi putavit: si Cicero mutuandum* (forte melius legatur, *metuendum*,) *præsertim cum de re publica scriberet: quanto nos causatius ab aliquo judice diffidimus? Sed hæc ego mihi nunc patrocinia ademi nuncupatione, quoniam plurimum interest, sortiatur aliquis judicem, an eligat.*

Jam, si conveniret Judex, Prætor eum litigantibus addicebat *l.* 39. 46. *&* 80. *D. de judiciis:* hac formula quam nobis Cicero *in Verrem lib.* 2. *c.* 12. suppeditat, *Lucius Octavius judex esto.* Ad quid? ut judiciario fungeretur munere *l.* 5. *C. eod. tit.* id est, ut causam ipse cognosceret; & hac cognita pronuntiaret, ac, si cessaret a Prætore cogeretur pronuntiare *l.* 74. *D. de judiciis*, denique condemnare reum, aut absolvere, aut certe jurare, Sibi non liquere: his enim modis & officio fungi, & judicatu solvi videbatur: ut Ulpianus auctor est libro 51. Ad Sabinum, in *l.* 55. *D. de re judicata*, & A. Gellius *d. lib.* 14. *Noctium Atticarum c.* 2. etiam Paulus *l.* 36. *D. de re judicata.* Adeo apparet, eum non habuisse jurisdictionem, sed nudam & solam notionem *l.* 5. *D. de re judicata;* & recte esse rescriptum a Divo Pio, Magistratus ut judicum a se datorum vel arbitrorum sententiam exequerentur hi qui eos dedissent *l.* 15. *D. eod. tit.* Sed plenius exequenda res est. cum Judicem daret Magistratus, non eum simpliciter addicebat: sed simul omne judicium constituebat, posita formula qua actori ac reo quidem litigandi, Judicis vero cognoscendi judicandique, potestatem finemque faciebat. In ea formula fuit, *Si paret*, ut vulgo notum est, item *condemna*, ut Ulpianus indicat *l.* 37. *D. de regulis juris* quæ est excerpta ex libro ejus 51. ad Sabinum quo eum Judicis formulæque dationem exposuisse, ex Fragmentis quæ supersunt, satis constat. ait autem, *Neminem, qui condemnare potest, absolvere non posse*: significans, judicem, cum in formula jussus est, reum, si paret, condemnare, etsi non sit jussus absolvere; tamen, si non paret, absolvere posse. quod & confirmatur *l.* 3. *D. de re judicata.* Igitur Prætor, si inter litigantes conveniret Judex, non tantum his addicebat eum, sed, ut dixi, omnem præterea judicii conceptionem formulamque constituebat: nempe, ut hisce, etiam ut illi, fibulam imponere, non infinitam licentiam permittere, videretur. Hoc enim Cicero innuit, *De inventione lib.* 2. *In jure*, inquiens, *plerumque exceptiones postulari, & quodammodo agendi potestatem dari, & omnem conceptionem privatorum judiciorum constitui.* Paulus quoque huc respicit *l.* 23. *D. de judiciis;* cum scribit, *Non posse videri in judicium venisse id, quod post judicium acceptum accidisset, ideoque alia interpellatione opus esse.* Vult enim, judicium quod est acceptum inter actorem & reum, tantum pertinere ad litem quæ fuit tempore judicii a prætore constituti; non ad hanc quoque quæ post supervenit: posse igitur Judicem cognoscere de illa in qua datus est; de hac non posse in qua datus non est: sed de ea nova interpellatione, & adeo novo judicio, novoque Judice, opus esse. Is Pauli verus sensus est, quamquam ab aliis alius adfertur; exemplumque ejus elegans in *l.* 14. §. *ult. D. de aqua & aquæ pluviæ arcendæ actione*

At quemadmodum Judex neque ante habuit notionem, quam ei data esset, neque, postquam data esset, eam ultra habuit, quam formula pateretur: ita verum est, eum non aliter habuisse,

 quam

quam eadem formula permitteret: ut egregie docet Cicero, in *Verrem lib.* 2. *c.* 12. eratque ei rei consequens; ut, si aliter egisset actor, quam eum agere oporteret, impetrata actione, causa caderet: quia verum erat, lite contestata & Judicem cogi judicare, neque a formula recedere posse, & hac reum non teneri Jure Civili. Hoc, ne longe eam, testatur Cicero *lib* 1. *De oratore*; cum, *Quod*, inquit, *alter plus lege agendo petebat, quam quantum lex in* XII *tabulis permiserat: quod cum impetrasset, causa caderet: alter iniquum putabat plus secum agi, quam quod esset in actione: neque intelligebat, si ita esset actum, litem adversarium perditurum.* Atque id adeo verum erat, ut edita actio, etsi ante litem contestatam actoris arbitrio & mutari & emendari posset; ab eo tamen post litem contestatam neque mutari neque emendari posset; neque ejus sponte, ne officio Judicis; sed demum impetrata in integrum restitutione a prætore causa cognita: tum enim quin & emendari & mutari potuerit actio, etiam post litem contestatam, dubium non est: idque videtur velle *l.* 3. *C. de edendo;* si cum *l. unic. C. de litis contestatione*, cujus pars est, ut ex utriusque cum tenore, tum Inscriptione & Subscriptione, intelligitur, ita conjungatur.

Res in judicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante judicium reo cognita. Inter litem enim contestatam & editam actionem permultum interest. Lis enim tunc contestata videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire cœperit. Edita actio speciem futuræ litis demonstrat: quam emendari, vel mutari licet, pro ut Edicti perpetui monet auctoritas, vel jus reddentis decernit æquitas.

Imperatores, Severus & Antoninus, a Valente consulti de jure mutandæ aut emendandæ actionis editæ, produnt differentiam inter litem contestatam & editam actionem. quem in finem? ut ostendant, actori ante litem contestatam ex Edicto perpetuo concedi editæ actionis & emendationem & mutationem; post contestatam vero litem ei neutram concedi auctoritate generalis Edicti; sed ex speciali Prætoris decreto, impetrata in integrum restitutione. Et recte: quia enim lite contestata videtur quasi contractum inter actorem & reum; non facile debet actori concedi, ab ea recedere sine consensu rei, cui jus quæsitum est: aliter ac fit, cum actio tantum edita, id est, cum reo tantum species futuræ litis ante judicium est demonstrata, res autem in judicium deducta non est *d. l.* 3. *d. l. unic.* neque de ea quasi contractum videtur: denique, cum nihil causæ est, cur minus actor possit ab edita actione recedere, quam reus deliberare, utrum cedere malit, an ultra contendere. Si tamen apparet evidens æquitas emendandæ aut mutandæ actionis; indulgenda actori etiam post litem contestatam erit ejus & emendatio & mutatio: id enim intelligitur ex *l.* 4. §. *fin. D. de noxalibus actionibus. l.* 84. §. 5 *in fin. D. de legatis lib.* 1. *l.* 18. §. 1. *D. de vi & vi armata.* idemque Cicero probat *Pro Cæcina cap.* 3. Verba Ciceronis. *At si quis mihi hoc judex, recuperatorve dicat, potuisti enim leviore actione confligere, potuisti ad tuum jus faciliore & commodiore judicio pervenire. quare aut muta actionem, aut noli mihi instare, ut judicem. tamen is aut timidior videatur, quam fortem, aut cupidior, quam sapientem judicem esse æquum est, si aut mihi præscribat, quemadmodum meum jus persequar, aut ipse id, quod ad se delatum sit, non audeat judicare. Etenim si Prætor is, qui judicia dat, nunquam petitori præstituit, qua actione illum uti velit. videte quam iniquum sit, constituta jam re, judicem, quid agi potuerit, aut quid possit, non quid actum sit, quærere. Verumtamen nimiæ vestræ benignitati pareremus, si alia ratione jus nostrum recuperare possemus.* Ita est: si evidens est æquitas emendandæ aut mutandæ actionis, etiam post litem contestatam indulgetur ejus & emendatio & mutatio: sed non simpliciter, nec sponte: non enim potest actor post litem contestatam, invito reo, ab instituta actione desistere, & instantiæ renuntiare sine permissu Prætoris: &, ut maxime renuntiet liti, tamen & reo manet jus urgendi sententiam vi litis contestatæ, per quam inter eum actoremque quasi contractum videtur, & Judici incumbit adhuc necessitas ferendi sententiam *l.* 74. *D. de judiciis:* quia ante non est functus officio suo. Quid ergo est? si evidens sit utilitas mutationis aut emendationis: puto actori eam concedi, etiam post litem contestatam; sed non sponte, nec suo jure; sed, (ut Severus & Antoninus loquuntur in *d. l.* 3.) *Si jus reddentis decernit æquitas:* hoc est, impetrata a Prætore in integrum restitutione causa cognita. cujus & Seneca meminit *epist.* 48. sic scribens. *Per istud philosophiæ sunt nigræ & turpes infamesque etiam ad album sedentibus exceptiones. Quid enim aliud agitis, cum eum, quem interrogatis, scientes in fraudem inducitis, quam ut formula cecidisse videatur? sed quemadmodum illum Prætor, sic hos philosophia in integrum restituit.* Sic Seneca. Justinianus quoque §. 33. *Inst. de actionibus.* Verba Justiniani. *Si quis agens in intentione sua plus complexus fuerit, quam ad eum pertineat, a causa cadebat: nec facile in integrum restituebatur a Prætore, nisi minor erat viginti quinque annis. Huic enim sicut in aliis causis causa cognita succurrebatur, si lapsus juventute fuerat: ita & in hac causa succurri solitum erat. Sane si tam magna causa justi erroris interveniebat, ut etiam constantissimus quisque labi posset, etiam majori viginti quinque annis succurrebatur, veluti &c.*

Ex his apparet, Selectum Judicem, ut notionem accipiat qua in causa, litigatoribus a Prætore esse addicendum: neque ante, quam his addictus sit, aut notionem habere, aut Judicem esse: imo, si quibus datus sit qua in causa, ne in illa quidem, in qua sit datus, posse aut aliter judicare, aut ultra, quam jussus est: adeo neque absolvere, neque condemnare, nisi Prætoris permissu. Atque hoc verum est, si non inter litigatores aliter sit conventum post litem contestatam: nam tum æquum est, Judicem includi formulæ, quam ei præscripsit Prætor, & de qua lite contestata quasi contractum est. At si inter consentientes cognoscat Judex, alia post sequuta pactione, dicendum est, ea informari formulam, ac fingi, velut tacita Prætoris voluntate, neque inde Judicem regi eo quod Prætor jussit judicari, sed quod litigatores sequuta conventione complexi sunt: propterea quod Prætori negotium est, per Judicem dirimere eorum litem qui ea gratia ad eum in jus veniunt: qui si ab ea sponte recedunt opera dati Judicis, neque injuria fit Prætori, (nam obtinet hoc quod agit) & contra accipit causam, cur perinde ratam habeat hanc sententiam, ac si ex formula judicatum esset. id sane Ulpianus vult *l.* 26. *D. de re judicata;* cum, *Si*, inquit, *convenerit inter litigatores, quid pronuntietur, non abs re fore, judicem hujusmodi sententiam proferre.* Inde quæsitum est, si Judex jussus sit, judicare usque ad certam summam, an de re majore judicare possit. Et non puto, posse sine litigatorum conventione: quia illum Prætor inclusit certis termi-

minis, neque voluit exſpatiari ultra. Quid, ſi convenit inter litigatores, ut de majore quoque re judicet? ait Julianus, etiam de re majore judicaturum *l.* 74. §. 1. *D. de judiciis.* Nam & ſi Judex notionem acceperit a Prætore usque ad certum tempus: tamen ſi placeat inter litigatores & Judicem, ut eam ulterius habeat, perduraturam, Ulpianus *l.* 2. §. 2. *D. de judiciis:* quia Prætor, cum formulæ inſerit certum tempus, intendit ad utilitatem litigatorum ac Judicis: qui ſi ei renuntiant privata conventione, jure facere videntur; ſiquidem æquum eſt, volentes uti Prætoris beneficio, nolentes non cogi uti. Sed id obtinet, niſi ſpecialiter Principali juſſione inhibeatur prorogatio: ut Ulpianus loquitur *d. l.* 2. §. 2. *D. de judiciis*, vel, ſi mavis, Tribonianus: a quo inſerta illi loco eſt hæc clauſula ex *l.* 13. *C. de judiciis:* pariter ut in *l.* 32. *D. eod. tit.* ex eadem *l.* 13. inſerta eſt finalis clauſula.

Igitur Prætor Judicem litigatoribus in jure addicebat; ſimul litem formulamque concipiebat; & hac agendi judicandique fines ponebat. id maxime in judiciis ſtricti juris: nam in bonæ fidei judiciis aliquanto laxior erat poteſtas Judicis §. 30. *Inſt. de actionibus*: non aliam ob cauſam, quam quia in his Prætor formulæ addebat clauſulam, *Ex bona fide*, ſimilemve, in illis talem ei clauſulam non addebat: neque igitur mirum, ſi Judex, cum ad eum ventum eſſet, in iſta ſpecie formulæ & legum ſubtilitati ſervire, atque intra eam conſiſtere; in illa ex bono & æquo, non etiam ex ſubtili jure & legum ſeveritate, judicare cogeretur. Sed hoc Cicero oſtendit *Pro Roſcio Comœdo cap.* 4. Verba Ciceronis. *Pecunia tibi debebatur certa, quæ nunc petitur per judicem, in qua legitimæ partis ſponſio facta eſt. Hic tu ſi amplius HS nummo petiiſti, quam tibi debitum eſt, cauſam perdidiſti: propterea quod aliud eſt judicium, aliud arbitrium. judicium eſt pecuniæ certæ, arbitrium incertæ. ad judicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus, aut amittamus: ejus rei ipſa verba formulæ teſtimonio ſunt. Quid eſt in judicio? Directum, aſperum, ſimplex. Si paret* H S IↃↃↃ *dari oportere, hic niſi planum facit* HSIↃↃↃ *ad libellam ſibi deberi, cauſam perdit. Quid eſt in arbitrio? Mite, moderatum, quanto æquius melius id dari.* Hoc Cicero: idem vel ſimile Seneca. *De beneficiis lib.* 3. *c* 7. *Quæcunque*, inquiens, *in cognitionem cadunt, comprehendi poſſunt, & non dare infinitam licentiam judici. Ideo melior videtur conditio cauſæ bonæ, ſi ad judicem, quam ſi ad arbitrum mittitur: quia illum formula includit & certos, quos non excedat, terminos ponit; hujus libera & nullis adſtricta vinculis religio & detrahere aliquid poteſt, & adjicere, & ſententiam ſuam non prout lex aut juſtitia ſuadet, ſed prout humanitas & miſericordia impulit, regere.* Huc usque Seneca.

Ex quo differentia utriusque formulæ clara & certa, effectus item clari & certi. Nec tamen aſſentior Franciſco Connano *lib.* 5. *Comment. jur. Civil. c.* 5. *n.* 2. aliisque Doctiſſimis Viris; exiſtimantibus, deberi naturæ differentiæque formularum quæ a Prætore dantur in judiciis bonæ fidei & ſtricti juris, quod uſuræ in bonæ fidei judiciis ex mora præſtantur officio Judicis; in ſtricti juris judiciis ex mora officio Judicis non præſtantur. imo mihi perſuadeo, uſuras ex vetere horum judiciorum uſu non magis in bonæ fidei, quam in ſtricti juris, judiciis officio Judicis ex mora obtinuiſſe: primumque tentaſſe aliquid Antiſtium Labeonem: non quidem in omnibus bonæ fidei Judiciis; ſed in una pro ſocio actione: nec ibi alias, quam ſub colore ejus quod intereſt. cæterum quod is ſubverecunde, & dumtaxat adhibito colore, atque in una illa pro ſocio actione, inchoavit, deinde Divum Pium in omnibus bonæ fidei judiciis, itemque legatis & fideicommiſſis, palam conſtituiſſe. Sed hoc, etſi digniſſimum obſervatu, & hactenus intactum aliis, tamen quia diligenter expoſui *De Fœnore & Uſuris lib.* 3. *c.* 6. *& ſeq.* hic, ne actum agam, ulterius non exequar.

Potius de exceptione pauca ſubjiciam. eſt enim vel circa eam egregius, & qui ſit magni uſus, effectus diſtinctionis judiciorum bonæ fidei & ſtricti juris. Ecce, actor poſtulabat ſibi a Prætore actionem & Judicem dari & ei puram præſcribi formulam; ſcilicet, *Si paret, reum dare facere oportere, condemna.* contra poſtulabat reus, formulæ addi exceptionem, nempe, *Extra quam ſi pactum conventum, aut dolus malus, aut ſimile, intervenerit.* Eam exceptionem ſi formulæ inſereret Prætor: tum deinde poterat reus eam in judicio poſt litem conteſtatam, ubi actor intentionem ſuam probaverat teſtibus aut inſtrumentis, Judici probare; & Judex poterat eam admittere: ſin ea in jure omiſſa, aut petita, non impetrata, eſſet; deinde probata in judicio actoris intentione, fruſtra apud Judicem objiciebatur; eo quod ei formula finem poſuerat; & æquitas quæ extra actionem extraque formulam erat, ei parum commiſſa credebatur. ita reus, quia liquebat, eum teneri ex regulis juris, quamquam inique, tamen a Judice ſine ulla religione, condemnabatur. Hoc in judiciis ſtricti juris: in his autem quæ erant bonæ fidei, nihil attinebat, exceptionem in jure a Prætore nominatim impetrari: nam etſi in formula omiſſa eſſet a Prætore, in judicio ſupplebatur officio Judicis, cujus jam arbitrium liberum & vinculis ſolutum videbatur. ita exceptio in judiciis ſtricti juris Prætoris facto, in reliquis ipſo jure, nitebatur: & ſi pactum aut dolus intervenitſet, in judiciis ſtricti juris actio quidem nata dicebatur, ſed exceptione infirmari *l.* 36. *D. de verborum obligationibus:* ſin ea in judiciis bonæ fidei apparerent, agi non poterat: ſic enim Paulus loquitur *l.* 3. *D. de reſcindenda venditione:* puto, quia his exceptiones ineſſe, vel ut Paulus ait *l.* 38. *D. de hereditatis petitione*, officio Judicis contineri videbantur: id eſt, ut ipſe indicat, etſi in jure omiſſæ eſſent, tamen in judicio opponi, & vel Prætoris injuſſu admitti poterant. quid multa? Paulus *d. l.* 3. *D. de reſcindenda venditione* ait, exceptiones quæ actionibus bonæ fidei inſunt, actiones ipſo jure tollere: ipſumque Ulpianus firmat *l.* 16. §. 1. *D. de minoribus.* amplius idem Ulpianus eas Prætoris facto *d.* §. 1. *l.* 16. Paulus *d. l.* 3. exceptionibus opponit: quaſi exceptiones non ſint quæ actione continentur, & in judicio, etſi apud Prætorem conteſtatæ non ſint, adhuc judicis officio ſupplentur. Sed quemadmodum verba hæc, *ipſo jure nullum eſſe*, & *per exceptionem tolli*, invicem opponuntur ſibi *l.* 28. *D. de actionibus empti & venditi*, & *l.* 27. *D. de regulis juris:* ita illa, *per exceptionem*, & *officio Judicis*, ſibi committuntur *l.* 11. *D. de noxalibus actionibus*, *d. l.* 38. *D. de hereditatis petitione*, & *l.* 3. §. *ult. D. Nautæ caupones ſtabularii:* iſta quoque, *per exceptionem tolli*, & *judicio ineſſe exceptionem d. l.* 3. *D. de reſcindenda venditione*, *l.* 21. *D. Soluto matrimonio*, & *l.* 84. §. 5. *D. de legatis lib.* 1.

CA-

CAPUT XIV.

Ulpianus l. 7. D. de dolo malo emendatus.

Hæc, & quæ his consequentia sunt, minus observavit Ulpiani Vetus Interpres cujus manus, nisi me fallit conjectura, extat in *l.* 7. *D. de dolo malo*, nondum, quod sciam, animadversa: etsi turbet Ulpiani locum, alioquin elegantem & planum. ea causa integrum adscribam, uti corrigam, & Studiosos Juris molestia liberem. is locus sic habet.

Et eleganter Pomponius hæc verba, Si alia actio non sit, *sic excipit*, *quasi res alio modo ei*, *ad quam ea res pertinet*, *salva esse non poterit. Nec videtur huic sententiæ adversari*, *quod Julianus lib.* 4. *scribit*, *si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus*, *eum vendidit cum peculio*, *emptorque eum manumisit*, *dandam in manumissum dei dolo actionem. Hoc enim sic accipimus*, *carere dolo emptorem*, *ut ex empto teneri non possit: aut nullam esse venditionem*, *si in hoc ipso*, *ut venderet*, *circumscriptus est. & quod minor proponitur*, *non inducit in integrum restitutionem*: *nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere.*

Ita est in plerisque exemplaribus; quibus & Basilica assentiuntur *lib.* 10. *tit.* 3. Corrigo tamen. *Hoc enim sic accipimus*, *carere dolo emptorem*, *ut ex empto teneri non possit. Et quod minor proponitur*, *non inducit in integrum restitutionem*: *nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere.* Ejeci verba ista, *Aut nullam esse venditionem*, *si in hoc ipso*, *ut venderet*, *circumscriptus est*: quia quantum mea fert opinio, alicujus Interpretis sunt. Ulpiani certe non sunt. Interpretabatur Ulpianus Edicti de dolo malo verba, *Si alia actio non erit*, *judicium dabo.* Ea vero verba sic accipiebat: Si ea res alio modo ei ad quem pertinet, salva esse non poterit. huic interpretationi adversari videbatur, quod Julianus scribit, Si minor servum, ejus consilio circumscriptus, vendidit cum peculio, emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem. nam inde poterat colligi, Julianum velle, dandam venditori, etiam cum res aliter salva esse potest, de dolo actionem esse. quamobrem? quia emptor, apud Julianum, aut est doli particeps, aut dolo caret: &, si doli particeps est, datur venditori utilis venditi actio adversus emptorem. ad quid? ut aut emptioni stetur, aut ut emptio resolvatur; & adeo servus, pretio emptori restituto, venditori contra restituatur, denique, si id fieri nequeat hoc in casu, propter subsecutam manumissionem, in id quod venditoris interfuit, non manumitti servum. Hoc, si emptor doli particeps est: sin dolo caret, venditor ætate læsus est; Jure Prætorio ei in integrum restitutio indulgetur. Utcumque igitur erit in Juliani exemplo: datur venditori de dolo actio, etsi potest ei res aliter salva esse, quam actione de dolo: quia datur venditori utilis venditi actio, si emptoris dolus arguitur; aut in integrum restitutio, si non arguitur dolus ejus: & tamen a Juliano de dolo actio conceditur. Exposui duplicem difficultatem. Dicam, quid utrique reponat Ulpianus. prior difficultas est: quod, si emptoris dolus intervenit, datur venditori utilis venditi actio adversus emptorem: habet igitur locum de dolo actio ex Juliani sententia, cum res alio modo ei ad quem pertinet, salva esse poterit: aliter atque Ulpianus interpretatus est. Hæc prior difficultas: sed respondet Ulpianus, non videri Julianum sensisse de casu quo emptor est dolo proximus; sed de casu quo emptor dolo vacat: & actionem ex vendito venditori quidem de dolo dari adversus emptorem, cum is dolum commisit; sed non æque, si a dolo alienus proponitur. igitur Julianum non dedisse actionem de dolo, cum res potest venditori aliter salva esse. Sublata est prior difficultas. Quæ altera? quod venditor, si & minor est, & ætate lapsus, ut in proposita specie, etiam cum valet contractus, in integrum restitutione adjuvatur: datur igitur a Juliano de dolo actio ubi res aliter salva esse potest. Sed animadvertebat Ulpianus, etiam id frustra colligi: quia idem servus qui a minore venditus est, apud Julianum ab emptore manumissus proponitur: adversus manumissum autem nulla in integrum restitutio locum habet. non igitur potest ibi minori, eidemque venditori, cui neque in integrum restitutio, neque utilis actio, competit, res aliter salva esse, quam actione de dolo. Hic Ulpiani sensus est *d. l.* 7. atque hunc ipse (non enim possim uti magis idoneo aut auctore aut interprete) in *l.* 9. §. *ult.* & *l.* 11. *D. de minoribus* plane exprimit sequentibus verbis.

Adversus libertatem quoque minori a Prætore subveniri impossible est. verum vel de dolo, vel utilis actio erit in id, *quod minoris interfuit*, *non manumitti.* & reliqua.

Cum ait Ulpianus, minori *de dolo* actionem dari; tum verum est, si intervenit dolus non emptoris, verbi gratia, sed manumissi servi: cum vero infit, *Vel utilem actionem fore in id quod minoris interfuit*, *non manumitti*; tum placet, cum ipsius emptoris dolus intervenisse dicitur. quod emendationi meæ convenit. Proinde apparet, *d. l.* 7. verba, *aut nullam venditionem esse*, *si in hoc ipso*, *ut venderet*, *circumscriptus est*, non dicam vacare, sed rationem disputationis alioquin elegantem interpellare. Ea tamen adscripsit Interpres, quisquis is fuit: quia videbat, ubi emptoris dolus arguitur, venditori ex vendito actionem dari hactenus, ut contractui stetur: videbat quoque, dolum qui sit in bonæ fidei contractu admissus, eum contractum, si id malit venditor, ipso jure dissolvere: utrumque vero actionis venditi esse, non videbat: itaque Ulpiano importunam interpretationem adjecit. Quamquam æque ineptus fuit qui hanc e margine in contextum transtulit; &, cum scripsisset Ulpianus, (*Hoc enim sic accipimus*, *carere dolo emptorem*, *ut ex empto teneri non possit. & quod minor. &c.*) his stulte inseruit, *aut nullam esse venditionem*, *si in hoc ipso*, *ut venderet*, *circumscriptus est.* Id enim idem valet, ac si esset, Aut, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus sit venditor, nullam esse venditionem; eoque sic eam accipi, quasi omni prorsus careat effectu, non adversus venditorem tantum qui ab emptore deceptus est dolo malo, sed adversus emptorem quoque qui venditorem dolo decepit; & ideo illo in casu,

quia

quia alia actio non est, necessariam esse de dolo actionem. At non ita est; neque hoc Veterum quisquam in judicio bonæ fidei aut sensit, aut dixit: contra voluerunt illi, exceptionem doli mali, agente emptore, propter clausulam, Ex bona fide, inesse ex empto actioni, ibique officio Judicis contineri; venditore vero agente, actionem de dolo malo similiter inesse actioni ex vendito vi ejusdem clausulæ, denique, venditori agenti ad emptionis solutionem, & rei traditæ restitutionem, aut etiam aliter ad id quod interest, ex vendito actionem utilem Jure Civili suppetere: neque necessariam esse Prætoriam de dolo malo actionem. Plane ita censeo, ac ne Ulpiano error accessisse videatur, ad oram libri esse remittenda illa, *aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est.* Quod notandum est: in primis, quia id vitium, non animadversum, fraudi fuit eruditis hominibus: existimantibus, dolum qui detegitur in contractu bonæ fidei, si dederit causam contractui, eum ipso jure nullum facere; sin inciderit in contractum bonæ fidei, contra dicendum esse. Quod mihi non placet: &, volente Deo, latius exequar libro, De forma emendandi doli mali in contrahendis negotiis admissi. nunc attigisse sufficit, & velut digito indicasse.

Caput XV.

De litis contestatione & effectu ejus. Judex quomodo cognoscat, & ubi? Imperator Alexander restitutus l. 10. pr. & §. 1. C. de fidejussoribus & mandatoribus: & responsum his quæ contra moventur.

Ad hunc modum ordinata lite, tandem subsecuta fuit ejus contestatio: quam Justinianus ait fieri post narrationem propositam & contradictionem objectam *l.* 14. §. 1. *C. de judiciis.* Quemadmodum autem facta sit, docet Festus in verbo, *contestari*: sic inquiens, *Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet, testes estote.* Sed plane rem designant Severus & Antoninus *l. unic. C. de litis contestatione*; cum scribunt, litem contestatam videri tunc, cum Judex (Prætorem sic appellant Imperatores) ex narratione actoris & contradictione rei cœpit causam audire. Quia autem postulante actore, & contradicente reo, a Prætore constituebatur, sive dabatur, judicium; id est, decernebatur, in id quod intenderetur & exciperetur, probationes ab actore & reo adferri apud Judicem; ab eoque pronuntiari causa cognita; eamque in rem testes adhibebantur; inde factum fuit, ut per litis contestationem diceretur quasi contrahi *l.* 3. §. 11. *D. de peculio*, item celebrari non postulatio simplex, sed peti & postulari cum effectu: etsi res plerumque in judicium dilaberetur, ibique & concertaretur demum, & dijudicaretur: præterea inde factum fuit, ut a lite contestata diceretur res in judicium deduci, & incipere judicium: postremo, ut hæc, ante judicium susceptum, & ante litem contestatam, item, post litem contestatam, & post judicium acceptum, vel susceptum, idem valerent in *l. unic. C. de litis contestatione*, *l.* 15. *D. Ratam rem haberi*, *l.* 25. §. 7. *& l.* 40. *D. de hereditatis petitione*, apud Ciceronem quoque, *Partitionibus c.* 28. cujus verba, quamquam complura sint, tamen quia digna videntur hoc loco, apposui. Verba Ciceronis. *Atque etiam ante judicium de constituendo ipso judicio solet esse contentio, cum aut, sitne actio illi, qui agit, aut jamne sit, aut num jam esse desierit, aut illane lege, hisne verbis sit actio, quæritur: quæ etiamsi ante, quam res in judicium venit, aut concertata, aut dijudicata, aut confecta non sunt: tamen in ipsis judiciis permagnum sæpe habent pondus, cum ita dicitur: plus petiisti: sero petiisti: non fuit tua petitio: non a me, non hac lege, non his verbis, non hoc judicio.* Et post. *Quare de constituendis actionibus, accipiendis, subeundisque judiciis, de excipienda iniquitate actionis, de comparanda æquitate, quod ea fere ejus generis sunt, ut, quamquam in ipsum judicium sæpe dilabantur, tamen ante judicium tractanda videantur, paululum ea separo a judiciis, tempore magis agendi, quam dissimilitudine generis.*

Igitur lite contestata & constituto judicio, res a Prætore transibat ad Judicem: isque eam dein cognoscebat. ubi? eo in loco quem Prætor in jubendo judicare comprehendit; aut in eo quo solet judicari sine incommodo litigantium *l.* 59. *D. de judiciis*: qualia loca a Modestino *Loca judiciorum* appellantur *l.* 6. §. 2. *D. de excusationibus.* Cognoscebat autem Judex cum amicis quos rogaverat in consilium cumque his sedebat in subselliis: ut intelligitur ex Gellio *lib.* 14. *c.* 2. & inde pedaneus Judex appellatur in *tit. C. de pedaneis judicibus*: quod est commune nomen omnium qui cognoscunt alias, quam pro tribunali.

Habes ordinem privatorum judiciorum: qui indigitatur ab Imperatore Alexandro in *l.* 10. *C. de fidejussoribus & mandatoribus.*

> *Fidejussor, seu mandator, si in usuras quoque obligatus est, justam causam recusandi eas solvere non habet.* §. 1. *Ut autem is, qui cum altero fidejussit, non solus conveniatur, sed dividatur actio inter eos, qui solvendo sunt, ante condemnationem ex ordine postulari solet.*

Ita omnes codices; sed mendum subest duobus locis: corrigo & scribo.

> *Fidejussor, si in usuras quoque obligatus est, justam causam recusandi eas solvere non habet.* §. 1. *Ut autem is, qui cum altero fidejussit, non solus conveniatur, sed dividatur actio inter eos, qui solvendo sunt, ante litis contestationem ex ordine postulari solet*

Sic conjeci *lib.* 2. *Probabilium Juris Civilis c.* 1.

Sed conjectura displicet viro cuidam erudito & præclaro: existimanti, textum *d. l.* 10. prout editur, cum aliis locis in Codice Justiniani eximie consentire: sic enim scribit. Sed, quod ejus pace dicam, parum probabili ratione: ubi fatetur, eum textum non consentire temporibus Imperatoris Alexandri de quibus quæritur in *d. l.* 10. sed temporibus posteriorum Imperatorum de quibus in *d. l.* 10. quæ est Alexandri, non agitur. imo quod attinet ad Alexandri tempora; fatetur, veram esse meam sententiam, neque illis Alexandri scripturam, prout vulgo editur, convenire: cum tamen id esset quod ego in *d. l.* 10. mihi demonstrandum sumpseram, & cur receptam Alexandri lectionem emendandam esse, arbitrarer. Sed ubi fatetur vir

vir ille eruditus, quærentibus auctoris mentem, esse falsam *d. l.* 10. scripturam; idemque negat, eam ullius egere emendationis, quia cum cæteris locis optime consentit: vereor, ne manifeste sibi contradicat. Nisi placet, mutationem (si quæ facta sit in *d.* l. 10.) esse Triboniani: id enim mavult. Sed sive Triboniani sit, sive cujusquam alterius, tamen, si Alexandri non sit, non infirmat vim sententiæ meæ: qui dixi: vulgatam scripturam disciplinæ seculi Alexandri non respondere: & ideo in principio legis delenda esse verba, *seu mandator* & *in* §. 1. pro *condemnationem* Alexandrum scripsisse, *contestationem*, vel *litis contestationem.* At Tribonianus Alexandri verba sequentis usui temporis accommodavit, atque id si quis conjiciendum arbitretur, non intercedit vir eruditus. Si tamen hoc ei largirer; nihilominus verum foret quod ante dixi, verba, *seu mandator* non esse Alexandri in *pr. d. l.* 10. item in §. 1. eum non, *ante condemnationem*, scripsisse, sed *ante contestationem*, vel, *ante litis contestationem.* Quamquam, ut quod res est, dicam, non placet, quod refertur de sequentium temporum usu ad quem inflexa a Triboniano sint Alexandri verba: nam is usus neque liquet ullo Juris Justinianei loco, neque magis sequentium temporum fuit, quam præcedentium.

Scio, contra dici, sublatis Jure novo formulis, & Judicibus datis, a Diocletiano & Maximiano *l.* 2. *C. de pedaneis judicibus*, simul sublatum esse quod feci discrimen actionum bonæ fidei & stricti juris: idque intelligi inde, quod *l.* 8. & 9. *C. de exceptionibus*, & aliæ de contestatione loquentes, non distinguunt inter judicia bonæ fidei & stricti juris: tantum docent, reum non cogi, suas exceptiones statim prosequi, sed ei sufficere simplicem earum contestationem in principio: tum posse exspectare, donec actor jus suum probaverit. quin amplius dici, in *l.* 9. *C. de præscriptione longi temporis* idem diserte observari in emptione & venditione quæ est maxime bonæ fidei, ac vel eo liquere exemplo, nullum esse hac in parte discrimen actionum bonæ fidei & stricti juris; sed in utroque genere exceptionum contestationem ab initio peræque & desiderari & sufficere: idque indicari prioribus verbis *d. l.* 10. *C. de fidejussoribus*, quæ sunt, *Fidejussor, seu mandator*, & his posterioribus, *Ante condemnationem ex ordine postulari solet*: itaque eum textum cum cæteris optime convenire, nec ullius egere emendationis, ut nunc est.

Sic ille: sed quam recte, videamus. Ait, sublatos novo Jure esse Judices datos, etiam formulas, & differentiam judiciorum bonæ fidei & stricti juris, factumque id omne esse a Diocletiano & Maximiano *l.* 2. *C. de pedaneis judicibus.* At ea in lege non fit mentio formularum, neque judiciorum bonæ fidei, aut stricti juris. non igitur tolluntur ea formulæ neque differentiæ actionum bonæ fidei & stricti juris: imo, ne in solidum quidem Judicum datio aboletur. Nam, ut de hac primum loquar, tantum jubentur Præsides, in causis in quibus ante solebant Judices dare, deinceps per se cognoscere, si non multitudine litium aut negotiorum impediantur: at si ea sit, tum Præsidibus judicum datio non interdicitur: utique iis in causis in quibus ante obtinuit; excepta causa ingenuitatis & libertinitatis. Hoc nescio an addam, quod Julianus dein *l.* 5. *C. eod. tit.* Secundo, Præfecto prætorio, scripsit, esse humiliores causas in quibus superfluum sit, Moderatorem provinciæ exspectare: ideoque se Præsidibus dare potestatem constituendi pedaneos Judices: hoc est, qui negotia humiliora disceptent; atque indistincte, sive impediantur Præsides, sive non impediantur. Illud non omiserim, quod ipsi Impp. Diocletianus & Maximianus in *l. ult. C. de in litem jurando* (quæ est posterior *d. l.* 2. scripta quippe 8. cal. Januarii; cum *d. l.* 2. jam esset data 15. cal. Augusti ejusdem anni) manifeste, *Judicem datum*, inquiunt, *ferre sententiam convenit.* Hoc plus in *l.* 3. *C. si a non competente Judice judicatum esse dicatur* (quæ est anni 297. cum, ut dixi, *d. l.* 2. sit anni 294.) palam meminerunt *Judicis de proprietate dati a Rectore Provinciæ.* Imo post eos Imperatores adhuc Theodosius & Valentinianus, *l. unic. C. Qui pro sua jurisdictione Judices dare darive possunt*, Cyro Præfecto prætorio, clare præcipiunt, *In causarum delegationibus illud observari, ut ita valeant, si ad jurisdictionem pertineant delegantis.* Dixi de Judicis datione. Porro quod ad formulas attinet, æque certa res est: siquidem earum impetratio non fuit a Diocletiano & Maximiano sublata in *d. l.* 2. *C. de pedaneis judicibus*; sed demum a Theodosio & Valentiniano in *l.* 2. *C. de formulis & impetrationibus*: inter quam & *d. l.* 2. *C. de pedaneis judicibus* intercessit spatium majus, quam centum annorum. Quod si est; constat, reo ante *d. l.* 2. *C. de formulis & impetrationibus* fuisse necessitatem exceptionis in judicio stricti juris in initio sive postulandæ sive contestandæ, etiam cum Præsides per se cognoscerent ex præscripto Diocletiani & Maximiani in *l.* 2. *C. de pedaneis judicibus.* Quam ob rem? quia ea nusquam legitur sublata ante Theodosium & Valentinianum in *d. l.* 2. *C. de formulis & impetrationibus.* Amplius, mansit ea & post hanc legem: quia per hanc tantum desiit necessitas impetrandæ actionis certæ & solemnis; si modo constaret, esse rei aptam, & proposito negotio competentem. ita est: remittitur in ea lege actori necessitas impetrandæ actionis, seu certæ & solemnis formulæ, in majore & minore judicio: actione autem instituta, id est postulata, sine expressione ejus formulæ, non remittitur reo necessitas exceptionis quibuscumque verbis aptis & idoneis in initio sive postulandæ, sive opponendæ, sive contestandæ, in judicio stricti juris, sive hoc sit majus, sive sit minus. quo minus igitur reus & post *d. l.* 2. *C. de pedaneis judicibus*, & post *d. l.* 2. *C. de formulis & impetrationibus*, ea necessitate teneatur ex Edicto perpetuo, nihil impedit: nempe, ut Præses audita intentione actoris & contradictione rei decernat, in id quod petitur & excipitur, probationes ab utroque adferri vel apud ipsum, vel apud Judicem ab eo datum. Quod si placet; probatum est, esse sublatam solemnis formulæ impetrationem; sed rem sublatam non esse. Æque certum est, viguisse differentiam judiciorum bonæ fidei & stricti juris post *d. l.* 2. *C. de pedaneis judicibus* nam ejus mentio fit a Justiniano in Pandectis & Codice, non dicam, sæpe, sed passim, & stulte, si illa differentia ejus ætate inanis & supervacua fuisset. Quid? quod idem Imperator § 28. 29. & 30. *Inst. de actionibus* non modo confirmat eam actionum distinctionem: sed & quasdam facit actiones bonæ fidei, quæ ante aut non fuerant tales, aut fuerant ambiguæ: id vero cui facturus videtur, nisi jam tum usum habuisset?

Nil juvat virum eximium, quod ait, a Diocle-

cletiano & Maximiano in *l.* 8. & 9. *C. de exceptionibus*, aliisque locis, de exceptionum contestatione loquentibus, non distingui inter judicia bonæ fidei & stricti juris; sed tantum doceri, reum non cogi, suas exceptiones statim prosequi. Nam his in locis proprie non sunt leges Diocletiani & Maximiani; quibus aut novum aut generale jus definiatur: magis sunt eorum Rescripta ad factum certum; in quo tantum fuit de judiciis stricti juris, non etiam de judiciis bonæ fidei, quæsitum: neque igitur potest ex illis fieri argumentum ad abolitionem judiciorum bonæ fidei: de quibus ibi neque consulti fuere Imperatores, neque responderunt. Atque hoc extra omnem dubitationem est: postquam ipsi Imperatores, Diocletianus & Maximianus *l.* 2. *C. Sententiam rescindi non posse* clare scribunt, *Peremptorias exceptiones omissas in initio, antequam sententia feratur, opponi posse, perpetuum Edictum manifeste declarare.* Quid enim aliud indicant illis verbis Imperatores, quam se ex antiquo Jure, quantum ad exceptiones in judiciis bonæ fidei aut stricti juris opponendas attinet, nihil immutasse: sed velle, eam rem definiri ex auctoritate Edicti perpetui, quo judicia bonæ fidei a stricti juris judiciis erant distincta? Quod si est; opinor, eos Imperatores idem agere in *d. l.* 8. & 9. neque his aliud argui, quam reum, volentem se in judicio stricti juris tueri exceptione, teneri Edicto perpetuo, eam in initio opponere, id est, postulare & contestari: & si opposita ac contestata sit; tum posse ea post litem contestatam uti antiquo more: quo pleraque quæ apud Prætorem postulabantur, fere in judicium dilabebantur; ibique demum & concertabantur & dijudicabantur: ut ex Cicerone dixi initio hujus capitis. Ita prorsus est: tantum volunt Diocletianus & Maximianus, reum in judicio stricti juris debere exceptionem ante litem contestatam opponere & contestari: eoque facto, secundum eam posse absolutionem post litem contestatam postulare vel apud Præsidem, si ipse cognoscat, non impeditus multitudine litium aut negotiorum, vel apud Judicem a Præside datum, si hic negotiorum aut litium multitudine cognoscere impediatur. Sic mihi videtur, & in *d. l.* 8. & 9. non ideo non fieri mentionem judiciorum bonæ fidei, quia in hisce tum æque necessaria fuit exceptionum contestatio, atque in judiciis stricti juris; quæ est sententia eruditi viri: non enim potuit, ne quidem post *d. l.* 2. *C. de pedaneis judicibus*, ambigi, an in judiciis bonæ fidei deinceps contestanda esset exceptio ante litem contestatam: nam ea contestatio in his neque ante *l.* 2. initio fuit necessaria, quamquam tum vigente Judicum datione: neque post *d. l.* 2. fuit causa, cur deinde inciperet necessaria esse, Præsidibus in primis per se, non per datos Judices, cognoscentibus. imo e contrario magis potuit dubitari, an ea contestatio in judiciis stricti juris post *d. l.* 2. esset æque supervacua, atque in judiciis bonæ fidei; maxime Præsidibus jam per se judicantibus, non per datos Judices: qui erant alligati angustiis formularum, quibus non videbantur teneri Præsides. Sed placuit Imperatoribus, exceptionum contestationem in stricti juris judiciis in initio æque necessariam esse post *d. l.* 2. atque ante eam legem: non sublata distinctione judiciorum bonæ fidei & stricti juris, quam voluit servari ratio Edicti perpetui.

Nec ei resistit quod porro adfertur, Diocletianum & Maximianum in *l.* 9. *C. de præscriptione longi temporis* diserte meminisse emptionis quam certum sit bonæ fidei esse: & tamen dicere, etiam in ea necessariam in initio esse exceptionis contestationem, eaque facta, posse exceptionem opponi usque ad sententiam. Nam & hic fallitur vir præclarus: nihil enim minus dicunt Imperatores, quam in actione empti aut venditi esse necessariam exceptionis contestationem: cum non de hac illis sermo sit; sed de rei vindicatione: adversus quam a bonæ fidei possessore qui ibi bonæ fidei emptor appellatur, decennii præscriptio opponitur.

Quid ergo est? apparet, quod initio dixi, *d. l.* 10. *C. de fidejussoribus*, quæ est Alexandri, neque consentire cæteris Codicis legibus, neque indigitare ullam differentiæ judiciorum bonæ fidei & stricti juris abrogationem: quippe cum verum sit, eam neque ante Justinianum contigisse: neque per eum. postremo apparet, nullam esse Triboniani manum non modo in postremis verbis §. 1. *d. l.* 10. sed ne in primis quidem illis, *seu mandator:* quæ non Triboniani, sed Glossatoris esse, eo verius dixi, quia illa Græci non adgnoscunt *Basilic. lib.* 26. *tit.* 1. *tom.* 4. *pag.* 112. atque adeo probabile est, in vetustissimis exemplaribus non extitisse.

Explicit. Liber. I. de Jurisdictione & Imperio.



GERARDI NOODT,

Juriſconſulti & Anteceſſoris,

DE

JURISDICTIONE ET IMPERIO

LIBER SECUNDUS.

Caput I.

De mandata jurisdictione & ejus origine: item quid ſit mandare jurisdictionem?

Superiore libro Magiſtratus jurisdictionem per ſe exercuit: hoc per alium exercebit. nam uti jus eſt patrifamilias res ſuas adminiſtrandi vel per ſe, vel per alios quibus mandet earum adminiſtrationem; ita moribus placuit, jurisdictionem & a Magiſtratu exerceri, & ab eo aliis mandari, poſſe *l.* 1. §. 1. *D. de officio ejus cui mandata eſt jurisdictio. l.* 5. *D. de jurisdictione*, ſive Magiſtratibus, ſive privatis *l.* 3. & *l. ult.* §. 1. *D. de officio ejus, cui mandata eſt jurisdictio.* Mos autem ille a Regibus cœpit: ut pleraque quæ Magiſtratibus, propter vim imperii ſui, competunt. Tacitum audi: qui *lib.* 6. *Annal. c.* 11. *Antea*, inquit, *profectis domo Regibus, ac mox Magiſtratibus, ne urbs ſine imperio foret, in tempus deligebatur qui jus redderet ac ſubitis mederetur. feruntque ab Romulo Dentrem Romulium, poſt ab Tullo Hoſtilio Numam Marcium, & ab Tarquinio Superbo Spurium Lucretium impoſitos. dein Conſules mandabant; duratque ſimulacrum, quotiens ob ferias Latinas præficitur qui conſulare munus uſurpet.* Hæc Tacitus: addo, Livius *lib.* 1. *c.* 41. Verba Livii. *Interim Servio Tullio* (Regem Tarquinium) *jubere populum dicto audientem eſſe. Eum jura redditurum, obiturumque alia Regis munia. Servius cum trabea & lictoribus prodit; ac ſede regia ſedens alia decernit, de aliis conſulturum ſe Regem eſſe ſimulat. Itaque per aliquot dies cum jam exſpiraſſet Tarquinius, celata morte, per ſpeciem alienæ fungendæ vicis, ſuas opes firmavit.*

Igitur moribus comparatum eſt, ut jurisdictio non tantum a Magiſtratu exerceri, ſed etiam alii mandari, poſſit. ejusque rei effectus eſt, ut is cui mandatur jurisdictio, ea non proprio jure fungatur, ſed mandantis: quia non principaliter datur ei jurisdictio lege, ſive more qui pro lege cedit *l.* 6. *D. de jurisdictione:* non etiam datur ei a Magiſtratu ita, ut ejus fiat (quod nec poteſt Magiſtratus: quippe cum Magiſtratum facere ſit Populi aut Principis) at quia patitur mos receptus, deligi a Magiſtratu aliquem qui ſuſtineat ejus partes: apparet, ſive legem, ſive morem, etſi non principaliter deferat mandatam jurisdictionem, tamen confirmare *d. l.* 6. itaque eum qui hanc ſuſcipit, nihil proprium habere; ſed aliena, hoc eſt, ejus qui mandavit, jurisdictione uti: ut Papinianus ait *l.* 1. §. 1. *D. de officio ejus cui mandata eſt jurisdictio*, & Julianus *l.* 5. *D. de jurisdictione.* Etiam Livius *d. c.* 41. ſcribens, Servium *per ſpeciem alienæ fungendæ vicis ſuas opes firmaſſe*: pro, per ſpeciem mandatæ jurisdictionis. Id vero adeo placet, ut Julianus ſcribat, *Etſi Prætor ſit is qui alienam jurisdictionem exſequitur, non tamen pro ſuo imperio agere, ſed pro eo, cujus mandatu jus dicit, quotiens partibus ejus fungitur, l.* 3. *D. de officio ejus cui mandata eſt jurisdictio.* Si tamen Princeps, mandata a Magiſtratu jurisdictione, mandatario aliquam deferat partem, in ea contra dicendum eſt. & exemplum in Legato Proconſulis qui tutelæ dationem habet ex Oratione D. Marci *l.* 1. §. 1. *D. de tutoribus datis ab his &c.* propriam ergo, quamquam exercendam demum, mandata a Proconſule jurisdictione: id enim Pomponius vult *l.* 13. *D. de officio Proconſulis & Legati:* cum ſcribit, *Legatum Proconſulis nihil proprium habere, niſi a Proconſule ei mandata fuerit jurisdictio.*

Superioribus eſt addendum, quod non omnes qui gerunt vicem Magiſtratus, utique alienam jurisdictionem adminiſtrant; ſed eſt in his diſtinctio quam obſervat Cledonius, vetus Grammaticus, inter Vicarios & Vices agentes: illi a Principe habent propriam jurisdictionem, quamquam agunt vices Præfecturæ, vel urbis, vel prætorii: iſti exercent jurisdictionem neque propriam, neque ex codicillis Principis, ſed alienam ex mandato tantum Præfecti, vel urbi, vel prætorio: neque Vicarii appellantur, ſed Vices agentes. Verba Cledonii ſunt. *Sæpe quæſitnm eſt, utrum Vicarius dici debeat etiam is, cui magnificentiſſimi Præfecti vices ſuas in ſpeciali cauſa mandaverunt. Nequaquam. Nam Vicarius dicitur is, qui ordine codicillorum vices agit ampliſſimæ Præfecturæ. Ille vero, cui vices mandantur propter abſentiam Præfectorum, non Vicarius, ſed Vices agens, nec Præfecturæ, ſed Præfectorum, dicitur tantum.* Sic Cledonius: cui ſimilis eſt ſequens Caſſiodori locus *lib.* 6. *Var. Formula* 15. *Quæ eſt Vicarii urbis Romæ. Vices agentium mos eſt, ſic judicum voluntatibus obedire, ut ſuas non habeant dignitates. ſplendent mutuato lumine, nituntur viribus alienis, & quædam imago in illis videtur eſſe veritatis, qui proprii non habent jura fulgoris. Tu autem Vicarius diceris, & tua privilegia non relinquis: quando propria eſt jurisdictio,*

ctio, quæ datur a Principe. Habes enim cum Præfectis aliquam portionem, partes apud te sub Prætoriana advocatione confligunt. Vice sacra sententiam dicis, & quod maximæ fidei signum est, in inscriptionibus vita tibi committitur hominum, quod inter mortales constat esse pretiosum. Sic Cassiodorus. Imperatores quoque *l.* 1. *C. de officio Vicarii. Vicaria dignitas ipso nomine ejus se trahere judicet portionem, & sacræ cognitionis habeat potestatem, & judicationis nostræ soleat repræsentare reverentiam.* Nempe, quia vice quidem Præfecti prætorio, sed ex Mandatis Principis cognoscit. *l.* 1. §. 4. *D. de legatis lib.* 3. Plane etsi neget Cledonius, Vices agentes dici Vicarios: tamen Vicarii Vices agentes appellantur in Inscriptione *l.* 2. *C. Theod. de paganis*: in qua est, *Imp. Constantinus A. ad Madilianum agentem vicem P. F. P.* Sed & Inscriptio *l.* 1. *C. Theod. de usuris* habet, *Imp. Constantinus A. ad Dracilianum, agentem vices P. F. P.* id est, Vicarium Præfecti prætorio: quod optime vidit V. Cl. Jacobus Gothofredus ad eum locum. Sed in viam. Apparet, jurisdictionem a Magistratu mandari; cum ab eo alii committitur, qui eam mandantis nomine exerceat, inque ea saltem ipsius vice ac partibus fungatur. Dixi quid sit, mandare jurisdictionem, & quæ ejus rei origo sit.

Caput II.

Jurisdictionem vel universam mandari, vel ejus partem: parte mandata, quid juris? universa mandata, mandatum intelligi totum juris dicendi officium: quatenus tamen mandanti competit jure Magistratus sui. quod si ei specialiter lege defertur, non videri mandatum.

Dicam, quid possit mandari, & quid mandata jurisdictione ad mandatarium transeat. Solet jurisdictio mandari, vel universa, vel pro parte: ut Ulpianus refert *l.* 16. *D. de jurisdictione.* Et universæ mandatæ exemplum apud Livium *lib.* 24. *c.* 44. verba Livii. *Marcus Æmilius Prætor, cujus peregrina sors erat, jurisdictione Attilio collegæ Prætori urbano mandata.* Pro parte mandatæ jurisdictionis meminit Cicero *epist.* 1. *Ad Q. Fratrem*, in verbis quæ subjeci. *Sed parvi refert abs te ipso jus dici æqualiter, nisi idem ab iis fiet, quibus tu ejus muneris partem aliquam concesseris.* Sic Cicero: addo, Ulpianus *l.* 17. *D. de jurisdictione;* ponens exemplum in Prætore qui habuerat justam causam susceptæ ante Magistratum advocationis.

Sed certum est, posse & totam jurisdictionem mandari, & partem ejus. non æque certum est, quid aut tota jurisdictione aut ejus parte mandata, præcipue mandatum videatur. Puto autem, id intelligi partim ex mandati formula, partim ex jurisdictionis genere: nam, si quæ pars mandetur, ea pars transibit *d. l.* 16. & 17. utique si mandanti competat jure Magistratus sui: tum enim recte mandatur. quod si ejus est, non jure Magistratus sui, sed speciali Legis concessione, mandari non potest *l.* 1. *D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio.* Ita, si pars mandetur.

At si omnis, aut universa, aut generalis jurisdictio, aut etiam jurisdictio simpliciter atque indefinite, mandetur; totum transferetur juris dicendi officium, ut Ulpianus loquitur *l.* 1. §. 4. *D. de suspectis tutoribus.* Paulus Notis ad Papinianum ait, *Et imperium, quod jurisdictioni cohæret, mandata jurisdictione transire l.* 1. §. 1. *D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio*: significans, mixtum imperium, hoc est, imperium cui jurisdictio inest, (sic enim Ulpiano vocatur *l.* 3. *D. de jurisdictione*) ad mandatarium transire. Idem dicendum de his Pauli verbis *l. ult.* §. 1. *D. eod. tit. Mandata jurisdictione privato, etiam imperium, quod non est merum, videtur mandari: quia jurisdictio sine modica coërcitione nulla est.* Desumpta enim sunt hæc verba ex Pauli *lib.* 18. *Ad Plautium;* possuntque videri pertinere ad expositionem quorumdam verborum Plautii: quibus quærebatur, an mandata jurisdictione privato, etiam coërcitio ad mandatarium transiret: neque adeo aliud velle, quam privatum, cum ei mandata est jurisdictio, eo verbo non accipere nudam cognitionem, aut pronuntiationem; sed totam jurisdictionem quam habuit mandator: id est, ut Paulus ait, etiam imperium quod non est merum; & ideo coërcitionem quoque: quia jurisdictio sine modica coërcitione nulla est: id est, nullius momenti est. id enim indigitat ea locutio: pariter ut in *l.* 16. §. 1. *D. de minoribus*, juncta *l.* 3. §. 3. *D. Pro socio.* Sic conjicio, ac proinde ex illo Fragmento non colligi hoc quod multi censent, mixtum imperium coërcitione absolvi: (id enim refellitur his quæ dixi *lib.* 1. *c.* 2. 3. & 5.) sed coërcitionem esse partem sive imperii, sive jurisdictionis; & ideo, mandata jurisdictione, etiam coërcitionem mandatam intelligi.

Atque ita est; cum universa jurisdictio mandatur, transit totum juris dicendi officium; id est, & exequutio, & suspecti tutoris cognitio, & datio bonorum possessionis, & in possessionem missio ex damni infecti, similibusque causis *l.* 5. *pr.* & §. 1. *D. de offic. ejus cui mand. est jurisd.* & in integrum restitutio *l. ult. C. Ubi & apud quem in integr. restit.* & alia quæ contemplatione quidem municipalium Magistratuum magis imperii, quam jurisdictionis, respectu vero Prætoris aut similis Magistratus quam imperii, tam jurisdictionis, appellantur. Neque obstat Paulus *l.* 105. *D. de regulis juris;* sic scribens, *Ubicunque causæ cognitio est, ibi Prætor desideratur.* Nam inscriptio quæ habet *Paulus lib.* 1. *Ad Edictum*, evincit, eum non Prætorem opponere mandatariis, qui gerunt mandantis vicem, & ejus tribunali utuntur, eoque sub Prætoris, aut Præsidis, aut Magistratus, appellatione comprehenduntur *l.* 13. *D. de jurisdictione*, & *l.* 1. §. 11. *D. Ad Senatusconsultum Turpilianum*: sed Prætorem opponere municipalibus Magistratibus, quibus neque tribunal est, neque causæ competunt quæ pro tribunali cognoscuntur. Et exemplum Pauli elegans in causa damni infecti: in qua Prætor Magistratibus municipalibus cautionem & possessionem, propter periculum dilationis, perpetuo Edicto delegavit: ut tamen, si duretur non caveri, cætera sibi reservaverit: quod Ulpianus indicat libro ad Edictum primo *l.* 1. & *l.* 4. §. 3. & 4. *D. de damno infecto*, neque Paulus negat eodem ad Edictum libro *l.* 5. *D. eod. tit.* Quæso, cur ita? quia in cæteris causæ cognitio desideratur. hanc rationem adfert Ulpianus

d. l. 4. §. 4. ubicumque autem causæ cognitio vertitur, ibi (ut Paulus ait *d. l.* 105.) Prætor quidem desideratur: sed Magistratus municipalis non sufficit *d. l.* 4. §. 4. ut jam ostendi *lib.* 1. *cap.* 3.

Igitur universa, aut omni, jurisdictione mandata, universa quæ jurisdictionis sunt, mandata existimantur: maxime ubi Magistratui competunt jure Magistratus sui: nam si quæ specialiter Lege aut Constitutione ei deferuntur, in his aliud dicendum est *l.* 1. *D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio.* Et argumentum huic definitioni, mandatæ origo jurisdictionis: quæ, cum moribus constet, ostendit, mandatam jurisdictionem complecti quidem illa quæ jurisdictio moribus indigitat; sed non ea quæ, si mores spectes, sub jurisdictionem non cadunt: id vero usu venit in his quæ Magistratui Lege nominatim deferuntur: absque enim hac esset, non pertinerent ad jurisdictionem: cum vero Lege accedunt ad jurisdictionem, saltem extrinsecus accedunt; jurisdictionis autem moribus non sunt. at quid mirum, id quod moribus incognitum est, haberi præter notos mandati fines qui moribus terminantur? Atque id Papinianus indigitat *l.* 1. §. 1. *D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio:* cujus verba, nisi grave erit, paucis exponam. Ait Papinianus. *Is qui mandatam jurisdictionem suscepit, nihil proprium habet:* id est, nihil habet, quod sive lex, sive mos, illi proprium det per consequentiam mandatæ jurisdictionis. Ait, *Sed tantum ejus, qui mandavit, jurisdictione utitur:* id est tantum mandantis nomine & vice exercet jurisdictionem quæ mandanti jure Magistratus competit. Ait, *Verius est enim, jurisdictionem more majorum quidem transferri, sed merum imperium, quod lege datur, non posse transire:* hoc est, verius est, mandatam jurisdictionem regi majorum more: & ideo saltem recipi ea in specie quæ Magistratui sive more majorum, sive jure Magistratus, competit: non etiam, verbi causa, in mero imperio quod ei Lege datur, & hac extrinsecus ad jurisdictionem accedit; sine Lege autem sub nomine & vi imperii ac jurisdictionis non continetur, Sequitur, *Quare nemo dicit, animadversionem Legatum Proconsulis habere mandata jurisdictione.* sensus: Quare nemo existimat, mandata jurisdictione, etiam merum imperium, seu majorem animadversionem, (sic enim Venulejo appellatur *l.* 11. *D. de officio Proconsulis & Legati*) ad Legatum Proconsulis transire: nam etsi jurisdictionis verbum late patet, continetque imperium, non tantum mixtum, sed & merum; tamen, cum quæritur de mandata Legato jurisdictione, majorum more inhibetur, & ad eam restringitur, quæ jure Magistratus competit. Sic Papinianus: cui mox in Notis subjicit Paulus. *Et imperium, quod jurisdictioni cohæret, mandata jurisdictione transire, verius est.* Sensus Pauli, Animadversionem quam Papinianus Legato, mandata jurisdictione, negat, tantum esse accipiendam de mero imperio, quod per excellentiam animadversio dicitur, & Venulejo *d. l.* 11. addito vocabulo, major animadversio appellatur: nam alioquin etiam mixtum imperium, id est, hoc quod jurisdictioni sive cohæret sive inest, animadversionis nomine contineri *l.* 15. §. 28. *D. de injuriis:* & tamen imperium quod jurisdictioni cohæret, id est, quod alioquin jurisdictio sive mixtum imperium vocatur, mandata jurisdictione transire. Igitur ut mandati vis intelligatur, debet & mandati tenor inspici, & jurisdictionis potestatisve genus: denique, mandata jurisdictione, sive simpliciter, sive omni, sive generali, ad mandatarium quidem transit totum juris dicundi officium quod more majorum intra jurisdictionem consistit: sed non hoc quoque quod Magistratui competit magis speciali lege, quam moribus propter vim imperii.

CAPUT III.

Quid sit specialiter aut nominatim delegari.

Sequitur, ut exponam, quid sit *specialiter*, & *nominatim*, quid *jure magistratus* aut *jure suo*, deferri. verbum *specialiter* opponitur verbo *generaliter.* Generale autet pro omni, sive universo accipitur: speciale vero rem singularem indigitat: itaque specialis actio, & actio singularum rerum petitionis, pro iisdem sunt. *l.* 73. *& l.* 1. *pr. &* §. 1. *D. de rei vindicatione.* Porro quia res singulæ aut nomine suo, aut certa demonstratione, intelliguntur: eo factum; ut, quæ altero designantur modo, eæ nominatim & specialiter designari dicantur *l.* 37. *& l.* 24. *D. de manumissis testamento:* item sicut specialiter & generaliter opponuntur, sic nominatim & generaliter opponantur *l.* 32. *D. de Ædilitio edicto. l.* 2. *C. de pignoribus.* Jam, quia illa *specialiter* seu *nominatim* & *jure magistratus* committuntur: apparet, ista *generaliter* & *jure magistratus* deferri, item hæc *specialiter* & *nominatim* lege indulgeri, tantum non idem designare. Proinde placet, si quæ sint Magistratui data, non specialiter seu nominatim, id est, non separatim ab universa jurisdictione; hæc illi sive more majorum, sive jure Magistratus, sive jure suo, competere: quippe cum constet, eum constitutum esse ad hoc, ut jus dicat: at si quæ ei data sint separatim ab universa jurisdictione; hæc ei & specialiter & nominatim data intelligi. Illud addam, nihil referre, utrum persona cui hæc dentur, suo nomine exprimatur, an Magistratus designetur certus. ut enim nominatim data intelligatur jurisdictio; sufficit, eam separatim a generali jurisdictione delegari, etsi non nominatim L. Titio, verbi gratia, tamen nominatim Prætori, vel Præsidi, vel simili Magistratui: ut in *l.* 8. *pr. &* §. 18. *D. de transactionibus. l.* 1. §. 2. *D. de rebus eorum qui sub tutela. l.* 1. *in fine pr. D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio. l.* 1. *D. de tutoribus & curatoribus datis ab his* Plus dicam, sufficere, si cui Magistratui primum nominatim sit permissa jurisdictio, & in ejus successore, aut alio, dein sub appellatione plenæ legis actionis, aut plenissimæ jurisdictionis, similiterve repetita. nam etsi in Magistratu ita jus sit: ut, si totam, plenam, aut plenissimam, jurisdictionem, legisve actionem, alii mandet, non plus mandare intelligatur, quam si deleget eam quæ ei jure suo competit: est tamen in Principe aut Lege aliud dicendum. interest enim, quod Magistratus, quamvis generali & lato utatur sermone, tamen non potest jurisdictionis atque imperii sui naturam informare: Principis autem voluntas ad de-

fe-

ferendam jurisdictionem sufficit, verborumque amplitudine ac delationis forma simul & intelligitur, & extenditur. Proinde si cui plena legis actio aut jurisdictio, exemplo alicujus Magistratus, Lege aut Constitutione deferatur: dubium non est, quin ei concedi videantur non modo illa quæ eidem Magistratui competunt jure Magistratus sui, sed & adoptio, & emancipatio, & manumissio, & tutelæ datio, & similia, quæ ei speciali Legis beneficio delegantur: ut liquet ex *l.* 2. *C. de officio ejus qui vicem alicujus Judicis vel Præsidis obtinet.* Eodemque pertinet, quod Ulpianus scribit. *l.* 7. §. 2. *l.* 8. *&* 9. *D. de officio Proconsulis*, Proconsulem in provincia plenissimam jurisdictionem habere; & addit, ideo partes ominum, qui Romæ vel quasi Magistratus, vel extra ordinem, jus dicunt, ad ipsum pertinere; & ideo majus imperium in provincia habere omnibus post Principem; nec quidquam esse in provincia, quod non per ipsum expediatur, præter fiscales pecuniarias causas quibus Procurator Principis constitutus est. Idem jus est in equestribus qui Ægypto præsident: apud quos Tacitus infit *lib.* 12. *Annal. c.* 60. Divum Augustum lege agi, decretaque eorum perinde haberi jussisse, ac si Magistratus Romani constituissent. Sed & Modestinus sic refert *l.* 21. *D. de manumissis vindicta. Apud Præfectum Ægypti possum servum manumittere ex constitutione Augusti.* Et Ulpianus *l.* 1. *D. de officio Juridici*, *Adoptare quis apud Juridicum potest, quia data est ei legis actio.* Igitur ut jurisdictionis natura & genus intelligatur, fere ab origine ejus impetrandum, putem, partesque ejus singulas apud eum cui datæ sunt sub lata & generali formula, eodem fore jure quo initio fuere: denique, Proconsulem, quamvis ei Lege data sit jurisdictio; tamen quia data illi est exemplo Prætoris cui ea competit propter vim imperii; ideo jurisdictionem Prætoris exemplo mandaturum; & hac mandata, Judicis dationem ab eo transituram ad mandatarium *l.* 12. §. 1. *D. de judiciis.* E diverso ea quæ solent aut certis personis, aut in certis causis, delegari, etsi in assiduam jurisdictionem convertantur, aut Magistratui cum cætera jurisdictione deferantur, tamen vetere forma deferri, neque ex ea aliud exuere, quam ut videatur Princeps ea sub Magistratus plenæve jurisdictionis concessione esse complexus; quamvis initio contra fuerit, ipsaque in singulis causis nominatim dari consueverint.

Caput IV.

An potuerit merum imperium mandari palam? Ad Papinianum l. 1. D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio. Extraordinarium mandatum quid sit apud Ulpianum l. 6. D. de officio Proconsulis & Legati?

Venio nunc ad explicationem paucorum exemplorum in quibus quæri video, an jurisdictio a Magistratu alteri mandari possit: sumam autem initium a mero imperio: de quo ita Papinianus *l.* 1. *D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio.*

Quæcunque specialiter Lege, vel Senatusconsulto, vel Constitutione Principum tribuuntur, mandata jurisdictione non transferuntur: quæ vero jure magistratus competunt, mandari possunt. Et ideo videntur errare Magistratus, qui cum publici judicii habeant exercitionem Lege, vel Senatusconsulto delegatam, veluti Legis Juliæ de adulteriis, & si quæ sunt aliæ similes, jurisdictionem suam mandant. Hujus rei fortissimum argumentum, quod Lege Julia de vi nominatim cavetur, ut is cui obtigerit exercitio, possit eam, si proficiscatur, mandare. non aliter itaque mandare poterit, quam si abesse cœperit, cum alias, jurisdictio etiam a præsente mandetur. Et si a familia dominus occisus esse dicetur, cognitionem Prætor, quam ex Senatusconsulto habet, mandare non poterit.

Ait Papinianus, *Quæcumque.* quod generale verbum pertinet ad omnia quæ specialiter delegantur, sive sint meri imperii, sive mixti: velut cognitio de alienandis pupilli prædiis quæ Prætori data est Oratione Divi Severi *l.* 1. *D. de rebus eorum qui sub tutela;* & transactio de alimentis testamento relictis quæ Prætori delegata est Oratione Divi Marci *l.* 8. *D. de transactionibus:* quarum proinde neque hæc, neque illa, alii ab eo mandari potest *d. l.* 8. §. 18. *& l.* 2. §. 1. *D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio.* Deinde ait *Mandata jurisdictione non transferuntur.* Id sic accipe, neque palam mandata transeunt, neque per consequentiam mandatæ jurisdictionis transferuntur. Pergit Papinianus. *Et ideo videntur errare Magistratus, qui &c.* Ostendit, merum imperium esse specialis concessionis. quod verissimum est: etsi initio apud Reges, etiam post hos exactos, apud Consules qui tum juri dicundo præerant, fuerit propter vim imperii: nam mox Valeria aliisque insequutis Legibus separatum fuit a Consulum jurisdictione; cœpitque inde in causis singulis Populi jussu delegari certis personis; Populi vero injussu Consulis aut alterius Magistratus propter vim imperii nullum esse. Ita ante perpetuas quæstiones: ut Pomponius probat *l.* 2. §. 16. *&* 23. *D. de origine juris.* Idem post eas: quum præsertim his ordo certus, etiam Quæsitor certus, ipsis sit positus Legibus quibus constitutæ sunt, auctore Quintiliano, *Declam.* 331. *parte altera*: qui sic scribit. *Habent ea* (publica judicia) *suam formam, suum judicium, suum numerum, Quæsitorem suum, sua tempora, sua nomina.* Sic Quintilianus. Sed & Papinianus: verba Papiniani *Hujus rei argumentum fortissimum est, quod lege Julia de vi nominatim cavetur, ut is cui obtigerit exercitio, possit eam, si proficiscatur, mandare.* Papinianus petit argumentum ab ordine judicii publici, idque argumentum dicit fortissimum: quia est a contrario sensu in clara & certa voluntate Legis: quæ Quæsitori tum, si proficiscatur, permittit merum imperium mandare: sed si præsens sit, & non proficiscatur, idem mandare non patitur: tantum quia silet isto in casu; & ut Seneca ait, *De beneficiis lib.* 5. *c.* 21. non permittendo vetat. Hæc Papiniani sententia.

Quam, nescio, an exprimat Ulpianus, & firmet his verbis. *Solet etiam custodiarum cognitionem mandare Legatis, scilicet ut præauditas custodias ad se remittant, ut innocentem ipse liberet. sed hoc genus mandati extraordinarium est: nec enim potest quis gladii potestatem sibi datam, vel cujus alterius coërcitionis ad alium transferre. &c. l.* 6. *D. de officio Proconsulis.* Quæstio est, an Pro-

consul possit custodiarum cognitionem Legatis mandare: non quidem hactenus, ut eas vel condemnent, vel absolvant; sed saltem, ut eas audiant, & praeauditas ad se remittant, quo innocentem ipse liberet. Et ait Ulpianus, ita solitum Proconsulem; sed regulam Juris adversari: nam cognitionem aeque facere partem meri imperii, ac decretum & executionem. proinde si ad naturam meri imperii respiciatur, Proconsulem Legato non magis posse custodiarum cognitionem mandare, quam decretum aut executionem. verum, inquit, id mandati genus extraordinarium est, id est, non civili jure, neque legum ordine, receptum est, sed adversus ea singulari jure: nam si ad jus civile & legum ordinem attenditur; non potest quis sibi datam potestatem gladii vel alterius coërcitionis ad alium transferre: & tamen, si Proconsul Legato mandet custodiarum cognitionem ita, ut praeauditas ad se remittat; placuit singulari ratione contra legum ordinem, valere mandatum. Hic sensus horum verborum, *Hoc genus mandati extraordinarium est*, monstrante Marciano *l.* 7. *D. de lege Cornelia de falsis*, cum inquit, *Nullo modo servi cum dominis suis consistere possunt, cum ne quidem omnino jure civili, neque jure praetorio, neque extra ordinem computantur. Extra ordinem* dicit pro eo jure quod contra rationem juris civilis aut praetorii observatur. Idem in *l.* 114. §. 8. *D. de legatis lib.* 1. qui locus in Accursii editione exhibetur ita. *Secundum vulgatam formam juris, si quis liberos suos emancipare rogatus fuerit, non cogitur hoc facere.* Ait, *Secundum vulgatam formam juris*, pro secundum vulgarem juris regulam: cui opponitur *extra ordinem* apud Ulpianum *l.* 92. *D. de conditionibus & demonstrationibus*; cum, *Arbitror*, inquit, *extra ordinem debere constitui, eum, qui adgnovit id, quod sibi relictum est hac comtemplatione ut liberos emanciparet, cogendum emancipare.* Et in *l.* 1. §. 5. *D. de separationibus. Quaesitum est an interdum etiam heredis creditores possint separationem impetrare, si forte ille in fraudem ipsorum adierit haereditatem? Sed nullum remedium est proditum: sibi enim imputent qui cum tali contraxerunt: nisi si extra ordinem putamus Praetorem adversus calliditatem ejus subvenire, qui talem fraudem commentus est.*

CAPUT V.

Merum imperium mandari potuisse ex permissu legis; sed non alii, quam cui voluit Lex publici judicii, aut Princeps. Judex quaestionis qualis fuerit, quaeque ejus partes?

Ex his apparet, merum imperium esse specialis concessionis; & ob id ultra mandati fines consistere: praeterquam, si Quaesitori Lege permittitur mandare: tum enim valet mandatum: sed dumtaxat illa in specie in qua nominatim indulgetur: uti praeter Ulpianum in *d. l.* 6. Papinianus indicat *l.* 1. *D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio*; cum infit, *Non aliter itaque mandare poterit, quam si abesse coeperit, cum alias jurisdictio etiam a praesente mandetur.* Plus dicam: ne tum potest quidem merum imperium mandari cuilibet, cui Quaesitori videtur: (quamquam ita obtinet in partibus mixti imperii quae Praetori jure Magistratus sui competunt) sed illi cui mandari voluit Lex publici judicii, aut Principis Constitutio.

Primum videndum de Lege publici judicii. Ea Lex Quaesitori saepe addidit Judicem quaestionis qui ejus vice & partibus fungeretur: idque inde apparet, quod is Judex etiam Quaesitor appellatur: ut C. Junius, apud Ciceronem *Pro Cluentio*, & apud Asconium *Ad procemium actionis in Verrem p.* 55. Junium sane Judicem quaestionis fuisse, non Praetorem, vel ex eo intelligitur, quod Cicero *Pro Cluentio* eum non Praetorium aut Praetorem, sed Aedilitium & hominum opinionibus Praetorem jam constitutum, id est, futurum Praetorem, appellat: fiebantque Judices quaestionis plerumque post Aedilitatem, sed ante Praeturam: ut ostendit Cicero, *Bruto c.* 76. *pag.* 166. Verba: *Erat etiam vir doctus in primis C. Visellius Varro, consobrinus meus qui fuit cum Sicinio aetate conjunctus. is cum post curulem Aedilitatem Judex quaestionis esset.* Etiam sequens Inscriptio apud Gruterum *pag.* 360.

P. AQVIVS. SCÆVÆ. ET FLAVIÆ
FILIVS.
CONSI. ET DIDIÆ
NEPOS
BARBI. ET DVRICIÆ
PRONEPOS
SCAVRA
QVÆSTOR. DECEMVIRATIVM
LITIVM. IVDICANDARVM
TRIB. PLEB. ÆDIL. CVRVL.
IVDEX. QVÆSTIONIS. PRÆTOR.
ÆRARI
PROCONSVLE. PROVINCIAM
CYPRVM. OBTINVIT.

E diverso datur & Quaesitori, sive Praetori, Judicis nomen apud Virgilium *lib.* 6. *Aeneidos*, & Quintilianum *lib.* 7. *Inst. orat. c.* 3. Idem Arbiter dicitur apud Senecam *Hercule furente*, verbis istis.

AMPH. — *Verane est fama, inferis*
Tam sera reddi jura, & oblitos sui
Sceleris nocentes debitas poenas dare?
Quis iste veri rector, atque aequi arbiter?
THES. *Non unus alta sede Quaesitor sedens,*
Judicia trepidis sera sortitur reis.

His adde, quod ut Praetor, sic Judex quaestionis, publico judicio praeesse, & ex Lege quaerere, dicitur. Hoc sensu Ulpianus *l.* 1. *pr. D. Ad legem Corneliam de sicariis* infit, *Quive cum Magistratus esset, publicove judicio praeesset*: id est, ut dicitur in §. 1. ejusdem loci, *Quive cum Magistratus, Judexve quaestionis.* Idem probant verba Legis Corneliae apud Pariatorem *Legum Mosaicarum & Romanarum Tit.* 1. Ea verba sunt. *Ut is Praetor, Judexve quaestionis, cui sorte obvenerit quaestio de sicariis, ejus, quod in urbe Roma propius mille passus factum sit, uti quaerat cum Judicibus, qui ex lege sorte obvenerint.* Igitur ut Praetor, sic Judex quaestionis, ex Lege quaerit, & quaestioni praeest: id est, quaestionem exercet; ut Suetonius in *Julio c.* 11. loquitur de Caesare, cum esset adhuc Aedilitius, & nondum Praetor, sed Judex quaestionis de sicariis cognosceret. Praeterea ut in Praetoris, sic in ejusdem Judicis, potestate fuit, uti Lege reus fieret, auctore Ulpiano *l.* 1. §. 1. *Ad legem Corneliam de sicariis.* addo, Suetonio *d. c.* 11. qui testatur, Caesarem in exercenda de sicariis quaestione, id est, ut dixi, cum esset quaestionis Judex Praetori cui sorte obtigerat quaestio de sicariis, in exercenda ea etiam eos sicariorum numero habuisse qui proscriptione, ob rela-

lata civium Romanorum capita, pecunias ex ærario acceperant, quamquam exceptos Corneliis Legibus. Jam ut Prætor, sic Judex quæstionis, præfuit Judicum sortitionibus & subsortitionibus. De Prætore certe Asconius, *Procem. act. in Verr. p.* 47. item Seneca *d. loc.* Sed & apud Virgilium.

Quæsitor Minos urnam movet. — —

Ad Judicem vero quæstionis spectat illud Asconii in *Orat. Ciceron. de prætur. urb. p.* 109. *Quintus Curtius judex quæstionis subsortiebatur in locum rejectorum improbos judices.* Postremo Prætor cum his Judicibus qui ei forte obtigerant, pro tribunali sedens cognoscebat, & interloquebatur. & tandem decernebat: ut pluribus probavi *lib.* 1. *cap.* 4. Idem in utroque, id est, & Prætore, & Judice quæstionis, conjunctim evincit formula Legis Corneliæ de sicariis, cujus hæc verba statim posui. *Ut is Prætor, Judexve quæstionis, cui sorte obvenerit quæstio de sicariis, quærat cum his judicibus, qui ex lege sorte obvenerint.* Quid ergo? apparet, quæ Quæsitoris partes fuere, eas Judicis quæstionis fuisse, & contra; denique hunc Judicem non alium fuisse, quam mandatarium meri imperii; eumque adeo vices Prætoris, vel absentis, vel aliter, ex Legis permissu sustinuisse: eumdem porro, si conferretur cum his qui aut Quæsitori, aut ipsi, in Consilio aderant, Magistratus & Quæsitoris appellatione venisse: si vero cum Quæsitore compararetur, magis distinctum & a Quæsitoris & a Magistratus appellatione fuisse *d. l.* 1. *pr.* & §. 1. *D. d. t.* Proinde consequens esse, ut verbis istis *l.* 1. *D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio*, (*Quod lege Julia de vi nominatim cavetur, ut is cui obtigerit exercitio, possit eam, si proficiscatur, mandare*) non recte inferri videatur, quasi speciale sit ea in Lege, quod merum imperium mandari potest; ut multi existimant: sed quasi solus absentiæ casus, non etiam alii ea in Lege excipiantur. Sed mihi certum est, cum Lex publici judicii Quæsitori addit Judicem quæstionis, tum eam meri imperii mandationem permittere: solitum vero hunc Judicem Quæsitori addi in compluribus Legibus, docet Ulpianus *l.* 1. *pr.* & §. 1. *D. Ad legem Corneliam de sicariis:* idemque de Lege Cornelia attestatur *Collatione Legum Mosaicarum & Romanarum Tit.* 1. Tamen quibus casibus, quibusque Legibus, Quæsitori additus sit is Judex, hodie dici nequit, propter injuriam temporum, quibus consumpta sunt pleraque Veterum monumenta.

Caput VI.

Vicarium urbis Romæ ex Codicillis Principis merum imperium exercuisse, mandante Præfecto urbis: cognovisse & cum Præfecto. An Præfectus urbis potuerit merum imperium mandare alii, quam Vicario? & quid, si non esset Vicarius, atque ipse morbo diuturno impediretur?

Satis dixi de Lege publici judicii. transeo ad Principis Constitutionem: qua Præfecto urbis, qui ex Principis concessione merum imperium exercuit intra urbem & centesimum ab ea lapidem *l.* 1. *pr.* & §. 4. *D. de officio Præfecti urbi*, additus fuit Vicarius urbis: ut pulchre Cassiodorus docet loco quem apposui *capite* 1. *hujus libri.* Ad quid? ut id exerceret, absente, vel mandante Præfecto urbis. Nec tamen ignoro, etiam cum Præfecto cognovisse. verum tum Præfecti imperium fuit, Vicarius autem pro privato habitus, auctore Ambrosio, *Comment. in epist. Pauli ad Colossens. c.* 2. sic loquente: *Numquid aliquis vicem domini agens ipso præsente dominatur? Si Præfectorum Vicarii præsentibus eis privati sunt, quanto magis servi præsente domino etiam ipsi in obsequio debent videri?* Igitur Vicarius urbis in causis meri imperii cognovit absente Præfecto urbi, aut certe eo mandante, etiam cum eo: alterum enim ex Ammiano Marcellino intelligitur, alterum ex Ambrosio. E re erit, utriusque verba apponere. Verba Ammiani ex *lib.* 28. *cap.* 1. *Post hanc gestorum seriem Hymetius ad oppidum ductus Ocriculum, audiendus ab Ampelio urbi Præfecto & Maximino Vicario, confestimque perdendus, ut apparebat, data sibi copia rectius Imperatoris præsidium appellavit.* Hæc Ammiani: Ambrosii illa sunt ex *Sermone* 90. *de passione beatæ Agnetis virginis. Præfectus* (urbis, Symphronius) *videns tanta mirabilia obstupuit. Sed veritus proscriptionem, si contra templorum Pontifices ageret, & Agnem contra suam sententiam defensaret, Vicarium ad seditionem populi judicem dereliquit, ipse autem tristis abscessit, quod eam non potuit post resurrectionem filii sui liberare. Tunc Vicarius Aspasius nomine jussit in conspectu omnium ignem copiosum accendi, & in mediam eam præcepit jactari flammam.* Et post. *Tunc Aspasius urbis Romæ Vicarius populi seditionem non ferens in guttur ejus gladium mergi præcepit.*

Igitur cum delegandum a Præfecto urbis fuit merum imperium, Princeps illi Vicarium urbis demonstravit; alii vero hoc mandari non permisit: argumentumque ei rei, quod Cassiodorus *d. loc.* cum distinguit Vicarium a Vices agentibus; dicit, inter alia hoc esse in Vicario præcipuum, quod ei in inscriptionibus hominum vita committitur, cum Vices agentibus ea non committatur. Hoc, si Vicarius esset Præfecto urbis. Quid, si ei nullus esset? non potuit Præfectus alii mandare merum imperium; non modo si integra uteretur valetudine; sed ne si morbo quidem, quamvis diuturno, impediretur. Quid ergo? debuit a Principe peti Vicarius, aut certe qui cognosceret pro Præfecto. idque interdum factum fuisse ab accusatore per libellum, intelligi, ni fallor, potest ex eo, quod Ammianus narrat *d. cap.* 1. *lib.* 28. Chilonem ex Vicario & conjugem Maximam questos apud Olybrium urbis Præfectum, vitam suam venenis petitam esse, atque impetrasse, ut hi quos suspectati essent, illico compingerentur in vincula: sed negotio tepescente ob diuturnum morbum quo tenebatur Olybrius, eos libello petivisse oblato, ut ea cognitio Maximino, Præfecto annonæ, mandaretur, idque studio celeritatis concessum esse a Principe. Verba Ammiani, si quis desideret, apposui: ea sunt. *Chilo ex Vicario & conjux ejus Maxima nomine, questi apud Olybrium ea tempestate urbi Præfectum, vitamque suam venenis petitam asseverantes, impetrarunt, ut hi quos suspectati sunt, illico rapti compingerentur in vincula, organarius Sericus, &* As-

Asbolius palæstrita, & haruspex Campensis. Verum negotio tepescente ob diuturnam morborum asperitatem, qua tenebatur Olybrius: morarum impatientes hi qui rem detulerunt, libello petiverunt oblato, ut examinandum jurgium Præfecto mandaretur annonæ: idque studio celeritatis concessum est. A quo? a Principe; ut dixi, & liquet ex sequentibus Ammiani verbis: quibus narratur, Maximinum pro Præfectis agere dispositum, (hoc est, Vicarium factum: id enim Ammiano vult ea locutio *pro Præfectis agere*) ac literas, id est, codicillos a Principe accepisse. Idem præterea liquet ex Hieronymi loco quem Valesius allegat, Notis ad Ammianum. Exposui rationem potestatis Præfecti urbis, etiam Vicarii ejus, cum esset quæstio de mero imperio ejusque mandato: a quo separatæ erant causæ mixti imperii; utique quæ Præfecto urbis competebant jure Magistratus sui: nam eas mandare poterat non modo Vicario urbis, sed etiam aliis: deque iis accipio Cledonium, veterem Grammaticum, loco quem attuli *capite* I. *hujus libri:* ad easdemque nescio, an alludat quoque Ammianus Marcellinus *d. cap.* I. *lib.* 28. cum sic inquit. *Quod Aginatius indignissime ferens dolensque in examinandis causis Maximinum ab Olybrio sibi prælatum, cum esset ipse Vicarius Romæ.* Nisi malis hoc accipere de ordine rogandæ ac dicendæ sententiæ in Consilio Olybrii Præfecti urbis, in quo uterque forte assedit. Illud omittendum non est, quod & repperi, cognitionem a Principe delatam esse interdum vel Præfecto urbi, vel Vicario, prout alter proximus esset: & exemplum in *l.* 36. *Cod. Theod. de appellationibus lib.* 11. *tit.* 30.

CAPUT VII.

An adoptio, emancipatio, & manumissio, mandari potuerint? Paulus l. 17. §. 1. *D. de manumissis vindicta ex conjectura emendatus.*

Non tantum merum imperium, sed & adoptionem, & emancipationem, & manumissionem, esse ex eorum numero, quæ Magistratui, sive urbano, sive provinciali, non tam jure suo, quam speciali concessione, competunt, indicio mihi est §. 4. *Inst. Quibus ex causis manumittere non licet*, *l.* 21. *D. de manumissis vindicta*, *l.* 1. *D. de officio Juridici*, *l.* 2. *C. de officio ejus qui vicem alicujus Judicis.* Nec igitur mirum, eas apud Proconsulis Legatum exerceri nullas: quia neque mandari possunt, neque Legato nominatim lege datæ sunt: ut Marcianus & Ulpianus attestantur *l.* 2. §. 1. & *l.* 3. *D. de officio Proconsulis & Legati*; cum ajunt, *Apud Legatum Proconsulis neminem manumittere posse, quia non habet jurisdictionem talem: nec adoptare posse: omnino enim non esse apud eum legis actionem.*

Scio, e diverso adferri hæc Pauli verba e *l.* 17. *pr.* & §. 1. *D. de manumissis vindicta.*

> *Apud Proconsulem, postquam urbem egressus est, vindicta manumittere possumus. Sed & apud Legatum ejus manumittere possumus.*

Scio, esse qui corrigant, *sed & apud Legatum ejus manumittere non possumus.* Scio, esse qui distinguant, utrum Legatus provinciam jam ingressus sit, an urbem tantum egressus: etiam scio, his suffragari Haloandri & alios codices: in quibus ita legitur, *Apud Proconsulem, postquam urbem egressus est, vindicta manumittere possumus. Sed & apud Legatum ejus possumus manumittere, ex quo provinciam ingressus est.* Sed fortius urgent sequentia Marciani & Ulpiani verba in *d. l.* 2. §. 1. & *d. l.* 3. *Omnino non est apud eum legis actio*, & *Non habet jurisdictionem talem.* Non enim hi, si Legato provinciam jam ingresso indulsissent actionem legis, eum ab hac omnino removissent: sed aut provinciam ingresso hanc demum dedissent, aut ei simpliciter adscripsissent. Hoc ut sentiam, movet me, quod similiter scribit Ulpianus *l.* 15. *D. de officio Proconsulis & Legati*, Legatos Proconsulum tutores dare posse: quamquam constat, eos nisi mandata jurisdictione, & adeo nisi provinciam ingressos, nihil proprium habere *l.* 13. *juncta l.* 4. §. *ult. D. eod. tit.* Præterea ait Ulpianus *l.* 3. *D. de tutoribus & curatoribus datis ab his*, jus dandi tutores omnibus Magistratibus municipalibus datum esse: qui tamen aliter non dant, quam jussu Præsidis §. *antepen. Inst. de Atiliano tutore.* E diverso, quia merum imperium Legato neque lege concessum est, neque mandata jurisdictione ad eum transit, simpliciter negat Venulejus, id Legatum habere *l.* XI. *D. de officio Proconsulis & Legati.* Hoc vero si est; quid causæ habeam? cur aliter accipiam verba *d. l.* 2. §. 1. & *d. l.* 3. *D. eod. tit.* Inquies quia Paulus obstat *d. l.* 17. §. 1. *D. de manumissis vindicta.* Verum experiamur; ne, quod Paulus scribit de Legato Proconsulis, parvo momento possit transferri ad Legatum Cæsaris: hunc enim manumissionem atque adoptionem habuisse, facile intelligitur ex *l.* 2. *D. de officio Præsidis*, & *l.* 7. *D. de manumissis vindicta.* Porro mendam Paulo obrepsisse ex affinitate voculæ *ejus* & Sigli, CAES, non improbabiliter olim ostendit Petrus Burgius, vir doctus, *lib.* 1. *Electorum c.* 2. Quamquam probabilius restituerim, *sed & apud Legatum C. manumittere possumus:* quod sicut Legatum Cæsaris indigitabat, ita facile declinavit in proximum illud, *sed & apud Legatum e. manumittere possumus:* id est, apud Legatum ejus &c. solet enim vox *ejus*, si Siglis credimus, notari litera *e.* solet vero *Cæsar* etiam ita *c.* scribi: ut ex iisdem constat Veterum Siglis & præterea probant Inscriptiones, *l* 8. *C. de pigneratitia actione*, *l.* 6. *C. Quod cum eo qui in aliena potestate*, *l.* 6. *C. Ad Senatusconsultum Macedonianum*, *l.* 4. 5. 6. & 7. *C de maleficis & mathematicis*, & aliis sexcentis locis. Ita Pauli sensus erit, Posse manumitti apud Proconsulem, postquam urbem egressus est: posse etiam apud Legatum Cæsaris, seu Præsidem, sed Provinciam jam ingressum. Hoc enim bene atque observate addit Haloandrina, & vulgata Accursii, editio: argumentoque ei, quod insignia sua non ante accepit Præses, quam provinciam ingressus; Proconsul vero statim, atque urbem egressus est, sua insignia habuit: ut a Dione Cassio *lib.* 53. & Ulpiano *l.* 1. *D. de officio Proconsulis & Legati* traditum. Proinde nil mirum est, si inter hunc & illum interfuit: alter, simul ac urbem egressus est, voluntariam jurisdictionem habuit: alter ne eam quidem, nisi provinciam ingressus, exercuit. Plane illud Marcianus *d. l.* 2. *D. eod. tit.* utrumque Paulus annotavit *d. l.* 17. *pr.* & §. 1.

§. 1. Hæc una conjectura. Vis & alteram? accipe: nam suspicatus aliquando sum, Pauli scripturam etiam restitui posse hoc modo, *sed & apud Legatum e. m. possumus*: ut sit, sed & apud Legatum *ex mandatis* possumus; vel ita, *ejus mandatis* possumus: pro Legati Mandatis; sive Mandatis quæ ei a Principe dantur. quo sensu Ulpianus *l. unic. D. de officio Præfecti Augustalis* infit, Præfectus Ægypti non prius deponit præfecturam & imperium, quod ad similitudinem Proconsulis lege sub Augusto ei datum est, quam Alexandriam ingressus sit successor ejus. & *ita mandatis ejus continetur.* Ipse Paulus *l. 3. D. de officio Præsidis* scribit, *In mandatis Principum* esse, ut curet is qui provinciæ præest, malis hominibus provinciam purgare. Apud Callistratum quoque extat, *Mandatis Principalibus quæ Præsidibus dantur*, caveri, Ne quis perpetuis vinculis damnetur *l. 35. D. de pœnis.* Ac ne quis dubitet, esse inter cætera hujusmodi Mandatis etiam de emancipationibus, manumissionibus, & similibus, comprehensum, ei sufficit Inscriptio & *l. 2. C. de officio ejus qui vicem alicujus Judicis vel Præsidis obtinet.* Porro Sigla ista E. M. ferunt omnes, quos dixi, sensus: solet sane, si Valerio Probo & P. Diacono fides, vox utraque *ex* & *ejus* notari litera, E, simplici: per literam quoque, M, tam *manumittere*, quam *mandatum* significari, probant iidem Notarum Interpretes: ex quibus P. Diaconus M. C. M. exponit *mortis causa manumissus*; & Valerius Probus AN. M. interpretatur *actionem mandati*; Magno autem A. M. explicat *actio mandati.* Proinde cum apud Paulum legi posset, *apud Legatum ejus manumittere possumus*, & *apud Legatum ex mandatis possumus*, vel *apud Legatum ejus mandatis possumus*; nullo accidit negotio; ut, cum legendum esset modis istis, Librarius illum ex principio ejusdem capitis, aut imperitia aut festinatione lapsus, utique magis imprudenter, quam insolite, repeteret. Cæterum per Legatum intelligo Præsidem: qui *Legatus Cæsaris* appellatur *l. 7. D. de manumissis vindicta*: dicitur & simpliciter *Legatus in l. 14. D. de Senatusconsulto Silaniano*, & apud Vellejum Paterculum *lib. 2. c. 99.* cujus apposui verba. *Illud etiam in hoc transcursu dicendum est, ita septem annos Rhodi moratum, ut omnes, qui Proconsules Legatique in transmarinas provincias profecti visendi ejus gratia, ad quem convenientes semper privato (si illa majestas privata unquam fuit) fasces suos submiserint.* Hactenus dictum de imperio mero, item de manumissione, emancipatione, atque adoptione.

Caput VIII.

Tutelæ dationem aliis mandari potuisse, imo non potuisse.

Videndum porro de tutelæ datione: nam & ea aliquali quæstioni est: quia Ulpianus *l. l. 6. §. 2. D. de tutelis* ait, *Tutoris dationem neque imperii, neque jurisdictionis esse: sed ei soli competere, cui nominatim hoc dedit vel Lex, vel Senatusconsultum, vel Princeps.* Præterea idem scribit, *Nec mandante Præside alium tutorem dare posse l. 8. D. de tutoribus & curatoribus datis ab his.* Contra ait Justinianus, *In provinciis Præsides ex inquisitione tutores creare, vel Magistratus jussu Præsidum, si non sint magnæ pupilli facultates §. 4. Inst. de Atiliano tutore.* Sed quid est? tutoris datio omnibus Magistratibus municipalibus concessa est Oratione D. Marci *l. 3. D. de tutoribus & curatoribus datis ab his*: non simpliciter tamen, nec indistincte; sed si a Præside jussi sunt, tutorem dare: jubere autem, Præsidi permissum est tum, si non sint magnæ pupilli facultates *d. §. 4.* id est, si ei non magnæ videntur: non enim quantitas Oratione exprimitur: nec, qui eam definiat, in provincia alius est, præter Præsidem. Sed de tutela Præses aditur, isque æstimat ex quantitate bonorum pupilli, utrum debeat ipsi per se tutores dare, an possit eorum dationem Magistratibus municipalibus mandare. Itaque paulatim eo devenitur: uti ea tutelæ datio quæ Magistratuum est, neque tantum Præsidi, neque tantum Orationi D. Marci, sed utrique imputetur: & quemadmodum Legatus Proconsulis in eadem causa, atque ex eadem Oratione, utitur jure proprio, sed demum mandata jurisdictione *l. 1. §. 1. D. de tutoribus & curatoribus datis ab his, juncta l. 15. & l. 13. D. de officio Proconsulis & Legati*: sic Magistratus, cum tutorem Præsidis jussu & mandato dat, non alienam, sed propriam, id est, lege datam sibi, jurisdictionem exerceat *d. l. 3.* Proinde nihil opus est, hic addi; quod, si dixeris, Præsidem a Magistratibus tutores dari vel mandasse, vel jussisse, vel præcepisse, vel monuisse, recte dixeris; & omnium verborum unus idemque & sensus & effectus est: fere enim Ulpianus, Paulus, alii, verbis illis passim atque indistincte utuntur *l. 1. §. 6. & 5. D. de magistratibus conveniendis. l. 46. §. 6. D. de administratione tutorum. l. 25. §. 3. & seqq. D. de adquirenda hereditate*: constat etiam, Legem, cum permittit, jurisdictionem mandari in causis specialis delegationis, sæpe personam cui mandari velit, nominatim designare. Potest igitur Præses, ubi non magnæ sunt pupilli facultates, tutelam Magistratibus municipalibus mandare; alii autem neque tum mandare potest, neque alias *d. §. 4. & d. l. 8. cum similibus.* Dixi, jurisdictionem, vel totam, vel pro parte, mandari solitam; item, tota mandata, quantum mandatum videatur.

Caput IX.

An mandatarius jurisdictionis tribunali usus fuerit in causis cognitionis.

Sequitur, ut exponam, quemadmodum oporteat id quod a Magistratu mandatum est, a mandatario geri. Puto autem, sic oportet, ut a mandatore solet: proinde si mandetur res cognitionis; mandatarius & per se cognoscet, & tribunali utetur, & Consilium exercebit. quod si res erit ordinarii juris; magis Judicem & formulam dabit. id enim cum Magistratui qui jurisdictionem mandat, observandum sit legibus moribusque Populi Romani: causa non est,

est, cur in mandatario qui ejus tantum vices & partes habet, aliter receptum sit. nisi videtur Magistratui, mandata jurisdictione, dari via qua Populi Romani leges moresque invertat, & per alium accipiat jus faciendi quod per se non potest. quod non puto. Sed operæ pretium erit, singula, quia in dubium vocantur, paulo plenius exequi. Primum, quod de tribunali dixi, video probari verbis his Ciceronis *lib.* I. *De oratore cap.* 17. *Quid his paucis diebus? Nonne nobis in tribunali Q. Pompeji Prætoris urbani familiaris nostri sedentibus homo ex numero disertorum postulabat, ut illi, unde peteretur, vetus atque usitata exceptio daretur.* Cicero ait, Crassum sedisse in tribunali Quinti Pompeji, Prætoris urbani, & eo sedente esse postulatum: id est, eo cognoscente ex mandato; ut visum viris doctis. Mentio tamen mandatæ jurisdictionis eo in loco nulla est: præterea jus sedendi in tribunali æque fuit Magistratuum Consiliariis, ac mandatariis. adeo parum facit *sedendi* verbum quo Cicero utitur. Nisi *sedere* videtur esse ejus qui judicio præest *l.* 2. § 1. *&* 2. *D. quis ordo in possessione servetur*; ut Consiliarii assidere, cui & Assessoris inde nomen *tot. tit. D. de Adsessoribus.* Sed contra Plinius *lib.* 6. *epist.* 33. *Sedebant*, inquit, *judices centum & octoginta: tot enim quatuor consiliis conscribuntur.* Si tamen, quod sentio, dicam; verisimilius est, apud Ciceronem Prætoris urbani mandatarium, quam Assessorem, indigitari. Quamquam, ne ambiguis utar, ipse Livium adferam. Verba Livii *lib.* I. *c* 41. *Tarquinium interim Servio Tullio jubere populum dicto audientem esse: eum jura redditurum, obiturumque alia regis munia. Servius cum trabea & lictoribus prodit, ac sede regia sedens alia decernit, de aliis consulturum se regem simulat.* Livius exhibet speciem mandatæ jurisdictionis, ejusque insignia, in his lictores, trabeam, & sedem regiam: id est, ut mihi videtur, tribunal cum sella curuli; nam hanc sellam & pleraque decora atque insignia quibus imperii dignitas eminet, a Tuscis ad Reges Romanos, a Regibus ad Consules, a Consulibus ad Prætores, translata esse, puto, ex Floro disci *lib.* I. *c.* 5. quod autem ad tribunal attinet, clarum est testimonium Dionysii Halicarnassei *lib.* 2. *c.* 4. ita de Romulo scribentis, *Quum videret, ipsum metum homines ab omni facinore deterrere maxime posse, multa ad rem eam paravit, & tribunal, ubi sedens judicabat, in fori loco maxime conspicuo.* Jam ubi Macer infit *l.* 4. *pr. &* I. *D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio*, suspecti tutoris accusationem, item jus possessionis dandæ, & si cui damni infecti non caveatur, ut is possidere jubeatur, mandari posse; equidem frustra sim, nisi mandatario simul tribunal indulsisse existimem. Primum quod ad suspecti tutoris accusationem attinet, certa res est: quia Marcianus refert *l.* I. §. II. *D. Ad Senatusconsultum Turpilianum*, eam pro tribunali tantum examinari, neque alium, quam Præsidem, id est, eum qui tribunali præest, de ea pronuntiare posse. Præsidem enim opponit Magistratibus municipalibus quibus tribunal non fuit; mandatariis autem totius officii jurisdicundi eum non opponit: uti apparet ex *l.* I. §. 4. *D. de suspectis tutoribus*, & *d. l.* 4. *pr. &* §. I. Porro quod ad bonorum possessionem attinet, æque aperte ait Ulpianus *l.* 3. §. 8. *D. de bonor. possess.* si causa cognita detur, non alibi dari, quam pro tribunali: & præfatur, quia neque decretum de plano interponi; neque causa cognita bonorum possessio alibi, quam pro tribunali, dari potest. Sed neque de missione in possessionem ex causa damni infecti, præsertim si ex secundo decreto fiat, dubitari potest: desiderat enim causæ cognitionem *l.* 4. §. 3. *&* 4. *D. de damno infecto*; ubicumque autem causæ cognitio vertitur, per libellum, id est, de plano, seu sine tribunali, res expediri non potest *l.* 9. §. I. *de officio Proconsulis & Legati.* Igitur verum est, mandatarium, si quæ pro tribunali cognoscuntur, mandata essent, tribunali usum fuisse.

CAPUT X.

Mandatario fuisse potestatem Consilii exercendi. Ulpianus emendatus & illustratus l. 2. *D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio, & l.* 42. *D. de verborum significatione.*

Addamne, & Consilium exercuisse? addam: ne, si id negem, simul negem, eum pro tribunali cognovisse: hoc enim vel Magistratui qui jurisdictionem mandat, sine Consilio nefas esse, ostendi *libro* I. *capite* II. at si illi vetitum: quæso, qui potest licere mandatario, tantum partes vicesque ejus sustinenti? ut probavi *capite* I. *bujus libri.* Ulpianus tamen testatur, *Mandata jurisdictione a Præside, consilium non posse exercere eum, cui mandatur l.* 2. *D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio.* Sed non sic accipiendus Ulpianus; quasi simpliciter neget, mandata a Præside jurisdictione, Consilium a mandatario exerceri posse: (id enim quamquam latitudo verbi patitur, tamen & ratio refellit, & veritas) sed quasi significet, mandata jurisdictione a Præside, mandatarium non semper, neque peræque, ubi Præses potest, posse Consilium exercere: plane simili locutione qua idem Ulpianus *l.* 42. *D. de verborum significatione*, postquam dixit, *Furtum & adulterium natura turpe esse:* id est, semper turpe esse; quia furto & adulterio semper inest dolus, natura turpis atque infamis: deinde ita scribit, *Tutelæ damnari, hoc non natura probrum est: nec enim natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum incidere.* Ita enim legendum, ejectis verbis, *sed more civitatis:* quæ non Ulpiani, sed scioli esse, jam observavi *libro* I. *Probabilium Juris capite ult.* sensus autem: Tutelæ damnari non semper neque peræque natura probrum est: quia tutor non tantum ob dolum qui natura probrum est, damnatur; sed etiam ob latam & levem culpam quæ natura probrum non est: quippe cum error sit, non scelus; & cadat etiam in hominem idoneum: id est, in virum bonum & integrum. Is Ulpiani sensus in *d. l.* 42. nec est, opinor, alius in *d. l.* 2. non enim in hac vult Ulpianus, eum cui a Præside mandata est jurisdictio, numquam posse Consilium exercere: sed vult, eum non semper neque peræque, ubi Præses potest, Consilium exercere posse. idque verissimum est; & demonstrat Ulpianus exemplo §. I. ejusdem loci: cujus verba apud Haloandrum talia sunt. *Et si tutores vel curatores velint prædia vendere, causa cognita id Prætor vel*

Præ-

Præses permittet: quod si mandaverit jurisdictionem, nequaquam poterit mandata jurisdictione eam quæstionem transferre. Sic in Haloandrino exemplari, & passim. Florentiæ editur, *Si tutores*, expuncta vocula, *Et.* quid, si scribam, *Ut si tutores?* Nam his in verbis non inchoatur ab Ulpiano novus sermo: sed subjicitur species & exemplum principii ejusdem capitis. prorsus, ut non abs re fuerit, ita totum exponi caput, Fere ubi Præsidi jus est exercendi Consilii, etiam est ei cui mandata ab eo jurisdictio est: sed fere. est enim, ubi Præses potest Consilium exercere; at is cui mandata est jurisdictio, non potest. finge, tutores velle pupilli prædia vendere, his decreto opus esse: Præses aut Prætor exercebit Consilium, & de Consilii sententia decernet. quid ita? quia ea cognitio Prætori urbano nominatim data est Oratione Divi Severi *l.* 1. *D. de rebus eorum qui sub tutela vel cura sunt:* Præses vero in provincia fungitur vice & officio Prætoris urbani & omnium Romæ Magistratuum *l.* 10. 11. & 12. *D. de officio Præsidis.* poterit igitur Præses ea in specie Consilium exercere, & de ejus sententia causa cognita decernere. An & mandatarius, mandata jurisdictione? non dices: nam ea cognitio neque mandari potest, neque mandata jurisdictione transfertur: quia neque Imperii, neque jurisdictionis, est; sed ei soli competit cui Lege nominatim data est *l.* 1. *D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio.* Is Ulpiani sensus: ex quo apparet quod initio dixi, mandata a Præside jurisdictione, posse quidem mandatarium plerumque Consilium exercere, ubi Præses solet exercere; sed non passim, neque ubique posse, ubi Præses potest.

Caput XI.

An mandatarius habuerit potestatem Judicis dandi in causis ordinarii juris? & quando desierit habere. Imperatoris Gordiani tentata restitutio in l. 5. C. de judiciis.

Nunc de Judicis datione dicendum: de qua video quæri duplice causa. una est, quod Paulus *l.* 12. §. 1. *D. de judiciis* mandatario jurisdictionis indulgens Judicis dationem, tantum loquitur de Legato Proconsulis; de aliis autem Magistratuum mandatariis non loquitur. altera causa est, quod Imperator, Gordianus *l.* 5. *C. de judiciis* negat, Judicem a Judice delegatum habere Judicis dandi potestatem: præterquam, si a Principe Judex datus sit. Sed nil allatum est, cur mutem sententiam, quam ante probavi *capite* 9. *hujus libri.* quod enim jus est, quæve necessitas, restringendi exemplum Legati Proconsulis in *d. l.* 12. §. 1.? adfert enim Paulus generalem regulam, Eum cui mandata est jurisdictio, Judicem dare posse: neque idcirco, quia pro illustranda regula utitur exemplo Legati Proconsulis, videtur ab ea cæteros mandatarios excludere. Sed id certum est, attendentibus præsertim ad naturam jurisdictionis: quæ cum talis sit, ut ei cohæreat Judicis datio *l.* 3. *D. de jurisdictione*; impossibile est, ut mandata a Prætore jurisdictione ea in causa, in qua Judex dari solet, Judicis datio aut mandata non intelligatur, aut ad mandatarium non transire. Quid? quod apud Ciceronem *Divinat c.* 17. extat exemplum specialis Judicis quem in causa Agonidis dedit Quæstor Q. Cæcilius: quem tum jus dixisse Prætoris mandatu, hoc verisimilius est, quod & Cæsarem, cum ei Quæstori ulterior Hispania obvenisset, Prætoris mandatu Conventus jure dicundo circumiisse, Suetonius refert *in vita ejus cap.* 7. His accedit, quod Imperatores, Theodosius & Valentinianus, *in l. unic. C. Qui pro sua jurisdictione judices dare darive possunt*, quæ est scripta ad Cyrum, Præfectum prætorio, primi mutarunt rationem ejus juris: nam his permiserunt quidem Judicis dationem qui haberent propriam jurisdictionem: (salva, opinor, distinctione *l.* 2. *C. de pedaneis judicibus*) illis autem qui alienam jurisdictionem administrarent, Judicis dationem negarunt. *Alienam*, inquam, *jurisdictionem*, id est, mandatam: ita enim acceperim id verbum *alienam* eo loco, perinde ut in *l.* 3. *D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio*, & *l.* 5. *D. de jurisdictione.* nempe, ne alioquin insulsa sit oppositio ejus qui omnino alienæ, & ad se plane non pertinentis, jurisdictionis causam delegat, & hujus qui a Principe delegatus est, ab eoque mandatam jurisdictionem habet. Sed mutatio quæ facta est ea in lege, Judicis dationem ante mandatarii fuisse, manifeste arguit.

At Gordianus obstat *l.* 5. *C. de judiciis*, cum Marcello rescribit, *A judice judicem delegatum judicis dandi potestatem non habere: cum ipse judiciario munere fungatur: nisi a Principe judex datus fuerit.* Nisi vult Gordianus, Judicem specialem qui a Judice, id est, a Magistratu quem Hieronymus, *Epist. ad Nepotianum*, *p.* 17. Judicem provinciæ appellat, nudam notionem accepit, non posse alium Judicem dare. Et ita est, Judex delegatus apud Gordianum non indigitat mandatarium jurisdictionis; sed specialem, seu datum, Judicem: pariter ut apud Imperatores in *d. l. unic. C. Qui pro sua jurisdictione judices dare darive possunt.* quod ut sentiam, suadet subjecta Gordiani ratio, *Cum ipse judiciario munere fungatur*: nam hujus sensus est, Quia ipse non habet jurisdictionem cui inest Judicis datio; sed habet nudam notionem quam ipse tenetur per se exercere. judiciarium enim munus est cognoscendi, pronuntiandique, seu judicandi, personale munus *l.* 18. §. 14. *D. de muneribus & honoribus*, quod quisque cogitur per se obire, etiam invitus, nisi habeat excusationem *l.* 13. §. 2. *D. de vacatione & excusatione munerum. l.* 214. *D. de verborum significatione.* Hic Gordiani sensus. qui si placet; est quod suspicer, sequentem clausulam *d. l.* 5. *Nisi a Principe judex datus fuerit*, non esse Gordiani; sed a Triboniano, aut quo alio Juris studioso, ei adscriptam ex fine *d. l. unic. C. Qui pro sua jurisdictione judices dare darive possunt.* Male tamen, aut certe non apposite: nam in *d. l. unic.* vetatur Judex dari ab illo qui habet alienam sive mandatam jurisdictionem; ab eoque Principis delegatus, quia jurisdictionem habet, etsi in una causa specialiter delegatus sit, recte excipitur. verum *d. l.* 5. prohibet, Judicem dari a speciali seu addicto Judice: cujus etsi sit notio aliqua ea in causa in qua a Magistratu datus addictusque est, tamen jurisdictio nulla est: a quo proinde, nisi inepte, excipi non potest Principis delegatus; qui & jurisdictionem habet, & hanc vel in una causa, vel

etiam in universitate caussarum: ut in sequente inscriptione.

C. VALERIO. POPLICIO
COS. ORD. ITEM COGNOSCENTI
AD. SACRAS. APPELLATIONES

Item in illa apud Manutium *De Orthographia pag.* 25.

L. Cæsonius. C. Fil. Quirina. Lucillus
Macer. Rufinianus. Cos. Frater. Arvalis
Præf. Urbi. Electus. ad. cognoscendas.
vice. Cæsaris cognitiones. &c.

Alia apud eumdem pag. 494.

M. Mæcio. Memmio &c. Judi
ci. Sacrarum Cognitionum
Tertio. Judici. Iterum. ex. De
legationibus. Sacris. Præ
fecto. Prætorio et. Judici
Tertio. Consuli. Ordinario.

Quod si tamen quis apud Gordianum delegatum Judicem interpretur mandatarium jurisdictionis, qualem sensum ei aut Interpres, aut Tribonianus, tribuit; sensus falsus erit: quia Judicis datio mandatario jurisdictionis nusquam ablata est, non modo ante Gordiani tempora, sed ne per Gordianum quidem in *d. l.* 5. quia in ea non jus novum conditum est, sed Marcello tantum ad factum rescriptum est.

CAPUT XII.

De jurisdictione quæ prorogata appellatur. Eam confirmari Lege Julia privatorum judiciorum: nasci autem ex qualicumque expressa conventione, sive nuda, sive non nuda.

Post mandatam jurisdictionem quam diximus alienam videri, superest, ut de ea disputemus, quæ Magistratui cujus est aliqua, quamquam incompetens, jurisdictio, litigantium conventione vel tribuitur, vel augetur. Ea jurisdictio vulgo prorogata appellatur: minus recte: nam prorogatio proprie temporis est; terminorum autem jurisdictionis aut imperii non tam prorogatio dicitur, quam prolatio vel propagatio: ut verissime animadvertit amicus & Collega meus, V. CL. Jacobus Perizonius *Animadversionibus Historicis, cap.* VI. *pag.* 229. *& seq.* Factum tamen est docentium usu, ut & prorogari diceretur jurisdictio; cum litigantium consensu profertur ultra terminos quibus includitur. Est vero & illa quodammodo species alienæ jurisdictionis, sed quæ ex auctoritate Legis Juliæ judiciorum privatorum consensu ei cujus est aliqua jurisdictio, sic adquiritur, ut mandata jurisdictio mandantis voluntate vel Magistratui, vel privato cuivis, datur more majorum. Quæ autem verba Legis Juliæ fuerint, non, puto, facile dictu est: nusquam enim extant; præterquam quod Ulpianus *l.* 2. §. 1. *D. de judiciis* prodidit sequentia, QUO MINUS INTER PRIVATOS CONVENIAT. Sensum tamen Ulpianus expressit *l.* 1. *D. eod. tit.* cum infit: *Si se subjiciant aliqui jurisdictioni, & consentiant, inter consentientes cujusvis judicis, qui tribunali præest, vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio.* Ex quo apparet, eam Legis Juliæ mentem fuisse; ut, si quis conventione sua se subjecisset alterius jurisdictioni, ab eoque ei jus dictum esset, hoc tam ratum haberetur, quam si ei jus dictum foret in proprio & competente foro. Pertinet vero ea Lex in primis ad utilitatem privatorum: scilicet, ut ex ipsorum consensu fiat aliquanto facilior ratio expediendi juris. Sed cum duplex fuerit Lex Julia judiciorum, una publicorum, altera privatorum; magis videtur hoc caput quo de agimus, esse Juliæ privatorum judiciorum: cum præsertim Ulpianus idem caput (ut liquet ex Inscriptione *l.* 1. *&* 2. *D. de judiciis*) interpretatus sit libris ad Edictum: quibus ille neque publica judicia exposuit, neque eorum ordinem aut formam; quippe cum nec de his propositum esset Edictum: sed iis persequutus est ordinem & formam privatorum judiciorum; ad quæ spectabat ratio Edicti perpetui, & Lex Julia privatorum judiciorum: ut ex Fragmentis quæ supersunt, satis intelligi potest. Ere erit, eam Legem paulo diligentius considerasse.

Ait Lex, *Quo minus inter privatos conveniat.* Conventio est duorum pluriumve in idem placitum & consensus: eaque conventio aut expressa est, aut tacita: expressa; ut si quis se alterius foro palam verbis subjiciat; vel si verbis fori sui privilegio renunciet. hæc conventio aut nuda est, aut non nuda: nuda finitur solo paciscentium placito & consensu: non nuda est, verbi gratia, quæ in contractum transit. At utra conventio sit qua quis se alterius jurisdictioni subjiciat, nihil refert: quia Lex simpliciter ait, *Quo minus conveniat.* Sufficit igitur, conventum esse: conventionis autem verbum utramque complectitur conventionem: id est, tam nudam, quam non nudam. Neque videtur huic expositioni resistere quod ex pacto nudo Jure civili actio neque datur, neque tollitur. Nam cum quæritur, an jurisdictio nuda conventione prorogetur; non hoc vertitur, an ob nudam conventionem danda de foro paciscenti sit nova actio: minime. id quæritur, si quæ actio ei ante competiit aut civili aut prætorio Jure; an illa actio, ob subsequutam nudam conventionem de proroganda jurisdictione, possit institui alio in foro, quam in quo, absque conventione foret, instituenda esset. Quod mihi videtur. nam si paciscor, ut possim alio in foro, quam meo, conveniri; hoc ago, ut fori mei privilegio renunciem; nemo autem ambigit, quin nuda conventio ea in specie ad prorogandam jurisdictionem sufficiat. estque exemplum apud Paulum *l.* 1. *D. Si quis in jus vocatus non ierit*, & Ulpianum *l.* 7. *D. Qui satisdare cogantur.* quid ni igitur si pactus sim, ut alio in foro, quam meo, conveniar, sufficiet? finge, me conveniri, & in ingressu litis fori exceptionem opponere: utique erit tibi jus, eam elidere per replicationem pacti conventi; cum constet, ex pacto nudo, etsi actio non detur, tamen exceptionem dari *pr. Inst. de replicationibus.* Atque hoc Justinianus probat *l. pen. C. de pactis.*

Sed contra Africanus *l.* 18. *D. de jurisdictione.* Verba Africani. *Si convenerit, ut alius Prætor, quam cujus jurisdictio esset, jus diceret, & priusquam adiretur, mutata voluntas fuerit: procul dubio nemo compelletur ejusmodi conventioni stare.* En, inter duos convenit, ut alius pro alio Prætor adiretur: ait Africanus, neminem compelli, isti conventioni stare; si voluntas mutata sit, antequam

quam adiretur Prætor. quid ita? dices, quia ea conventio eſt nuda, & ideo ad prorogandam jurisdictionem invalida. ſed non eſt ita, neque id movit Africanum quid ergo? hoc opinor, quod inter duos quidem convenit de proroganda jurisdictione, ſed ea conventio deinde utriusque contraria voluntate rurſus ſublata eſt. Ita mihi placet: nec dubito, quin convenienter his verbis, *Si convenit*, id eſt, ſi inter duos convenit: item illis, *Mutata voluntas fuerit*, id eſt, utriusque voluntas mutata fuerit contrario pacto: tum hoc exigunt iſta, *Procul dubio nemo compelletur*: quæ non alterutrum litigatorem, ſed utrumque, indicant. adeo ſenſus eſt: Procul dubio neuter eorum compelletur. Sit ita: at quæ dubitatio eſt illa in ſpecie? probabilis & juſta: ſcilicet, an jurisdictio privata litigatorum pactione poſſit aut prorogari, aut prorogata tolli, priusquam adiretur Prætor: adeo antequam impetraretur conſenſus ejus cujus præjudicium videtur verti. Hæc quærendi cauſa: ad quam, neſcio, an alludant hæc Africani verba, *Et priusquam adiretur.* Ulpianus certe eam difficultatem & movet & definit *l.* 2. §. 1. *D. de judiciis*: ut infra capite XIV. oſtendetur.

Caput XIII.

Prorogationem jurisdictionis etiam tacita conventione fieri; & hanc litis conteſtatione intelligi. Verba, Poſt litem conteſtatam, *expuncta in l.* 4. *C. de jurisdictione.*

Tantum de expreſſa conventione: tacita fit actionis ſuſceptione: ut ſi quis in jus vocatus venit ad Prætorem non ſuum; ibique conventus, aliis defenſionibus, quam fori exceptione, uſus ſit. ita eſt: ſi quis omiſſa hac exceptione, litem ſit apud Prætorem, alioquin incompetentem, conteſtatus; prope eſt, ut in eum litis conteſtatione conſenſiſſe, & fori exceptioni renuntiaſſe intelligatur; itaque ad eam deinde, quamvis ante ſententiam, reverti non poſſit. Pertinent huc *l.* 52. *D. de judiciis*, *l.* 30. *D. eod. tit. & l. ult. C. de exceptionibus.*

Video, Conſtantinum quoque huc referri *l.* 4. *C. de jurisdictione*, cujus verba ſunt. *Nemo poſt litem conteſtatam ordinariæ ſedis declinet examen: nec prius Præfecti prætorio, aut Comitis Orientis, vel alterius Spectabilis judicis imploret auxilium: ſed appellatione legibus facta ad ſacrum auditorium veniat.* Sed error eſt: cui cauſam dedit Gloſſa quam ſubeſſe illa in lege, niſi fallor, vere conjecerim: legendum certe, *Nemo ordinariæ ſedis declinet examen*, dispunctis verbis, *poſt litem conteſtatam:* quæ loci ſenſum faciunt plane ineptum. vetat enim Conſtantinus; ne quis habens ordinarium Judicem qui eſt Præſes provinciæ, adverſarium ſuum ad Præfectum prætorio, aut Comitem Orientis, aut ſimilem ſuperiorem Judicem provocet; ſed ad ordinarium, id eſt, ad Præſidem; utque ad ſacrum auditorium quod eſt Præfecti prætorio aut Comitis Orientis, demum veniat per appellationem, ſententia a Præſide, id eſt, ab ordinario Judice, lata. Sic mihi videtur, & Conſtantinum *Ordinariam* dixiſſe *ſedem*, quæ eſt Præſidum: qui & ordinarii Judices dicuntur *l.* 33. *C. de Epiſcopis & Clericis*, & ordinariam dignitatem gerere *l.* 7. *C. de officio Rectoris provinciæ: Sacrum* vero *auditorium* eſſe Præfecti prætorio, res loquitur, & *l.* 67. *C. Theod. de appellationibus.* Hæc fere ita ſcripſeram, & ad ulteriorem depoſueram deliberationem; cum deinde aliud agens, forte incidi in *l.* 6. *Cod. Theod. de jurisdictione:* ad quam comperi conjecturam V. Cl. Jacobi Gothofredi, ab hac mea non abhorrentem. dicam autem quod res eſt, ingenue: ſimul videbam eam, pigebat me, quod me primum animadvertiſſe exiſtimabam, id ab illo jam occupatum eſſe: at re ulterius perpenſa, ipſe mox cœpi hanc meam ridere ambitionem: gavisusque ſum, quod ex ſuſpicione in adverſariis meis annotaveram, id judicio viri eruditi ac præclari, addam, & auctoritate ſimilis ſententiæ *d. l.* 6. confirmatum videre.

Ex ante dictis liquet, jurisdictionem, ſive ſuſcepto judicio, ſive conteſtata lite, velut tacita conventione, prorogari. Non idem dixerim de in jus vocatione; ne ſi reus quidem qui vocatus ad Prætorem non ſuum, ad eum veniat in jus; ibique deſideret, ſibi edi genus actionis: quia ob id neque ſuſcepit judicium, neque in Prætorem conſenſit: tantum petiit, ſibi demonſtrari formulam qua actor uſurus eſt; ſimul, indulgeri ſibi ſpatium ad deliberandum, utrum cedere, an ultra contendere, hoc eſt, judicium ſuſcipere, debeat, *l.* 33. *D. de judiciis*, *juncta l. unic. C. de litis conteſtatione.* Non ignoro, contra moveri *l.* 7. *D. eod. tit.* in qua ait Ulpianus, *Si quis, poſteaquam in jus vocatus eſt, miles, vel alterius fori eſſe cœperit: in ea cauſa jus revocandi forum non habebit, quaſi præventus.* At multum intereſt; utrum quæratur, num quis Prætori cui non eſt ſubjectus, ſola in jus vocatione ſubjiciatur; an quæratur, num quis deſinat ad Prætoris cui ſubjectus eſt, jurisdictionem pertinere eo, quod poſteaquam ad illum vocatus eſt alterius fori, vel ob militiam, vel ob quam aliam cauſam, eſſe cœperit: nam in priore ſpecie non ſola ſufficit in jus vocatio; ſed præterea deſideratur judicii ſuſceptio, id eſt, conſenſus in Judicem ad quem facta eſt vocatio: in poſteriore ſpecie non prodeſt in jus vocato ſubſecuta militia; ſed ſola vocatione in jus præventus eſt: quia vocatus fuit ad ſuum Prætorem; eaque re jus quæſitum fuit vocanti: cui non potuit vocatus deinde id tollere mutata conditione.

Caput XIV.

Si error aut metus in conventione intervenit, non videri jurisdictionem prorogari. Ad jurisdictionis prorogationem non deſiderari Prætoris conſenſum, ſed litigatorum.

Ut igitur prorogetur jurisdictio, vult Lex Julia, conveniri vel palam, vel tacite. Quid, ſi conveniatur, ſed errore? finge, Titium putaſſe, jurisdictionem eſſe ejus in quem conſenſum eſt; aut putaſſe, alium pro alio Prætorem eſſe aditum: an videtur conveniſſe? non

non placet: quia error litigatorum non habet consensum; sine consensu autem quæ conventio dicetur? *l.* 2. *D. de judiciis*, & *l.* 15. *D. de jurisdictione.*

Idem de metu dicendum *d. l.* 2. *D. de judiciis.* nam etsi electionem habeat metus, si ad finem spectes; tamen si ad initium respicias, inest ei necessitas, voluntati adversa. Proinde si restitisset quivis ex litigatoribus, sed viribus præturæ sit compulsus: potest quidem videri in Prætorem consensisse; sed, quia extortus ei consensus est adversus bonos mores; ideo legibus probari non potest. Hoc sane vult Seneca Pater, *lib.* 4. *Controv.* 26. sic loquens. *Lex vim passo succurrit, & iniquum illi videtur, id ratum esse, quod aliquis, non quia voluit, pactus est, sed quia coactus est. Nihil autem refert per quem illi necesse fuit. iniquum enim quod rescinditur, facit fortuna ejus qui passus est, non persona facientis.*

Oportet igitur conventum esse. Utrum a litigatoribus tantum; an etiam a Prætore? sed sufficit, inter litigatores convenisse, propter illa Legis Juliæ verba, *Quo minus inter privatos conveniat.* respicere enim ad litigatores, non ad Prætorem, bene Ulpianus monet *d. l.* 2. §. 1. *D. de judiciis.* Interim quia fuit de hoc apud Veteres dubitatum, ideo Ulpianus, velut timide & dubitanter, *Et puto*, inquit, *defendi posse, ejus esse jurisdictionem.* quod non dixisset; si ea res tum certa atque indubitata fuisset. Atque ad hanc dubitationem, allusit, opinor, Africanus *l.* 18. *D. de jurisdictione.* Sed & Justinianus *l. pen. C. de pactis* probat, talia pacta valere, & a privatis, etiam inconsulto Prætore, fieri posse.

CAPUT XV.

Oportere eum in quem fit prorogatio, jurisdictionem habere pro tribunali, aut aliam. Et quæ ista?

Sed non sufficit, inter litigatores de prorogandа jurisdictione esse conventum: verum amplius oportet eum, in quem jurisdictio prorogatur, habere jurisdictionem. hoc ideo, quia *Privatorum consensus judicem non facit eum, qui nulli præest judicio: nec, quod is statuit, rei judicatæ continet auctoritatem l.* 3. *C. de jurisdictione.* Id tamen si est, ne poterit quidem privatorum consensus habenti jurisdictionem, sed incompetentem, jurisdictionem prorogare: quando nihil refert, utrum omnino quis non habeat jurisdictionem, an habeat incompetentem. At non est ita: nam si quis habeat jurisdictionem, quæ prorogatur partium consensu, eam quamquam incompetentem, tamen quia jurisdictio est, Lex Julia confirmat, & competentem facit *l.* 1. *D. de judiciis.* quod in illa quæ nulla est, non fit *d. l.* 3. *C. de jurisdictione.* Igitur oportet eum in quem prorogatur jurisdictio, habere jurisdictionem. Sed qualem? parum refert: generaliter enim loquuta videtur Lex Julia judiciorum, vel Ulpiano teste *d. l.* 1. ubi, *Si* inquit, *se subjiciant aliqui jurisdictioni, & consentiant: inter consentientes cujusvis judicis, qui tribunali præest, vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio.* Vides ab Ulpiano dici, prorogationem fieri in Judicem quemvis qui *tribunali præest*, vel *aliam jurisdictionem habet.* ille autem, *Qui tribunali præest*, Ulpiano indigitat majorem Magistratum: ut is qui *pro tribunali cognoscit* in *l.* 2. *D. de re judicata.* putem tamen, etiam complecti eum qui mandatam jurisdictionem administrat: nam supra ostendi, hunc Magistratus jure & vice uti, ideoque & tribunali præesse. at cum ait Ulpianus, *Vel aliam jurisdictionem habet*, significat eos qui minora judicia exercent: de quibus ita Asconius Pedianus *in Divinat. in Verrem pag.* 34. *Alii alienum non nomen proprium putant esse, sed alienum, & alterius judicii, & non ex auditorio Prætoris, majorumque causarum, sed a subselliis, hoc est, non a tribunalibus. Sunt enim subsellia Tribunorum, Triumvirorum, Quæstorum, & hujusmodi minora judicia exercentium, qui non in sellis curulibus, nec in tribunalibus, sed in subselliis considebant.* His adde Magistratus municipales: nam hi intra territorium suum, vel (ut ait *l.* 10. *C. de Decurionibus*) intra metas territorii propriæ civitatis, habent jurisdictionem usque ad certam summam: sine tribunali tamen; & ideo Pedanei Judices appellantur: uti demonstravi *capite* 3. *libri* 1. Intra, inquam, territorium suum: nam (ut Paulus scribit libro 1. Ad Edictum, quo exposuit jurisdictionem Magistratus municipalis) *Extra territorium jus dicenti impune non paretur. idem est, & si supra jurisdictionem suam velit jus dicere l. ult. D. de jurisdictione. Tamen inter convenientes & de re majore apud Magistratus municipales agetur.* ut idem Paulus commode eodem libro 1. ad Edictum scribit *l.* 28. *D. Ad municipalem:* quæ lex superiori sic optime adjicitur.

Ex his apparet, Lege Julia desiderari, ut is in quem prorogatio fit litigatorum consensu, habeat jurisdictionem, sive pro tribunali, sive aliam. idque in civilibus caussis verum est: nam de his loquuta Lex videtur. sed, an in criminibus procedat, quæri potest? & non puto, procedere. primum, quia ad crimina pertinet Lex Julia publicorum judiciorum; Julia autem privatorum ad crimina non pertinet. deinde non memini, me in Fragmentis Veterum usquam legere exemplum factæ in his prorogationis. præterea est ratio neque inelegans, neque iniqua, quæ eam prorogationem in his inhibeat. ea ratio est, quod criminales causæ magis spectant ad vindictam publicam, quam ad privatam utilitatem: & quamquam privatis optime jus fiat, causas suas pactis conventis in aliud forum transferre; (cum æquum sit, eos esse privatæ arbitros utilitatis) non tamen iis dandum fuit, ut etiam publicam ultionem eo transferant, quo ipsis videatur, & hanc interim speciie legum prævaricando eludant.

Explicit. Liber. II de Jurisdictione & Imperio.

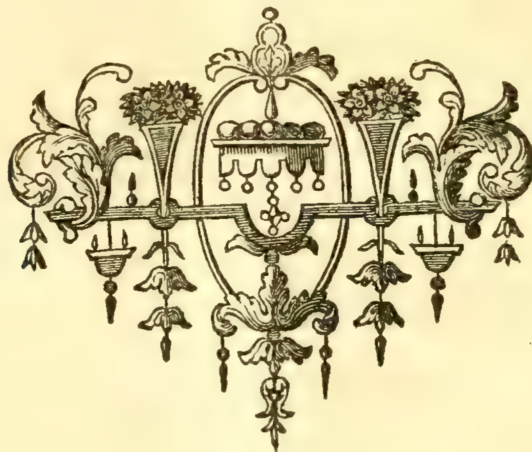
ELEN-

ELENCHUS

Capitum utriusque libri de Jurisdictione & Imperio.

LIBRI PRIMI.

LIBRI SECUNDI.



GERARDI NOODT,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

AD

LEGEM AQUILIAM

LIBER SINGULARIS.

Editio quinta, prioribus emendatior.

GERARDI NOODT,
Juriſconſulti & Anteceſſoris,
AD
LEGEM AQUILIAM
LIBER SINGULARIS.

PRÆFATIO.

Titulus hujus libri vix deſiderat commendationem: plana legis Aquiliæ via & ad tuendam publicam diſciplinam opportuna. nam ut jam nihil dicam de dupli pœna qua infiiciantium temeritatem laudabili ſeveritate caſtigat: ut non addam quoque, quod damnum injuria datum ſingulari exemplo taxat tanti, quanti res intra annum proximum, aut intra dies triginta proximos, fuerit plurimi: nonne ſuffecerit demonſtraturo providentiſſimæ legis utilitatem, eam occurrere non uni aut alteri damni formæ, ſed plerisque quibus plebejorum humiliumque præſertim hominum ſervus, pecus, aliudve animal cicuris, feræve naturæ occidi, aut hæ res, cæteræve mobiles, immobiles, viles, pretioſæ, ſolent uri, frangi, rumpi, injuria aliquando æqualium, ſæpe nobilium, potentiumve: quibus plebs de die & nocte, in urbe & ruri, in celebritate & ſolitudine, terra marique, hoc magis obnoxia eſt, quo magis illis a dignitate, opibus, aut natalibus, ſpes impunitatis, iſti ab obſcura & tenui conditione difficilior vindicta eſt? nec tamen Aquilia tantum plebi ſuccurrit, quamquam lata videtur ejus cauſa: ſed omnium peræque civium paci ac ſecuritati conſulit. nec magis diſtinguit, utrum damnum fiat dolo malo, an imprudentia: cui cauſam præbeat error, ira, ſævitia, ebrietas, avaritia, libido, imperitia, infirmitas, negligentia, laſcivia, aut alia vitia quæ humanitatem obſederunt hactenus, & obſidebunt porro. adeo ea lex qualemcumque arcet injuriam: a qua abhorreat pietas, & modeſtia, id eſt, veneratio humanæ conjunctionis. neque erraverit, qui dixerit, eam eſſe everriculum omnis non ſolum malitiæ, ſed etiam culpæ vel leviſſimæ; eoque fines ſuos non, ut pleræque ſolent leges, anguſta innocentia, ſed virtute & ſapientia, metiri: & cum illæ communi fragilitati multa indulgeant, quæ alioquin non probet ratio; hac nihil, niſi quod naturæ lege abſolvatur, innoxium haberi. qua re factum eſt, ut quam publice utilis eſt Aquilia, tam cognoſcendi voluptate jucunda ſit; Jurisque ſtudium non minus oblectare, quam adjuvare poſſit: ac ſive in factis elegantia & varietas quæratur, ſive in definitionibus prudentia ſervandæ humanæ ſocietatis, quidquid ab his laudatur, id ſuppeditet. Proinde viſa mihi eſt digna cujus primo & tertio capiti (ſecundum enim ignoratur) diligentiam interpretando adhiberem. fuit, cum cogitarem, etiam cæteris dare lucem: ſed, ſpero, erunt decora ingenia quæ non gravabuntur, ubi mea ſubſtitit mediocritas, inde laudis materiam petere. Interim ab auctore legis Aquiliæ, & numero capitum, faciam diſputandi initium.

CAPUT I.

Auctorem & capita legis Aquiliæ videri incerta.

Satis conſtat, legem Aquiliam plebiſcitum eſſe, auctoremque ejus Aquilium, Tribunum plebis, haberi *l.* 1. §. 1. *D. Ad legem Aquiliam.* Sed, quia plebiſcita lege Hortenſia legis vim accepere, quid mirum, plebiſcitum legis appellatione contineri? Atque id vulgo notum. hoc nulli, quis ille Aquilius fuerit. Eſſe ſcio, qui cenſeant, fuiſſe Gajum Aquilium Gallum, cui Aquiliana ſtipulatio, & de dolo malo, aliæque formulæ debentur. Sed nihil extricant: quamquam ſibi Aquilii ſono nominis blandiuntur. id enim non proprium unius hominis aut familiæ, ſed commune gentis Aquiliæ eſt: ex qua & plures Tribunos plebis in annalibus producit Pighius. adde, quod vetuſtior lex Aquilia eſt, quam ut auctorem ferat Cajum Aquilium Gallum; maxime facta comparatione ætatis Bruti & Q. Mucii, qui ejus interpretes laudantur *l.* 31. *&* *l* 27. §. 22. *D. Ad legem Aquiliam:* quorum illum ante Gallum Aquilium vixiſſe, iſtum Galli Aquilii præceptorem fuiſſe, jam dudum obſervarunt eruditi homines ex Pomponio *l.* 2. §. 39. 40. 41. *&* 42. *D. de origine juris.*

Æque non liquet mihi, quot fuerint legis Aquiliæ capita: etſi Theophilo ſedet *ad pr. Inſt. de lege Aquilia*, tantum tria fuiſſe: quorum mentio *l.* 1. *pr. l.* 27. § 4. *&* 5. *D. & pr.* §. 12. *&* 13. *Inſt. eod. tit.* Sed ut putem, plura fuiſſe, movet me, quod Imperator Juſtinianus addidit caput de damni injuria noxali actione §. 4. *Inſt. de noxali actione.* Etiam prodidit Gajus *l.* 2. §. 1. *D. Ad legem Aquiliam* caput de infiatione: eoque reſpicit ſequens Ulpiani Inſcriptio ſub *Tit.* 2. *Collationis Legum Moſaicarum & Romanarum* §. 4. *Ulpianus lib.* 19. *ad Edictum ſub tit. Si fatebitur injuria occiſum eſſe in ſimplum.* Quamquam ea Inſcriptio in vitio eſt, ut Pithœus vidit, & ſic diſpungenda. *Ulpianus lib.* 18. *Ad Edictum ſub &c.* Arguit id Inſcriptio *l.* 27. *D. Ad legem Aquiliam*, in cujus §. 17. extat idem Ulpiani locus, qui in *d. Tit.* 2. re-

refertur. Adhæc meminit Ulpianus l. 5. §. 2. *D. de servo corrupto* capitis ex eadem Lege de actione servi corrupti: cujus vestigium V. Cl. Claudius Chifletius, *Disquisitione de secundo capite legis Aquiliæ* in his Plauti sectatur verbis, quæ sunt in *Pœnulo act.* 3. *sc.* 4.

Vidistis, leno cum aurum accepit? Ad. *vidimus.*
Ag. *Eum vos esse meum servum scitis?* Ad. *scivimus.*
Ag. *Rem adversus populi sæpe leges?* Ad. *scivimus.*

Sed frustra: quam enim Plautus vocat Populi Legem, non est lex Aquilia de servo corrupto, sed lex XII. Tabularum de furto nec manifesto. ex ea fingitur Agorastocli nata esse actio in duplum adversus lenonem, qui videbatur ei furtum fecisse inficiatione recepti servi & argenti ad eum pertinentis. Plautum audi eadem scena.

Ag. *Si exierit leno, censetis hominem interrogem, Meus servus si ad eum venerit, nec ne?* Ad. *quippini?*
Ag. *Cum auri ducentis nummis Philippis.* Ad. *quippini?*
Ag. *Ibi extemplo leno errabit.* Ad. *qua de re?* Ag. *rogas?*
Quia centum nummis minus dicetur. Ad. *bene putas.*
Ag. *Alium censebit quæritari.* Ad. *scilicet.*
Ag. *Extemplo denegabit.* Ad. *juratus quidem.*
Ag. *Homo furti se adstringit.* Ad. *haud dubium id quidem est.*

Et *act.* 1. *sc.* 1.

Mi. *Rogato, servos veneritne ad eum tuus.*
Ille me censebit quæri. continuo tibi
Negabit. quid tu dubitas, quin extemplo
Dupli tibi auri & hominis fur leno fiet?

Illud non addiderim, etsi multis videtur, etiam lege Aquilia nominatim fuisse cautum de intercepta utilitate: neque id putem colligi ex Plinii verbis, quæ de anthia pisce, & quomodo is capiatur, extant hunc in modum *lib.* 2. *Historiæ naturalis c.* 59. *Conciliatorem nosse ad hoc prodest, ne capiatur. Parcit piscator fugituro in reliquum gregem. ferunt discordem socium duci insidiatum pulchre noto cepisseque malefica voluntate: agnitum in macello a socio, cujus injuria erat, & dati damni formulam editam, condemnatumque: addidit Mutianus æstimata lite decem libris.* Sed enim Plinii verba alio pertinent: ego sane ea imputem interpretationi horum verborum tertii capitis legis Aquiliæ, *Quanti ea res erit*: qua placuit, damno injuria dato, non tantum ruptum æstimari corpus, sed hoc præterea quod actoris interest, non fuisse ruptum.

CAPUT II.

Caput primum legis Aquiliæ restitutum. id caput persequi cædem servi aut pecudis. Hominem pro servo dici. Si liber homo occisus sit, directam legis Aquiliæ actionem cessare: sed utilem receptam videri exemplo elegantis Decreti Taurini Egnatii Proconsulis Bæticæ, & subsequuti Rescripti Divi Hadriani. Ulpianus declaratus l. 7. §. 4. *D. Ad legem Aquiliam. Pecus in lege Aquilia quid? Ad l.* 2. §. 2. *D. eod. tit.*

Exposui quæ de legis Aquiliæ nomine, auctore, & capitibus habui dicere: venio ad verba capitis primi. ea verba fuerunt, si quidem vere Gajus *l.* 2. *D. Ad legem Aquiliam.*

Qui servum servamve alienum alienamve, quadrupedem vel pecudem injuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum æs dare domino damnas esto.

Sic Gajus. sed primum probo conjecturam horum, qui pro *quadrupedem vel pecudem* reponunt *quadrupedemve pecudem.* legem enim Aquiliam primo capite de homine & pecude loquutam esse, patet ex capite ejus tertio quod est in *l.* 27. §. 5. *D. eod. tit.* præterea ait Justinianus, cautum esse capite primo, *Si quis alienum hominem, alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero sit, injuria occiderit, pr. Inst. de lege Aquilia.* Id primum observandum: hoc deinde, legem Aquiliam non *domino*, sed *hero*, vel, ut in Pandectis Florentinis est, *ero* dixisse, Ulpiano teste: qui id verbum interpretatur *l.* 11. §. 6. *D. eod. tit.* Sed quia est minime insolens, Veteres in recitandis Legibus magis earum sententia uti, quam verbis, idque multis ostendi potest, non his pluribus immorabimur.

Potius videbimus, quando locus sit capiti primo legis Aquiliæ. & apparet, tum esse, si quis alienum servum, alienamve servam, quadrupedemve pecudem, injuria occiderit: sic enim sonant ejus verba. *Qui servum servamve alienum alienamve, quadrupedemve pecudem injuria occiderit.* Primum ait lex, *Servum servamve alienum alienamve.* Imperator Justinianus *pr. Inst. de lege Aquilia* in recitatione hujus capitis meminit *Hominis alieni.* ipsa quoque lex Aquilia infit tertio capite, *Cæterarum rerum præter hominem & pecudem occisos l.* 27. §. 5. *D. Ad legem Aquiliam.* Sed utrimque hominem pro servo accipe: ut in illo Lampridii, *Alexandro Severo c.* 23. *De omnibus hominibus per fideles homines suos semper quæsivit:* pro, per fideles servos suos. Eodem sensu Imperator §. 9. *Inst. de lege Aquilia*, *Si quis*, inquit, *hominem tuum, qui hodie claudus, aut mancus, aut luscus erit, occiderit*: id est, servum tuum. Honorius quoque & Theodosius *l. ult. C. Quod cum eo qui in aliena potestate est.* Verba Honorii & Theodosii. *Dominos ita constringi manifestum est actione prætoria, quæ appellatur quod jussu, si certam numerari præceperint servo actorive pecuniam. Igitur sancimus, ut qui servo, colono, conductori, procuratori, actorive possessionis pecuniam mutuam dat, dominos possessionum, cultoresve terrarum obligari non posse. neque familiares epistolas, quibus homines plerumque commendantur absentium, in id trahere convenit.* Ita legendum ex *l. unic. Cod. Theod. Quod jussu.* Sed vulgo editur, *quibus homines plerumque commendant absentem.* quam scripturam Triboniano imputat V. Cl. Jacobus Gothofredus; caussatus, eum fugisse, *absentium homines* pro *absentium servis* dici. Sed non tam imperitus fuit usus ejus vocabuli Tribonianus, ut is error illi potius, quam Scribæ librario, imputandus videatur.

Quidquid erit; lex Aquilia tantum loquitur de servo, non etiam de homine libero. nempe, quia vult, domino sarciri damnum injuria datum; liberum autem corpus, paterfamilias, verbi gratia, neque dominum habet, neque æstimationem recipit *l.* 13. *l.* 36. §. 1. *D. Ad le-*

legem Aquiliam. l. 1. §. 5. *D. de dejectis & effusis.* filius etiam familias etsi quodammodo sit in dominio patris sui, ab eoque vindicari possit ex jure Quiritium; (ut præter Ulpianum *l.* 1. §. 2. *D. de rei vindicatione* ostendit Lactantius *lib.* 4. *Divin. inst. c.* 3. & Dionysius Halicarnasseus *lib.* 8. *Antiq. Rom. c.* 13.) tamen quia alioquin habet liberum caput, (ut Ulpianus loquitur *tit.* 11. §. 5.) si occisus sit, quantum ad corporis æstimationem attinet, Aquilia cessat: quemadmodum, si filiumfamilias vulneravit quadrupes, cessat directa actio Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur *l.* 3. *D. Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.* Sed quod ad impensas medicinæ spectat, aut ad mercedes Medicorum, aut ad operas, quibus pater caret, & cariturus est propter occisum filium, dubitari possit, ne patri utilis actio quasi ex mente legis dari debeat. Quod cum Ulpianus in vulnerato probet ex capite tertio *l.* 5. §. *ult. l.* 7. *D. Ad legem Aquiliam*: quid ni, si occisus sit, vel statim, vel post tempus, ex primo statuas? Atque huc tendit Decretum quoddam Taurini Egnatii, quod a Divo Hadriano comprobatum, nescio, an huic actioni ac juri forte & exemplum præbuerit & initium. Ejus Decreti & Rescripti verba, quia habent pulchram & elegantem definitionem, adscribam ex *Collatione Legum Mosaicarum & Romanarum Tit.* 1. §. 9. Sunt autem hæc. *Ulpianus libro & titulo, quo supra. Cum quidam per lasciviam causam mortis præbuisset, comprobatum est factum Taurini EgnatI Proc. Bæticæ a Divo Hadriano, quod eum in quinquennium relegasset. Verba consultationis & rescripti ita se habent. Inter Clodium, Optime Imperator, & Euaristem cognovi, quod Clodius Lupi filius in convivio, dum sago jactatur, culpa Marii Euaristi ita male acceptus fuerit, ut post diem quintum moreretur: ac, quamvis apparebat nullam inimicitiam cum Euaristo fuisse, nec cupiditatis culpam, coërcendum credidi, ut cæteri ejusdem ætatis juvenes emendarentur. Ideoque Mario Euaristo urbe, Italia, provincia Bæticæ in quinquennium interdixi, & decrevi, ut impendii causa duo millia patri ejus persolveret Euaristus, quod manifesta ejus fuerat paupertas. Verba rescripti. Pœnam MarI Euaristi recte Egn. Taurine moderatus es ad modum culpæ. refert enim & in majoribus delictis consulto aliquid admittatur, an casu. & sane in omnibus criminibus distinctio hæc pœnam aut justam provocare debet, aut temperamentum admittere.* Hæc Ulpianus: ex quo apparet, Taurinum Euaristo, qui per lasciviam præbuerat causam mortis Clodii, Lupi filii, non tantum urbe, Italia, provinciaque, in quinquennium interdixisse, sed præterea decrevisse, ut is defuncti patri pro impendiis duo millia persolveret, idque a Divo Hadriano approbatum esse. quod his, quæ dixi, convenit.

Neque abhorret a sequente Ulpiani definitione, quæ est in *l.* 7. §. 4. *D. Ad legem Aquiliam.*

Si [quis] in colluctatione, vel in pancratio, vel pugiles dum inter se exercentur, alius alium occiderit, siquidem in publico certamine [alius alium occiderit] cessat Aquilia: quia gloriæ causa & virtutis, non injuriæ gratia videtur damnum datum. Hoc autem in servo non procedit: quoniam ingenui solent certare: in filiofamilias vulnerato procedit. Plane, si cedentem vulneraverit, erit Aquiliæ locus, aut si non in certamine servum occiderit: nisi domino committente hoc factum sit: tunc enim Aquilia cessat.

Proponitur publicum certamen: hoc ipsum non servorum, sed ingenuorum. in eo certamine alter alterum occidisse dicitur: & quæritur, an legi Aquiliæ locus sit? id vero negat Ulpianus; & addit, quia gloriæ causa & virtutis, non injuriæ gratia, damnum datum videtur. Hoc si homo ingenuus in publico certamine non injuria occisus sit. Quid, si injuria? mihi dubium non est, quin Ulpianus adhuc faciat legi Aquiliæ locum: nam aliter statuentibus, inanis quæstio sit; an, si homo ingenuus in publico certamine non injuria occisus sit, lege Aquilia agi possit. Sic mihi videtur, & sequentia verba, *Hoc autem in servo non procedit: quoniam ingenui solent certare: in filiofamilias vulnerato procedit. Plane, si cedentem vulneraverit, erit Aquiliæ locus, aut si non in certamine servum occiderit,* (si modo hoc *vulnerato*, Ulpiani sit, non Interpretis, imprudenter distinguentis sequens illud, *vulneraverit*, in persona filiifamilias, &, *occiderit*, in persona servi: de quo dubito) non sic esse exaudienda, quasi hoc jus in homine quidem ingenuo filiofamilias injuria vulnerato procedere velint, sed non in homine ingenuo filiofamilias injuria occiso: præsertim quia totus Ulpiani sermo jam inde ab initio spectat ad ingenuum hominem occisum, non autem ad ingenuum hominem vulneratum: istud quoque verbum, *vulneraverit*, non pertinet huc, ut hominem liberum filiumfamilias occisum a vulnerato distinguat, aut certe vulnus ejus sine cæde indigitet: nam si hoc ageret Ulpianus; quid illi opus erat, de filiofamilias nominatim respondere? cum & paterfamilias, si injuria vulneratus sit, suo nomine habeat utilem legis Aquiliæ actionem *l.* 13. *D. Ad legem Aquiliam.* Non igitur voluit Ulpianus inquirere; utrum in homine ingenuo tantum vulnerato, an etiam occiso, procederet prior definitio: verum voluit inquirere, utrum ea definitio satis procederet in filiofamilias; qui in certamen descenderit, non committente patre in cujus erat potestate: quia aliqua vel in eo supererat dubitatio, propter imaginem servi quam repræsentat patria potestas, dominicæ non absimilis: ut Lactantius auctor est *lib.* 4. *Divin. inst. c.* 3.

Deinde ait lex, *Quadrupedemve pecudem.* Ut igitur apparet, servis nostris exæquat quadrupedes: non omnes quidem, sed quæ pecudum numero sunt. dicitur autem, ut Varro ait, pecus ab eo, quod perpascat. Justinianus definit, quod proprie pasci dicitur §. 1. *Inst. de lege Aquilia.* Marcianus, quod gregatim pascitur *l.* 65. §. 4. *D. de legatis lib.* 3. Gajus quod gregatim habetur *l.* 2. §. 2. *D. Ad legem Aquiliam:* id est, quod sub pastoris cura habetur ad humanum usum. Hoc sensu Servius ad Virgilii *lib.* 4. *Æneid. vers.* 158. ait, pecora ea esse quæ non sylvestri, sed humano, usui aluntur. Isidorus vero *lib.* 12. *Origin. c.* 1. scribit, pecus generaliter quidem dici omne quod humana lingua & effigie caret, proprie vero accommodari iis animalibus quæ sunt aut ad vescendum apta, ut oves & sues, aut usui hominum commoda, ut equi & boves. Quod ait, ut oves & sues, bene habet: nam & sues pecudum numero contineri, Gajus auctor est *d. l.* 2. §. 2. *D. Ad legem Aquiliam*, & Imperator §. 1. *Inst. eod. tit.* Quid de bestiis dicemus? ait Gajus *d. loc. Canis inter pecudes non est. longe magis bestiæ in eo numero non sunt, veluti ursi, leones, pantheræ.* Quamquam nil improbem, canem a bestiis distingui: cum videam, bestiam pro fera bestia accipi apud Ulpianum *l.* 1. §. 10. *D. Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur:* tamen nec repugnem, si quis scribat, *longe magis feræ be-*

bestiæ: quia sic præit Justinianus §. 1. & §. 13. *Inst. de lege Aquilia.* Præterea Isidorus tradidit *lib.* 12 *Origin c.* 2. bestiarum vocabulum proprie convenire leonibus, tigribus, pardis, & vulpibus, canibusque, & simiis, & cæteris, quæ vel ore vel unguibus sæviunt, exceptis serpentibus; bestias autem dictas a vi, qua sæviunt. Utcumque erit, lex Aquilia hoc capite loquitur de occisa pecude, non etiam de bestia. De elephantis & camelis videamus. movet hinc, quod dorso collove domantur, pariterque ut pecudes habentur ad humanum usum: movet inde, quod eorum fera natura est. Sed placet Gaji definitio, mixtos esse, & quia jumentorum operam præstant, quamvis feræ naturæ sint, tamen capite primo contineri *l.* 2. §. 2. *D. Ad. legem Aquiliam.*

CAPUT III.

In lege Aquilia quidem coërceri cædem; sed non aliam, quam injuria factam. injuriam autem accipi omne non jure factum, in quo culpa qualis qualis arguitur; etsi dolus non sit. quod si aut jure aut casu cædes facta sit, non videri injuriam.

Deinde ait lex, *Qui injuria occidit.* Injuria occisum esse merito adjicitur: non enim sufficit, occisum; sed oportet injuria esse factum *l.* 3. *D. Ad legem Aquiliam.* Proinde ubi jus apparet, quia injuria non est, inhibenda Aquilia est. Idem, si casus probatur, sed merus: qui necessitatem habet; neque homini imputatur, sed fato; &, cum ultra humanum modum sit, non humanitate modo, sed & lege Aquilia, excusatur §. 3. & 4. *Inst. de lege Aquilia.* non enim credendum est, plebem Romanam, quæ, Aquilio Tribuno plebis interrogante, hanc legem jussit, voluisse, se teneri de casu; quem aut prævidere non posset; aut si prævideret, non posset ulla diligentia prævenire. Sed ut lex parcit necessitati quæ culpa caret; sic neque desiderat dolum malum qui consulto & deliberato fit: id est, demum integra voluntate absolvitur. At coërcet omnem non jure factam cædem quæ animo, non quidem improbo, sed imprudente, sive, ut Ulpianus interpretatur, si contra jus, hoc est, culpa vel levissima facta sit *l.* 5. §. 1. *l.* 44. *D. Ad legem Aquiliam.* Adeo si non potuit facientis industria præveniri, aut si potuit, præter ejus officium fuit: ut si, quod fecit, ejus jus illi in eum hominem, atque ad eum modum, & in eo loco fuit, denique si non potest id ab homine sapiente & modesto jure reprehendi, non erit injuria: sed si præveniri potuit, atque ut id fieret, ad occidentis officium pertinuit, ut si, ei jus in eum hominem, si ad eum modum, si in eo loco non fuit, & proinde a viro bono ac sapiente jure castigari possit, magis injuria dicetur. Fuerit pretium operæ, eam rem paucis, sed elegantibus, exemplis demonstrare.

CAPUT IV.

Eum qui facit id, cujus jus habet, non facere injuria. Quid, si quis servum alienum adulterum deprehensum occidat? quid, si latronem sibi vim inferentem? quid, si alium? quid, si latronem occidat, sed modum egressus? Legis Aquiliæ, Legis Numæ, & Corneliæ de sicariis, egregia & nobilis differentia.

Primum, si quis facit id cujus jus habet, non videtur injuria facere §. 2. *Inst. de lege Aquilia:* ut si maritus adulterum deprehensum alienum servum occidit *l.* 30. *D. eod. tit.* quod lex Julia ei indulget: utique, si domi suæ deprehensum occidit: ut bene Macer *l.* 24. *D. Ad legem Juliam de adulteriis*, & Paulus *lib.* 2. *Sent. t.* 26. quod si alibi occidit; sine lege occidit, & ideo injuria videtur. Quintilianum audi *lib.* 5. *Inst. orat. c.* x. *Occidisti*, inquit, *adulterum*, *quod lex permittit*, *sed quia in lupanari*, *cædes est.*

Similiter non videtur injuria facere is, qui latronem aut quemcumque alium ferro se petentem occidit. nil enim est natura iniquius, quam hominem vim facere homini: nil justius, quam eum qui vim facit, vi repellere. an quis nescit, rerum naturam unumquemque statim ac natus est, in primis sibi commendare: prorsus, ut compellat eum, sequi quod ei bonum, ac declinare quod ei malum, videtur? proinde si vitam, si corpus, si membra sua, adversus vim ac pericula tueatur: quid causæ fuerit, ne, quod ad sui conservationem facit impellente natura, jure naturæ facere existimetur? Atque hoc certum, cum naturam sequimur, nondum inventis judiciis, neque adhuc composito civili jure. imo & post hæc; quoties neque judiciis, neque legibus, locus est. nam etsi conjunctione humanæ societatis, quo magis naturali omnium æqualitati consuleretur, recte atque ordine placuerit, deinceps de suo quemque jure non privata vi, sed legibus judiciisque, experiri: non patitur tamen ratio, hanc conventionem ultra habere effectum, quam ea juris societas a singulis possit legibus ac judiciis obtineri. nam si non possit; deficit causa, ob quam fuit visum omnibus, a naturali tuendi se libertate recedere: nec restat, nisi ut quisque jus quod a natura accepit ad sui conservationem, nec ulla jam imminuit conventione, merum atque integrum habere intelligatur. Et certe si quid strictius interpretemur: quid futurum erit: nisi ut ei qui, alio vim faciente, malit jure judicioque, quam naturali defensione, uti, ante patienda sit vis injusta, quam ei legibus judiciisque succurri possit? Igitur qui latronem aut quemcumque alium ferro se petentem occidit, non videtur eum injuria occidere: quia vim vi defendere omnes leges, omniaque jura, permittunt: uti vere Paulus *l.* 45. §. 4. *D. Ad legem Aquiliam*, Gajus *l.* 4. *D. eod. tit.* & Cicero *pro Milone.* Atque id certum est, cum illum ferit qui vim intulit: sed si, cum vellet hunc percutere, alium quem prætereuntem percussit, ambi-

bigi potest, quid dicendum sit: neque enim jus fuit, alium percutere, quam quem licebat: neque injuria, cum voluit ferire illum in quem jus erat, sed ictum casus alio vertit. quia tamen lex injuriam non proposito metitur, sed imprudentia: magis erit ea in specie, ut casus culpæ cohæreat, & ideo injuria intelligatur. Hoc sane Paulus censet *l.* 45. §. *penult. D. Ad legem Aquiliam.* Sed aliter Cicero in *Topicis ad Trebatium cap.* 17. *Jacere*, inquiens, *telum voluntatis est, ferire, quem nolueris, fortunæ. Ex quo aries ille subjicitur in vestris actionibus, si telum manu fugit magis, quam jecit.* Videtur velle, si in alium jaciatur telum, sed alius feriatur, & lege Aquilia agatur, arietem subjici: id est, exceptionem opponi, qua vis legis Aquiliæ infringatur. sic enim Cujacius interpretatur: & adjicit, exceptionem actioni subjici; quod utraque simul a Prætore detur; quodque actioni uno tenore & contextu addatur exceptio. Idem Balduino sedet: quamquam is tum arieti facit locum, cum culpa nulla arguitur; & addit, verbum rei militaris ad forum transferri. Sic illi. sed videamus, ne uterque erret toto cælo. non enim respicit Cicero ad legem Aquiliam, in qua homine servo injuria occiso privata & civili actione agitur: sed ad legem Regis Numæ, quæ vult eum qui liberum hominem sciens morti dedit, pro parricida haberi, id est, pœna capitali affici: sin telum manu fugit, id est, si imprudens occidit; patitur, eum in concione offerre arietem qui eum crimine homicidii absolvat: ut Festus refert in *Parici quæstores*, & Servius ad Virgilii *Eclog.* 4. *vers.* 43. vel, ut Antistius infit apud Festum in *Subigere arietem*, qui pro eo cædatur, agatur. Ex quo apparet, arietem apud Ciceronem non a re militari, sed a jure civili, peti; neque adversus legem Aquiliam, homine servo injuria occiso, sed adversus legem Numæ, cum homo liber imprudenter occisus est, sive exceptionem, sive defensionem, significare. Atque id eo probabilius dico: quia ipse Cicero *lib.* 3. *De oratore* illud, Si telum manu fugit, imprudentiam emissi teli interpretatur. Igitur qui hominem percussit defensionis causa, is si alium percussit, quam qui ei vim intulit, injuria percussit, & ideo legi Aquiliæ obnoxius fit: quod si eumdem percussit, jus est, injuria non est, & ideo hac lege innoxius habetur.

Utique, si periculum aliter effugere non potuit. eo enim temperamento (quod Diocletianus & Maximianus *l.* 1. *C. unde vi* vocant inculpatæ tutelæ moderationem) utitur Justinianus § 2. *Inst. de lege Aquilia.* idemque in oculis fuit Paulo *l.* 45. §. *penult. D. eod. tit.* si recte legatur locus. nam Florentiæ, & apud Haloandrum, caret sensu. Ego (quod suadent Græci, *Basilic. lib.* 60. *tit.* 3. *pag.* 61. *tom.* 7.) scribo, *Qui cum aliter se tueri non possunt, damnum dederint, innoxii sunt.* Sic Paulus. & laudo: bono viro numquam probabili hominis cæde quæ non est necessaria. Itane vero? dicat aliquis. tu vis parci latroni qui non pepercit alteri? at primum ipse quod fecit, passus est. deinde sit aliqua etiam se ulciscentis culpa: tamen major est latronis, alium injuste aggredientis; quam hujus qui vim injustam acrius atque immodestius a se arcet lacessitus. accedit, quod arbitrii latronis fuit, re adhuc integra, ne alii offerret periculum, simul causam, qua extra se constitueretur. sed qui in hujus arbitrio fuit, ne latronis scelere fieret mentis expers, neve se deinceps magis impetu, quam ratione, tueretur? postremo sic ait Cicero, *Topicis d. loco*, *Cadunt etiam in ignorationem atque in imprudentiam perturbationes animi: quæ quamquam sint voluntariæ, objurgatione enim & admonitione dejiciuntur, tamen habent tantos motus, ut ea, quæ voluntaria sunt, aut necessaria interdum, aut certe ignorata videantur.* Sic Cicero. Sed mihi placet, si tantum latronem intuemur & hunc quem latro aggressus est, nullo extrinsecus adsumpto: haud quidem negandum esse, eum qui propter insidias suas occisus est, etsi ei parci potuit, jure occisum esse; utique, quod insidias ejus insequutum est, magis ei, quam huic qui eum occidit, imputandum videri: sed si juris civilis judiciorumque finem ac rationem inspicimus; longe verius dici, neque iræ illius quem aggressus est latro, hactenus indulgendum esse, ut, quod se ulciscendi magis, quam defendendi, studio facit, id præter viri boni & sapientis reprehensionem facere videatur. at enim ira & ultio habent vehementem ac subitum animi motum, & prope necessitatem atque ignorantiam. tamen cum nil sectantur præter solatium illatæ injuriæ, fere inanes sunt. quid, si præterea aliqualem produnt sive imprudentiam sive voluntatem, sapientiæ admonitione emendabilem; (ut pulchre animadvertit Juvenalis *sat.* 13. *vers.* 180. *& seqq.*) atque ideo ad severitatem legis Aquiliæ pertinent? legis, inquam, Aquiliæ: nam ad legem Numæ cui Corneliam de sicariis comparamus hac in parte, non pertinent: quia non ut lex Aquilia, ita lex Numæ, aut Cornelia, persequitur cædem quæ injuria, id est, culpa aut imprudentia, sed quæ a sciente dolo malo, id est, integra voluntate, facta est: prorsus ut, si qua improvisa animi perturbatione contigerit, quamvis quali quali voluntate facta sit, his tamen in legibus magis casu & necessitate, quam sponte & voluntate, facta censeatur. idque, opinor, Cicero voluit in *Topicis d. loc.* cum animi perturbationem non quidem imprudentia absolvit, sed dolo: & quamquam non neget, ei inesse qualem qualem voluntatem quæ objurgatione facile dejiciatur, eam tamen ignorationi ac necessitati annumerat.

CAPUT V.

Ulpianum l. 5. D. Ad legem Aquiliam, & Tit. 7. Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum, Legem Corneliam *pro* Aquilia *imprudentem dixisse. Lex* XII *Tabularum de cæde furis nocturni exposita. Pauli Elegans Fragmentum declaratum.*

Quæ si ita sunt; porro, apparet, quid habendum sit de Ulpiani Fragmento, quod est in *l.* 3. *& 5. D. Ad legem Aquiliam*, & aliquanto plenius in *Tit.* 7. *Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum:* in quo vix dubito, quin mentio legis Corneliæ aliud cogitanti exciderit: neque metuo, ne quis, utique ratione utens, aut molestius ferat, aut ad Ulpiani injuriam pertinere arbitretur, si & ratione, & Veterum auctoritate victus, existimem, eum vi-

virum, licet præclarum industria & eruditione, tamen non dicam ignorantia, sed immemoria esse lapsum: utcumque, quidpiam humani passum. Verba Ulpiani ex *d. Tit.* 7. & *d. l.* 5.

Injuria occisum esse merito adjicitur: non enim sufficit occisum, sed oportet injuria id esse factum. Proinde si quis servum latronem occiderit, lege Aquilia non tenetur, quia non injuria occidit. Sed & quemcumque alium ferro se petentem qui occiderit, non videbitur injuria occidisse. proinde si furem nocturnum, quem lex duodecim tabularum omnimodo permittit occidere, aut diurnum, quem ea quoque lex permittit; sed ita demum, si se telo defendat, videamus, an lege Aquilia teneatur. Et Pomponius dubitat, num hæc lex non sit in usu. Et si quis noctu furem occiderit, non dubitamus, quin lege Aquilia non teneatur. Sin autem cum posset apprehendere, maluit occidere, magis est, ut injuria fecisse videatur. ergo etiam lege Cornelia tenebitur. Injuriam autem accipere hic nos oportet non quemadmodum & circa injuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non jure factum est, hoc est, contra jus, id est, si culpa quis occiderit. Et ideo interdum utraque actio concurrit & legis Aquiliæ & injuriarum: sed duæ erunt æstimationes, alia damni, alia contumeliæ. Igitur injuriam hic accipiemus damnum culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit.

Universa hæc dissertatio spectat ad interpretationem capitis primi legis Aquiliæ: cui ut locum faciat Ulpianus, desiderat, ut servus sit occisus: amplius, ut injuria occisus sit. proinde negat, eum qui servum latronem occidit, quia jure occidit, lege Aquilia teneri. tum quærit, quid sit, si quis occiderit quemcumque alium, quam latronem, puta furem nocturnum aut diurnum, servum tamen: sic enim interpretor Ulpianum. primum, quia lex Aquilia nominatim de occiso servo loquitur. deinde, quia inepte collegeris, (tametsi id memini fieri) quia furis mentio fit hoc loco, ideo non fieri mentionem servi: furari enim tam proprium est servorum, ut Tacitus *lib.* 1. *Historiarum c.* 48. furtum servile probrum, Salvinus *lib.* 4. *De gubernatione Dei* servile vitium, Ulpianus *l. unic.* §. 5. *D. Furti adversus nautas, caupones, stabularios* domesticum malum, appellet; Virgilius etiam furem pro servo dicat, eumque a furto, quasi ab officio, describat, auctore Servio ad illud *Eclogæ* 3. *vers.* 16.

Quid domini facient, audent cum talia fures.

Igitur ut ad rem revertar, hoc quærit Ulpianus, si quis quemcumque alium servum, quam latronem, puta furem nocturnum quoquo modo, aut furem diurnum ferro se petentem, occiderit, an lege Aquilia teneatur? Et non putat: quia is qui furem diurnum occidit, eum non injuria occidit, si modo eum in periculo & metu mortis occidit: idemque esse in nocturno fure, si non potuit, sine periculo, aut servari aut apprehendi. Sed quid, si potuit? quærendi causa est, quia Lex Duodecim Tabularum, ut fur nocturnus jure cæsus videatur, tantum vult, eum noctu cæsum esse: sane modum non addit; sed, si Macrobio fides *lib.* 1. *Saturnal. c.* 4 ait simpliciter, *Sei. nox. furtum factum. esit. sei. im. occisit. joure. caisus. esto.* Igitur, ut Ulpianus exponit, *omnimodo*, vel, ut Cicero *pro Milone* loquitur, *quoquo modo* occisus, jure cæsus videtur. Hæc quærendi causa: ad quam ita Ulpianus, *Et Pomponius dubitat, num hic lex non sit in usu.* Sic legendum, *hic*: non, ut passim, *hæc*: *hic* vero pro, hoc casu, dicitur: ut apud eumdem Ulpianum in fine superioris Fragmenti *d. Tit.* 7. & *d. l.* 5. §. 1. & *in l.* 49. §. 1. *D. Ad legem Aquiliam.* sensus autem: Et Pomponius dubitat, num lex Aquilia in hoc casu non sit in usu: id est, (ut sequente capite exponam hanc locutionem) & Pomponius putat, legem Aquiliam hoc in casu cessare, denique Pomponius putat, eum qui furem nocturnum occidit quoquo modo, id est, etiam cum posset eum apprehendere & servare, non teneri lege Aquilia. Habes Pomponii sententiam; sed, ut vere visum Ulpiano, patentem ultra, quam aut societas humani juris, aut ratio legis Aquiliæ, patiatur. igitur sedet Ulpiano, eam latitudinem quodammodo & coërcere & regere interpretatione; cum subjicit.

Et si quis noctu furem occiderit, non dubitamus, quin lege Aquilia non teneatur. Sin autem cum posset apprehendere, maluit occidere, magis est, ut injuria fecisse videatur. ergo etiam lege Cornelia tenebitur.

Ulpianus vult, eum qui furem nocturnum metu mortis occidit, (ut bene interpretatur *l.* 5. *D. Ad legem Aquiliam*) quia jure fecit, lege Aquilia non teneri: sed si illum, cum posset apprehendere, maluit occidere, quia etsi jure, seu licite, & lege impune, tamen sine necessitate, atque adeo inhumane immodesteque fecit, magis injuria fecisse, & ideo lege Aquilia teneri. *lege*, inquam, *Aquilia:* sic enim scribo, etsi in Pandectis & Legum Collatione constanter legatur, *lege Cornelia.* non enim quæstio Ulpiano est de lege Cornelia, sed de lege Aquilia: ut apparet non modo ex Inscriptione aut argumento loci, quamquam & illa sufficerent; sed ex prioribus, & his claris, Ulpiani verbis, *Videamus, an lege Aquilia teneatur*, item, *Non dubitamus, quin lege Aquilia teneatur.* At cui verisimile fit, hominem egregium, & scribendi peritum, scientem velle, aliter respondere, quam sibi ante proposuit? His accedit, quod mox idem Ulpianus in eodem loco rursus legis, non Corneliæ, sed Aquiliæ, meminit *d. l.* 5. §. 1. Præterea ait, furem nocturnum, si occisus sit, cum illi parci posset, injuria occisum esse: & injuriam autem interpretatur non utique dolum, sed cædem non jure factam: id est, qualicumque imprudentia, seu culpa, etiam levissima *d. l.* 5. §. 1. *l.* 44. *D. Ad legem Aquiliam.* At in lege Cornelia neque imprudentia, neque culpa punitur, ne lata quidem: sed tantum consultum & deliberatum, id est, tantum dolo malo factum homicidium *l.* 7. *Ad legem Corneliam de sicariis.* Et ita est: qui maluit, furem nocturnum occidere, quam cum posset, apprehendere & servare, is quia hominem sine necessitate occidit, fecit quidem præter officium viri boni, & hominum existimationem, atque ipsam humanitatem, reverentis: hujusque sive culpæ, sive imprudentiæ, sive injuriæ, nomine & communi humanitati, & legi Aquiliæ, obligabitur: sed quia animi motus cum absolvit a dolo & proposito, neque Lex Duodecim Tabularum inhibet eam furis cædem, legi Corneliæ de sicariis non obligabitur. Hoc sane Cicero indicat *Pro Milone cap.* 3 nam de Cornelia sentit, cum sic loquitur. *Quod si duodecim tabulæ nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem, si se telo defenderit, interfici impune voluerunt, quis est, qui quoquo modo quis interfectus sit, puniendum putet?* Sic Cicero: addo, Paulus *lib.* 5. *Sententiarum*, & (quod notandum) *sub Titulo, Ad legem Corneliam de sica-*

cariis & veneficis: sic enim habet Inscriptio *d. Tit.* 7. *Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum.* Verba Pauli. *Si quis furem nocturnum, vel diurnum cum se telo defenderet, occiderit, hac quidem lege non tenetur: sed melius fecerit, qui eum comprehensum, transmittendum ad Præsidem Magistratibus obtulerit.* Negat Paulus, eum qui furem nocturnum quoquo modo, vel diurnum, cum se telo defenderet, occiderit, lege Cornelia teneri. verum quia angusta innocentia est, ad legem bonum esse, & latius patet officiorum, quam juris regula, multaque pietas, humanitas, justitia, exigunt quæ extra publicas tabulas sunt, (ut pulchre & sapienter ait Seneca *lib.* 2. *De ira c.* 27.) ideo putat Paulus, viro bono non tam, quid ei legibus licitum sit adversus furem, quam quid honestum sit, animadvertendum esse: denique, melius, id est, humanius & civilius facturum: si furem, cum jure posset, non occiderit, sed comprehensum, transmittendum ad Præsidem Magistratibus obtulerit. Sed liquet, Paulum & necessitatem legis, & officium viri boni, non descripsisse tantum, sed & distinxisse: prorsus eodem modo quo Cicero; cum infit *pro Quintio cap.* 16. *Jugulare civem ne jure quidem quisquam bonus vult: mavult enim commemorare se, cum posset perdere, pepercisse, quam, cum parcere potuerit, perdidisse. Hæc in homines alienissimos, denique inimicissimos viri boni faciunt, & hominum existimationis, & communis humanitatis causa: ut, cum ipsi nihil scientes alteri incommodarint, nihil ipsis jure incommodi cadere possit.* Ostendi, quis sit Pauli sensus: simul, furem nocturnum, quoquo modo occisus sit, quod ad legem Corneliam pertinet, jure occisum intelligi: itaque Ulpianum in *d. l.* 5. & *d. t.* 7. ubi Corneliæ locum fecit, *Corneliam* pro *Aquilia* imprudentem dixisse. Hæc credidi addenda his quæ tradidi *libro* 1. *Probabilium juris civilis cap.* 9. Nam *l.* 4. §. 1. *D. Ad legem Aquiliam* quæ adhuc exponenda restat, & quam infelicissime explicuerunt hactenus doctissimi Interpretes, in Observationibus quas pridem publici juris facere constitui, ex professo interpretabor *lib.* 1. *c.* 15: quia id mereri videtur elegantissimi ejus loci dignitas.

CAPUT VI.

Magistris in disciplina concedi levem castigationem discentium. & quid, si egrediantur eum modum? Oculus perfusus *aut* effusus. *Verborum*, dubito & non dubito, *usus apud Ulpianum in l.* 5. §. *ult. D. Ad legem Aquiliam, & quibusdam aliis in locis. De jure & modo Magistratuum municipalium in executione rei judicatæ, & in castigatione servorum. Domino & fructuario qualis coërcitio competat in servum.*

Hactenus liquet, si quis facit id cujus jus habet, ejus si modum servet, non intelligi injuriam: sin eum excedat, magis injuriam intelligi. Hoc & Julianus probat in magistro qui discipulum in disciplina elusca vit: amplius Ulpianus in eo qui occidit. causa Juliani, quod docenti concessa levior castigatio est *l.* 5. §. *ult. D. Ad legem Aquiliam*: quam si egressus est, injuria videtur. quid ita? quia sævitia est: ut bene Paulus *l.* 6. *D. eod. tit.* nam & Seneca *lib.* 2. *De clementia c.* 4. crudelem definit, qui puniendi causam habet, modum non habet. Atque hoc Julianus in vulnerato concedit, in quo minus receditur a modo; Ulpianus vero in occiso, id est, ubi plus aberratur, multo verius censet. E re erit, Juliani speciem attulisse. proponitur apud eum puer ingenuus, filiusfamilias, sutrinam discens. huic sutor parum bene facienti, quod demonstraverat, cervicem tam vehementer percussit forma calcei, ut puero oculus perfunderetur, vel (ut idem in *l.* 13. §. 4. *D. Locati conducti* ait) effunderetur. Radulphus Fornerius, V. CL. *lib.* 3. *Rerum quotidianarum c.* 11. mavult *effoderetur.* sed retinenda vox: *effunderetur*: perinde ut in illo Velleji *lib.* 2. *cap.* 52. *Collisa inter se duo reipublicæ capita, effusumque alterum Romani imperii lumen.* Quod observavit Gaspar Scioppius, vir doctus, *lib.* 3. *Verisimilium c.* 18. Igitur effuso oculo eluscatus fuit puer. quæritur, ecqua patri actio competat? Prima quæstio est circa injuriarum actionem: quam ei negat Julianus, quia ut fuerit præceptori monendi & docendi propositum, tamen inferendæ injuriæ non fuit. Optime Seneca *lib.* 2. *De ira c.* 27. *Quædam esse diximus quæ nocere non possunt; quædam quæ nolunt. in his erunt boni magistratus, parentesque, & præceptores & judices: quorum castigatio sic accipienda est, quomodo scalpellum & abstinentia & alia quæ profutura torquent.* Altera quæstio est de actione locati & legis Aquiliæ: de qua ita Ulpianus. *An ex locato, dubitat, quia levis duntaxat castigatio concessa est docenti. Sed lege Aquilia posse agi non dubito.* In his usus mirus verborum *dubito* & *non dubito*: sed utrumque idem valet, & magis afferentis, quam dubitantis, est. Ulpianum vide *l.* 13. §. 4. *D. Locati conducti*; ubi ipse id sic exponit. *Julianus libro octuagesimo sexto Digestorum scripsit, si sutor puero parum bene facienti forma calcei tam vehementer cervicem percusserit, ut oculus ei effunderetur, ex locato esse actionem patri ejus; quamvis enim magistris levis castigatio concessa sit, tamen hunc modum non tenuisse; sed & de Aquilia supra diximus.* Sic Ulpianus. similiter Cornelius Nepos *in vita Thrasybuli*, *Si*, inquit, *per se virtus sine fortuna ponderanda sit, dubito, an hunc primum omnium ponam; illi sine dubio neminem præfero fide, constantia, magnitudine animi, in patriam amore.* Dubito an, &, sine dubio, illi ejusdem sunt potestatis. Pariter Ulpianus *Tit.* 7. *Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum.* Verba Ulpiani. *Si furem nocturnum quem lex* XII. *tabularum omnimodo permittit occidere, aut diurnum, quem ea quoque lex permittit, sed ita demum, si se telo defendat, videamus, an lege Aquilia teneatur? Et Pomponius dubitat, num hic* (sic lego) *lex non sit in usu. Et si quis noctu furem occiderit, non dubitamus, quin lege Aquilia non teneatur.* Similiter Ulpianus *l.* 7. §. 4. *D. Quod vi aut clam. Est & alia exceptio, de qua Celsus dubitat, an sit objicienda; ut puta si incendii arcendi causa vicini ædes intercidi, & quod vi aut clam mecum agatur, aut damni injuria. Celsus enim dubitat, an excipi oporteret, quod incendii defendendi causa factum non sit.* Ubi *Celsus dubitat*, (sic enim legendum, non, *Gallus*) est *Celsus scribit*, vel Ulpiano interprete *l* 49. §. 1. *D. Ad legem Aquiliam*, & *l.* 3. §. 7. *D. de incendio, ruina, naufragio.* Exposui exemplum *l.* 5. & 6. *D. Ad legem Aquiliam.* Se-

Sequitur aliud ex *l.* 29. §. *penult. D. Ad legem Aquiliam.* Magistratus municipales, Duumviri scilicet, pecudes ceperunt pignori. eæ pecudes fame perierunt: quia Magistratus non sunt passi, ad eas cibaria inferri. an injuria fecisse videntur? Movet dubium, quod Magistratus lege municipali pignoris capionem habent ex causa judicati, verbi gratia: habent enim jurisdictionem usque ad certam summam: ut Paulus refert *lib.* 5. *Sentent. tit.* 5. & *l.* 28. *D. Ad municipalem:* & ideo ea quoque, sine quibus jurisdictio explicari non potest *l.* 2. *D. de jurisdictione*: itaque clare Siculus Flaccus, *De conditionibus agrorum*, *p.* 1. *Regiones*, inquit, *dicimus, intra quarum fines singularum coloniarum aut municipiorum magistratibus jus dicendi coërcendique est libera potestas.* Sed placet, injuria fecisse Magistratus, & ideo actione in factum teneri: quia, ut lege municipali habeant jus pignori capiendi pecudes, tamen non habent jus pignori captas fame necandi: igitur si necarint eas, quia modum sunt egressi, injuria fecisse videntur. Idem est, si Magistratus, cum ex lege ceperint pignus, vel etiam sine lege, reddant res tritas corruptasque aut feritate aut negligentia sua. Quid, si quid violentius fecerint adversus resistentem? non tenebuntur lege Aquilia, etsi ei damnum dederint: quia non injuria fecerunt quod juris exequendi causa fecerunt. Igitur & cum servum pignori cepissent, & ille se suspenderit, nulla datur actio adversus Magistratus: siquidem nihil est quod eis imputetur.

Proxima *d. l.* 29. §. *penult.* erit *l.* 12. *D. de jurisdictione.* nam utraque est ex libro 18. Ulpiani ad Edictum; utraque coërcet feritatem aut sævitiam Magistratuum municipalium: Verba Ulpiani sunt. *Magistratibus municipalibus supplicium a servo sumere non licet: modica autem castigatio eis non est deneganda.* Hoc vult, si Magistratus municipales a servo sumpserint supplicium, injuria fecisse eos: quia nulla lex Magistratibus municipalibus dedit imperium merum, ne in servos quidem: non igitur licet illis, a servo supplicium sumere: & si sumpserint, quia sine jure sumpserunt, lege Aquilia tenentur. At quamquam Ulpianus Magistratibus neget jus supplicii; non tamen putat, eis denegandam esse modicam castigationem. Modicam, inquam, & hanc in servos: nam in liberos homines castigatio Magistratibus non competit, ne modica quidem: ut Paulus indicat *l.* 17. §. 1. *D. Qui & a quibus manumissi liberi non fiunt;* proponens, dominum mentitum, ne a Magistratibus castigaretur servus, dixisse, esse liberum. Habent igitur Magistratus in servos saltem modicam castigationem: intra quam si subsistant, jus est: si non subsistant, injuria intelligitur, & legi Aquiliæ locus est: ut si servum meum flagellis ceciderint Magistratus, & is servus decesserit: & ita Ulpianus *l.* 17. §. 2. *D. de injuriis.*

Magistratibus municipalibus jungendus est fructuarius: nam & huic assignat Ulpianus modicam castigationem fructuarii servi, cum plenissimam coërcitionem adscribat domino proprietatis: & addit, fructuarium neque torquere servum posse, neque flagellis cædere *l.* 23. §. 1. *D. de usufructu, & quemadmodum quis utatur fruatur.* Proinde si aut torqueat seruum aut flagellis cædat fructuarius, lege Aquilia conveniri poterit: quia non tenuit modum quem debuit, & ideo non jure fecisse dicitur, sed sævitia aut feritate *l.* 15. §. 2. *D. eod. tit.* aliter ac si dominus cui plena servi coërcitio competit, flagellis usus sit. Martialem audi *lib.* 8. *Epigr.* 23.

Esse tibi videor sævus, nimiumque gulosus,
Qui propter cœnam, Rustice, cædo cocum.
Si levis ista tibi flagrorum causa videtur,
Ex qua vis causa vapulet ergo cocus?

Sic Martialis; eique consentiens Ulpianus *l.* 17. §. 1. *D. eod. tit.* Verba Ulpiani. *Ex eo, ne deteriorem conditionem fructuarii faciat proprietarius, solet quæri, an servum dominus coërcere possit? Et Aristo apud Cassium notat, plenissimam eum coërcitionem habere, si modo sine dolo malo faciat: quamvis usufructuarius nec contrariis quidem ministeriis, aut inusitatis, artificium ejus corrumpere possit; nec servum cicatricibus deformare.* Inquit, cicatricibus; quæ accipe vel flagrorum, vel stigmatum, quæ servorum frontibus aut aliis membris inuri atque inscribi solent.

CAPUT VII.

Cædem culpa factam, cui casus cohæret, injuria factam videri. Exemplum Ulpiani elegans & rarum in servo cujus gula, dum tondetur, & novacula super gulam est, adjecta pila præciditur. Amphibolia observata & exposita in l. 11. *D. Ad legem Aquiliam. Aliud exemplum in ludo noxio. Quid, si duo stramenta ardentia transiluerint, & concurrerint, ambo ceciderint, alter flamma consumptus sit? Usum ejus rei in Palilibus esse: de quibus accipiendam l.* 45. §. 3. *D. eod. tit. Quid juris, si homo in lucta, pugilatu, aut pancratio, occisus sit? ad l.* 7. §. 4. *D. eod. tit.*

Igitur si quis jure fecit, & intra modum substitit; tum si homo casu aut necessitate occisus sit, quia injuria non est, Aquilia cessat: cæterum sive jure fecit, sed modum excessit, sive culpa, & casus sequutus; magis injuria, quam jus aut casus, videbitur; & ideo legi Aquiliæ locus erit. Exemplum in *l.* 11. *D. Ad legem Aquiliam.* Verba ejus.

Item Mela scribit, si, cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam dejecerit, & sic servi, quem tonsor radebat, gula sit præcisa adjecto cultello, in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri: Proculus in tonsore esse culpam. Et sane, si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur, vel ubi transitus frequens erat, est, quod ei imputetur: quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.

Tonsor sellam habuit eo in loco, in quo erat frequens transitus & pilæ lusus. Res hodie nova & in his terris pæne inaudita; sed olim Romæ usitata & solita: nisi quod Domitianus ei modum imposuit; tonsoresque, & coquos, & caupones, & lanios, vetuit artem suam in publico exercere. Ejus rei meminit Martialis *lib.* 7. *Epigr.* 60.

Ab-

Abstulerat totam temerarius institor urbem,
Inque suo nullum limine limen erat.
Jussisti tenues, Germanice, crescere vicos,
Et modo quæ fuerat semita, facta via est.
Nulla catenatis pila est præcincta lagenis,
Nec Prætor medio cogitur ire luto.
Stringitur in densa nec cœca novacula turba,
Occupat aut totas nigra popina vias.
Tonsor, caupo, coquus, lanius sua limina servant.
Nunc Roma est, nuper magna taberna fuit.

Igitur tonsor sellam posuit in via publica: huic se tondendum præbuit servus: dum tondetur, pila in tonsoris manum fortius impulsa, servo gulam præcidit adjecto cultello. Quæritur, quid juris? ait Mela, penes quem culpa fuerit, eum teneri. Vere quidem: sed quis iste? æque quæritur. Hoc vero Ulpianus definit paulo obscurius: primum ex Proculo infit, si tonsor sellam eo habuit in loco, in quo aut ludi solet, aut frequens transitus est, tonsoris culpam videri: esse enim, quod ei imputetur; cum his qui pila luserunt ibi, ubi jus erat ludendi, nihil imputari possit. Apollo sane a quo Hyacinthus ejus imprudentia est occisus in lusu disci, excusat se hac ratione apud Ovidium *lib.* X. *Metamorph. fab.* 5.

Laberis Oebalide prima fraudate juventa,
Phœbus ait: videoque tuum mea crimina vulnus.
Tu dolor es, facinusque meum mea dextera letho
Inscribenda tuo est. ego sum tibi funeris auctor.
Quæ mea culpa tamen? nisi si lusisse vocari
Culpa potest.

Sic primum Ulpianus: sed mox subjicit, *Quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.* Utrum ergo placet, quamvis non male dicatur, servum de se queri debere, tamen tonsoris culpam esse? an, tonsoris quidem culpam aliquam videri; sed majorem esse servi, qui, ubi potuit, sibi non satis cavit? Hoc patitur usus voculæ, *quamvis:* quæ, velut præcedentia corrigat aut temperet, ita aliquando accipitur: ut in *l.* 7. §. 5. *D. Ad exhibendum, juncta l.* 15. §. *ult. D. de rei vindicatione,* & §. 8. *Inst. de excusationibus tutorum, juncta, l.* 6. §. *ult. D. eod. tit.* Sed neque illud vetat usus ejusdem vocis, *quamvis*, maxime naturalis & proprius *l.* 1. §. 2. *D. de eo per quem factum erit, l.* 1. §. 1. *D. de aleatoribus.* Quid igitur est? Amphibolia: in qua quid eligendum sit, si quæres, a Quintiliano accipies: qui *lib.* 7. *Inst. orat. c.* 9. sic infit: *Amphiboliæ omnis in his erit quæstio, aliquando uter sit secundum naturam magis sermo, semper utrum sit æquius, utrum is, qui sic scripsit, ac sic dixit, sic voluerit.* Hactenus Quintilianus: cujus si placet tibi definitio; idem tibi sedebit, quod mihi, priorem Ulpiani sententiam esse: quia utilior est, & bonis moribus convenientior: præterea hanc suadet usus voculæ, *quamvis*, maxime naturalis & proprius. Exemplum hoc unum est.

Alterum in *l.* 9. §. *ult.* & *l.* 10. *D. Ad legem Aquiliam.* Duo luserunt jaculis; ab his servus qui tum forte præteribat, percussus & occisus est: quæritur, an legi Aquiliæ locus fiat? distinguit Jurisconsultus, aut, inquiens, per lusum jaculati sunt extra campum jaculatorium, aut in campo jaculatorio: in eoque vel casu occisus est servus, vel dedita opera. Plenius Justinianus §. 4. *Inst. eod. tit.* aut miles, inquit, aut alius, id est, paganus, non miles, jaculatus est. Morem indigitat Manilius *lib.* 4. *Astronom. vers.* 227.

Sunt quibus & simulachra placent, & ludus in armis.
Tantus amor pugnæ est, discuntque per otia bellum,
Et quodcunque pari studium producitur arte.

Igitur aut miles jaculatus est, aut alius: & miles aut in loco insolito, aut in campo jaculatorio: & si in campo; prætereuntem feriit aut dedita opera, aut non dedita opera: & si dedita opera; ejus qui jaculatus est: si non dedita opera; ejus qui præteriit, culpa videtur: quia tum neque isti jus fuit eundi eo in loco; neque ille potuit, aut certe debuit, hujus transitum prævidere: quippe cum eo lusu se exerceret solemni & ad illum destinato loco, coactus jure & more militaris disciplinæ: de quo pulchre Vegetius *lib.* 2. *De re militari c.* 23. quem, si lubet, vide: eique adde Valesium ad *Ammian. Marcell: lib.* 20. *c.* 4. *p.* 240. & *lib.* 18. *c.* 7. *p.* 201. Plane, si in loco insolito jaculis lusum fuit, quamquam a milite, quia sine jure factum fuit, & alteri periculosum extitit; apparet, lusum noxium in reprehensionem cadere, & pro injuria accipi: ut bene Paulus in *l.* 10. *D. Ad legem Aquiliam*, quam legem cum superiore, ne ei male cohæreat, ita connecto.

Sed consideremus, ne e diverso stet idem Paulus *l.* 45. §. 3. *D. Ad legem Aquiliam.* Verba Pauli.

Cum stramenta ardentia transilirent duo, concurrerunt, amboque ceciderunt, & alter flamma consumptus est. Nihil eo nomine potest agi, si non intelligitur, uter ab utro eversus sit.

Thema tale est. Duo transiluerunt ardentia stramenta, & concurrerunt, ambo ceciderunt, alter flamma consumptus est. Hoc thema: ex eo quæritur, an legi Aquiliæ locus sit? ait Paulus, si paret, uter ab utro eversus sit: negat, si non paret. Sic Paulus. Verum si certum est, ambo concurrisse, & lapsos cecidisse; obsecro, qui incertum sit, uter ab utro eversus sit? An quid verius est, quam, si duo concurrerunt, & ambo eversi sunt, alterum ab altero eversum esse; denique, ubi alter superstes, alter flamma consumptus est, & de Aquilia quæritur, hunc qui flamma consumptus est, a superstite eversum vere dici? Sed salva res est: siquidem Pauli mens fuit, si intelligitur, uter egerit, uti alter everteretur, agi posse; vel, ut clarius loquar, si liquet, hunc qui flamma consumptus est, superstitis data opera eversum esse, lege Aquilia agi posse; si non liquet, agi non posse. Habes Pauli definitionem. nunc causam accipe: ea causa est, quod lex Aquilia quidem injuriam, id est, qualemcumque culpam atque imprudentiam, coërcet; casum autem, si injuria ac culpa vacet, non coërcet: porro qui flamma consumptus est, is si evertentis data opera & lascivia eversus est, magis injuria, quam casu, occisus intelligitur; quamquam, cum ea nulla eversus est, magis casu, quam injuria, occisus videtur. At enim utrimque proponitur lusus noxius & mali exempli: qui cum injuriam, id est, culpam ac reprehensionem, habet vel ab initio, ut idem Paulus scribit *l.* 10. *D. eod. tit.* quæso, qui illum absolvat casus qui ex postfacto incidit? Non tamen est, opinor, quod eum lusum damnes, aut rem mali exempli esse existimes: quin potius puta, utrumque, ubi stramenta ardentia transiluit, usum publico & licito jure, & ideo neque in culpam incidisse, neque reprehensionem meruisse. Verum quod jus fuerit, per ignem transilire, & in stramentis ardentibus lascivire? Nullum sane, si quidem saltationem per ardentia stramen-

ta, qua de Paulus scribit, simpliciter accipies: sed non idem est, si eam referes ad Veterum religionem, & ad solemnia atque anniversaria sacra, & in his ad Palilia: in quibus urbis Romæ natalem, pastoresque jussos & solitos fuisse per ardentia stramenta transilire, Ovidius auctor est *Fastorum lib.* 4. ejus festi cum ritum, tum originem, & causam, belle ac late indigitans. Igitur quod Paulus definit de his, qui per ardentia stramenta transiluerunt, & concurrerunt, lapsique ceciderunt, ad Palilia spectat & pastorum solemnia atque anniversaria sacra: in quibus si quid fecerunt pastores, jubente religione; id extra culpam ac temeritatem substitit: & si duo ignem simul transiluerunt, & forte concurrerunt, amboque ceciderunt; id pro injuria non fuit, sed pro casu, cui communis humanitas ignoscit. Expositus Pauli locus.

Æque elegans est sequens Ulpiani in *l.* 7. §. 4. *D. Ad legem Aquiliam.*

Si [quis] in colluctatione, vel in pancratio, vel pugiles dum inter se exercentur, alius alium occiderit, si quidem in publico certamine [alius alium occiderit] cessat Aquilia; quia gloriæ causa & virtutis, non injuriæ gratia videtur damnum datum. Hoc autem in servo non procedit, quoniam ingenui solent certare: in filiofamilias vulnerato procedit. Plane si cedentem vulneraverit, erit Aquiliæ locus: aut si non in certamine servum occiderit: nisi [si] domino committente hoc factum sit, tunc enim Aquilia cessat.

In hoc loco distinguuntur lucta, pugilatus, & pancratium. quomodo? qui se lucta exercent, hi se mutuis complexibus devinciunt, & majorem luctæ partem varie miscendis & constringendis invicem corporibus peragunt: qui pugilatu, hi se verberant cæstibus, nec se invicem complectuntur: imo, si id velint, non patiuntur arbitri certaminis: qui pancratio, his jus utrumque est; itaque Plutarchus pancratium ex lucta & pugilatu compositum refert *lib.* 2. *Symposiac. c.* 4. denique scribunt quidam, pancratium ab eo dici, quod pugnis, cubitis, calcibus, &, ut verbo absolvam, universi corporis nisu, omniumque nervorum contentione, peragitur. Igitur si alter alterum in lucta, pugilatu, aut pancratio, occidit; an legi Aquiliæ locus erit? Quæstio est, utrum jure, an injuria, factum videatur? Et Anacharsis quidem apud Lucianum *De gymnasiis* ait, oblectamenta ista insaniæ esse, & publice inutilia: præfocari certe, cædi, pericula, labores, injuriasve indignas, frustra inferre, & pati, in conspectu populi, non esse ejus, qui ratione utitur. Sed contra Solon apud eumdem *d. loco* negat, ista insaniæ opera esse, neque impulsu contumeliæ hos mutuo se obverberare, inque cœno volutari, aut semet conspergere pulvere, sed necessitatem inesse huic rei non injucundam. Idem post. Pro consequenda gloria etiam in ventrem calcitrari, præclarum esse venantibus gloriam ex laboribus. Sed quid est? primum Græcis, deinde & Romanis, visum e re publica esse, juvenum corpora his laboribus exercere, ut, quod Solon putat *d. loc. p.* 751. laboribus tolerandis assuefierent, pariterque ictuum declinandorum periti evaderent, neque metu aversarentur pericula: præterea ut securc procidere, & prompte exsurgere, discerent; item ut tenaciter amplecti, & loco movere, & in altum sustollere, possent adversarium. Igitur vides rem pulchram & bello utilem, quam voluerunt Veteres juvenibus non tantum permittere, sed etiam propositis præmiis atque honoribus commendare. Horum præmiorum meminit Papinianus *l.* 40. *D. de re judicata*, honorum etiam Lucianus *p.* 726. sic inquiens. Exercitiorum aliud quidem, quod in cœno fit, lucta vocatur, illi vero quoque in pulvere luctantur: porro eos, qui erecto stant corpore, ac semet verberibus mutuis onerant, pancratio decertare dicimus: sunt prætere & alia nobis hujusmodi gymnasia & pugilatus & disci & saltus, quorum omnium certamina solemus proponere; quorum qui palmam adeptus fuerit, is præstantissimus ex omnibus esse judicatur, ac certaminis tollit præmia. Quid ergo? si alter alterum lucta, pancratio, aut pugilatu, occidit? Aquilia cessat: causa ea, quam Ulpianus adfert, quia virtutem & gloriam in re licita sectatus est, non injuriam: voluit certe, victoriam lucta, pugilatu, aut pancratio, de homine vivo & incolumi auferre, quod jus & mos patitur: at is infirmior fuit, quam ut his sufficeret; suffocatus est, aut verbere periit: puto infortunium dicemus; aut si culpam, ei imputabimus, qui cum difficultatem rei & suam infirmitatem nosset, aut (ut commode Epictetus *Enchiridio c.* 36.) ante considerare & nosse deberet, certamini se temere commisit: prorsus hanc adversario non imputabimus, qui ubi victoriæ studuit, tantum publico jure usus fuit. Atque hoc Ulpianus *d. loc.* probat, si in publico certamine factum sit; pariter ut Plato *De legibus lib.* IX. *p.* 865. sic scribens. *Si quis in pugna & certaminibus publicis nolens, sive e vestigio sive postea morte consequuta, amicum interfecerit, vel in bello similiter, vel in exercitatione bellica, quum de Magistratuum mandato, sive, inermes, sive cum armis sese exercerent, ad justi belli imitationem, is ea lege, quæ oraculo Apollinis edita est, mundus censetor.* Hoc; si alter alterum occidit tum, dum exercentur. quod si cedentem vulneraverit; is, si Ulpiano fides *d. l.* 7. §. 4. adhuc Aquiliæ locum facit: quia cedentem & jam manum dantem cædere, non virtus est, sed sævitia: præterea cum non alius sit hujus certaminis finis, quam ex adversarii ore victoriæ confessionem extorquere; plus satis gloriæ victori fuerit, hanc adversario confessionem expressisse: utique cum ei ultra jus non sit, si contra faciat; vere injuria dicetur. Hunc finem indigitat Seneca his verbis *De beneficiis lib.* 5. *c.* 3. *Lacedæmonii vetant suos pancratio aut cæstu decernere, ubi inferiorem ostendit victi confessio Cursor metam prior contingit. velocitate alium, non animo antecessit. Luctator ter abjectus perdidit palmam, non tradidit. Cum invictos esse Lacedæmonii cives suos magno æstimarent, ab his certaminibus removerunt, in quibus victorem facit non judex, non per se ipse exitus, sed vox cedentis & tradere jubentis.* Quæ hactenus dixi, ea procedunt in hominibus ingenuis, sed patribusfamilias: addo, in filiisfamilias: nam de his consentit Ulpianus; si in certamine vulnerati sint: (de quo jam supra c. 2.) in servis autem non procedunt. Quid ita? quia ingenuorum certamina sunt non servorum: ut verissime Ulpianus ait: dum hæc verba, *Quoniam ingenui solent certare*, sic accipiantur, *quoniam præsertim ingenui solent certare:* videntur enim certamina, etsi servorum non fuerint, tamen & libertorum fuisse; maxime Augustalium. quod probat sequens Inscriptio apud Onuphrium Panvinium *Reipubl. Roman. comment. lib.* 2. *p.* 210.

L. AVRELIO
APOLAVSTO. MEMPHIO
AVGG. LIB. HIERONICÆ
CORONATO. ET. TON. DIAPAN
TON. APOLLINIS. SACERDOTI

SO-

SOLI. VITTATO. ARCHIEREI
SYNHODI. ET. AVGG.
L. AVRELIVS. PANICVLVS
QVI. ET. SABANAS
PATRONO. OPTIMO

Quid tamen, si servus non in certamine occisus sit? ait Ulpianus, Aquiliæ locum fieri, nisi si domino committente, factum sit: hoc est, domino pugnandi potestatem faciente. Qua ratione? quia actio legis Aquiliæ competit domino, cui damnum injuria datum est: dominus autem ubi servum suum commisit sponte & volens, hujus servus, si forte occisus sit, non intelligitur injuria occisus esse *l.* 203. *D. de regulis juris*: cum demum injuria fieri dicatur, quod sine jure fit: at quod domini consensu fit, hoc jure fit, & ideo male injuria appellatur.

Caput VIII.

Imperitia an & qualis culpæ annumeretur? & quid de infirmitate dicendum sit?

Ex his constat, si non potuit cædes præveniri, aut cum potuit, fuit præter officium ejus qui eam fecit, non videri injuriam: sin potuit præveniri, atque ut id fieret, ad ejus curam pertinuit, magis injuriam intelligi. Exemplum præter superiora: si homo per imperitiam occisus sit. nam & ista culpæ annumeratur: ut Gajus ait *l.* 132. *D. de regulis juris.* imperitia tamen non quælibet, ne quis putet: (quod enim vitium est, quem id nescire, quod non affectet?) sed imperitia ejus rei, cujus scientiam professus est: ut optime Cicero definit *Pro Plancio c.* 25. Verba Ciceronis. *Omnes istiusmodi artes in iis reprehenduntur, qui cum professi fuerint, satisfacere non possunt: non in his, qui se abfuisse ab istis studiis confitentur.* Sic Cicero: Persius quoque *sat.* 5. *vers.* 96. & *seqq.*

Stat contra ratio, & secretam gannit in aurem,
Ne liceat facere id, quod quis vitiabit agendo.
Publica lex hominum, naturaque continet hoc fas,
Ut teneat vetitos inscitia debilis actus.
Diluis elleborum certo compescere puncto
Nescius examen? vetat hoc natura medendi.
Navem si poscat sibi peronatus arator
Luciferi rudis, exclamat Melicerta perisse
Frontem de rebus. — — —

Ita est: imperitia extra culpam est, si nihil aliud accusetur: quod si miscetur professioni artis aut scientiæ, & ob id alteri periculosa aut noxia est; vitio proxima videtur *l.* 9. §. 5. & *l.* 13. §. 5. *D. Locati & conducti.* Exempla quæ utique spectent ad hoc legis Aquiliæ caput, quædam apud Ulpianum & Gajum *l.* 7. §. *ult.* & *l.* 8. *D. Ad legem Aquiliam* in Medico sunt elegantia: nam etsi aliqua sit imprudentia ejus qui se credidit imperito Medico, eamque castiget Phædrus *lib.* 1. *fab.* 14. non tamen hæc excusat Medicum qui alteri nocet mendacio: id est, professione artis quam non intelligit: in primis quia (ut Plinius infit *lib.* 29. *Natur. hist. c.* 1.) in hac artium sola evenit, ut cuicumque Medicum se professo statim credatur; cum sit periculum in nullo mendacio majus: non tamen illud intuemur, inquit. adeo blanda est sperandi pro se cuique dulcedo. Verum exempla videamus. primum est, si Medicus servum imperite secuit. Medicum & hic, & in *l.* 4. §. *ult.* *D. Ad legem Corneliam de sicariis*, accipe eum qui Plinio *d. c.* 1. *l.* 29. appellatur *vulnerarius & vulnerum Medicus*: dicitur & Medicus chirurgus; ut in sequente Inscriptione apud Manutium, *De orthographia pag.* 243.

CHRESTÆ. CONSERVÆ. ET.
CONIVGI
CELADVS. ANTINOUS. DRVSI
MEDICVS. CHIRURG
BENE. MERENTI. FECIT
EA. VIXIT. AN. XVII.

Item in alia apud Gruterum *pag.* 400. Inscript. 7.

P. DECIMIUS. P. L. EROS
MERVLA. MEDICVS
CLINICVS. CHIRVRGVS
OCVLARIVS. VI. VIR

Alterum est: si Medicus medicamento quo servus periit, perperam usus est. Optime Hippocrates *lib. De affectionibus.* Verba Hippocratis. *Neque ab eo, qui curat, malum aliquod inferri debet: satis enim sunt, quæ a morbis adsunt: verum, ut boni aliquid præstet, pro viribus curandum est. Quod si, cum probe curet Medicus, morbi magnitudine superetur æger, hæc Medici culpa non est. Si vero, cum recte non curet, neque morbum cognoscat, a morbo superetur, Medici culpa est.* Exemplum tertium est: si Medicus bene secuit servum, sed curationem ejus dereliquit *d. l.* 7. §. 8. & *l. seq.* non dicam, dolo, aut negligentia, sed intempestiva desperatione: nam oportet Medicum vel commoda vel incommoda in corpore futura prænoscere: ut Macrobius dicit *lib.* 1. *Saturnal. c.* 20. addens, Hippocratem scribere, Medicum oportere dicere de ægro,

Quæ sunt, quæ fuerint, quæ mox ventura sequentur.

Igitur si curatione abstinuit Medicus, quia intempestive desperavit, & cito mortifera signa pronuntiavit, & ob id homo mortuus est: dubium non est, quin Medici culpa intelligatur. Seneca certe *lib.* 1. *De clementia, c.* 17. *Mali*, inquit, *Medici est desperare, ne curet. Idem in his, quorum animus affectus est, facere debebit, cui credita salus omnium est: non cito spem projicere, nec cito mortifera signa pronuntiare.* Sic, si imperite desperavit Medicus: at si artis secutus regulas, curationem dereliquit: nihil est quod ei imputetur: cum præsertim desperatis etiam Hippocrates vetet adhiberi medicinam: ut Cicero refert *Ad Atticum lib.* 16. *epist.* 15. Apud Lucianum quoque in *Abdicato pag.* 486. Medicus, *Cum*, inquit, *invocatus accessissem, non sum equidem protinus medicatus. neque enim hic nobis mos est, neque id præcipit ars, verum illud omnium primum jubemur observare, sanabilisne sit morbus, an insanabilis, atque artis terminos prætergressus. actum si ejusmodi fuerit malum, ut commode possimus aggredi, aggredimur, totoque adnitimur studio, ut ægrotum servemus. Quod si viderimus jam invaluisse, superassequé, nec manum admolimur omnino, idque vetustam quandam legem eorum qui primi medicinæ prodiderunt artem sequuti: qui negant, tentandos esse morbos qui jam invaluerunt.* Quod de Medicis dixi, non tantum de maribus verum est, sed de feminis quoque: nam & feminæ Medicæ habentur, obstetrices, verbi gratia. Justinianus auctor *l. ult. pr. C. Communia de legatis*, addo, Ulpianus *l.* 1. § 2. *D. de*

extraordinariis cognitionibus, etiam vetus Inscriptio apud Gruterum *p.* 636.

DEIS. MANIB.
IVLIÆ. Q. L.
SABINÆ
MEDICÆ
Q. IVLIVS. ATIMETVS
CONIVGI
BENEMERENTI

Alia eadem pagina.

MINVCIA
Ɔ. L. ASTE
MEDICA

Item.

C. CORNELIVS
MELIBOEVS. SIBI
ET. SENTIÆ. ELIDI
MEDICA
CONTUBERNALI

Igitur de Medica sic idem Ulpianus *l.* 9. *D. Ad legem Aquiliam. Item si obstetrix medicamentum dederit, & inde mulier perierit, Labeo distinguit, ut si quidem suis manibus supposuit, videatur occidisse: sin vero dedit, ut sibi mulier offerret, in factum actionem dandam. Quæ sententia vera est: magis enim causam mortis præstitit, quam occidit.* Finiam hanc quæstionem, si addidero, apparere ex his quæ dixi, Plinium non respicere ad legem Aquiliam, cum sic scribit *lib.* 29. *c.* 1. *Nulla præterea lex, quæ puniat inscitiam capitalem, nullum exemplum vindictæ. Discunt periculis nostris, & experimenta per mortes agunt: Medicoque tantum hominem occidisse impunitas summa est.*

Proxima imperitiæ videtur infirmitas: nam & ipsa, si sola sit, non magis potest cuiquam imputari, quam potest cœco aut surdo imputari vitium oculorum aut aurium: & tamen si quis affectaverit id, in quo vel intelligebat, vel debebat intelligere, infirmitatem suam alteri periculosam futuram; non videtur iniquum, si infirmitas culpæ annumeretur: ut si mulio, propter infirmitatem suam, non possit sustinere mularum impetum, aut si quis impetum equi quo vehebatur, propter infirmitatem, non possit retinere *l.* 8. §. 1. *D. Ad legem Aquiliam.*

CAPUT IX.

Occidere dici eum, qui qualemcumque cædem vi & manu facit. etiam eum, qui morti causam præbet: sed alterum ex vi & proprietate verbi, alterum ex mente & sententia legis. Occisum intelligi eum qui statim exspiravit; etiam eum qui ex intervallo mortuus est.

Sequitur in lege Aquilia, *Qui occidit.* Quid velit verbum, *occidit*, ejus origo ostendit. Cornelius Fronto, Occidere, inquit, ob cædem dicitur; cædere vero est percutere; occidere valde percutere. adeo auget *oc* in *occidere*, & verbi vim intendit. Hoc a Donato observatum ad illud Terentii *in Adelphis* 4. 2. *Ctesipho me pugnis miserum & istam psalteriam usque occidit.* Porro quia ex immodica manus aut ferri percussione plerumque sequitur vulneratio & mors percussi hominis; facile usu venit, ut qui hominem tolleret vehemente percussione, eum occidere diceretur. Ea vis & potestas verbi. ex qua dubitatum fuit, si quis servum ægrotum leviter percusserit, & is obierit, an lex Aquilia locum haberet: nam qui hominem leviter percussit, proprie non videtur eum occidisse. Placuit tamen Ulpiano, legem locum habere ideo, quod aliud alii solet mortiferum esse *l.* 7. §. 5. *D. Ad legem Aquiliam.* Sed & eo itum est, ut qui hominem adhibita vi, & quasi manu, qualiter qualiter interimeret, eum occidere diceretur; etsi neque verberibus uteretur, neque sanguis, neque ferrum, appareret. Hoc sane Quintilianus *Declam.* 350. annotavit, ut videtur, ad legem Corneliam; sed ad legem Aquiliam transferetur recte. Verba Quintiliani: *Cædes videtur significare sanguinem & ferrum. Si quis alio genere homo fuerit occisus, ad illam legem revertemur: si inciderit in latrinas aut in aquas præcipitatus, si in aliquam immensam altitudinem dejectus fuerit, ea lege vindicabitur, qua ille, qui ferro percussus est.* Sic ille: etiam Cicero *Pro Scauro*, cum infit. *Libertus patronum non occidit, sed duobus digitulis gulam oblisit.* Vult, eum qui strangulavit, occidisse, etsi neque vulnus, neque ferrum, arguatur. Similiter Ulpianus *l.* 7. §. 1. *D. Ad legem Aquiliam*, *Occisum*, inquiens, *accipere debemus, sive gladio, sive etiam fuste, vel alio telo, vel manibus, si forte strangulavit eum, vel calce petiit, vel capite, vel qualiter qualiter.* Et in §. 2. *d. l.* 7. *Sed* (id est, *sed &*) *si quis plus justo oneratus onus dejecerit, & servum occiderit, Aquilia locum habet.* Idem Ulpianus præterea exemplum ponit in obstetrice, quæ mulieri manibus suis supposuit, vel dedit medicamentum ex quo illa periit *l.* 9. *pr. D. Ad legem Aquiliam*; item in eo qui alicui per vim aut suasum medicamentum infudit vel ore vel clystere, vel si eum unxit malo veneno. *l* 9. §. 1. *D. eod. tit.* item qui aliquem de ponte in flumen præcipitavit: nam si corpore suo fecit, lege Aquilia tenetur, quemadmodum si quis puerum saxo illisisset *d. l.* 7. §. 7.

Quid, si eum non præcipitavit, sed equo concitato præcipitari fecit? quid, si alium non suo, sed alterius, impulsu occiderit? quid, si alii medicamentum non manu sua sive infudit, sive imposuit, sed ei dedit, ut sibi offerret? quid, si non manu, sed fame hominem necaverit inclusum alicui loco? quæstio ea vertitur, an qui non ipse occidit, sed præbuit morti causam, legi Aquiliæ obligetur? & quidem in lege Cornelia de sicariis nihil interest, utrum occidat quis, an morti causam præbeat: ut præter Ulpianum *l* 15. *D. Ad legem Corneliam de sicariis*, etiam Lucianus definit *in Tyrannicida* his verbis. *Equidem & illud memini disseri in legibus, causam mortis esse duplicem, si quis ipse occidat, aut si non ipse quidem occidit, neque manu facinus peregit, verum compulit, aut mortis causam præbuit. Ex æquo & hunc quoque lex censet supplicio affici oportere.* Ita in lege Cornelia: sed in Aquilia contra est: & differentiæ causa, quod lex Cornelia meminit non tantum hujus qui occidit, sed ejus quoque cujus id dolo malo contigit; ut ex Ulpiano constat *Tit.* 1. *Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum:* at lex Aquilia tantum punit illum qui hominem occidit; non etiam hunc qui id fecit, ut homo occideretur. Et hoc clare Julianus *l* 51. *D. Ad legem Aquiliam*; cum infit, *Lege Aquilia*

eum

eum demum teneri visum esse, qui adhibita vi, & quasi manu, causam mortis præbuisset; tracta videlicet interpretatione vocis (occidere) a cædendo, & a cæde. Unde apparet, eum qui homini mortem aliter infert, quam manu, si quidem spectes verba legis, non teneri directa actione. Cæterum, quia hæc legis mens est, ut homine per injuriam sublato, domino ejus damnum sarciatur, neque alia ostenditur actio qua agere possit; placet, id quod verbis deest, ex sententia suppleri, & ad exemplum legis Aquiliæ utilem actionem domino dari §. *ult. Inst. de lege Aquilia*, quæ & simpliciter legis Aquiliæ actio appellatur *l. pen. C. eod. tit.* dicitur & in factum, non tantum utilis, actio *l.* 7. §. 6. & §. 3. item *l.* 9. *pr.* §. 2. & 3. *D. eod. tit.* quæ enim utilis, ea & in factum, & extraordinaria, actio appellatur: uti disces ex conjunctione *l.* 18. §. 1. *D. de judiciis. l.* 17. *D. de rebus creditis. l.* 13. *D. de obligationibus & actionibus.* Utilis igitur & hic in factum actio, sed civilis, non prætoria, intelligenda est.

Ita, ubi non homo occisus est, sed est causa data ejus morti. quod imprudentibus sæpe videtur, cum nulla data sit: uti in re ficta pulchre ostendit Quintilianus *lib.* 7. *Inst. orat. cap.* 3. *ad fin.* intererit, ejus verba adscripsisse: quia nil prohibet, ea produci ad legis Aquiliæ explicationem. ea verba sunt. *Illud alterum genus, quo fit manifestius adolescentibus meis, (meos enim semper adolescentes putabo) hic quoque fictæ controversiæ utar exemplo. Juvenes, qui convivere solebant, constituerunt, ut in littore cœnarent. Unius, qui cœnæ defuerat, nomen tumulo quem exstruxerant, inscripserunt. Pater ejus a transmarina peregrinatione cum ad littus idem appulisset, lecto nomine suspendit se. Dicuntur hi causa mortis fuisse. Hic finitio est accusatoris, Per quem factum est, ut quis perierit, causa mortis est. Rei est, Qui fecit quid sciens, per quod perire homini necesse esset. Remota finitione accusatori sat est dicere, Causa mortis fuistis; per vos enim factum est, ut homo periret, quia nisi vos illud fecissetis, viveret. Contra, non statim per quem factum est, ut quis periret, is damnari debet, ut accusator, testis, judex rei capitalis. Nec undecumque causa fluxit, ibi culpa est: ut si cui quis profectionem suaserit, ut ad amicum accedat trans mare, & is naufragio perierit. ad cœnam invitarit, & is cruditate illic contracta decesserit. Nec fuit in causa mortis solum adolescentium factum, sed credulitas senis, & in dolore ferendo infirmitas; denique, si fortior fuisset, aut prudentior, viveret. Nec mala mente fecerunt: & ille potuit vel ex loco tumulum, vel ex opere tumultuario suspicari, non esse monumentum. Qui ergo puniri debent? in quibus omnia homicidæ sunt præter manum.* Sed in viam.

Ex his apparet, legem Aquiliam loqui de homine occiso. Quid, si vulneratus sit mortifero vulnere, non tamen statim, sed post intervallum, mortuus? ego probo, quod verbi origo patitur, etiam Ulpianus, & Julianus, indicant *l.* 15. §. 1. & *l.* 51. *D. Ad legem Aquiliam*, lege Aquilia teneri non tantum eos qui hominem ita vulnerassent, ut eum confestim vita privarent, sed & hos quorum ex vulnere certum esset vita excessurum. Inde Alfenus definit *l.* 52. *D. eod. tit.* si ex plagis servus mortuus esset, neque id Medici inscientia, aut domini negligentia accidisset, recte de injuria occiso eo agi. Atque ita est: si homo vulneratus sit mortifero vulnere, ex quo & decessit; is ex quo vulneratus est, jam occisus intelligitur; etsi cædes eo demum mortuo apparuerit.

CAPUT X.

Hoc capite teneri omnem qui injuria occidit. An & furiosus, infans, infante major, aut proximus pubertati? & quinam dicantur tales? Quid, si servus alium occidat, vel ignorante, vel sciente, vel jubente, vel invito, domino? Sensus l. 2. D. de noxalibus actionibus, & quarumdam aliarum. Quid, si homo liber occidat jussu alterius. Quid, si homo a pluribus in rixa occisus sit, & auctor cædis vel sciatur, vel ignoretur? Quid, si ab uno mortifere vulneratus, ab alio similiter ictus statim decedat? ad l. 51. l. 11. §. 3. l. 15. §. 1. D. Ad legem Aquiliam. An heres ejus qui hominem occidit, lege Aquilia teneatur.

Ostendi, quando detur actio legis Aquiliæ. videamus, adversus quem danda sit. id vero lex indicat, cum ait, *Qui injuria occiderit, damnas esto.* jubet enim, damnari eum qui occidit: neque aut statum ejus, aut ætatem, distinguit. proinde cujuscumque conditionis, aut ætatis, sit qui occidit, lege Aquilia tenetur: modo si injuria seu culpa occidit. Quid, si furiosus sit? negat Ulpianus *l.* 5. §. 2. *D. Ad legem Aquiliam*, teneri eum: *quæ enim*, inquit, *in eo culpa sit, cum suæ mentis non sit?* cessabit igitur Aquilia actio: quemadmodum, si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit: id est, quemadmodum si casu aliquo, sine facto personæ, acciderit: ut Pomponius loquitur *l. ult. in fin. D. de administratione & periculo tutorum & curatorum.* In eumque sensum & Seneca *lib.* 2. *De ira c.* 26. de brutis animalibus, *Nocere*, inquit, *nobis possunt, ut ferrum aut lapis: injuriam quidem facere non possunt.* Idem est in infante, qui est puer septennio minor: ut quidem Imperatores exponunt *l.* 18. *C. de jure deliberandi*, & Ulpianus *l.* 1. §. 2. *D. de administratione & periculo tutorum*; adde, Isidorus *lib.* 11. *Orig. c.* 2. *p.* 1102. cum sic scribit. *Prima ætas infantia est pueri nascentis ad lucem, quæ porrigitur in septem annis.* Et post. *Infans dicitur homo primæ ætatis, dictus autem infans, quia adhuc fari nescit, id est, loqui non potest: nondum enim bene ordinatis dentibus minus est sermonis expressio.* Si, inquam, infans damnum dederit, idem dicendum erit, quod de furioso, quod de quadrupede, quod de tegula, dictum. Nam infantem quoque Seneca *epist.* 118. vocat *irrationalem*; & *epist.* 124. *nondum rationalem.* Quid, si impubes fecerit? hoc est, is qui est intra annum quartum decimum, quæ ætas Isidoro *d. c.* 2. & Hippocrati appellatur secunda ætas; cum Varroni prima sit usque ad annum quintum decimum: ut Censorinus docet *De die natali c.* 14. Sed ad rem. Si impubes damnum dederit, ait Labeo, quia furti tenetur, & Aquilia eum teneri. Sed id tum verum est, si jam injuriæ capax sit *d. l.* 5. §. 2. *D. Ad legem Aquiliam*: id est, si proximus pubertati sit: nam hunc & doli, & furti, & in-

juriæ, capacem esse, Ulpianus definit *l.* 13. §. 1. *D. de dolo malo.* Sed si admodum impubes sit; magis placet, eum non esse doli capacem *l.* 3. §. 1. *D. de sepulchro violato*: quia (ut Imperator Justinianus ait §. 10. *Inst. de inutilibus stipulationibus*) infans, & qui infantiæ proximus est, non multum a furioso distant, eo quod hujusmodi ætatis pupilli nullum habent intellectum. Neque obstat, quod mox idem Imperator addit, in proximis infantiæ, propter eorum utilitatem, fieri benigniorem juris interpretationem, ut habeant idem juris, quod pubertati proximi. Hæc enim benigne facta in eorum utilitatem, non est contra ipsorum commodum producenda ad severitatem. Porro Veteres proximum pubertati vocant eum qui prope pubertatem est *l.* 4. §. 26. *D. de doli mali & metus exceptione*, vel qui non multum a pubere ætate abest *l.* 14. *D. de Senatusconsulto Silaniano*: qualis, qui jam tredecim annorum est. auctor mihi Servius ad Virgilium, *Eclog.* 8. *vers.* 39. qui est,

Alter ab undecimo tum me jam ceperat annus.

nam sic scribit. *Id est, decimus tertius. alter enim de duobus dicimus, & vult significare, se jam vicinum fuisse pubertati, quod de duodecimo anno procedere non potest. Bene cum annis jungit habitum corporis: nam & in jure pubertas ex utroque colligitur.*

Ex his apparet, eum qui servum aut pecudem injuria occidit, quacumque ætate sit, aut conditione, lege Aquilia teneri. Quid, si servus sit? in eo non una inspectio est: nam vel ignorante, vel invito, vel sciente, vel jubente, domino occidit. & si insciente, vel invito, domino occidit, tantum dabitur contra dominum noxalis actio: quia non debuit dominus ex maleficio servi teneri ulterius, quam ut servum noxæ dedat. sic ad hanc legem definit Ulpianus lib. 18. ad Edictum *l.* 2. *D. de noxalibus actionibus.* scilicet, ne esset in potestate servi, dominum aut invitum, aut ignorantem, in infinitum obligare. Quid, si jubente domino occidat servus? placet, dominum, qui occidi jubet, civili interpretatione occidere intelligi. tenebitur igitur dominus ea in specie suo nomine *d. l.* 2. Sed an servi quoque nomine tenebitur noxali judicio? non putat Paulus *l.* 169. *D. de regulis juris*, *Eum*, inquiens, *damnum dare videri, qui jubet dare; ejus vero nullam culpam esse, cui parere necesse sit.* Sic Paulus: nec dubium, quin ad legem Aquiliam respiciat: quippe cum is locus sit ex libro ejus secundo ad Plautium, ex quo item sunt *l.* 33. *D. Ad legem Aquiliam*, & *l.* 13. *D. de interrogationibus in jure faciendis*: quas certum est ad legem Aquiliam pertinere. Igitur si servus jussu domini damnum injuria dedit: tantum dominus deliquit, teneturque suo nomine directa actione: servus non deliquit, neque ejus nomine adversus dominum competit noxalis actio. idque indistincte verum est, sive homine occiso damnum dederit servus, sive aliter: nam utrâque in specie Aquilia parcit parenti imperio domini. Quid, si hominem occiderit, non quidem jubente domino, sed sciente, & non prohibente? & si tantum scivit dominus, sed non prohibuit? non potest excusari servi factum: quæ enim necessitas ei fuit parendi domino, qui nihil jussit, etsi scivit, & non prohibuit? nulla sane. Igitur obligatur ea in specie servus, quia fecit; etiam dominns, quia cum posset, non prohibuit *l.* 4. §. 1. *D. de noxalibus actionibus*, & non prohibendo jussisse intelligitur: ut Seneca censet *in Troad.* cum infit.

Qui non vetat peccare, cum potest, jubet.

Hoc, si occidit servus, domino sciente & non prohibente: at eo jubente servus si fecit, ut dixi, a lege Aquilia excusatur. Nisi resistit lex Duodecim Tabularum, qua cautum fuit, Si servus, sciente domino, furtum fecit, vel aliam noxam commisit, servi nomine quidem noxalem actionem dari, dominum autem suo nomine non teneri. Et, si Ulpiano fides in *d. l.* 2. §. 1. quæ est ex libro ejus XVIII ad Edictum, credidit Celsus, interesse inter legem Duodecim Tabularum & legem Aquiliam: nam illam quidem sic acceptam esse, quasi non voluerit, servos hac in re dominis obtemperare; hanc vero ita, quasi ignoverit servo, qui domino paruit, ipse periturus, si non fecisset. cæterum etsi cesset lex Aquilia, tamen quia usitatum est, priores leges etiam ad posteriores trahi, magis visum Ulpiano ex auctoritate Juliani & Marcelli *d. l.* 2. §. 1. cum lege Aquilia etiam legem Duodecim Tabularum concurrere, & per illam non tam servum excusari, quam dominum onerari: igitur actionem noxalem servi nomine, si is damnum dedit, domino jubente, etiam adversus dominum permitti. Atque ita est: lex Aquilia parcit servo, hominem aut pecudem jussu domini occidenti: sed lex Duodecim Tabularum, aliæque partes juris ei non parcunt, cum domino obtemperat illa in specie, aut etiam in aliis, in quibus arguitur atrocitas sceleris: etsi ei ignoscunt parenti in his in quibus ea nulla arguitur: auctore Ulpiano *l.* 157. *D. de regulis juris.* Utrumque indicat Alfenus: sic scribens, *Servus non in omnibus rebus sine pœna domino dicto audiens esse solet: sicut si dominus hominem occidere, aut furtum alicui facere, servum jussisset. Quare, quamvis domini jussu servus piraticam fecisset, judicium in eum post libertatem reddi oportet. Et quodcumque vi fecisset, quæ vis a maleficio non abesset: ita oportet pœnas eum pendere. Sed si aliqua rixa ex litibus & contentione nata esset, & ab his rebus facinus abesset: tum non convenit Prætorem, quod servus jussu domini fecisset, de ea re in liberum judicium dare l.* 20. *D. de obligationibus & actionibus.* Sic ille: Seneca quoque *lib.* 3. *De beneficiis c.* 20. Verba Senecæ. *Non aut nos omnia jubere possumus, aut in omnia servi parere coguntur. Contra rempublicam imperata non facient, nulli sceleri manus commodabunt.* Tantum de servo.

Idem dicemus de homine libero, si jussu alterius manu injuriam dedit: nam actio legis Aquiliæ cum eo est qui jussit, si modo jus imperandi affuit: quod si non habuit, cum eo agendum est qui fecit *l.* 37. *D. Ad legem Aquiliam.*

Ut dixi, lex jubet, eum damnari qui servum aut pecudem injuria occidit; & personam quæ teneatur, singularem ac certam indigitat. Quid, si homo a pluribus in rixa sit occisus? ait Ulpianus, si liquet, cujus ictu perierit, illum solum, quasi occiderit, lege Aquilia teneri: sin ignoretur, magis omnes, quasi occiderint, lege Aquilia obligari *l.* 11. §. 2. *L.* 51. §. 1. *D. Ad Legem Aquiliam.* Sic ille. An vere? fac, in his esse qui hominem percusserint, sed non vulneraverint, aut non occiderint: quid dicemus, eos teneri? Si tamen hoc cui durius videbitur; is cogitet, ecquid melius constituere possit: sed eo deveniet, ut aut neminem ex his legi Aquiliæ obliget, aut unum. at si neminem dicet, aperte absurdus erit: cum maleficia inpunita esse non oporteat. quod si unum dicet, pene frustra erit: quis

quis enim distinguat in re obscura, in qua nemo cædis manifestus est, quis omnium potius lege Aquilia teneatur? abeunt igitur in diversum & disputationis subtilitas, & puniendi maleficii ratio. Sed placuit, pro communi utilitate definire, omnes teneri, etsi nemo arguitur: ita enim solent nostri; quotiens nihil sine captione investigari potest, eligunt id quod minimum habeat iniquitatis *l.* 200. *D. de regulis juris.* Igitur, homine a pluribus occiso, omnes in solidum tenentur. Sed quomodo? perinde quasi singuli peccarint; itaque consequens est, ut, si unus solvat, cæteros non liberet, cum sit pœna: id est, cum pœnam solvat, sed suam *l.* 11. §. 2. *D. Ad legem Aquiliam.* Neque obstat actio Quod metus causa: qua, re per multos metu ablata, omnes similiter tenentur, sed ut unius solutio ad liberationem cæteris proficiat *l.* 14. §. *ult. & l. seq. D. quod metus causa.* interest enim, quod actio Quod metus causa naturaliter persequutoria habetur, etsi pœnalis sit per causam non restitutæ possessionis: contra Aquilia natura pœnalis habetur, persequutoria non habetur, præterquam per occasionem. ita in altera, quod unus solvit, reliquos liberat: in altera, quod unus solvit, non relevat reliquos: quia in altera magis rem, in altera magis pœnam, solvere intelligitur. Quamquam & hoc difficultatem recipit, propter actionem De dejectis & effusis: qua, si quid dejectum vel effusum sit ex plurium cœnaculo, omnes quidem in solidum tenentur, sed si unus solverit, reliqui liberantur *l.* 1. §. *ult. & ll. seqq. D de iis qui dejecer. vel effuder.*; & tamen hæc æque pœnalis actio est, ac illa quæ est legis Aquiliæ. Sed observandum est; quod homine a pluribus percusso, plura facta accusantur; neque iniquum est, sui quemque facti pœnam præstare *l.* 9 *D. de noxalibus actionibus:* sed cum ex plurium cœnaculo quid dejectum aut effusum est, una tantum culpatur dejectio aut effusio: in qua æquum est, unam saltem condemnationem fieri; & in solidum quidem teneri omnes: sed non alia causa, quam quod unus ignoratur.

Ex his sequitur elegans quæstio, quam Julianus proponit & definit, sed infeliciter verbis sequentibus *l.* 51. *D. Ad legem Aquiliam.*

Ita vulneratus est servus, ut eo ictu certum esset moriturum: medio deinde tempore heres institutus est, & postea ab alio ictus decessit. quæro, an cum utroque de occiso lege Aquilia agi possit. Respondit, occidisse dicitur vulgo quidem qui mortis causam quolibet modo præbuit: sed lege Aquilia is demum teneri visus est, qui adhibita vi, & quasi manu causam mortis præbuisset; tracta videlicet interpretatione vocis a cædendo & a cæde. Rursus Aquilia lege teneri existimati sunt non solum, qui ita vulnerassent, ut confestim vita privarent, sed etiam hi, quorum ex vulnere certum esset aliquem vita excessurum. Igitur si quis servo mortiferum vulnus inflixerit, eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat, statuendum est, utrumque eorum lege Aquilia teneri. idque est consequens auctoritati veterum, qui, cum a pluribus [idem] servus ita vulneratus esset, ut non appareret, cujus ictu periisset, omnes lege Aquilia teneri judicaverunt. Æstimatio autem peremti non eadem in utriusque persona fiet; nam qui prior vulneravit, tantum præstabit, quanti in anno proximo homo plurimi fuerit, repetitis ex die vulneris trecentis sexaginta quinque diebus. posterior in id tenebitur, quanti homo plurimi venire potuerit in anno proximo, quo vita excessit; in quo pretium quoque hereditatis erit. Ejusdem ergo servi occisi nomine alius majorem, alius minorem æstimationem præstabit. nec mirum, cum uterque eorum ex diversa causa & diversis temporibus occidisse hominem intelligitur. Quod si quis absurde a nobis hæc constitui putaverit, cogitet longe absurdius constitui, neutrum lege Aquilia teneri, aut alterum potius, cum neque impunita maleficia esse oporteat, nec facile constitui possit, uter potius lege teneatur. Multa autem jure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse, innumerabilibus rebus probari potest. unum interim posuisse contentus ero. Cum plures trabem alienam furandi causa sustulerint, quam singuli ferre non possent, furti actione omnes teneri existimantur: quamvis subtili ratione dici possit, neminem eorum teneri: quia neminem verum sit eam sustulisse.

Proponitur servus ita vulneratus esse a Titio; ut certum esset, eo vulnere moriturum esse. idem proponitur postea a Sempronio ictus decessisse: id est, statim decessisse ex ictu, vel (ut Ulpianus infit *l.* XI. §. 3. *D. eod. tit.*) exanimatus. id thema est, & intelligitur ex *l.* 15. §. 1. *eod. tit.* & illis quæ sequuntur in *pr.* §. 1. *&* 2. *d. l.* 51. nam in his omnibus est fere idem sermonis tenor. Igitur proponitur servus ita a Titio esse vulneratus; ut certum esset, eo vulnere moriturum esse. idem proponitur postea a Sempronio ictus statim decessisse. Quæritur, an servi dominus possit cum utroque de occiso experiri? Et Julianus putat. quam ob rem? quia parum distingui potest, uter magis occidisse videatur: alter enim mortifere vulneravit servum, alter exanimavit: alter præbuit morti causam, alter occidit: denique, in lege Aquilia non quidem occidisse intelligitur is qui quolibet modo, sed qui adhibita vi, & quasi manu, causam mortis præbuit: monstrante id verbi, quod a cædendo venit & a cæde, proprietate atque origine. nec tamen hoc sic acceptum est, quasi proinde occidere is tantum videatur qui hominem ita vulneravit, ut eum confestim vita privaret; sed & hic cujus ex vulnere certum esset eum vita excessurum esse. patitur ergo loquendi ratio & ambiguitas, ut uterque, quasi occiderit, lege Aquilia teneatur. Idem suadet Veterum in re obscura adversus disputandi subtilitatem ratio atque auctoritas. Ne multis opus sit: ecce, servus a pluribus occisus est, sed cujus ictu perierit, parum liquet. item plures alienam trabem furandi causa sustulerunt, sed singuli eam ferre non potuerunt: potest in ista specie dici, eorum neminem sustulisse: etiam potest in illa dici, neminem quasi homicidam obligari: quia nemo convincitur. Sed ne utilitas puniendi maleficii probationis inopia intervertatur; utrimque obtinuit, magis omnes, quam neminem, obligari. id vero si in illis speciebus placet; quid ni in proposita dicetur? in qua neque maleficia impunita esse oportet, neque facile constitui potest, uter potius occiderit: quod alter fecit, ut homo moreretur: alter in causa fuit, ut maturius moreretur. Hæc Juliani sententia: sed neque rationi amica, neque usu recepta est. E re erit, id paucis demonstrasse. Quod ait Julianus, hominem occidisse intelligi eos, quorum ex vulnere eum vita excessurum esse constat: id verissimum est, cum mortifere vulneratus homo periit, non accepto post alio vulnere. at cum a Titio primum mortifere vulneratus, deinde a Sempronio ita percussus est, uti confestim exanimaretur, aliud dicendum est: quia, etsi moriturus fuisset ex Titii vulnere, tamen

men ex Sempronii vulnere mortuus est. at si homicida paret; quid utile est, eum qui homicida non est, homicidam interpretari? Nihil sane: & ita Ulpianus *l.* 11. §. 3. *D. Ad legem Aquiliam.*

Celsus scribit, si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit, priorem quidem non teneri quasi occiderit, sed quasi vulneraverit; quia ex alio vulnere periit. posteriorem teneri, quia occidit. quod & Marcello videtur, & est probabilius.

Ait, Celsum scribere, cum Titius servum mortifero vulnere percussit, sed Sempronius eum postea exanimavit, Titium quidem de vulnerato teneri, quia servus ex alio vulnere periit, id est, quia certum est, servum alio vulnere periisse: sed Sempronium, quia occidit, id est, Sempronium, quia indubitate atque ipso ictu occidit, de occiso teneri. Id vero cum & Marcello videri, Ulpianus scribat, & longe probabilius dici: quid verius est, quam contrariam Juliani sententiam non ratione tantum improbatam esse, sed usu quoque. Quid, si addam, vel Juliano displicuisse? forte id durum videtur, & tanto nomine indignum. Sed dies diem docet; & nihil veritus Imperator, Æmilii Papiniani, hominis sane excellentis & sublimis, variantes sententias allegare *l. ult. C. de furtis.* Sed neque puduit Papinianum *l.* 6. §. 1. *D. de servis exportandis*, ita scribere, *Nobis aliquando placebat*, & subjicere, *Sed in contrarium me vocat Sabini sententia.* Jam quis Ulpiano aut diligentior est, aut prudentior? hic tamen ejus quod retinet se dixisse, profitetur se contrarium arbitrari *l.* 92. *D. de conditionibus & demonstrationibus.* Nec tantum nostris ea placuit ingenuitas, sed & Senecæ: nam *lib.* 4. *De beneficiis c.* 38. sic infit. *Non est levitas a cognito & damnato errore discedere, & ingenue fatendum est: Aliud putavi; deceptus sum. Hæc vero superbæ stultitiæ perseverantia est: Quod semel dixi, qualecumque est, fixum ratumque sit.* Adeo Veteres, illi sancti & religiosi homines, suos aliorumque lapsus pari ingenuitate & agnoscebant, & castigabant: neque fuerit insolens, aut Juliano indignum, si in illo consimilem varietatem, an animi magnitudinem, indicamus simul, & laudamus: eam præsertim indigitante Ulpiano verbis sequentibus *l.* 15. §. 1. *D. Ad legem Aquiliam.*

Si servus vulneratus mortifere, postea ruina vel naufragio vel alio ictu maturius perierit, de occiso agi non posse, sed quasi de vulnerato: sed si manumissus vel alienatus ex vulnere periit, quasi de occiso agi posse, Julianus ait. hæc ita tam varie, quia verum est, eum a te occisum tunc cum vulnerabas: quod mortuo eo demum apparuit. in superiore non est passa ruina apparere, an sit occisus. sed si vulneratum mortifere liberum & heredem esse jusseris, deinde decesserit, heredem ejus agere Aquilia non posse.

Sensus est, si servus mortifere vulneratus, deinde ruina vel naufragio vel alio ictu maturius periit, prius vulnerantem non de occiso, sed de vulnerato, teneri: sed si primum mortifere vulneratus, postea manumissus vel alienatus interiit, ut tamen ab alio non acceperit secundum vulnus, (sic Græci hanc confingunt speciem *Basilic. lib.* 60. *tit.* 3. *p.* 80. & 81.) tum eum qui vulneravit, magis de occiso teneri, quam de vulnerato. Hæc Ulpiani definitio, & ipsa ex Juliano, ut vides: causa ea, quod servus, qui a Titio vulneratus mortifere, periit non accepto post alio vulnere, fere ex Titii vulnere periisse videtur: cum præsertim non secuto secundo vulnere, nulla nisi ex priore mortis causa ostendatur. proinde res sic accipitur, quasi servus jam tum, cum vulneratus est, occisus sit, sed ejus cædes demum eo mortuo apparuerit. Hoc, si post primum vulnus non est aliud deinde insecutum. at si servus a Titio mortifere vulneratus, dein ruina vel naufragio vel alio ictu periit: placet, Titium, etsi servo dederit mortiferum vulnus, de vulnerato quidem, sed non de occiso, teneri: quia ruina, verbi gratia, jam non est passa apparere, an servus a Titio occisus sit. imo ex ruina jam apparet, servum aliunde, quam ex Titii vulnere, periisse; licet alioquin ejus vulnus fuerit mortiferum.

Revertamur ad legem Aquiliam. Ait ea, *Qui occiderit, damnas esto.* Lex quidem vult, eum qui occidit damnari; sed de herede silet. At cum huc deventum sit; ut, cum de herede quæritur, creditum sit, referre, utrum pœnalis actio sit, an rei persequutoria, & hoc casu heredem teneri, illo non alias, quam si locupletior factus sit: hæc fere quæstio erit, utrum actio legis Aquiliæ pœnalis sit, an persequutoria. Et puto, si reum spectes, nisi locupletior factus sit damno dato, eam pœnalem actionem esse: sin actorem spectes, interdum persequutoriam videri: ut si homo, qui occisus est, toto anno nunquam pluris fuit § 23. *Inst. de actionibus.* Cum tamen hoc fit, non tam jure actionis fit, quam per occasionem: & ideo verius dicetur, quamquam mixta actio sit, tamen magis pœnalem esse, neque adversus heredem ejus qui occidit, competere. id præsertim, quia ea pœna lege Aquilia non tam singulis speciebus, quam generaliter delicto, constituta est. §. 9 *Inst. de lege Aquilia. l.* 23. §. 8. *D. eod. tit. l.* 111. §. 1. *D. de regulis juris.* Dixi, adversus quos actio lege Aquilia competat.

CAPUT XI.

Ex primo capite legis Aquiliæ actionem dari hero, seu domino: id est, ei qui tum dominus fuit, cum servus aut pecus occideretur: neque interesse, utrum perpetuus dominus sit an temporarius. Quid, si deinde desierit dominus esse? Quid, si post factus sit, sed fictione juris retro dominus habeatur? An domini appellatione bonæ fidei possessor contineatur? Et quid de fructuario, de commodatario, & creditore pigneratitio?

Sequens quæstio erit, quibus ea actio detur. & apparet, *hero* dari. sic enim lex loquitur: hero autem, id est, domino: ut Ulpianus exponit. *l.* 11. §. 6. *D. Ad legem Aquiliam.* Herum porro lex generaliter dicit: qualiscumque igitur herus sit, cui damnum injuria datum est, ei Aquilia competit: nec refert, utrum perpetuum ejus dominium sit, an deinde desiturum: sufficit enim, tum herum esse; cum servus occiditur: neque minus servum suum esse

esse vindicabit dominus, etsi dominium ab eo abiturum speretur *l.* 66. *D. de rei vindicatione.* exemplum tale in *l.* 11. §. 7. *D. Ad legem Aquiliam:* In servo, quem tibi redhibiturus sum, damnum injuria datum est: quæritur, utrum legis Aquiliæ actio mihi competat, an tibi: nam tu futurus es servi dominus, ego desiturus sum. ego tamen interim dominus sum. igitur verius est, actionem mihi competere: sed redhibito servo cogar tibi reddere omnia, quæ mihi per eum extra rem meam adquisita sunt: id enim redhibitioni consequens est *l.* 23. §. *ult.* & *l.* 24. *D. de Ædilitio edicto.*

Plus dicam: si servi dominus fui, cum occideretur, sed esse desii vel alienatione, vel manumissione, vel similiter; nihilominus competit mihi actio legis Aquiliæ. Pomponius certe inquit, *Quæcumque actiones mihi servi mei nomine cœperunt competere vel ex Duodecim Tabulis, vel ex lege Aquilia, vel injuriarum, vel furti, eædem durant, etsi servus postea vel manumissus, vel alienatus, vel mortuus fuerit l.* 56. *D. de obligationibus & actionibus.*

Dat igitur lex actionem domino: id est, ei qui dominus fuit, cum daretur damnum. Quid: si tum non fuerit, sed post dominus factus, fictione juris retro dominus habeatur? Et Pomponius putat, etiam huic actionem dari, propositis variis exemplis *l.* 43. *D. Ad legem Aquiliam.* Unum est, si cui damnum datum fuit, cum in hostium potestate esset: qui quo tempore hostium servus fuit, non fuit servi sui dominus: & tamen reversus postliminio, perinde agere poterit, ac si semper in civitate, id est, semper dominus, fuisset. Alterum exemplum est: si servus occisus sit post domini mortem, antequam natus sit ejus posthumus: nam quamdiu nondum natus est, nondum dominus videtur; sed cum natus est, datur utilitati ejus, ut jam tempore mortis servi natus, id est, dominus, fuisse intelligatur. Similiter si servus occisus sit vivo domino; poterit heres ejus, quamquam non fuerit servi dominus, tamen quia dominum repræsentat adita hereditate, lege Aquilia experiri. Præterea si servus, jacente hereditate, sit occisus, quia nemo jam dominus ejus est, placet, actionem hereditati, velut dominæ, adquiri, sed ut ea heres, adita hereditate, experiatur. *d. l.* 43. *l.* 13. §. 2. *D. Ad legem Aquiliam.* Similis aut major fictio adhibetur, cum servus legatus post aditam hereditatem occisus fuit, antequam legatarius legatum agnosceret: nam si jam ante agnovit, videtur legatarii fuisse a tempore aditæ hereditatis: si vero neque agnovit, sed neque repudiavit, in suspenso dominium est: prorsus, ut si post agnoscat legatum, ejus retro fuisse videatur; sin repudiet, magis heredis retro fuisse intelligatur *l.* 44. §. 1. *l.* 86. §. 2. *D. de legatis lib.* 1. Puto, id Ulpianus vult *d. l.* 13. §. 3. *D. Ad legem Aquiliam;* cum sic scribit, *Si servus legatus post aditam hereditatem sit occisus, competere legis Aquiliæ actionem legatario, si non post mortem servi adgnovit legatum. quod si repudiavit, consequens esse ait Julianus dicere, heredi competere.* Ita Florentiæ legitur, *si non post:* sed, quod suadet codex Haloandrinus, scribendum est, *si modo post:* parva neque infrequente mutatione: cum vox ista *non* ita *nō*, illa *modo* sic *mō* scribi soleat. Sed hoc quia memini me in similibus observare & tradere *lib.* 3. *Probabilium juris c.* 4. actum non agam. Potius videbo, si servus legatus ante aditam hereditatem occidatur, cui Aquilia competat. Et Ulpianus ait *l.* 15. *D. Ad legem Aquiliam*, apud heredem remansuram Aquiliam, per hereditatem illi adquisitam. Quod sic accipiendum est, ut ad legatarium ne tum quidem pertineat si velit, legatum adita hereditate agnoscere: quamquam enim legatum dominum facit legatarium, tamen non ante facit, quam cum hereditas ab herede adita sit: ut Theophilus observat *ad* §. 2. *Inst. de legatis:* hoc vero tempore legato extincto interitu legati servi, non putarunt Veteres, legatarium aut posse id adgnoscere, aut ejus dominum fieri. Quid ergo? placuit, actionem legis Aquiliæ heredi per hereditatem acquiri, neque eum teneri hanc legatario cedere; sed rem perinde haberi, ac si servus legatus cum lucro heredis mortuus esset; quod interdum fieri Marcianus probat *l.* 114. §. *ult. D. de legatis lib.* 1. Ita si servus legatus ante aditam hereditatem sit occisus. Quid, si vulneratus sit, non occisus? remanet in hereditate actio: sed heres eam legatario cedere debet *d. l.* 15. *D. Ad legem Aquiliam:* quia homine, qui legatus est, vulnerato, extat hominis legatum, etiam peti potest: quid ni igitur actio quæ heredi per hereditatem adquisita fuit occasione hominis legati, ab eo legatario cedatur? *l.* 66. §. 2. *D. Ad Senatusconsultum Trebellianum.* Hoc, si extraneus, id est, non heres, occiderit legatum servum: quid, si eum heres ipse occiderit? dicendum est, dandam legatario in heredem esse actionem *l.* 14. *D. Ad legem Aquiliam:* maxime, si eum post aditam hereditatem, amplius post agnitum legatum, occiderit: nam si ante occisus sit, quia sublatus est, priusquam legatarii fuit, Aquilia cessat, sed ei ex testamento actio dabitur *l.* 7. §. 4. *D. de dolo malo.*

Igitur lex, occiso servo, consulit domino: addo, & bonæ fidei possessori: nam quamvis is non sit dominus, tamen bona fides ei tantumdem præstat interpretatione, quantum veritas *l.* 136. *D. de regulis juris:* id est, quantum verum dominium. proinde ut domino propter dominium, sic possessori propter bonam fidem, indulgetur legis Aquiliæ actio: sed alteri directa ex verbis legis, alteri ex mente utilis, quam Ulpianus actionem in factum vocat *l.* 11. §. 8. *D. Ad legem Aquiliam.* idque adeo placet, ut etiam ipse dominus, si injuria occiderit servum suum, qui ab alio bona fide possidetur, huic actione in factum teneatur *l.* 17. *pr. D. eod. tit.* Hoc in bonæ fidei possessore.

Quid de fructuario dicemus? & quia ususfructus magis in jure, quam in parte, habetur *l.* 25. *D. de verborum significatione*, quippe cum sit jus utendi fruendi rebus alienis *l.* 1. *D. de usufructu:* apparet, fructuarium neque rei dominum esse *l.* 43. §. *ult. D. de furtis*, neque directam legis Aquiliæ actionem exercere. Habet tamen jus in re *l.* 19. *D. de damno infecto*, ejusque emolumentum *l.* 66. §. 6. *D. de legatis lib.* 2. & ob id dominum imitatur multis casibus *l.* 4. *D. de usufructu;* eo certe nomine illi datur utilis aquæ pluviæ arcendæ actio *l.* 22. *D. de aqua & aquæ pluviæ arcendæ actione.* quid mirum igitur, ei etiam utilem actionem dari exemplo Aquiliæ *l.* 17. §. *ult. D. de usufructu. l.* 11. §. *fin. D. Ad legem Aquiliam.*

In commodatario non idem visum: Ulpianus sane *l.* 11. §. 9. *D. Ad legem Aquiliam* eum cui vestimenta commodata sunt, si scissa fuerint, negat lege Aquilia agere, sed dominum. Neque obstat, quod actio Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur etiam commodatario & ful-

loni prodest *l.* 2. *D. Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.* nam Græcis placet *Basilic. lib.* 60. *tit.* 3. *pag.* 75. & 76. damnum ab homine datum, ideo commodatarium aut fullonem non sequi; quia nulla possunt diligentia cavere, ne sibi a quo alio qui viribus aut ingenio eis par aut superior sit, damnum injuria inferatur: quod & traditum *l.* 19. *D. Commodati vel contra. l.* 41. *D. Locati conducti.* at si a quadrupede datum sit damnum; placet, damnum ad eos pertinere ideo, quia hanc abigendo impetrare possunt, ne ea rem locatam aut commodatam faciat deteriorem, idcirco rationis esse; ut hac in specie eis adversus dominum animalis noxalis actio accommodetur, cum ipsi commodatori aut locatori de custodia teneantur; illa autem in specie eis non detur ex lege Aquilia actio: quippe cum ipsi hactenus commodatori aut locatori de custodia non teneantur, sed res domino pereat.

Quæsitum inde apud Paulum *l.* 30. §. 1. *D. Ad legem Aquiliam*, si servus pignori datus injuria occisus sit, utrum debitori, an creditori, competat legis Aquiliæ actio? quæstio in eo vertitur, quod debitor dominus est, creditor non est. Sed quid, si intersit creditoris, hanc actionem ei ideo dari, quod debitor solvendo non est, ob hujusque inopiam ei inanis est personalis actio, id est, debitum perit: ut bene Martialis interpretatur *l.* 2. *Epigr.* 3. his versibus.

Sexte nihil debes; nil debes, Sexte, fatemur:
Debet enim, si quis solvere, Sexte, potest.

Quid, si idcirco creditoris intersit, quod litem tempore amisit, puta, actionem, redhibitoriam, quanti minoris, vel similem quæ tempore finitur? constat enim, principali actione per præscriptionem sublata, nihilominus hypothecariam actionem superesse, durante naturali obligatione *l.* 27. *D. de pignoribus & hypothecis. l.* 59. *D. Ad Senatusconsultum Trebellianum.* Hæc quæstio *d.* §. 1. *l.* 30. in qua respondet Paulus, dandam utrique esse actionem: id est, & creditori, & debitori: creditori quidem utilem (quæ & quasi Aquilia appellatur *d. l.* 27.) usque ad modum debiti, atque ut eam debito imputet, id est, ut, si debitum consequutus sit, debitorem liberet: debitori vero directam in hoc quod debitum excedit. Sed quod de debitore scribit Paulus, verissimum est, cum debitor dominus sit: sed in creditore qui procedit? maxime cum is non sit dominus; & in commodatario contra responsum sit, eo quod dominus non est. Sed refert, quod creditor; etsi dominus non sit, tamen & jus in re *l.* 19. *D. de damno infecto*, *l.* 30. *D. de noxalibus actionibus*, & in rem actionem habet §. 7. *Inst. de actionibus:* commodatarius vero neque dominus est, neque jus in re, neque in rem actionem habet, proinde non interest commodatarii; cum res non ei, sed domino pereat: creditoris interest, cum & illi pereat res, non tantum domino.

CAPUT XII.

De æstimatione occisi hominis aut pecudis ex primo capite legis Aquiliæ.

Superest, ut de exitu actionis legis Aquiliæ disputemus: is exitus est, ut qui hominem aut pecudem injuria occidit, domino tanti condemnetur, quanti in eo anno plurimi fuit. idque consequens est legis clausulæ, *Quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum æs dare domino damnas esto:* qua clausula æstimatio damni dati indigitatur. ea clausula anni meminit, & hunc retrorsum computat, ex quo quis occisus est, repetitis trecentis quinque & sexaginta diebus *l.* 51. §. 2. *D. Ad legem Aquiliam:* quæ certa computatio est, si qui mortifere vulneratus fuit, statim mortuus est. sed quid, si mortuus sit post longum intervallum? non æque certa computatio videtur: siquidem Celsus annum inde numeravit, ex quo homo mortuus; Julianus, ex quo vulneratus est. argumentum Celso fuit, quod momentum cædis mortisque aut idem venit, aut non separatum habetur: Juliano, quod occidere in hac lege non ita acceptum est, quasi eos complectatur tantum, qui hominem ita vulnerant, ut is statim exspiret; sed hos quoque, quorum ex vulnere certum est hominem vita excessurum esse: adeo vulneratus homo illi jam tum occisus videtur, cum vulneratus est, sed cædes eo mortuo demum apparuisse intelligitur. Hoc Juliani argumentum; &, si Ulpiano fides, usu obtinuit *l.* 21. *pr.* & §. 1. *D. Ad legem Aquiliam.*

Igitur quanti homo fuit eo in anno, tanti homicida condemnatur. idque expeditum est in eo qui anno major occiditur: verum in infante difficultatem recipit, si periit intra annum quo natus est: quia illi non convenit æstimatio, quanti is in eo anno plurimi fuerit. Sed placuit, legem Aquiliam in infante, qui anno minor occiditur, non intelligi ita, ut ejus verba sonant, sed ita, ut mens & sententia ejus patitur: & ideo perinde accipi, quasi velit, infantem eum, quanti hac anni parte, qua vixit, plurimi fuit, saltem tanti æstimari *l.* 23. §. 7. *D. Ad legem Aquiliam.*

Ait lex, *Plurimi.* Hoc verbo illa sententia exprimitur: ut, si quis hominem tuum occiderit, qui hodie claudus aut mancus aut luscus erit, qui in eo anno integer aut pretiosus fuit, non tanti teneatur, quanti hodie erit, sed quanti in eo anno plurimi fuerit §. 9. *Inst. de lege Aquilia.* Exemplum in l. 23. §. 3. *D. Ad legem Aquiliam:* proponitur ibi præcisus pretioso pictori pollex: idem pictor deinde occisus intra annum, quo præcisus ei est pollex: & de lege Aquilia quæritur. ait Ulpianus, *Posse* [*eum*] *Aquilia agere: pretioque eo æstimandum, quanti fuit prius, quam artem cum pollice amisisset.* Ita Florentiæ legitur: sed placet ingeniosa & elegans conjectura Jacobi Cujacii, viri summi & eruditissimi: qui pro, *posse eum Aquilia agere*, restituit, *posse erum Aquilia agere:* præfatus, Veteres *erum* & *herum* pro domino promiscue dixisse; tum, *eum*, id est, servum pictorem, cui & pollex præcisus, & vita adempta est, lege Aquilia posse agere, dicturum neminem, cui sanum sinciput est.

Illud superest, ut videamus, cum lex ait, *Quanti fuerit*, utrum corpus solum æstimemus, quanti fuerit, cum occideretur, an quanti interfuerit nostra, non esse occisum. Movet dubium, quod hæc verba, *Quanti res est*, si eorum proprietas quæritur, non ad id quod interest referuntur, sed ad veram rei æstimationem *l.* 179. & *l.* 193. *D. de verborum significatione.*

l. u-

l. unic. §. *ult. D. Si quis jus dicenti non obtemperaverit. l.* 4. §. 11. *D. Vi bonorum raptorum.* Contra movet, quod ea legis Aquiliæ ratio est: ut damnum, quod domino datum est occiso servo, domino restituatur: hoc autem fieri nequit, nisi ei omnis præstetur utilitas, quæ in re est, aut ei, propter servi cædem, absutura videtur. Verum cum scire leges sit, earum non verba tenere, sed vim ac potestatem; fere postremum placuit. Ulpianum audi *l.* 21. §. *ult. D. Ad legem Aquiliam.* infit, *Hoc jure utimur, ut ejus quod interest æstimatio fiat.* Et Imperator Justinianus §. 10. *Inst. eod. tit.* sic scribit, *Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solum perempti corporis æstimationem habendam esse, sed eo amplius, quidquid præterea perempto eo corpore damni vobis illatum fuerit.* Et addit exemplum, veluti, inquiens, *si servum tuum heredem ab aliquo institutum ante quis occiderit, quam is jussu tuo hereditatem adierit: nam hereditatis quoque amissæ rationem esse habendam constat. item si ex pari vel mularum unam, vel ex quadrigis equorum unum, quis occiderit, vel ex comœdis unus servus occisus fuerit, non solum occisi fit æstimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quanti depretiati sunt qui supersunt.*

Ex his constat, hominem, quanti intra annum proximum fuit, tanti æstimari. hoc autem utrum ex domini affectione definimus, an quanti omnibus valet? verbi gratia, (quæ est species *l.* 33. *D. Ad legem Aquiliam*) filium tuum naturalem quis occidit. eum filium tu magno emptum velles. (in quibusdam libris est, *magno pretio:* sed Florentiæ legitur, *magno*, ut, *plurimo*, paulo post: & ita locuti Veteres. Virgilius *lib.* 2. *Æneid. vers.* 104. *Hoc Ithacus velit, & magno mercentur Atridæ.* Ubi Servius, *Magno mercentur, id est, pretio, ut, Turno tempus erit, magno quum optaverit emptum intactum Palanta*) filium, inquam, tuum naturalem quis occidit. eum tu magno emptum velles. quanti æstimandus, utrum quanti tibi est, qui eum plurimo emeres, motus paterna pietate, an quanti omnibus valet? ego hoc malim: quia non quanti dominus hominem facit, tanti est, sed quanti pro tempore valet. Hoc sensu Seneca *lib.* 6. *De beneficiis c.* 15. *Pretium cujusque rei pro tempore est. Cum bene ista laudaveris: tanti sunt, quanto pluris vænire non possunt.* Pedius quoque apud Paulum *d. l.* 33. *D. Ad legem Aquiliam* ait, pretia rerum non ex affectione, nec utilitate singulorum, sed communiter fungi. Et ipse Paulus infit, *in lege Aquilia amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimur.* Tantum de primo capite legis Aquiliæ.

Caput XIII.

Secundum caput legis Aquiliæ in desuetudinem abiisse, & vim ejus ignorari.

Secundum caput legis Aquiliæ in desuetudinem abiit, ut Ulpianus ait *l.* 27. §. 4. *D. Ad legem Aquiliam.* Quid autem hoc comprehensum fuerit, nondum didici; etsi ea, quæ ab aliis adferuntur, non ignorem. sed neque, ut discam, sudaverim frustra: cum in universa antiquitate de eo capite nihil aliud extet, quam quod in usu non est. præterea puto, in omni disciplina hoc maxime observandum esse, quod Cicero monet *De officiis lib.* I. ut duo vitia vitentur: quorum unum est, ne incognita pro cognitis habeamus, hisque temere assentiamus: alterum est, ne nimis magnam multamque operam conferamus in res obscuras, easdemque non necessarias. quibus vitiis declinatis, quod in rebus honestis & cognitione dignis operæ curæque ponitur, id, inquit, jure laudatur.

Caput XIV.

Verba capitis tertii legis Aquiliæ. Eo capite caveri de cætero omni damno, præter hominem & pecudem occisos. Quid de apibus aut similibus feris bestiis? Emendatur Ulpiani Fragmentum Tit. 12. *Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum.*

Transeamus ad legis Aquiliæ caput tertium, cujus verba Ulpianus *l.* 27. §. 5. *D. Ad legem Aquiliam* ait talia fuisse.

> *Cæterarum rerum, præter hominem & pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit injuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum æs domino dare damnas esto.*

Ait lex, *Cæterarum rerum, præter hominem & pecudem occisos.* Vetus locutio est, cujus sensus est, Quantum ad cæteras res, vel, in cæteris rebus: ut pluribus ostendit V. Cl. Franciscus Hotmanus *lib.* 4. *Observ. c.* 11. & post eum probavit Gasper. Scioppius *lib.* I. *Verisimilium c.* 19. egregio Symmachi loco. Apparet autem ex his verbis, hoc capite de cætero omni damno caveri. itaque si quis servum, vel eam quadrupedem, quæ pecudum numero est, vulneraverit: sive eam quadrupedem, quæ pecudum numero non est, veluti canem, aut feram bestiam, vulneraverit, aut occiderit, hoc capite actionem constitui. in cæteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus, quæ anima carent, damnum per injuriam datum hac parte vindicari, Justinianus observavit §. 13. *Inst. de lege Aquilia.* Quamquam quod de feris bestiis scripsit, olim dubitationem habuit: quæ intelligi potest ex Ulpiani verbis sequentibus, quæ extant apud Licinium Rufinum *Tit.* 12. *Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum* in fine.

> *Item Celsus libro* XXVII. *Digestorum scribit, si cum apes meæ ad tuas advolassent totas exusserit, quosdam negare competere legis Aquiliæ actionem, inter quos & Proculum, quasi apes dominii mei non fuerint. Sed id falsum esse Celsus ait, cum apes revenire soleant, & fructui missi sunt. Sed Proculus eo movetur, quod nec mansuetæ, nec ita clausæ fuerint. h. d. Ipse autem Celsus ait nihil inter has & columbas interesse, quæ si manu refugiunt, domi tamen fugiunt.*

Ita vulgo editur; nec dubito, quin corrupte: Pithœus sane pro, *fructui missi sunt*, legit, *fructui mihi sunt.* Etiam pro, *totas exusserit*, habent Pandectæ, *tu eas exusseris l.* 27. §. 12. *D.*

D. Ad legem Aquiliam. quod non improbem; quamquam non ignorem, *totas*, pro, omnes, recte & sæpe dici: ut in *l.* 63. *D. de procuratoribus. pr. Inst. de societate.* §. *ult. Inst. Qui & quibus ex caussis manumittere non possunt. l.* 37. *D. ad Senatusconsultum Trebellianum.* Sequitur. *quod nec mansuetæ, nec ita clausæ fuerint.* Sed conjicio; *quod nec mansuetæ, nec in alveo clausæ fuerint.* Ita enim Veteres, Gajus *l.* 5. §. 2 *D. de adquirendo rerum dominio. Apium quoque fera natura est, itaque apes, quæ in arbore nostra con sederint, antequam a nobis alveo concludantur, non magis nostræ intelliguntur esse, quam volucres, quæ in arbore nostra nidum fecerint.* In fine quoque ejusdem Fragmenti verba ista, *quæ si manu refugiunt, domi tamen fugiunt*, sensu carent. Scribo, *quæ si mane effugiunt, domum tamen refugiunt.* Sensus, quæ si mane evolant, domum tamen revolant. Quintilianus de apibus *Declam.* 13. *cap.* 9. *An non ipsæ domum sua sponte revolant, finemque laboris sui sole metiuntur, & omnis intra solitas domos turba conditur, noctemque modesto silentio trahunt.* Respicit autem uterque ad regulam juris civilis, cujus meminit Gajus *d. l.* 5. §. 5. *D. de adquirendo rerum dominio*, & Imperator §. 15. *Inst eod. tit.* sic scribens. *In iis animalibus, quæ ex consuetudine abire & redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque tua esse intelligantur, donec revertendi animum habeant. nam si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt, & fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere tunc, cum revertendi consuetudinem deseruerint.*

Hæc de Ulpiani verbis: cæterum vim disputationis pulchre exhibet Quintilianus *d. Declam.* 13. *cap.* 7. ea gratia non pigebit me, ejus verba, etsi complufcula, adscribere. Ea verba sunt. *In duas, quantum animadvertere potui, quæstiones dividit caussam, an damnum sit, & an injuria datum. Negat esse damnum, quod animal liberum, & volucre, & vagum, & extra imperia positum perdiderit.* Et post. *Quoniam quidem quæritur, an damnum sit perdere, quod lucrum est habere. Liberum est animal, puta: non dico fœtus meis manibus exceptos, & in tutam conditos sedem, & reservatis ad supplementa generis favis examen vernaculum, quoniam quidem tyrannorum jura defendis, natos in privato meo: puta me vel inanis arboris trunco, vel cavis inventos petris, domum favos retulisse: multa nihilominus quæ libera fuerant, transeunt in jus occupantium, sicut venatio, & aucupatio. Nam ut cætera animalia hominum caussa finxerit providentia, quod omnibus nascitur, industriæ præmium est. Quid autem non liberum natura genuit? Taceo de servis, quos bellorum iniquitas in prædam victoribus dedit, iisdem legibus, eadem fortuna, eadem necessitate natos. Ex eodem cælo spiritum trahunt: nec natura vilis, sed fortuna dominum dedit. Cur infrenatis equis victor insidet? Cur injusto cotidie jugo boum colla deterimus? Cur in usum vestium sæpe pecori lanæ detrahuntur; (Taceo de sanguine & epulis, per mortem paratis) Si omnia quæ libera generantur, naturæ demus, definitis divites esse. Si vero hæc conditio est, ut quicquid ex his animalibus in usum homini cessit, proprium sit habentis: profecto quicquid jure possidetur, injuria aufertur, ut volucres mites, & aliæ quæ per rusticas villas, quæque ditibus cellis saginantur, in quibus tamen domini ambigua possessio est, & vaccæ, & armenta, & omne pecudum genus. Sed illa impositus cobibet magister. Pejusne domino in iis jus est, quibus custode non opus est? Nam si hoc dicitis, nihil esse nostrum quod perire possit, ex nullius animalis damno hæc edi formula potest. Nam & errare pecudes solent, & fugere mancipia. Si hoc in cæteris non obstat, vagari tu nolles apes, in opus exire, & ad cotidianum censum laboris assidui non detrectare militiam. An non ipsæ domum sua sponte revolant, finemque laboris sui sole metiuntur, & omnis intra solitas domos turba conditur, noctemque modesto silentio trahunt? Age porro, ut non sit earum certa possessio, dum volant: nempe cum remearunt, concludi, transferri, donari, vænire possunt: in potestate sunt. Quomodo autem potest sine damno meo perire, quod cotidie meum est? At extra imperia positum est. Mirum hercle, si negato commercio sermonis humani, sunt in cæterorum animalium forma. Tamen quam dominus dedit, incolunt sedem, lascivientem luxuria fugam tinnitu compescimus. Etiam si diversis regibus coorta seditio ad bellum inflammavit iras, exiguo pulvere, vel unius pœna ducis resedit omnis tumor. Illa vero admiranda sedulitas, quod operi totus insumitur dies, in dominorum reditus ablata supplentur. Age, si obsequi possent, quid amplius imperares? Intelligo his vanis ultra necessitatem esse responsum. Si non sunt apes meæ, ne id quidem, quod his efficitur, meum est. Atqui nulla unquam inveniri potuit impudentia, quæ fructus mellis in dubium vocaret. Hoc ergo fieri potest, ut quod nascitur, meum sit: quod generat, alienum? Age, si mihi alvei furto abessent, utrum nulla daretur actio? An viminis modo, vilisque texti pretium formula taxassem, & perinde agerem quasi inanes perdidissem? Nisi fallor, esset æstimatio & apum. An tandem, quas surripere non liceret, liceat occidere? Non est damnum, quod exutus sum? quod reditus perdidi? quod annuos fructus præsidia paupertatis amisi? Non est damnum id perdidisse, quod (ut proximo utar argumento) si habere voluero, emendum est?*

CAPUT XV.

Hoc capite caveri quidem de cætero omni damno, sed maxime, si quid ustum, fractum, aut ruptum sit. Hoc verbum, ruptum, videri generale, & sic acceptum esse, corruptum. An consumptum rupti appellatione veniat? Ruptum seu corruptum non intelligi, nisi & damnum datum sit.

Deinde ait lex, *Si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit: ruperit.* Si quis igitur hominem vel pecudem non occiderit, sed eum aut quid aliud, usserit, fregerit, ruperit; sine dubio ex his verbis legis agendum erit. Primum, si usserit: ut si servo meo facem objecerit, & eum adusserit *l.* 27. §. 6. *D. Ad Legem Aquiliam*: item si arbustum meum vel villam meam incenderit *d. l* 27. §. 7. quod sæpe contigit, vel lascivia, vel imprudentia, facientium iter noctu ad lumina. Meminit Ovidius *lib.* 1. *Metam. fab.* 9. & Varro *lib.* 1. *De re rustica c.* 14. quibus adde Casaubonum ad Suetonii *Julium c.* 31. Idem est, si quid fregerit: ut si ædificii mei fores confregerit vel refregerit *d. l.* 27. §. 31. verbi gratia, injuriæ caussa *l.* 53. *D. de furtis*, aut per libidinem *l.* 39. *D. eod. tit.* aut per lasciviam, aut expilandi caussa: quod solere noctur-

sturnos vagatores, testis est Juvenalis *sat.* 3. *vers.* 302. Suetonius quoque *in Nerone c.* 26. de eo sic scribens. *Redeuntes a cœna verberare ac repugnantes vulnerare, cloacisque demergere assueverat, tabernulas etiam effringere, & expilare, quintana domi constituta, ubi partæ & ad licitationem dividendæ prædæ pretium assumeretur.* Item qui ruperit, lege Aquilia tenetur: ut si servum vulneraverit vel virgis, vel loris, vel pugnis, vel telo, vel quo alio, ut ei corpus scinderet, vel tumorem faceret *d. l.* 27. §. 17. vel si mulierem pugno, vel equam ictu, percusserit; & mulier, vel equa, ejecerit *d. l.* §. 22. id est, abortum fecerit: ut in *l.* 39. *D. eod. tit.* Idem, si navem perforaverit: nam & hic, quasi ruperit, tenetur *d. l.* 27. §. 24. Idem, si maritus uxori margaritas extricatas dedisset in usu; eaque, inscio vel invito viro perforasset, uti pertusis in linea uteretur *d. l.* 27. § 30. Casaubonus ad Capitolinum *in Maximino juniore c.* 1. ait, gemmas ornatui mulieris & solutas admoveri, & in lineam missas: inde margaritas extri atas ab Ulpiano opponi pertusis, quibus in linea utebatur mulier. Leunclavius pro, *margaritas extricatas*, reponit, *margaritas atretas*; id est, non perforatas: causatus, his pertusas seu perforatas ab Ulpiano opponi: tum, id verbum, *atretas*, extare apud Græcos *Basilic. lib.* 60. *tit.* 3. *p.* 96. Budæus putat, margaritas extricatas appellari, quæ ex rudi & nativo habitu arte gemmarii politæ sunt. Cujacius *lib.* 18. *Observ. c.* 37. ait exaluminatas a Plinio dici a detracto alumine, nondum pertusas tamen & in lineam conjectas: ita Græcos ἀτρήτους interpretari. Quidquid est; extricare est solvere, seu expedire; & ait Plinius *lib.* 9. *Historiæ naturalis c.* 35. *Sanos quidem partus multiplici constare cute, non improprie callum ut existimari corporis possit, itaque & purgari a peritis.*

Sed non ad hunc finem substitit interpretatio verbi, *ruperit*: verum, ut Ulpianus refert *d. l.* 27. §. 13. omnes Veteres fere id sic intellexerunt, *corruperit.* ubi? in Fori disputatione: in qua solebant Veteres, si de jure ambigeretur, cum rerum causas, tum verborum originem, usum ac proprietatem, inquirere & definire: eaque definitio, etsi non haberet vim juris, præterquam usu recepta; tamen magnæ auctoritatis habebatur. hujus instituti meminit Pomponius *l.* 2. §. 5. *D. de origine juris;* etiam Justinianus *pr. Inst. de codicillis*, & §. 25. *Inst. de rerum divisione.* Igitur cum in Fori disputatione dubitaretur, quid valeret verbum, *ruperit;* fere omnes Jurisconsulti id sic intellexerunt, *corruperit*; sub eoque & fracta, & collisa, & effusa, & quoque modo perempta, aut deteriora facta, complexi sunt *l.* 27. §. 16. *D. Ad legem Aquiliam.* §. 13. *Inst. eod. tit.* Id vero si est: quid opus fuit tot verbis, *usserit*, *fregerit*, *ruperit;* cum sola *rupti* appellatio sufficeret? Sed verum est, quod Ulpianus observat *d. l.* 27. §. 16. legem voluisse, specialiter quibusdam enumeratis, generale subjicere verbum, quo specialia complecteretur, idque novum non esse.

Igitur si quis corruperit, peremerit, deterius fecerit quid quoque modo, is rupisse videtur. Quid, si consumpserit, verbi gratia, alienum vinum aut frumentum? proprie non dicetur rupisse: id est, ea aut corrupisse aut deteriora fecisse: quippe quia ea adhibuit ad eum usum, ad quem naturaliter sunt inventa: quod non est corrumpere, aut deterius facere. non igitur tenetur directa actione legis Aquiliæ: sed tenetur actione utili *l.* 30. §. 2. *D. Ad legem Aquiliam*, quam producit publica utilitas ex sententia legis: eo pergentis, ne quod alteri per alterum damnum injuria inferatur. Idem dicendum est, si glans ex arbore tua cadat in meum fundum, eamque immisso pecore ego depascam: nam neque hic competit tibi legitima actio damni injuria: quia nec glans proprie dicitur corrumpi aut deterior fieri pastu & consumptione: ad quam a natura comparata est. Nihilominus quia iniquum foret, legis angustias tibi prodesse cum injuria mea, etiam eo porrigenda videtur severitas juris per actionem in factum: ut Ulpianus loquitur *l.* 4. §. 3. *D. de præscriptis verbis:* id est, per utilem actionem. nam hanc indigitant Imperatores, Diocletianus & Maximianus *l. ult. C. de lege Aquilia.* Verba Imperatorum: *De his, quæ per injuriam depasta contendis, ex sententia legis Aquiliæ agere minime probiberis.* Vides, si quæ per injuriam sint depasta, deficere legis Aquiliæ verba; sed sententiam non deficere: & ideo cessare directam actionem; sed utilem dari. per injuriam, inquam ut in illo Juvenalis *sat.* 14. *vers.* 40. & *seqq.*

— — — Ergo paratur
Altera villa tibi, cum rus non sufficit unum,
Et proferre libet fineis, majorque videtur
Et melior vicina seges. mercaris & hanc, &
Arbusta, & densa montem qui canet oliva,
Quorum si pretio dominus non vincitur ullo,
Nocte boves macri, lassoque famelica collo
Jumenta ad virideis hujus mittentur aristas,
Nec prius inde domum, quam tota novalia sævos
In ventres abeant, ut credas falcibus actum.
Dicere vix possis, quam multi talia plorent.
Et quot venaleis injuria fecerit agros.

Ex his patet, eum qui *ruperit*, hoc capite legis Aquiliæ teneri. sed utrum tum demum, si damnum dederit, an & si non dederit? fac, quid rupisse; sed hoc ab hominum usu aut studiis ipsa ruptione dignitatem aut pretium accipere: quod sæpe evenit. Quintilianus, *Declam.* 298. *p.* 439. *Habent hoc quoque deliciæ divitum: malunt quærere omnia contra naturam. Gratus est ille debilitate, ille ipsa infelicitate distorti corporis placet: alter emitur, quia coloris alieni est.* Simile Martialis in aceto Ægyptiaco observat *lib* XIII. *Epigr.* 122.

Amphora Niliaci non sit tibi vilis aceti,
Esset cum vinum, vilior illa fuit.

Sed rupisse intelligitur demum qui & damnum dedit: sic enim lex sonat. *Si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit.* Proinde si ruperit, sed rem aut pretiosiorem, aut nullo pretio viliorem, deterioremve, fecerit; hoc capite non tenetur: idque Ulpianus indicat *l.* 7. §. 17. *D. Ad legem Aquiliam;* cum ait, legem Aquiliam ruptiones non quascumque persequi, sed has quæ damnum dant, & servum ruptione viliorem deterioremve faciunt. Exemplum elegans in §. 28. *d. l.* 27. si quis alienum puerum castraverit: quamvis enim sic puerum ruperit, tamen Aquilia cessat: quia libidini visum, hominis integri aut castrati pretium non vera bonitate, sed usu censere; itaque castratum, etsi propter vitium excisæ virilitatis natura vilior deteriorque sit, tamen propter formam mollitiemque effeminati sexus longe pretiosiorem, quam hominem integrum habere: ut probat Quintilianus *lib.* 5. *Inst. orat. c.* 12. Plane si servus castratus pretio non quidem sit deterior factus, verum sumptus in ejus salutem & sanitatem facti sint, quia in hæc quoque videtur damnum datum, ideo lege Aquilia agi poterit *d. l.* 27. §. 17.

CAPUT XVI.

Emendatio l. 41. D. Ad legem Aquiliam.

Eodem pertinet quæstio *l.* 41. *D. Ad legem Aquiliam.* in qua ita infit Ulpianus.

Si quis testamentum deleverit, an damni injuriæ actio competat, videamus & Marcellus lib. 5. Digestorum dubitans negat competere. quemadmodum enim, inquit, æstimatio inibitur? ego apud eum notavi, in testatore quidem hoc esse verum; quia quod interest ejus, æstimari non potest. verumtamen in herede vel legatariis diversum; quibus testamenta pene chirographa sunt. Ibidem Marcellus scribit, chirographo deleto competere legis Aquiliæ actionem. Sed & si quis tabulas testamenti apud se depositas deleverit, vel pluribus præsentibus legerit, utilius est in factum, & injuriarum agi, si injuriæ faciendæ causa secreta judiciorum publicavit.

Quæstio est, si quis testamentum deleverit, ita ut legi non possit: (sic accipiendum verbum, *deleverit:* út & ratio vult, & Julianus *l.* 42. *D. eod. tit.*) an damni injuriæ actio aut testatori competat, aut heredi? Et quod ad testatorem attinet; non placet, ei actionem competere, præterquam tabularum ratione *l.* 27. §. *ult. D. de furtis:* nam & corruptæ videntur *d. l.* 42. & in his damnum datum potest civiliter æstimari quod autem præterea intersit testatoris, non habet civilem æstimationem: cum ad testatorem ex testamento nulla perveniat pecuniaria utilitas: oportet autem, ut damnum datum sit, non quale quale datum esse, sed pecuniæ. Ita in testatore jus est. quid in herede? contra est: quia testamentum illi pene chirographum est: hoc est, quia testamentum illi tuetur fidem delatæ hereditatis, pariter ut chirographum creditori servat jus debiti: denique, ut creditor deleto chirographo, sic heres interleto testamento damnum pati videtur, & ob id lege Aquilia experiri potest *d. l.* 41. & 42. *D. Ad legem Aquiliam,* & *l.* 27. §. *ult. D. de furtis:* præsertim si interletum sit post aditam hereditatem: nam inde hereditas ei adquisita est: quod si ante deletum sit, non sufficit illi Aquilia, nondum constituto jure, sive ex persona sua, quæ nondum heres est ante aditam hereditatem, neque ex persona defuncti, cujus nihil interest, & ideo necessaria ei est de dolo actio *l.* 35. *D. de dolo malo.* Atque ea hactenus plana sunt: sed quod sequitur in *d. l.* 41. difficilius est.

Sed & si quis tabulas testamenti apud se depositas deleverit, vel pluribus præsentibus legerit, utilius est in factum & injuriarum agi, si injuriæ faciendæ causa secreta judiciorum publicavit.

Ait, eum qui delevit tabulas testamenti apud se depositas, vel eas legit coram pluribus, & injuriarum, & in factum, actione teneri: idque verissimum est, quantum attinet ad actionem injuriarum, si injuriæ consilio fecisse proponatur: sed quantum ad actionem in factum pertinet, deletis tabulis, qui procedit? nam actio in factum ea in specie neque competit, neque necessaria est, cum Aquilia suppetat. Mea sententia, erit sublata difficultas, si legetur.

Sed & si quis tabulas testamenti apud se depositas deleverit, vel pluribus præsentibus legerit, utilius est furti & injuriarum agi, si injuriæ faciendæ causa secreta judiciorum publicavit.

Hanc emandationem patitur facti species; cui utraque convenit actio, & furti, & injuriarum. nam si testamentum lucri faciendi causa sit deletum aut lectum, furtum contrectatione factum est: sin injuriæ faciendæ animus fuit, injuria videtur. Hoc olim vidit Græcus Interpres *Basilic. lib.* 60. *tit.* 3. sic enim vertit eum versum, interpretante Fabroto. *Qui depositum apud se testamentum delevit, vel pluribus legit, tenetur actione in duplum, & injuriarum, si injuriæ faciendæ causa secreta publicavit.* Sic Græcus Interpres: cui favet aliquatenus §. 1. *ejusdem loci;* in quo Ulpianus eidem facto actionem furti accommodat. Antiqua tamen est recepta lectio, observante eam, ut & emendationem Græci Interpretis, Scholiaste ejus, Scholio ad verbum, *in duplum,* his verbis. *Vide autem, ut hoc loco repugnet Basilicus Antiquo. ille enim in duplum actionem dicit, & manifestum est, eum de actione furti intelligere ex eo, quod sequitur* interdum. *Antiquus autem aperte in factum scripsit.*

CAPUT XVII.

Si quis olivam immaturam decerpserit, vel segetem desecuerit, vel uvas crudas, an Aquilia teneatur? Ulpianus expositus l. 27. §. 25. D. Ad legem Aquiliam, & Javolenus l. 42. D. de usu & usufructu legato.

Similis quæstio est, si quis olivam decerpserit, vel segetem desecuerit, vel vineas, an lege Aquilia teneatur? Eam quæstionem proponit & definit Ulpianus *l.* 27. § 25. *D. Ad legem Aquiliam,* verbis sequentibus.

Si olivam immaturam decerpserit, vel segetem desecuerit immaturam, vel vineas crudas, Aquilia tenebitur. quod si jam maturas, cessat Aquilia: nulla enim injuria est, cum tibi etiam impensas donaverit, quæ in collectionem hujusmodi fructuum impenduntur. Sed si collecta hæc interceperit, furti tenetur. Octavenus in uvis adjicit, nisi, inquit, in terram uvas projecit, ut effunderentur.

Sic Ulpianus, &, opinor, verissime: nam si uvæ, aut oleæ, aut segetes, jam maturæ decerptæ sunt, non etiam ablatæ: non videtur domino damnum injuria datum esse, cum utilitas ejus decerpendo magis aucta sit, quam imminuta. debuisset enim maturas, nisi ab alio decerptæ fuissent, ipse decerpere, & colligere, atque eam ob rem impensas facere. at has fecit is qui segetes desecuit, vel olivas & uvas decerpsit; amplius, eas domino donavit. non igitur ei dedit damnum, sed lucrum; neque adeo legi Aquiliæ obnoxius est. hoc, si maturæ decerptæ sint. quid, si immaturæ? ait Ulpianus, Aquiliæ locum esse: quia major est maturorum fructuum usus, quam immaturorum: expedit certe domino, fructus maturescere, & ei temeraria col-

collectione non interverti spem maturitatis. Atque hoc in uvis & segete verissimum est; idemque in olivis videri possit: quia Cato *De re rustica c. 65.* scribit, olivam maturam domino expedire, licet ex immatura oleum optimum fiat. Verba Catonis sunt. *Oleam, ubi nigra erit, stringito: quam acerba olea oleum facies, tam oleum fieri maxime expediet.* Sic Cato. Sed aliter Javolenus *l. 42. D. de usu & usufructu legato.* ait enim, oleam etiam immaturam in fructu esse, & ad fructuarium pertinere; addita causa, quod oliva immatura plus habet reditus, quam si matura legatur. id vero si placet; quæso, qui potest lex Aquilia in olea immatura lecta locum habere, in matura non habere? utique, si immatura habet plus reditus, quam matura; non magis potest, immatura lecta, domino damnum injuria datum videri, quam matura. Habes tenebras: sed lucem dabit maturitatis definitio: in qua, ut Plinius inquit *lib. 15. Naturalis historiæ c. 3.* error hominum falsus, existimantium maturitatis initium, quod est vitii proximum. Quid autem maturum sit, A. Gellius sic exponit *lib. x. Noct. Attic. c. 11. P. Nigidius homo in omnium bonarum artium disciplinis egregius, Mature, inquit, est quod neque citius est neque serius; sed medium quiddam & temperatum est. bene atque proprie Nigidius. nam & in frugibus & in pomis matura dicuntur, quæ neque cruda & immitia sunt, neque caduca & decocta, sed tempore suo adulta maturaque.* Ita Gellius: si vere; olivam distingue crudam & nondum inchoatæ maturitatis ab ea cujus media seu vera, etiam ab ea cujus jam plena & decocta maturitas est: hos enim & Columella in oliva gradus facit *De re rustica lib. 12. c. 52.* Verba Columellæ. *Media est olivitas plerumque initium mensis Decembris. nam & ante hoc tempus acerbum oleum conficitur, quod vocatur æstivum, & circa hunc mensem viride premitur, deinde postea maturum. Sed acerbum oleum facere patrisfamilias rationibus non conducit, quoniam exiguum fluit, nisi bacca tempestatibus in terram decidit, & necesse est eam legere, ne a domesticis pecudibus, ferisve consumatur. Viridis autem notæ conficere vel maxime expedit, cum & satis fluit, & pretio pene duplicat domini reditum. Sed si vasta sunt oliveta, necesse est, ut aliqua pars eorum matura fructui reservetur.* Hoc Columella. idem vel simile Plinius *lib. 15. Naturalis historiæ c. 1.* verbis sequentibus. *Ex eadem oliva differunt succi. Primum omnium e cruda, atque nondum inchoatæ maturitatis.* Et post. *Quanto maturior bacca, tanto pinguior succus, minusque gratus. Optima autem ætas ad decerpendum inter copiam, bonitatemque, incipiente bacca nigrescere.* Idem rursus *c. 3.* ejusdem libri, *Ferunt*, inquit, *frigore sterilitatem* (Dalechampius mavult, *suavitatem*) *fieri, sicut copiam maturitate.* Hæc Plinius & Columella: ex quibus liquet, quod oliva immatura, si tamen inchoatæ maturitatis est, habet plus reditus, quam ea quæ consummatæ maturitatis est, licet ista copiosior sit: plus etiam, quam cruda, etsi cruda habeat oleum sapore præstantissimum. Igitur si quidem fructuarius aut colonus hanc aut illam decerpit, arbitratus, ad usum suum pertinere, quia domini voluntate atque exemplo decerpit; videtur eam boni viri arbitratu decerpere: quod si alius decerpit olivam adhuc crudam & nondum inchoatæ maturitatis, alius, inquam, sed qui domini voluntate & jure destituitur; e diverso placet, domino damnum injuria eum dare, & idcirco lege Aquilia teneri. quod si maturam colligit, id est, nigrescentem & inchoatæ, aut etiam absolutæ, maturitatis; jam neque videtur domino damnum injuria dare, & fere impensas, quas in collectionem fecit, ei donare *l. 27. §. 25. D. Ad legem Aquiliam.* Hæc ideo tam varie, quia non debet alius domino præscribere, quid ex re sua sibi utilius aptiusve existimet. at in persona domini qui magis suo commodo studet, quam alterius damno, vere dicetur, eum suæ rei etiam in abutendo moderatorem esse; & ideo vel illa, quæ minus lucri habent, illi utilia intelligi, si delicias & jucunditatem præstent, & ejus negotio cedant, quamvis non bono.

CAPUT XVIII.

Verbum, ruperit, *in lege Aquilia non indigitare aliam corruptionem, quam qua damnum corpori & a corpore adfertur. complura loca explicita.*

Hactenus ostendi, Veteres fere omnes, *ruperit* verbum in Lege Aquilia interpretari, *corruperit*; eoque omnem complecti corruptionem, alteri damnum injuria adferentem. Jam addam, hoc plus eos postulare, esse id damnum corpori a corpore datum: & ita demum directam concedere actionem. cæterum in eum qui corpori dederit damnum, sed non corpore, actionem dumtaxat utilem competere. quid si non corpore datum fuerit damnum, neque corpus læsum sit, sed alio modo alicui damnum contigerit? hic quum non sufficiat neque directa, neque utilis Legis Aquiliæ actio: placere, eum qui obnoxius fuerit, in factum actione Jure Prætorio in subsidium teneri §. 16. *Inst. l. 33. §. 1. D. h. t. l. 11. D. de præscript. verb.*

Exemplum in eo qui misericordia ductus, alienum servum compeditum solverit, ut fugeret, forte ergastulum: nam in ergastulis compediti vinctique servi, sive ad cultum agri, sive ad lapidicinas, sive ad aliud opus, adhiberentur: de quibus more suo quia erudite & plene disputavit V. CL. Justus Lipsius *lib. 2. Electorum c. xv.* non agam jam actum. Proinde si quis alienum servum compeditum solverit, ut fugeret: is non corpore suo rupit servi corpus, ut locum habeat actio directa, neque præstitit causam ruptioni corporis servi, ut actio utilis dari possit, & tamen nocuit domino, cujus servum intempestiva misericordia solvit: igitur actione in factum tenebitur §. 16. *Inst.* Sic ea in specie.

Aliud dicendum est, tametsi idem videatur primo obtutu, si quis aprum meum ferum, & hærentem meo laqueo, in suam naturalem laxitatem dimisit. nam tum danda mihi actio in factum est *l. 55. D. de adquirendo rerum dominio*, id est, utilis Aquilia; etsi corpore suo non ruperit apri corpus, neque in causa fuerit, ut rumperetur: sicut superiore casu neque rupit servum, neque fecit, ut rumperetur. hoc tamen interest, quod servus meus etiam, cum a te solutus est, & fugit, meus manet; apex

autem meus, solutus laqueo quo hærebat, meus esse desinit, & mihi perinde perit, ac si occisus esset; huic autem damno causam præbuit ille qui aprum laqueo solvit: quid ni igitur actione in factum, sed civili, sive utili Aquilia, teneatur? quamquam ille qui servum meum compeditum solvit, tantum in factum jure prætorio obligetur. Argumentum huic rei *l.* 49. *D. h. t.* in qua Titius alienas apes fumo fugavit, vel etiam necavit. (res nota, & quam Livius tangit *lib.* 4. etiam Quintilianus *Declam.* 13. *Hoc*, inquiens, *veneno vindicas*, *quod me hercle inhumane etiam fumo probibuisses?*) Titius, inquam alienas apes fumo necavit: quia non tam videtur apes occidisse, quam eis causam mortis præbuisse, ideo magis actione in factum, id est, magis utili, quam directa, tenebitur. idem putat Ulpianus, si fugavit: quia, etsi fugatæ apes proprie ruptæ non sint, tamen quia domino perierunt, idcirco cum necatis, ruptisve, comparantur, & utrimque utili actioni peræque locus est. Idem jus est, cum quidam poculum alterius ex nave ejecisset: nam & hunc in factum actione teneri, Proculus interpretatur *d. l.* 55. *D. de adquirendo rerum dominio*, & Ulpianus *l.* 14. §. 1. *D. de præscriptis verbis.* actionem autem in factum utilem Aquiliam accipiendam esse, etiam ex eo claret, quod Ulpianus *l.* 27. §. 21. *D. h. t.* si Titius de manu mea nummos meos excussit, & hi ita perierunt, ne ad aliquem pervenirent, puta, si in flumen, in mare, aut cloacam, ceciderunt, damni injuriæ actionem mihi dandam esse, ex Sabino refert: id est, ut mihi videtur, utilem: nam neque actio prætoria in factum aut Aquilia, aut damni injuriæ, appellatur umquam; cum utilis ita sæpe vocetur *l. pen. C. de lege Aquilia*, & *l.* 7. §. 4. *D. de dolo malo*: & directam Aquiliam competere ea in specie, Pomponius ad Sabinum negat apud Ulpianum *d. l.* 14. §. 2. quæso quamobrem? quia Titius proprie quidem corpore suo non rupit corpora nummorum meorum, quæ etiam aquis mersa integra & incorrupta manserunt: sed fecit, ut mihi perinde interirent, ac si in rerum natura non essent, postquam mihi spes eos recipiendi nulla reliqua est. Hæc, si ita perierint nummi, ut ad neminem pervenerint; sed si ad aliquem pervenerint, posse actionem in factum dari, (jure, opinor, prætorio) idem Sabinus ait, auctore Ulpiano *d. l.* 27. §. 21. quid ita? quia adhuc extant nummi integri & illæsi; denique & rei vindicatione, & aliter, repeti possunt, & tamen tu mihi damnum dedisti, quamvis integris nummis meis; pariter ut, cum servum meum compeditum & vinctum solvisti ac dimisisti, ut fugeret, actione in factum subsidiaria mihi teneris. Exposui unum alterumque exemplum.

Est & aliud in *d. l.* 27. §. 14. In alienam segetem (id est, in alienam terram aratam & consitam: ea enim terra seges appellatur, Festo & Nonio interprete) injecisti lolium, aut avenam, quo eam tu inquinares, id est, ut ea nitentia culta pollueres injectione seminis sterilis & infelicis, quale est lolium & avena, juxta illud Virgilii *lib.* 1. *Georgic. vers.* 154.

—— —— —— *Interque nitentia culta*
Infelix lolium & steriles dominantur avenæ.

Si, inquam, alienam segetem inquinasti, seu deformasti, injectione avenæ aut lolii: domino damnum dedisti; sed lege Aquilia non teneris: quia speciem proprie non corrupisti, aut mutasti, quod lex Aquilia desiderat, etsi corpori applicueris aliquid cujus difficilis separatio sit. Et certe est aliud genus damni, ipsum quid corrumpere & mutare, ut Aquilia locum habeat; aliud, nulla ipsius mutatione applicare aliud cujus molesta separatio sit. Sed etsi ea vera corruptio non sit, tamen propter difficilem separationem, quasi corruptio videtur *l.* 15. §. 2. *D. Locati conducti:* de qua non ex lege Aquilia directa vel utilis actio, sed ex Edicto Prætoris subsidiaria in factum actio indulgetur; etiam interdictum quod vi aut clam *d.* §. 14. *l.* 27. cui locus est, quoties quid in solo vi aut clam factum dicitur *l.* 1. §. 4. & *l.* 7. §. 5. *D. Quod vi aut clam:* utrumque autem datur domino; sed & colono, ut quidem Ulpianus refert, si ejus interest propter fructus *l.* 11. §. *ult.* & *l.* 12. *D. eod. tit.* Ut tamen colonus, si actionem in factum exerceat, caveat, amplius non agi: id est, dominum amplius non inquietaturum eum, qui damnum dedit. quod & alibi fit *l.* 29. *D. de jure dotium.* Ita in segete.

Idem dicendum, si quis frumento arenam immiscuit, vel quid simile cujus difficilis separatio sit: non enim frumentum corrupisse aut immutasse vere dicetur, ut lege Aquilia conveniri possit; & tamen de quasi corrupto in factum actione obligabitur *d. l.* 27. §. 20. aliter ac si quis vinum effudit, vel acetum fecit, aut spurcavit: tum enim Aquilia, id est, directa actione, agi posse, Ulpianus refert: quia etiam effusum, & acetum factum, (quod *culpatum vinum* Macrobio dicitur *lib.* 7. *Saturn. c.* 6.) corrupti appellatione venit *d. l.* 27. §. 15. Eo sensu ait Macrobius *d. l.* 7. *c.* 12. *Si vasa vini atque olei diutule semiplena custodias*, *vinum ferme in acorem corrumpitur*, *oleo contra sapor suavior conciliatur.* Idem est, si quis vinum spurcavit: siquidem spurcum est, ut Festus scribit, cui aqua admixta est, defrutumve, aut igne tactum est, mustumve, antequam defervescat.

Igitur non sufficit, damnum datum esse; sed necesse est, ut corpori, etiam ut a corpore, datum sit: ait enim lex, *Si quis alteri damnum faxit*, *quod usserit*, *fregerit*, *ruperit*: illa autem verba sic accipienda sunt, Si quis ipse per se quid usserit, fregerit, ruperit; vel, quod idem, Si directo egerit corpore suo, uti quid ureret, frangeret, rumperet: cæterum si non per se ipse, id est, si non præcipue corpore suo, damnum dederit, sive si non id directo egerit, ut alteri quid ureret, frangeret, rumperet, etsi damno causam præstitit, id est, etsi fecit, ut quid alteri ureretur, frangeretur, rumperetur; non tenebitur quidem directa legis Aquiliæ actione: sed quia non interest, utrum alteri damnum dederit corpore suo, an damno causam præbuerit; obtinuit, ut utilis actio adversus eum velut ex legis sententia daretur §. 16. *Inst. h. t.*

Exempla sunt ad hanc rem elegantia in *l.* 27. §. 6. & *seqq. D. d. t.* sed aliquanto pleniora apud Licinium Rufinum *Tit.* 12. *Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum*, quamquam corrupta. Ecce, facem objecisti servo meo, & eum adussisti, item villam meam, vel arbustum meum, incendisti, quia per te fecisti & corpore præcipue tuo, legi Aquiliæ locus est *d.* §. 6. & *seq.* idem est, si voluisti insulam meam exurere, & ignis ad vicini quoque insulam pervenit: nam mihi Aquilia teneberis lege, etiam vicino, æque inquilinis ob res eorum exustas: uti apud Ulpianum Labeo respondit *d. l.* 27. §. 8. & *d. Tit.* 12. Eique convenit illud Senecæ Patris, in *Excerptis Controv.* 5. *lib.* 5. *Etiam si par-*

partem damni dare noluisti, si tamen noluisti, in totum quasi prudens dederis, tenendus es. Ex toto enim noluisse debet, qui imprudentia defenditur. Si fatereris scienter januam incendisse, si unum tignum, puto, tota domus intelligeretur ex parte: nec enim quisquam omnia incendit, sed unam aliquam rem, ex qua surgat in omnia se sparsurus ignis. Atqui pars domus est arbor, quæ in domo est. Huc usque sic editur: sed quia nullo plane sensu, divinavi quidem olim, *si tamen voluisti*: verum nuper intellecto, in *Variis lectionibus* V. Cl. Andreæ Schotti sic habere tres libros manuscriptos; ausus sum mihi persuadere, quam ante putavi conjecturam, esse veram Senecæ scripturam: maxime subscribente meæ sententiæ Eruditissimo meo Amico, Johanne Barbeyracio, V. Cl. *Not. Gallic. ad Grotium De jur. bel. & pac. lib.* 2. *c.* 17. *n.* 12. Senecæ addo, quod si stipulam in agro tuo incendisti, quod solent boni patresfamilias multas ob causas quas Virgilius *lib.* 1. *Georgic.* exponit *vers.* 84. *& seqq.* si, inquam, stipulam in agro tuo incendisti, ignisque ad vicini prædium pervagatus est, & hoc exussit, jam quæsitum est, an lege Aquilia tenearis? Et negat Ulpianus *d. Tit.* 12. sed in factum agendum esse, addita causa, quia non principaliter exussisti, sed dum egisti aliud, sic ignis processit. Exemplum hoc ex dictis locis unum.

Sequitur alterum. Alius ignem fornaci recte subjecit; alius ignem custodiit, sed negligenter; aut, cum deberet ignem custodire, ad fornacem obdormivit: domus exusta est, uter lege Aquilia tenetur? nam qui ignem recte subjecit, nihil peccavit: qui ignem negligenter custodiit, aut ad fornacem obdormivit, nihil fecit: oportet autem, ut Aquiliæ locus sit, non modo damnum datum esse, sed etiam injuria, amplius dantis corpore: id est, præcipue facto ejus. Utitur Legum Collatio exemplo quod omiserunt Pandectarum Compilatores in *d.* §. 9 id exemplum est, Si Medicus chirurgus hominem recte secuerit, sed negligenter vel ipse se, vel alius eum, curaverit: sive enim homo periit, sive debilitatus est, Aquilia cessat: quia non potest, quod alius peccavit, alii, id est, Medico imputari. Sed quid est? placet, in eum qui aut ad fornacem obdormivit, aut ignem negligenter curavit, non quidem ex verbis legis directam actionem dari, sed ad exemplum ejus utilem actionem competere. Qui potest? nam qui obdormivit, is rem humanam & naturalem passus est; ea vero neque culpa, neque injuria, videtur. Sed videamus, ne is qui ad fornacem obdormivit, non ob somnum teneatur: (neque enim somnus in culpam aut injuriam cadit) sed quia aut ignem non extinxit, aut ei custodiam & vigiliam quam recepit, non præstitit.

Aliud exemplum est *d. l.* 27. §. *ult. h. t.* Locasti tectori curandum laccum plenum vini: id est, ut Jacobus Cujacius V. Cl. interpretatur *lib.* 10. *Observ. c.* 9. vini cisternam curandam sive incrustandam: laccum enim intra extraque incrustari solitum, idem V. Cl. ex Suida docet; additque, tectorem appellari eum qui cisternæ inducit tectorium. Cujacio addam locum optimum ex Tertulliano, *De idololatria c.* 8. cujus hæc sunt verba. *Scit albarius tector & tecta sarcire, & tectoria inducere, & cisternam liare & cymatia distendere, & multa ornamenta præter simulachra parietibus incrispare.* Mentio ejusmodi tectoris in *l.* 5. §. 7. *D. Commodati vel contra*, & in sequente inscriptione apud Gruterum *pag.* 642.

P. MARCIVS. P. L
PHILODAMVS
TECTOR. SIBI
SVEISQVE HIC
JVCVNDA SEPVLTA
EST. DELICIA. EIVS

Igitur locasti tectori incrustandum laccum vini plenum. is eum pertudit: vinum effusum est. an lege Aquilia obligatur? Et quantum ad verba attinet, non videtur: non enim tector damnum dedit præcipue corpore suo, neque ita vinum effudit, corrupitve; quod lex desiderat: vitio tamen pertusæ & male incrustatæ cisternæ, id est, tectoris sive imprudentia, sive imperitia, utcumque culpa, factum est, uti vinum effunderetur & corrumperetur, & damno causa præberetur. proinde utilis in factum actio adversus eum velut ex legis sententia dabitur.

Aliud exemplum est in *l.* 29. §. 2. *D. h. t.* Navis tua impacta est in meam scapham: ea navis mihi damnum dedit. quæritur, an Aquilia actio mihi competat: damnum enim dedisti mihi, sed non manu tua aut corpore tuo, quod lex Aquilia postulat. Sed ait Proculus, si in nautarum potestate fuit, ne id accideret, & culpa eorum factum est, lege Aquilia cum nautis agendum esse: quia parvi refert, utrum tua manu damnum dederis, an navem immittendo, aut ferraculum, (ita habent Pandectæ Florentini, approbante Cujacio, qui *ferraculum* interpretatur *contum*: sed alii legunt *servaculum*, & exponunt scapham, cui nautæ vel pisces vel se tempestatis tempore committunt) parvi, inquam, refert, utrum damnum dederis tua manu, an navem immittendo, aut ferraculum, sive servaculum, ad navem ducendo: quando omnibus his modis per te, id est, præcipue corpore tuo, damno adficior. sed si fune rupto, casu fortuito, vel, cum non essent in nave nautæ qui eam regerent, navis tua impegerit in meam; neque cum nautis agendum esse, neque cum domino: quia neque nautarum neque domini culpa arguitur.

Caput XIX.

Legem Aquiliam, etsi corruptionem *persequatur hoc capite, tamen non aliam persequi, quam injuria factam.* injuriam *autem hoc capite similiter accipi, ut primo, pro qualicumque culpa. Si quid jure, aut casu ruptum sit, non intelligi injuriam. Quid juris, si quis vicini ædes dissipavit incendii arcendi gratia? & alia id genus exempla quædam elegantia exposita.*

Porro ait lex, *Injuria.* non igitur sufficit, ruptum esse; sed oportet, injuria factum esse: injuriam autem hoc capite similiter accipimus, ut primo, pro dolo, & culpa *l.* 30. §. 3. *D. Ad legem Aquiliam:* id est, pro dolo & qualicumque culpa. adeo si quid jure, aut casu, factum sit, neque injuria est, neque Aquilia locum habet. at si quid culpa, quamvis levissima *l.* 44. *D. eod. tit.* id est, si animo non quidem improbo, sed imprudente, factum o-

missumve sit, quod mereatur hominis sapientis reprehensionem, Aquilia locum habet.

Extant ad hanc partem pariter ut ad primam, exempla multa; sed adferam pauca, eadem non inutilia, neque inelegantia. Primum erit ex Ulpiano *l.* 49. §. 1. *D. Ad legem Aquiliam.* cujus hæc verba sunt.

Quod dicitur damnum injuria datum Aquilia persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum injuria datum quod cum damno injuriam attulerit: nisi magna vi cogente fuerit factum. ut Celsus scribit circa eum qui incendii arcendi gratia vicinas ædes intercidit. nam hic scribit cessare legis Aquiliæ actionem: justo enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas ædes intercidit. & sive pervenit ignis, sive ante exstinctus est, existimat legis Aquiliæ actionem cessare.

Proximæ Titii ædibus sunt ædes Sempronii; his ædes Mævii; has incendium occupavit. ejus incendii arcendi gratia Titius ædes Sempronii diruit. an lege Aquilia tenetur? Et non placet, eum teneri: quia non, si qualiter qualiter damnum dedit, Aquiliæ obnoxius est; sed si damnum injuria dedit: id est, si sine jure dedit, sive si culpa quali quali quæ cadat in hominis prudentissimi castigationem. at quis reprehendat Titium, quod motus magna vi & justo metu, ne ignis ad ædes suas perveniret, vicini ædes intercidit? fecit enim, ut ædes suas tueretur adversus vim incendii: quod jus & mos patitur, cum alias non possit: teste Seneca *lib.* 1. *De clementia c.* 25. qui inquit. *Sub uno aliquo tecto flamma apparuit, familia vicinique aquam ingerunt: at incendium vastum & multas jam domos depastum parte urbis obruitur.* Igitur si Titius Sempronio damnum dedit, dirutis, propter incendium, ædibus ejus: (quia necessitate damnum dedit) non injuria, sed lege temporis, damnum dedisse videtur: neque magis Aquilia tenetur lege, quam si alienas merces in mare projecisset servandarum mercium suarum causa *l.* 14. *D. de præscriptis verbis.* nam & has necessitate, velut jure, projecisse videtur. De utraque specie sic Seneca Pater, *lib.* 4. *Controvers. Necessitas est, quæ navigia jactu exonerat, necessitas est, quæ ruinis incendia opprimit, necessitas est lex temporis.* His accedit & alia ratio ex *l.* 7. §. 4. *D. Quod vi aut clam.* ea ratio est, quod Sempronii ædes æque perituræ fuissent, etsi a Titio non fuissent dirutæ. proinde si dirutæ sunt, non videtur damnum Sempronio datum esse, utique perituris ædibus. atque id adeo verum est, ut, sive pervenerit ignis ad Titii ædes, sive ante extinctus sit, Aquilia cesset: quia sufficit, Titio tum, cum ædes diruit, justum metum fuisse, ne ad se perveniret ignis quamvis is metus post desierit: nam, ut Horatius ait *lib.* 1. *epist.* 18.

— — — *Tua res agitur, paries cum proximus ardet,*
Et neglecta solent incendia sumere vires.

Habes elegantem Celsi & Ulpiani sententiam in *d. l.* 49. §. 1. *D. Ad legem Aquiliam* & *l.* 3. §. 7. *D. de incendio, ruina, naufragio*, neque aberrantem a Servii interpretatione: quam idem Ulpianus subjicit in hæc verba *l.* 7. §. 4. *D. Quod vi aut clam.*

Est & alia exceptio, de qua Celsus dubitat, an sit objicienda. ut puta si incendii arcendi causa vicini ædes intercidi, & quod vi aut clam mecum agatur, aut damni injuria. Gallus enim dubitat, an excipi oporteret, quod incendii defendendi causa factum non sit? Servius autem ait, si id magistratus fecisset, dandam esse, privato non esse idem concedendum. si tamen quid vi aut clam factum sit, neque ignis usque eo pervenisset, simpli litem æstimandam; si pervenisset, absolvi eum oportere. Idem ait esse, si damni injuria actum foret. quoniam nullam injuriam aut damnum dare videtur æque perituris ædibus. Quod si nullo incendio id feceris, deinde postea incendium ortum fuerit, non idem dicendum erit, quia non ex postfacto, sed ex præsenti statu damnum factum sit, nec ne, æstimari oportere Labeo ait.

Erat incendium in vicinia Titii. is cum timeret, ne id ad se veniret, vicini ædes dissipavit, quæritur, an interdicto, Quod vi aut clam, aut actione damni injuria ex lege Aquilia, conveniri; & si conveniatur, an se tueri possit hac exceptione, Quod incendii arcendi causa factum non sit? Primum ait Ulpianus, Celsum (ita legendum *Celsus*, non *Gallus*) dubitasse, an Titius, si hoc interdicto conveniatur, ea exceptione se tueri possit: id est, ait Celsum existimasse, Titio, si eo interdicto conveniatur, dandam esse hanc exceptionem hoc enim indigitat ea locutio, *dubito, an*: ut demonstravi supra capite sexto: in primis autem paret is sensus ipso qui ea locutione usus est, interprete in *d. l.* 49. §. 1. & *d. l.* 3. §. 7. Hoc primum ponit Ulpianus: sed deinde addit, Servium Magistratum distinxisse a privato: & Magistratui quidem, si id fecisset, atque ideo conventus esset, facilius exceptionem dedisse: puto, quod esse videretur præsumptio pro honore Magistratus, eum nil temere fecisse, sed cogente necessitate; utique, nisi adversarius eum injuriæ clare convinceret, id est, nisi contra ostenderet, ignem non fuisse eo probabiliter perventurum: privato autem, si is fecisset, exceptionem difficilius dedisse; nisi probaret, futurum fuisse probabiliter, ut eo ignis perveniret. summam tamen esse, ut si eo pervenisset ignis, id est, eo potuisset pervenire, reus absolvendus esset: si eo non pervenisset, hoc est, si non potuisset eo pervenire, lis æstimanda esset: id est, lis tanti æstimanda esset, quanti actoris interesset *l.* 15. §. 7. & 9. *D. Quod vi aut clam.* Sic mihi videtur, & hanc vocem *simpli*, quam plerique codices adgnoscunt in *d. l.* 7. §. 4. esse spuriam: quia condemnatio, quæ ex eo interdicto fit, ad id quod interest fit: adeo semper simpli est, dupli numquam est. Quod dixi, censet Servius in interdicto, Quod vi aut clam, idemque esse, si damni injuria agatur ex lege Aquilia; addita causa, quia neque damnum, neque injuria, dari aut fieri videtur æque perituris ædibus. Exposui unum exemplum.

Addam alterum ex *l.* 29. §. 3. *D. Ad legem Aquiliam.* Navis vi ventorum impulsa est in funes anchorarum alterius: nautæ illius navis ut se servarent, præciderunt funes anchorarum istius. navis ista periit, vel damnum passa est, an tenentur nautæ? distinguit Jurisconsultus, utrum potuerint se explicare aliter, quam præcisis funibus, an non potuerint. & priore casu putat, culpæ teneri eos, quia non habuerunt jus funes alterius præcidendi, quo illi nocerent tum, cum se aliter possent servare. posteriore casu contra censet: quia non videntur injuria fecisse nautæ, qui se tueri voluerunt, cum alias non possent; &, ut supra dictum, sequuti sunt legem temporis, coacti necessitate. Idem dicendum circa retia piscatorum, in quæ navis inciderat.

Similis species est §. 4. ejusdem legis. Navis obruit aliam navem contra se venientem: si contigit tanta vi, ut non potuerit temperari navis;

vis; nulla est in dominum danda actio: sin culpa nautarum, id est, gubernatoris vel ducatoris, (ita est in Florentinis Pandectis: neque improbo: nam videntur Veteres & *ducere* & *ducare* dixisse, indeque & *ducatus*, & *educare*, & *ducarii* pro ducibus, superesse) si, inquam, culpa nautarum, id est, gubernatoris vel ducatoris id factum est, Aquilia sufficit.

Est & aliud exemplum apud Alfenum *l.* 52. §. 1. *D. Ad legem Aquiliam*: id exemplum est. Tabernarius in semita (quæ est angustior via) noctu supra lapidem lucernam posuerat. quidam præteriens eam sustulerat. tabernarius eum consequutus, lucernam reposcebat, & fugientem retinebat. ille flagello, quod in manu habebat, in quo dolo inerat (ita recte Haloander & Russardus: qui addit ex Servio ad *lib.* 7. *Æneid. Virgilii vers.* 664. dolonem appellari flagellum, intra cujus virgam latet pugio) verberare tabernarium cœperat, ut se mitteret. ex eo orta majore rixa, id est, pugna, seu contentione, quæ jam manu constaret, non tantum verbis: ut in simili fere specie apud Suetonium *in Nerone c.* 26. ubi, *Sæpe*, inquit, *in ejusmodi rixis oculorum & vitæ periculum adiit, a quodam laticlavio, cujus uxorem attrectaverat, prope ad necem cæsus.* Et apud Juvenalem *sat.* 3. *vers.* 287.

—— —— *Miseræ cognosce procemia rixæ,*
Si rixa est, ubi tu pulsas, ego vapulo tantum.

Utitur & Tacitus eodem sensu *lib.* 1. *Histor. c.* 64. *Jurgio*, inquiens, *mox rixa inter Batavos & legionarios. dum his aut illis studia militum adgregantur, prope in prælium exarsere.* Ex eo, inquam, majore rixa facta, tabernarius ei qui lucernam sustulerat, oculum effoderat: quærebatur, num non videretur illi damnum injuria dedisse? sic legendum censet Antonius Augustinus *lib.* 1. *Emendationum c.* 1. *Consulebat, num damnum injuria non videtur dedisse, quoniam prior flagello percussus esset*) Respondit Alfenus, si prior flagello percussus tabernarius se defendit, & alteri oculum effodit non dedita opera; non videri damnum injuria dedisse Et recte, quid enim imputatur ei qui fuit jure suo usus; sive lucernam suam repetiit, sive cum vapularet, se defendit? etsi alteri oculum effodit casu: nam huic humanitas ignoscit: hic maxime, ubi damnum contigit culpa ejus qui damnum passus est, neque ideo damnum passus videtur *l.* 203. *D. de regulis juris.* Ita, si tabernarius cum prior vapularet, oculum furi casu effodit: sed si fecit data opera, aut cum alter lucernam ei eriperet, rixatus est, id est, illum vi & manu aggressus est; videtur damnum injuria dedisse: quia conveniebat constitutis judiciis, ne se privatim ulcisceretur tabernarius, neve furem ob nudam lucernæ defensionem, non dicam, occideret, sed neque verberaret, læderetve: etsi ei jus erat, lucernam suam retinere aut repetere, & ideo furem apprehendere aut detinere; etiam, si ab eo percuteretur, se cum ejus damno tueri; saltem, si non poterat illi sine periculo suo parcere. proinde sive defendit se, & alteri oculum effodit dedita opera, sive casu fecit, sed prior rixatus est, ut lucernam haberet; utrimque culpam arguit ulciscendi inane studium. Quintilianum audi *Declam.* 13 *cap.* 11. *At enim adversus inferentem damnum justa ultio fuit. Dicam nunc, quam iniqua sit invicem injuriæ compensatio, quamque non solum legi adversa, sed etiam paci. Barbarorum mos est populorum, quos procul omnis juris humani societate summotos proxima belluis natura efferavit. Nos ideo magistratus legesque a majoribus nostris accepimus, ne sui quisque doloris vindex sit, & assiduæ scelerum causæ se refellant, si ultio crimen imitabitur. Damnum accepisti. Erat lex, forum, judex: nisi si vos jure vindicari pudet. At me hercle jam ad arma mittimur, & instituitur perniciosa nocendi contentio, & in vicem legis ira succedit.*

Aliud subjiciam exemplum ex eadem *l.* 52. §. *ult. D. Ad legem Aquiliam:* cujus hæc verba sunt. *Cum pila complures luderent, quidam ex his servulum, cum pilam percipere conaretur, impulit: servus cecidit, & crus fregit. quærebatur, an dominus servuli lege Aquilia cum eo, cujus impulsu ceciderat, agere potest? Respondi, non posse, cum casu magis, quam culpa, videretur factum.*

Lusus pilæ qui in his verbis proponitur, is videtur esse, quem Veteres *barpastum* dicunt: in quo lusu alter alterum impellit, eoque impulsu agit, ne alter pilam percipiat: ut est jam ab aliis demonstratum. eo igitur in lusu jacta pila, si quis impulit servulum, qui pilam percipere conabatur; servusque cecidit, & crus fregit: placet, quod Alphenus ait, cessare Aquiliam: quia servus, etsi impulsus cecidit, & crus fregit, tamen jure & more lusus impulsus fuit: non autem videtur culpa atque injuria fieri, quod inter ludendum fit, modo si a ritu ludi, non prohibiti, non abhorreat. igitur si servus alterius impulsu cecidit, & crus fregit; casu magis, quam injuria, crus fregisse intelligitur.

Simile exemplum est in *l.* 29. §. 1. *D. Ad legem Aquiliam.* Habebam protectum supra ædes tuas nullo jure, id est, citra servitutem. hoc protectum meo tenebatur fundo aut pariete: in tuo nusquam requiescebat *l.* 242. §. 1. *D. de verborum significatione.* tu id sustulisti, recisis tignis. placet, te, quasi mihi damnum injuria dederis, mihi lege Aquilia teneri. erat enim protectum meum, quod hærebat fundo aut pariete meo, ejusque partem faciebat: non autem jus tibi fuit, mea tigna rescindere, & meum protectum tua tollere auctoritate; etsi id protectum supra domum tuam haberem nullo jure: sed debuisti mecum experiri actione negatoria, jus mihi non esse, ita protectum habere. aliter quam si aquæductum trajeci per domum tuam citra servitutem, id est, nullo jure, & tu eum recidisti sponte tua. etsi enim & hic potueris agere adversus me, jus mihi non esse, ita habere aquæductum per domum tuam; potuisti tamen & perdere aquæductum jure tuo *l.* 27. *D. de servitutibus prædiorum urbanorum*: quia aquæductus, a me in tuo factus, non meus, sed tuus est: licet autem tibi, cum vis, removere aquæductum tuum, quem mihi in tuo habere jus nullum fuit *d. l.* 29. §. 1. maxime si fundi tui non tantum dominus sis; sed & possessor: nam unicuique fas est, tueri possessionem suam, etsi alienam invadere nefas sit.

Aliud exemplum est in *l.* 30. §. 3. *D. Ad legem Aquiliam.* Si quis ignem immiserit in stipulam suam vel spinam, hujus comburendæ causa, (quod solere bonos & diligentes patresfamilias, jam alibi monui) & ignis ulterius evagatus, alienam segetem vel vineam læserit: distinguendum est, utrum casus damnum dederit, an imperitia aut negligentia ejus qui ignem fecit. nam si hic observaverit omnia quæ debuit, & subita vis venti ignem latius produxerit: jure fecit, sed casus nocuit; & ideo Aquilia cessat quod si aut imperitia aut negligentia ejus qui ignem fecit, in causa fuit, ut ignis fugeret, id est, ut evagaretur ultra, quam deberet, ut si eum non observavit satis, aut si ventoso immisit die; ejus cul-

culpa dicetur: quia non modo potuit, sed & debuit cogitare, ignem latius exiturum: & ideo injuria fecisse intelligitur.

Similis casus *l.* 27. §. 29. *D. Ad legem Aquiliam.* Artifici faciendum dedisti calicem diatretum, id est, calicem ex vitro aut simili forandum, sculpendum, cælandum, pro Veterum more, de quo multa præclare & erudite, ut solet, Claudius Salmasius, V. CL. Notis ad Vopiscum *in Saturnino c.* 8. *p.* 729. & Plinius *lib.* 36. *Natural. histor. c.* 26. ita de vitro differens, *Aliud flatu figuratur*, *aliud torno teritur*, *aliud argenti modo cælatur.* Dedisti igitur artifici faciendum calicem diatretum. eum calicem fregit artifex, cum vellet cavare, & sculpere: an lege Aquilia tenetur? si imperitia fregit, tenetur: quia imperitia ejus, qui artem profitetur, & alteri nocet, culpam habet: ut ostendi supra *c.* 8. cæterum si artis regulas sequutus, pleraque observavit, quæ erant facienda, & materia vitium habuit, excusatur artifex; cum nihil sit, quod ei imputetur. Plane si, cum ei data fuit materia, pactus sit, ne faceret periculo suo, quod, & solent artifices, cum tales materiæ dantur; pactum servandum est *d. l.* 27. §. 29. & *l.* 13. §. 5. *D. Locati conducti.*

Alius casus *l.* 28. *pr* & §. 1. item *l.* 29. *D. Ad legem Aquiliam.* Titius foveas fecit ursorum cervorumque capiendorum causa. Ritus hodie notus est, & a Silio Italico olim descriptus verbis sequentibus *lib.* 6. *De bello Punico.*

Haud secus ac stabulis procurans otia pastor
In foveam parco tectam velamine frondis
Ducit nocte lupos positæ balatibus agnæ.

Refert & Plinius *lib.* 8. *Natur. hist. c.* 8. Africam foveis cepisse elephantos. Festus quoque in verbo, *Fovii*, inquit. *Fovii*, *qui nunc Fabii dicuntur*, *dicti*, *quod princeps gentis ejus ex ea natus sit*, *cum qua Hercules in fovea concubuit. Alii putant*, *eum primum ostendisse*, *quemadmodum ursi & lupi foveis caperentur.* Igitur Titius fecit foveam ursorum cervorumque capiendorum causa: in eam foveam aliquid decidit, & deterius factum est. quæritur, an Titius lege Aquilia teneatur? distinguit Paulus, utrum fovea sit in itinere facta, an in alio loco, ubi solet fieri. hoc casu negat, teneri Titium; illo contra putat: quia in altero ejus culpa videtur, in altero non videtur. Quid, si fovea facta sit in itinere publico, & ei qui in foveam incidit, ante denuntiatum fuit, aut eam ultro scivit, aut providere potuit? adhuc verius putat, ei denegandam esse actionem: quia ubi potuit evitare periculum, debet culpam quæ hic subest, sibi imputare, non illi qui foveam fecit. Idem dicendum, si laqueos posuisses eo loci, quo jus ponendi non haberes, & vicini pecus in eos incidisset *d. l.* 29. Ad hos autem laqueos respicit illud Virgilii *lib.* 1. *Gerogic. vers.* 139.

Tum laqueis captare feras, & *fallere visco*
Inventum. - - -

etiam Proculus *l.* 55. *D. de adquirendo rerum dominio.*

CAPUT XX.

Adversus quem & cui detur actio ex capite tertio legis Aquiliæ. Et quid, si homo liber vulneratus sit?

Postquam dixi, quando actio danda sit ex hoc capite, monet tempus, ut ostendam, adversus quem danda videatur. quia vero lex jubet, *damnari eum*, *qui alteri damnum faxit*, *quod usserit*, *fregerit*, *ruperit injuria*, idemque ex supra dictis intelligitur; non puto, opus esse, ut ad hanc partem plura adferam: maxime quia eam jam ad caput primum hujus legis latius sum exsequutus supra capite decimo.

Similiter nihil refert, hic multis ostendi, cui ex hoc capite actio danda sit: quia apparet, domino dari: sic enim ait lex, *Tantum æs domino dare damnas esto.* dominus autem quis potissimum intelligatur, in antecessum monui in expositione primi capitis.

Illud tamen addendum est, quod, cum lex vult, si servus ruptus sit, domino actionem dari, quæsitum fuit, si homo liber, paterfamilias, verbi gratia, vulneratus sit, an hæc actio ei competat suo nomine; & apparet, ei non competere actionem; utique directam, quia neque membrorum suorum quisquam dominus est, neque ulla liberi corporis æstimatio est. Si tamen quod damnum passus sit paterfamilias, propter acceptum vulnus; nihil prohibet, quo minus ei utilis actio eo nomine danda videatur *l.* 13. *D. Ad legem Aquiliam.*

Idem jus est, si filiusfamilias vulneratus sit: placet enim, actionem dari patri; eaque consequi eum, quod minus ex operis filii sui habiturus sit, & impendia quæ pro ejus curatione fecerit *l.* 5. §. *ult. l.* 6. & 7. *D. eod. tit.* Atque id in patre certum est: sed de filiofamilias videamus, an & ei actio danda sit. & non placet, ei dandam esse: quia enim filiusfamilias, quodcumque adquirit, non sibi, sed patri cujus in potestate est, adquirit; consequens est, ut, si quæ de his actio competat, ea patris, non filii, actio intelligatur: nec ea filius, sed pater, experiri possit. Si tamen pater absit, neque patris procurator ullus sit, aut sit quidem, sed experiri nolit; obtinuit ex Juliani sententia, etiam filiofamilias suo nomine actionem utilem competere: scilicet, ne aliter statuentibus, & impunita maleficia sint, & absens filius adversus patris voluntatem facile damno adficiatur *l.* 18. §. 1. *D. de judiciis*, & *l.* 8. *D. de procuratoribus.*

CAPUT XXI.

De æstimatione damni injuria dati ex capite tertio legis Aquiliæ.

Restat, ut videamus, quemadmodum damnum injuria datum ex tertio legis Aquiliæ capite æstimandum sit. Ait lex, *Quanti ea res erit in diebus triginta proximis.* Ex his verbis apparet differentia primi & tertii capitis; siquidem ex primo tanti condemnatur reus, quanti

res intra annum proximum plurimi fuerit; ex tertio autem damnatur tanti, quanti intra proximos triginta dies fuerit §. 14. *Inst. de lege Aquilia.*

At neque *plurimi* quidem verbum tertio capiti adjicitur: sed Justinianus ait, Sabino recte placuisse, perinde habendam æstimationem, ac si etiam hac parte *plurimi* verbum adjectum esset: nam plebem Romanam, quæ Aquilio Tribuno rogante hanc legem tulit, (an jussit?) contentam fuisse, quod eo verbo prima parte usa esset §. 15. *Inst. de lege Aquilia*, idque & Ulpianus probat *l.* 29. §. *ult. D. eod. tit.*

Cæterum cum lex ait, *Quanti ea res erit*, non hoc vult, quanti id corpus erit, sed pariter ut in primo capite, quanti præterea actoris interierit: eoque pertinere videtur quod Plinius de anthia pisce, & quomodo is capiatur, refert *lib.* 9. *Histor. natur. c.* 59. quod supra annotavi capite primo ad finem. Neque obstat, quod Ulpianus scribit *l.* 29. §. 3. *D. Ad. legem Aquiliam* circa retia piscatorum in quæ navis inciderat impulsa vi ventorum, si damni injuria agatur ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, æstimationem fieri, cum incertum fuerit, an caperentur. Nam in superiore casu, qui apud Plinium est, æstimatio facta fuit non piscium, qui per anthiam capi potuerunt, sed anthiæ, neque ipsius, qua piscis, sed qua conciliatoris & ducis, id est, ejus, qui gregario pisce pretiosior est, & hactenus civilem æstimationem recipit. at in isto casu, qui Ulpiani est, id quæritur, an incertum eorum piscium, qui non sunt capti, æstimari possit. quod ideo non placet, quod qui petit id quod sua interest, sive dicat, se damnum accepisse, sive lucrum amisisse, hoc probare debet: id autem si incertum est, qui probare potest? Sed & hoc eo recipit dubitationem, quod Celsus scribit *l.* 12. *D. de actionibus empti & venditi*, si jactum retis emero, & piscator jactare retem noluit, incertum ejus æstimandum esse. Nisi hæc differentia est, quod in ea principaliter agitur de captura, quæ quo minus fieret, stabat per piscatorem, qui eam vendidit certo pretio, quo casu incertum capturæ ex piscatoris consuetudine æstimari posse, Accursius refert: at in *d. l.* 29. §. 3. *D. Ad legem Aquiliam* non agitur principaliter de captura, quæ incerta erat, sed de retibus ruptis: igitur incertum ejus rei æstimari non potest.

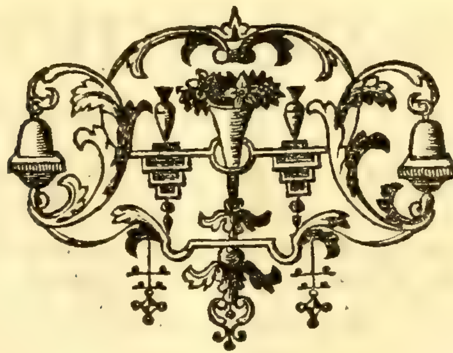
Atque hæc ad legem Aquiliam nunc quidem dicta sufficiant.

Explicit Liber Singularis ad Legem Aquiliam.

INDEX CAPITUM

Libri singularis

AD LEGEM AQUILIAM.



GERARDI NOODT,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

DE

FOENORE ET USURIS

LIBRI TRES,

In quibus

MULTA JURIS CIVILIS

ALIORUMQUE

VETERUM SCRIPTORUM

LOCA

aut illuſtrantur aut emendantur.

EDITIO QUINTA.

GERARDI NOODT,
Jurisconsulti & Antecessoris,
DE
FOENORE ET USURIS.
LIBER PRIMUS.

PRÆFATIO.

De fœnore & usuris vetus quæstio est: qua dubito, an nulla sit ad cognitionem elegantior. certe nulla ad regendam negotiorum æqualitatem magis opportuna est. sed, quod mirere, nulla æque experta est contraria hominum judicia. fuit enim, cum justa & honesta, fuit, cum impia & flagitiosa haberetur usura: nedum turbæ & imperitæ plebi, inconsulte procedere solitæ: sed sapientibus nobili fama & spectata gravitate. etsi non suo merito, sed hominum fœnore & usuris male utentium. adjuvitque errorem; quod qui disciplina formarunt mores, castigaturi seculi vitium, aliquando, ut fit, frenis usi fuere adductioribus, quam res vellet: fere ut quod solutius esset, ad integritudinem reducerent. sed maxime factum ignorantia rationis, res humanas continentis, ut fœnus usuræque vetarentur. nec tamen, ne exerceretur pecunia, legibus pœnisque, vel gravissimis, impetratum fuit. contra cœpere usuræ sub alio nomine ex locupletum libidine sine fine peti. ita damnum attulit medicina, unde salus sperabatur: apparuitque, satius fuisse, usuram Gentium jure subnixam, & ad tuendam proprietatis vim atque utilitatem pertinentem, probabili indulgeri modo, quam veneratione erroris, officii specie fallentis, pergere ultra, quam communis pateretur sensus. Sed enim virtutem veram & masculam a vana atque imaginaria separari decet: illam utilem humano generi retineri colique religiose & sancte, istam inani severitate noxiam serio repudiari, omnium interest. nisi aliud humanis rebus vero atque utili magis convenit. at ipsa quid est sapientia, tantopere omnibus seculis laudata, præter veri atque utilis intelligentiam? ad quam bona fide accedere, unicuique jus est nato homini, non impediente natura, utilis bonique studiosa: eniti vero pretium operæ fuerit in re tanti momenti, qua nulla est majoris. scilicet, quia ea commercium, unicum humanæ indigentiæ subsidium, pace & bello, sive privatos, sive civitates, sive principes, sive denique in maximis, minimis, præsentis opportunitatem pecuniæ putes, carere non possit. hac ratione nec contentus fui, attigisse rem pulcherrimam, perque omnes civilis sapientiæ partes longe lateque diffusam. magis sustinui, integram complecti formam, ipsam obscuram, atque impeditam, nec tamquam ex præscripto semel natam, neque adeo unam & constantem, qualem plerique effingunt hactenus: sed, quod evenit his quæ utentium consuetudine formantur, sensim perfectam, atque interim pro usu temporum ac morum variam ac mutabilem, sæpe palam, aliquando per consequentiam mutati nominis, ut jus inutile vel colore eluderetur. ea sane & similia cum ad rei momenta adferre plurimum & lucis & voluptatis existimarem, quamquam arduum esset, observavi, quantum per antiquos licuit Auctores quibus longa pepercit vetustas. fuit quoque ubi Librariis a quibus descripta sunt eorum monumenta, imputarem causarias locorum partes, earumque molestias levare aut tollere medica conarer arte quam eis homines ingenio & doctrina principes, nullam aut infeliciter attulerant. Sed de se quisque sperat bene: & tu rem mavis, quam verba. desino igitur præfari: & quem exspectas futuræ ordinem disputations, subjicio.

CAPUT I.

Summaria operis distributio.

Opus hoc quod de fœnore & usuris inscripsi, in tres distribui libros. quorum primus, exposita ante vocabulorum vi ac potestate, quam aut priora aut insequuta invenerint tempora, dein an Gentium aut Divino jure usura aut fœnus probetur, late disceptat. alter consumitur circa modum finemque, quem pro hominum causarumque varietate, sive ex contrahentium conventione, sive ex officio Judicis, vel vetustas tenuerit, vel ad novam humanitatis legem Justinianus inflexerit: simul, quid avaritia contra palam aut arte ausa sit, quæque adversus eam remedia invaluerint, diligenter examinat. tertius causas exsequutus, quibus nasci aut tolli usura videatur, iter viæ utilis, nec inamœnæ, quamquam aliquando asperæ, nec satis vulgatæ, absolvit. Sed primum de verborum vi atque usu videbo.

CAPUT II.

Vetustissimos auctores accessionem quæ creditori datur pro usu sortis, non usuram, *sed* fœnus, *appellasse:* usuræque *nomine non* fœnus, *sed* cujusque rei usum, *indigitasse. dein loquentium usu obtinuisse, ut* usura *pro* fœnore *acciperetur. Eam* usuram *pro* pecuniæ *aut* frugum, *non pro* corporum, *usu præstari. Constantinus l. 25. C. de usuris explicitus, adducto Veterum more ex l. 8. C. Si certum petatur, & Ambrosio De Tobia. Quo sensu Paulus l. 17. §. ult. D. de usuris dicat,* Statuas vel imagines ponendas legari, *ex antiquis præsertim Marmoribus demonstratum. Quæ pro usu* corporum *dantur, non* usuras *dici, sed* mercedes *&* pensiones *aut* reditus: *& tamen* usuras *videri* mercedes *quæ cum pecuniæ aut frugum usu mutentur. Jus civile iisdem rebus sæpe diversa, & diversis eadem, nomina ac jura imponere. Cur Veteres Juris auctores non ut aliorum negotiorum, sic* fœnoris *proprium fecerint contractum, neque hoc sub* locatione & conductione *comprehenderint.* Fœnus usurasque *non tantum in* credita, *sed etiam in* alia *materia constitui posse. Eam usuræ conditionem esse, ut pro usu sortis exigatur.*

Antiquissimi auctores accessionem, sive incrementum, quod debitor creditori dat pro usu sortis, non *usuram*, sed *fœnus*, appellarunt. hoc ut sentiam, movet me, quod Cato, initio operis *De re rustica*, & Plautus, *Asinar.* 1. 3. *in fin. Mostellar.* 3. 1. *& alibi*, cum de sortis accessione loquuntur, non *usuræ*, sed *fœnoris*, meminerunt: *usuræ* autem nomine Plautus, *Prolog. Amphitr. vers.* 108. non sortis accessionem, sed cujusque rei usum, indigitat his verbis, *Usuramque ejus corporis cepit sibi.* Nec tantum Plautus sic utitur eo verbo; sed & Accius, *Oenomao*, apud Nonium, *cap.* 3. *De indiscretis generibus per ordinem literarum.* verba Accii. *Atque hanc postremam solis usuram cape.* Cicero quoque *lib.* 1. *Tusculan. quæstion. cap.* 39. de natura sic scribens, *Ea quidem dedit usuram vitæ, tanquam pecuniæ, nulla præstituta die.* Hæc vetus & propria usuræ significatio est.

Sed ab hac abiit loquentium consuetudo: qua placuit, *usuram* dici pro *fœnore:* id est, pro incremento ex usu nato, maxime pecuniæ. inde Isidorus *lib.* 5. *Orig. c.* 25. *p.* 931. *Usura est incrementum fœnoris, ab usu æris crediti nuncupata.* Varro quoque *lib.* 4. *De lingua Latina. Compendium quod cum compenditur, una fit. à quo usura, quod in sortem accedebat, impendium appellatum: quæ cum accederet ad sortem, ex usu usura dicta; ut sors quod suum fit sorte.* Nec id novum est in verbo *usura:* sed in aliis quoque evenit. Priscianum audi *lib.* 11. *pag.* 923. editionis Putschii. ait: *Sunt & alia eadem & nomina & participia, ut scriptura,* ἡ γράψουσα καὶ ἡ γραφή. *usura,* ἡ χρησομένη, καὶ ὁ τόκος ἤτοι ἡ χρῆσις. *litura,* ἡ ἀπαλείψουσα καὶ ἡ ἀπαλοιφή. Idem vel simile in *mercatura.* auctor Nonius *cap.* 5. *pag.* 726. Verba Nonii. *Merx & mercatura hoc distant. Merx est species ipsa; mercatura actus ipse vel lucrum de merce.* Sic *capturam* dixit Suetonius, *in Caligula c.* 40. pro mercede obscœna & vili: quamquam & pro deceptione accipi, probet Isidori Glossarium.

Igitur usura, si verbi usum spectes, est pecuniæ vel frugum accessio quam creditor a debitore exigit pro usu sortis. Dixi, *pecuniæ accessionem:* quomodo *l.* 18. *Cod. Theod. de lustrali conlatione* dicitur, *crescentis in dies singulos pecuniæ accessio.* Africanus *l.* 24. *D. de præscriptis verbis* definit, *reditum pecuniæ.* Tertullianus *lib.* 4. *Adversus Marcionem c.* 17. vocat, *redundantiam & fructum fœnoris.* verba Tertulliani. *Pecuniam inquit suam fœnori non dedit, & quod abundaverit, non sumet; fœnoris scilicet redundantiam quod est usura. Prius igitur fuit, ut fructum fœnoris eradicaret, quo facilius assuefaceret hominem ipsi quoque fœnori, si forte perdendo, cujus fructum didicisset, amittere.* Est igitur usura accessio pecuniæ, sed numeratæ præsertim. Inde Festus, *De verbis veteribus, Fœnus appellatur naturalis terræ fœtus, ob quam causam & nummorum fœtus fœnus est vocatum.* Hieronymus, *in Ezechielem lib.* 6. *c.* 18. *pag.* 206. *Putant quidam usuram tantum esse in pecunia.* Et Isidorus *lib.* 5. *Originum c.* 25. *pag.* 931. *Usura est incrementum fœnoris, ab usu æris crediti nuncupata.* Receptum tamen est: ut, si fructus debeantur, verbi gratia, oleum, vinum, frumentum, ex his quoque accessio deberi possit *l.* 12. *C. de usuris*, ob variam & incertam eorum æstimationem quam Plinius observat *lib.* 33. *Natur. histor. c. ult.* his verbis. *Pretia rerum quæ usquam posuimus, non ignoramus alia in aliis locis esse, & omnibus pene annis mutari, prout navigationes constiterint, aut ut quisque mercatus sit, aut aliquis prævalens manceps annonam flagellet.* Nempe, quia fructus, cum mutui dantur, sæpe magno constant, & cum redduntur, vili venduntur, si quidem in eodem atque æque bono reddantur genere, sed sine additamento usurarum ejusdem generis, facile possit captio esse creditoris: qui eos dedit, cum majoris essent pretii; & recipit, cum sunt minoris. hoc vero quia non patitur ratio æqualitatis, in contractibus jure Gentium observandæ; atque ipsum possit homines absterrere a mutui datione, id est, a subsidio tam notabili temporariæ inopiæ, quo subsidio communis omnium vita eget: idcirco consequens fuit incerto pretii, usuras etiam fructuum promitti. Atque hoc Imp. Philippus significat *l.* 23. *C. de usuris: Oleo*, inquiens, *quidem vel quibuscumque fructibus mutuo datis, incerti pretii ratio additamentum usurarum ejusdem materiæ suasit admitti.* Nec tantum Philippus vult, in his recipi usurarum usum; sed & Hieronymus *d. loc.* quamvis alia ratione. verba ejus. *Putant quidam usuram tantum esse in pecunia. quod prævidens scriptura divina, omni rei aufert superabundantiam: ut plus non recipias, quam dedisti. Solent in agris frumenti & milii, vini & olei, cæterarumque specierum usuræ exigi: sive, ut appellat sermo divinus, abundantiæ. Verbi gratia: ut hyemis tempore demus decem modios: & in messe recipiamus quindecim, hoc est, amplius partem dimidiam. Qui justissimum se putaverit: quartam plus accipiet portionem, & solent argumentari ac dicere: dedi unum modium qui satus, fecit decem modios: nonne*

ne justum est, ut medium modium de meo plus accipiam, cum ille mea liberalitate novem & semis de meo habeat. Utcumque erit; constat, usuram non tantum ex numerata pecunia, sed etiam ex fructibus, deberi; & utriusque sive accessionem, sive additamentum, haberi. Nec sat scio, quid moverit Salmasium, *De usuris c.* 20. *pag.* 615. *& seq.* ut existimaret, *accessionem* & *additamentum* proprie dici de usuris non pecuniæ, sed fructuum mutuo datorum. id enim refutatur *l.* 70. §. 1. *D. de legatis lib.* 2. *l.* 18. *Cod. Theod. de lustrali conlatione. l.* 12. & *l.* 23. *C. de usuris*: in quibus ea vocabula de usuris tam pecuniæ, quam fructuum, indistincte accipiuntur. sed & ipse fatetur *d. loc.* Salmasius *de aliis usuris* accessionis *vocabulum passim poni.*

Igitur usura est accessio pecuniæ vel frugum. an & corporum? finge, aurum vel argentum factum est per fideicommissum relictum, vasa, verbi gratia. in traditione mora intervenit. an facienda usurarum æstimatio est? & si quidem materia ista ideo relicta sit, ut ea distracta, pecunia quæ refecta, fideicommissa solverentur, aut alimenta præstarentur; deberi usuram, Papinianus scribit: non enim oportere frustrationem impunitam esse: sed si forte ideo sit relicta, ut his vasis uteretur; non posse usuras sine rubore desiderari *l.* 3. §. *ult. D. de usuris.*

At enim Paulus *l.* 17. §. *ult. D. eod. tit.* ait, *Si dies non sit ab his qui statuas vel imagines ponendas legaverunt, præfinitus, a Præside tempus statuendum est: & nisi posuerint heredes, usuras reipublicæ usque ad tertiam centesimæ pendent.* Legatæ proponuntur statuæ vel imagines, ab herede ponendæ. ait Paulus, heredem, si eas non posuerit intra præfinitum tempus, reipublicæ usuras debere. vult igitur, usuras ex corporibus pendi: quia vult, eas pendi ex legatis statuis. Sed & Constantinus *l.* 25. *C. eod. tit.* infit, *Pro auro & argento & veste facto chirographo licitas solvi, vel promitti usuras jussimus.* Quid ni? nam si ad usuræ proprietatem spectes, indigitat usum non minus corporum, quam quantitatum. quid ni igitur æque ad corporum, atque ad quantitatum, accessionem referatur?

Sed eximamus scrupulum. quod ad Constantinum attinet: (nam ab eo initium faciam) non sic accipiendus est, quasi jubeat, pro auro & argento facto, aut pro veste, id est, pro his corporibus, solvi vel promitti usuras. non fuit hæc, etsi creditur, Constantino mens. magis voluit definire hac diserta lege, (est enim, ut Inscriptio indicat, *Ad Populum*) si talia corpora debitori æstimata data sint, quæ usuræ pro ea æstimatione promitti aut solvi debeant. hoc agit: nec opus multa arcessere: tantum verba consideremus. non simpliciter jubet Constantinus, pro auro & argento & veste, facto chirographo, solvi vel promitti usuras: sed jubet, pro his, facto chirographo, solvi vel promitti usuras licitas, id est, tantum centesimas, non majores. sit thema. poscebas a Titio mutuam pecuniam. ille cum non haberet, vel non habere se simularet: dedit tibi aliquas species, puta aurum vel argentum factum vel vestes, utriusque consensu æstimatas. mox eam æstimationem, ex eaque usuras majores licitis, sive legitimis, id est, centesimis, stipulatus est. sit chirographum. quæ debentur usuræ? jussimus, inquit, Constantinus, licitas, id est, tantum centesimas, (ultra nullæ sunt licitæ) solvi vel promitti usuras. Sic ad Populum jam diserta lege Constantinus. nam hoc modo ante cuidam Proculo homini privato, tantum de facto consulenti, rescripserant Impp. Diocletianus & Maximianus *l.* 8. *C. Si certum petatur*, in hæc verba: *Si pro mutua pecunia quam a creditore poscebas, argentum vel jumenta, vel alias species utriusque consensu æstimatas accepisti, dato auro pignori, licet ultra usuram centesimam usuras stipulanti spopondisti: tamen sors quæ æstimatione placito partium definita est, & usurarum titulo legitima tantum recte petitur.* Sic legendum, *legitima tantum*, id est, centesima tantum: etsi vulgo editur, *legitima summa tantum*: sensu minime idoneo. Sed apparet, a Constantino non quæri; an usuræ possint deberi ex auro & argento & veste; sed quantæ, his æstimatis, possint ex æstimatione deberi facto chirographo. erat autem aliqua avaritiæ causa, aut potius color, hic petendi usuras majores licitis, sive legitimis, id est, centesimis; quod fœneratori esset frangendum, verbi gratia, argentum, aurumve, fabrefactum; nec iniquum videretur, id damnum ei a debitore majore usura, quam licita, reparari. auctor Ambrosius, *De Tobia c.* 3. verba Ambrosii. *At ubi usurarum mentio facta fuerit, aut pignoris, tunc abjecto supercilio fœnerator arridet, & quem ante cognitum sibi denegabat, eundem tanquam paternam amicitiam recordatus osculo excipit, hereditariæ pignus charitatis appellat, flere prohibet. Quæremus, inquit, domi, si quid nobis pecuniæ est, frangam propter te argentum paternum quod fabrefactum est. plurimum damni erit: quæ usuræ compensabunt pretia emblematum? Sed pro amico dispendium non reformidabo, cum reddideris, reficiam. Itaque antequam det, reficere festinat: & qui in summa subvenire se dicit, usuras exigit. Kalendis, inquit, usuras dabis: fœnus interim, si non habueris unde restituas, non requiro. Ita ut semel det, frequenter exigit, & semper sibi debere efficit. Hac arte tractat virum. Itaque prius eum chirographis ligat, & adstringit vocis suæ nexibus. Numeratur pecunia.* Exposui Constantinum.

Venio ad Paulum. nec is voluit *d. l.* 17. §. *ult.* ab herede pendi usuras statuarum: sed pecuniæ hereditariæ, qua eum statuas ex testamento emere & ponere oportebat. dicuntur enim legari ponendæ statuæ, cum legatur pecunia ad emptionem positionemque statuarum; denique, cum heres jubetur statuam ponere, faciendam summa, a testatore præscripta. sic enim solent testatores, non utique legare ipsas statuas: id est, certa corpora; sed certam pecuniam quam in statuas faciendas ponendasque impendi velint. Id ostendit sequens Lapis, apud Gruterum, *pag.* 159. *Inscr.* 9.

MELIA. ANNIANA. IN MEMOR
Q. LÆPICI. Q. F. SER. BASSI
MARITI. SUI. EMPORIUM. STERNI.
ET
ARCUM. FIERI. ET. STATUAS.
SUPERPONI
TEST. JUSS. EX. HS. DCDXX. PR.

Solent & pondus, simul materiam, definire, ex qua & fieri & poni statuas oporteat: & exemplum apud Gruterum, *pag.* 101. *Inscr.* 2.

CÆCILIA. TROPHIME. STATU
AM. PIETA. TESTAMENTO. SUO
EX. ARG. P. C. SUO. ET. CÆCILI
SILON. MAR. SUI. NOMINE. P. C.
D. CÆCIL. HOSPITAL. ET CÆ
CILIA. D. F. MATERNA. ET. CÆ
CILIA PHILETE. HEREDES. SINE
ULLA. DEDUCTIONE
XX. P.

Si-

Significat, Cæciliam Trophimen teſtamento ſuo poni curaſſe ſuo, & Cæcilii Silonis, mariti ſui, nomine, ſtatuam Pietatis ex argento pondo centum. ſic enim priore loco explico has literas P. C. ſuadente illo Statii *lib.* 5. *Sylvarum* ex teſtamento Priſcillæ.

Da Capitolinis æternum ſedibus aurum,
Quo niteat ſacri centeno pondere vultus
Cæſaris, & propriæ ſignet cultricis amorem.

Addo & ſequens Marmor ex eodem Gruteri Corpore *pag.* 1. *Inſcr.* 5.

P. NUMERIUS. MARTIALIS
ASTIGITAN. SEVIRALIS. SIGNUM
PANTHEI. TESTAMENTO. FIERI
PONIQUE. EX. ARGENTI. LIBRIS
C. SINE. ULLA. DEDUCTIONE
JUSSIT

Unde apparet, cum a Paulo *d. l.* 17. §. *ult.* legatæ dicuntur ponendæ ſtatuæ, non utique legata eſſe certa corpora; ſed pecuniam ex qua ſtatuæ ab herede emendæ ponendæque ſint. atque ita acceperim quoque ſequentem Lapidem, apud Gruterum *pag.* 111. *Inſcr.* 3.

GENIO. COL. I. V. T. TARRAC

L. MINICIUS. APRONIANUS
II. VIR. QQ. TESTAMENTO
EX. ARG. LIB. XV.
PONI. JUSSIT

Et *pag.* 67. *Inſcr.* 2.

T. VIBIUS
ZOTICUS. VI
VIR AUGUSTAL
LIBERUM. PATREM
CUM. REDIMICULO
AURIFIC. ET. THYRSO
ET. CANTHARO. ARG. P. II. S. ∞
TESTAM. PONI. JUSSIT

Item Pomponium *l.* 7. *D. de annuis legatis*: cum ſic loquitur, *Ad auctoritatem ſcribentis hoc quoque pertinet, cum quis juſſit in municipio imagines poni.* Idque certius, opinor, fuerit ex conjunctione Ulpiani *l.* 5. *D. de operibus publicis:* cujus hæc verba ſunt, *Si legatum vel fideicommiſſum fuerit ad opus relictum; uſuræ quæ & quando incipiant deberi, reſcripto Divi Pii ita continetur: Si quidem dies non ſit ab his qui ſtatuas vel imagines ponendas legaverunt, præfinitus, a Præſide provinciæ tempus ſtatuendum eſt: & niſi poſuerint heredes, uſuras leviores intra ſex menſes; ſi minus, ſemiſſes uſuras reipublicæ pendant. Si vero dies datus eſt, pecuniam deponant intra diem; ſi aut non invenire ſe ſtatuas dixerint, aut loco controverſiam fecerint, ſemiſſes protinus pendant.* Poſſunt igitur uſuræ ex quantitatibus deberi; ſed ex corporibus non poſſunt.

Quid ni, patiente vetere, & propria, verbi ſignificatione? Sed quæ pro uſu corporum dantur, iis locatis, vel cum mora in eorum præſtatione aut reſtitutione commiſſa eſt, non uſuræ, nec fœnus, ſed mercedes, vel penſiones, vel reditus, vel fructus, vel quaſi fructus, appellantur *l.* 27. §. 1. & *l.* 29. *D. de hereditatis petitione*, *l.* 7. §. 1. *D. de uſufructu*, *l.* 13. *C. eod. tit.* *l.* 19. *ſ. pr.* *l.* 34. & 36. *D. de uſuris*, & apud P. Diaconum, *De Notis literarum*, literæ, AED. IN. M. exponuntur, *ædes inſcripſit mercede.* Nec tamen negem, uſuras ac fœnus, ſi rem ſpectes, eſſe pecuniæ reditus. ſic enim vocantur a Scævola *l.* 30. *D. de adimendis legatis*, & Africano *l.* 24. *D. de præſcriptis verbis*, & in ſequente Marmore, apud Gruterum *pag.* 460. *Inſcr.* 3. HIC. COLL. FABR. M. R. H-S. XXX. N. V. DEDIT. EX. QUORUM. REDITU. QUODANNIS. DECURIONIB. COLL. FABR. item, apud Carolum Cæſarem Malvaſiam, *Marmoribus Felſineis ſect.* 3. *c.* 6. *pag.* 111. IN HUJUS. BALINEI. LAVATION H-S. CCCC. NOMIN. C. AVIASI. T. F. SENECÆ. F. SUI. T. AVIASIUS. SERVANDUS. PATER. TESTAMENT. LEGAVIT UT. EX. REDITU. EJUS SUMM. IN PERPETUUM. VIRI. ET. IMPUBERES. UTRIUSQUE. SEXUS. GRATIS. LAVENTUR Video, uſuras etiam mercedes dici ab Horatio, *lib.* 1. *Serm. ſat.* 2. *verſ.* 14. & *ſat.* 3. *verſ.* 88. & a Perſio *ſat.* 6. *verſ.* 67. addo, Pomponio, *Piſtoribus*, apud Nonium in verbo, *Occupatus:* verba Pomponii, *Quæ tuleram mecum millia decem victoriatûm Græca mercede illico curavi, ut occuparem.* Sed quid mirum eſt, res eaſdem aliis nominibus, & alio jure, cenſeri? conſiderantibus, jus quo utimur, non eſſe cito natum, fungi more: ſed primum fuiſſe arctis finibus incluſum, dein per diverſa tempora, provocante utilitate, non dicam Legibus, ſed ſæpe Fori diſputatione, ſæpe Edictis, ſæpe Senatusconſultis, ſæpe Principum Conſtitutionibus, aut deluſum, aut ampliatum, fuiſſe: & iiſdem rebus diverſa, diverſiſque eadem, nomina & jura impoſuiſſe: adeo verum eſſe apud noſtros quod de Stoicis Seneca *lib.* 2. *De benefic. c.* 25. infit; *A conſuetudine quædam quæ dicimus, abhorrent: deinde alia via ad conſuetudinem redeunt.* Et *De conſtantia ſapientis. c.* 3. *Ita ſublato alte ſupercilio, in eadem quæ cæteri deſcenditis, mutatis rerum nominibus.* Sic Prætor emancipato filio, quum a patre præteritus eſt, non hereditatem dat; quippe, cum non poſſit heredem, id eſt, dominum, facere eum qui jure civili non ſit dominus: ſed dat ei bonorum poſſeſſionem: id eſt, mutato nomine, ei idem dat quod habiturus eſſet, ſi jure civili heres eſſet §. 2. *Inſt. de bonorum poſſeſſionibus.*

Simile in fœnore fuit: videtur hoc (quod Tacitus & Appianus teſtantur, *locis infra allegandis lib.* 2. *c.* 4.) improbatum fuiſſe vetuſtis reipublicæ temporibus; & quamquam deinde uſu receptum, etiam lege Duodecim Tabularum confirmatum, tamen lege Genucia rurſus prohibitum, eſſe: quod tum neque luxui, neque mercaturæ, valde ſtuderet populus; ſed fere agriculturam & arma honeſta haberet; denique, plebs fœnore premi magis, quam juvari, crederetur. ea gratia qui civilia negotia definierunt, non fecerunt fœnoris aut uſuræ certum ac proprium contractum, ut mutui, commodati, locationis & conductionis: ſed neque fœnus locationi & conductioni annumerarunt: quippe quam intra uſum corporum coërcuerunt; nec ad quantitates porrexerunt, nondum animadverſa utilitate locatæ & conductæ pecuniæ, ac quamquam poſt non diſpliceret uſus fœnoris, inducti, ut videtur, intellecto venalis temporis commodo, non potuit tamen locatione aut ejus regulis cenſeri, reſiſtente contractus ſubſtantia, jure civili jam recepta, & privatis pactionibus non mutanda. ita factum fuit, ut corporum mercedes, vel penſiones, vel reditus, locatione percipi dicerentur; quantitatum vero incrementa ſub appellatione fœnoris, mox etiam uſuræ, aut pœnæ, ſtipulatione deberi. tandem quoque obtinuit, ut uſuræ in bonæ fidei judiciis officio Judicis deberentur. quod ſub libera republica non fuiſſe, ſicut ſuo oſtendam loco; ſic interim obſervandum, quia a nullo, quantum memini, animadverſum eſt; etſi ad hujus juris cum initia, tum incre-

crementa, pernoscenda magni momenti sit. Est igitur fœnus, sive usura, incrementum pecuniæ, vel fructuum, quod creditor a debitore exigit pro usu sortis. Sed utrum in eodem genere quod creditum est, an etiam alio? & verius est, si non specialiter sit conventum, ut in alio præstetur genere, in eodem deberi quod creditum est: denique, positis in fœnore nummis, nummariam esse usuram; frugibus autem creditis, usurarum additamentum ejusdem admitti materiæ *l.* 23. *C. de usuris.* Hoc, si non specialiter aliud pactum conventum sit. quid si id sit? jam placet, usuras etiam alia in re quam quæ credita sit, deberi. nec longe petam auctoritatem: dabit eam Augustinus, *Concione* 3. *in part.* 3. *Psalmi* 36. *tom.* 8. *pag.* 123. verba Augustini. *Si fœneraveris homini, id est, mutuam pecuniam tuam dederis a quo aliquid plus quam dedisti exspectes accipere; non pecuniam solam, sed aliquid plus quam dedisti, sive illud triticum sit, sive vinum, sive oleum, sive quidlibet aliud, si plus quam dedisti, exspectas accipere, fœnerator es.* Idem ostendit thema *l.* 16. *C. eod. tit.* in qua proponitur pecunia fœnori accepta, ut certa tritici modiatio præstaretur? nec quid in eo reprehenditur, præter modum. Accedit, quod Marcianus *l.* 11. §. 1. *D. de pignoribus & hypothecis* ait, *Si ἀντίχρησις pro credito facta sit, & in fundum aut in ædes aliquis inducatur: eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur: cum in usuras fructus percipiat, aut locando, aut ipse percipiendo, habitandoque.* Et exemplum habet imp. Philippus *l.* 17. *C. de usuris*, his verbis. *Si ea lege possessionem mater tua apud creditorem suum obligavit*, ut fructus in vicem usurarum consequeretur, *obtentu majoris percepti emolumenti propter incertum fructuum proventum rescindi placita non possunt.* Alexander quoque *l.* 14. *C. eod. tit.* verba Alexandri. *Si ea pactione uxor tua mutuam pecuniam dedit*, ut vice usurarum [domum] inhabitaret, *pactoque ita, ut convenit, usa est, non etiam locando domum pensionem redegit: referri quæstionem, quasi plus domus redigeret, si locaretur, quam usurarum legitimarum ratio colligit, minime oportet.* Potest igitur usura ex pacto convento in alio genere, quam quod creditum sit, constitui.

Postremo vult usuræ definitio, quod creditor eam a debitore exigit pro usu sortis. atque hoc videntur Varro & Isidorus voluisse, *locis supra allegatis;* cum ajunt, usuram ab usu sortis, sive æris crediti, nuncupatam. Papinianus quoque scribit, usuras percipi propter usum medii temporis *l.* 58. §. 6. *D. Ad SCtum Trebellianum.* sed & Ambrosius, *De Tobia c.* 5. agens de fœneratorum pecunia, ait, *Usum requirit, ut acquirat usuram.* idque adeo verum est, ut Florentinus scribat *l.* 57. *D. de pactis*, *Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat.* idque Ulpianus probat *l.* 2. §. 6. *D. de doli mali & metus exceptione.* apud Paulum quoque *l.* 16. §. 1. *D. de usuris* exstat, *Cum usuræ pretii fundi ab eo qui a fisco emerat, peterentnr, & emptor negaret traditam sibi possessionem, Imperator decrevit, iniquum esse, usuras ab eo exigi qui fructus non percepisset.* Recte: postulat enim æquitas, ut generaliter cui pecunia debetur ob rem quam eum vicissim præstare oporteat, ei usuræ non debeantur; ne ex stipulatu quidem: nisi ipse præstiterit id ad quod tenebatur: ut apparet ex *l.* 42 §. 2 *D. Soluto matrimonio. l.* 69. §. 3. *D. de jure dotium.*

Caput III.

Usuram si ad moram coërcendam referatur, pœnam *dici: si ad damni reparationem spectet*, id quod interest *videri: si ad lucrum respiciat*, *magis* usuram, *& vetustiore nomine* fœnus, *appellari. Salmasium a veteribus Grammaticis de origine & proprietate* fœnoris *sine causa dissentire.* fœnus *recte pro* sorte, *sed proprie pro* usuris, *accipi. Nonius expositus, salva vetere lectione, adversus Salmasium. quomodo* usura *a* fœnore *distinguatur, postquam in bonæ fidei judiciis cœpit ex mora deberi officio Judicis. cur in Pandectis & Codice inscribatur Titulus De* nautico fœnore *potius, quam De* nauticis usuris?

Verum ut adhuc clarius pleniusque intelligatur & vis & usus vocabuli, observandum præterea, quod usura vel ex mora debetur, vel ex die interpositæ conventionis *l.* 40. *D. de rebus creditis:* & si ex mora debetur; tum si ad debitorem respicias, fere ad coërcendam ejus frustrationem pertinet *l.* 3. §. 4. *D. de usuris*, & ideo *pœna* appellatur *d. l.* 40. *l.* 90. *D. de verborum obligationibus.* sin ad creditorem spectes: saltem agit, ut ei reparet damnum quod ex mora debitoris patitur. quo casu magis *id quod creditoris interest*, quam *usuram* videri, Labeo, & ex eo Pomponius, refert *l.* 60. *D. Pro socio.* sed & Paulus *l.* 17. §. 3. *D. de usuris*, agens de usuris in legatis & fideicommissis ex mora præstandis, exemplo actionum bonæ fidei, ait, usuras non propter lucrum petentium, sed propter moram solventium, infligi. Nec cuiquam insolens videri debet, usuram ex mora debitam, ex una parte id quod interest, ab altera pœnam, dici. nam & utilitatis æstimatio quæ a judice ex mora promissoris fit in actione de eo quod certo loco, Ulpiano *l.* 2. §. *ult. D. de eo quod certo loco* id quod interest, Paulo *l. ult. D. eod. tit.* pœna, appellatur. Potest usura etiam statim deberi ex die interpositæ stipulationis: meminit Basilius, *Homil. in Psalm.* 14. *pag.* 139. *tom.* 1. verba Basilii. *Semina omnia suo tempore nascuntur, animalia quoque tempore præstituto suos edunt fœtus. Fœnus vero hodie nascitur, hodie parere incipit.* Idem Paulus observat in fine *d. l.* 40. *D. de rebus creditis*, maxime si in stipulatione hoc expressum sit. quod Græci animadverterunt *Basilic. lib.* 23. *tit.* 1. *tom.* 3. *pag.* 309. *& seq. schol. ad. d. l.* 40 eo vero casu ad lucrum spectat res, & in specie *usura* vocatur, auctore Pomponio *d. l.* 60. ac vetustiore magisque proprio vocabulo, *fœnus:* ut supra monui. hoc sensu Ambrosius, *De Tobia c.* 12. *Pecunia fœnebris a die conventionis crescentibus serpit usuris.* Seneca *lib.* 4. *De beneficiis c.* 3. *Istud non est beneficium, sed fœnus, circumspicere, non ubi optime ponas, sed ubi quæstuosissime habeas, unde facillime tollas.* Suetonius, *Octavio c.* 39. *Notavitque aliquos, quod pecunias levioribus usuris mutuati, graviore fœnore collocassent.*

Donatus, *ad Terentium Adelph.* 2. 2. *Fœneratum, est cum lucro redditum & multiplicatum.*

Recte. nam fœnus a fetu dicitur, & quasi a fetura. Festus, verbo, *fenus*: *Fenus appellatur naturalis terræ fetus; ob quam causam nummorum fetus fenus est vocatum, & de ea re leges fenebres. fenus & feneratores, & lex de credita pecunia fenebris a fetu dicta, quod crediti nummi alios pariant, ut apud Græcos eadem res τόκος dicitur. fenum quoque pratorum ab hac causa est appellatum, quando id ipsum manens quotannis novum parit. unde etiam festuca vocata est.* Idem fere A. Gellius, *lib.* 16. *Noct. Attic. c.* 12. verba Gellii. *Fenerator enim, uti M. Varro in libro tertio de sermone Latino scripsit, a fenore est nominatus. fenus autem dictum a fetu & quasi a fetura quadam pecuniæ parientis atque increscentis. idcirco & M. Catonem & cæteros ætatis ejus feneratorem sine a litera pronuntiasse tradit, sicuti fetus ipse & fecunditas appellata.* Nonius quoque *c.* 1. *pag.* 513. *Fenus* (inquit) *ab eo dictum est, quod pecuniam pariat increscenti tempore. quasi fetus aut fetura. Nam & Græcis τόκος dicitur ἀπὸ τοῦ τίκτειν, quod est parere.* Varro lib. 3. de Latino serm. *Fenus autem dictum est a fetu & quasi fetura quadam pecuniæ. Nam & Catonem & cæteros antiquiores sine o litera fenus pronunciasse contendit, ut fetus & fecunditas.* Sic Veteres sentiunt.

At Salmasio, *De usuris c.* 2. sedet, fœnus non sortis partum significare; sed sortem quæ parit: deduci enim a ποινὴ, sive ποῖνος, quæ sit merces vel pretium, vel pœna: & idcirco sic proprie appellari pecuniam creditam ea conditione, ut pro ejus usu solveretur aliquid mercedis nomine: etiam pecuniam aliquando ita mutuam dari; ut si intra præstitutum tempus non esset reddita, pro moræ pœna incrementum penderetur. Vult igitur Salmasius, fœnus non usuram, sed sortem, indigitare; ac dici, quasi *foinos*, unde factum *fœnor fœnoris*, & postremo *fœnus fœnoris*. Sed non placet Salmasii sententia. nam ut ei detur, fœnus dici a ποινή; tamen quid est, cur fœnus magis sortem notet, quam usuram quæ est merces pro usu pecuniæ, id est, ποινή: sed nec causam habet Salmasius, cur a Veteribus de verbi origine dissentiat. probabiliter illi *fenus* a *fetu* deduxere, vel, quod Vossius suspicatur in *Etimologico*, ab antiquo & obsoleto verbo *feo*: unde & *fetus* sit, & *fecundus*, & *fenum*, & *femen*, & *femina*. pariter ut a φάω est φῶ quod postea factum sit *for*, *fari*: unde, simili productione, sit *fatum*, & *facundus*, & *fanum*. facitque illi conjecturæ, quod Cato & cæteri antiquiores scriptores illa, *fetus*, *fenus*, *fecunditas*, non, ut posteriores. per diphtongum, sed simplici litera *e* scripserunt: ut ex Gellio & Nonio supra dictum. unde consequens est; ut, si verbi origo, & proprietas, quæratur, fenus non sit pecunia pariens; sed partus ex pecunia natus: etsi obtinuerit sermonis usu, ut etiam pro pecunia fenebri acciperetur.

Utrumque indicat Nonius *cap.* 5. *pag.* 731. his verbis. *Mutuum a fœnore hoc distat; quod mutuum sine usuris: fœnus cum usuris sumitur, & est accepti fœtus. unde & fœnus dictum est, ut Græce τόκος, quasi partus mutui sumpti. Plaut. Asinar.* Nam si mutuo non potero, certum est, sumam fœnore. *Unde honestius mutuum est, quod sub amico affectu fiat, tamen usu temporis necessarii fœnore sumere decet.* Sic Nonius. sed corrupte; ut vult Salmasius, *De usuris c.* 2. *pag.* 29. sic scribens. *Et recte Nonius cujus verba jam supra retulimus*, mutuum a fœnore hoc distat, quod mutuum sine usuris, fœnus cum usuris sumitur. *Si fœnus sumitur cum usuris, ab usura differt. Quis enim dicat, usuram cum usura sumi? Quæ subjicit, non videntur convenire:* Et est accepti fœtus. unde & fœtus dictum, ut Græce τόκος quasi partus mutui sumpti. *Sed ita intelligendum, ut de usuris hoc dixerit, quæ sunt accepti fœnoris fœtus, unde fœnus dictum est. Et sic omnino scribendum:* fœnus cum usuris sumitur, & sunt accepti fœtus, unde fœnus. *Et fœnus cum usuris sumitur, & usuræ illæ sunt accepti fœnoris fœtus, unde & fœnus appellatum. idem tamen sensus ex vulgata exoritur, si referatur πρὸς τὸ σημαινόμενον, quasi præcesserit usura.*

Sic Salmasius; & hinc concludit, fœnus esse quod pecuniam parit, id est, usuras. Sed errat Salmasius. duo enim significat Nonius: primum, *mutuum* esse pecuniam, sive sortem, ab amico sine usuris creditam; *fœnus* vero esse pecuniam, sive sortem, a qualicumque alio creditam sub usuris: & utrumque probat testimonio Plauti: cui adde sis Modestinum *l.* 33. *D. de rebus creditis.* nam is eodem sensu ait, *Principalibus constitutionibus caveri, Ne hi qui provinciam regunt, negotientur, mutuamve pecuniam dent, fœnusve exerceant.* Etiam Impp. Arcad. Honor. & Theodos. *l.* 6. *Cod. Theod. de denunt. vel edit. resc. lib.* 2. *tit.* 4. verba sunt, *Si quis debiti, vel quod ex fœnore vel mutuo data pecunia sumpsit exordium, vel ex alio quolibet titulo in literarum obligationem facta cautione translatum est. &c.* deinde vult Nonius, *fœnus*, non modo pro sorte ipsa accipi, sed etiam pro usuris, ex sorte promissis id enim indigitant hæc, *Et est accepti fœtus. unde & fœnus dictum est, ut Græce τόκος, quasi partus mutui sumpti.* Conjeci aliquando. *Est & accepti fœtus.* sed nulla opus emendatione, neque Salmasii, neque mea. sensus enim, non esse mirum, fœnus cum usuris sumi; cum proprie sit fœtus accepti, hoc est ejus quod acceptum est; ab eoque fœtu fœnus dicatur. atque ita est, ut Nonius dicit, fœnus recte sumitur, pro ipsa sorte usuraria. idque multis probat Salmasius. cui addo Ambrosium, *De Tobia c.* 12. verba ejus. *Quanta sibi fecerunt vocabula? Nummus datur & fœnus appellatur: sors dicitur, caput vocatur.* & alibi sæpe. dicitur & fœnus pro usuris ex sorte debitis; ut Nonius ait quod etsi neget Salmasius; tamen apparet ex ante dictis; præterea *ex l.* 1. *Cod. Theod. de usuris rei judicatæ. l.* 24. *D. de usu & usufructu legato. l.* 42. §. 2. *D. soluto matrimonio. l.* 58. §. 2. *D. Ad Senatusconsultum Trebellianum.* nec tantum apud nostros; sed apud Plautum quoque, *Mostellar.* 3. 1. *Pseudolo* 1. 3. Cornelium Nepotem, *vita Attici c.* 9. §. 3. alios: ut pridem animadvertit Desiderius Heraldus, *Animadvers. in Salmas. obs. ad jus Attic. lib.* 2. *c.* 24. & præsertim Vir Inclytus & Doctus, Johannes Fredericus Gronovius, *Mantissa pecuniæ veteris c.* 1.

Dixi quæ in foro Romano propria & vera sit usuræ ac fœnoris significatio. porro addam, quod ea obtinuit, donec ibi usuræ in bonæ fidei judiciis cœperunt ex mora deberi officio Judicis. inde enim placuit, fœnus dici, quoties ex conventione debetur; usuram vero, sive ex ea, sive officio judicis, præstetur *l.* 1. §. 3. *D. de pignoribus. l.* 24. *D. de præscriptis verbis. l.* 8. *D. de eo quod certo loco. l.* 24. *D.* & *l.* 4. *C. Depositi vel contra.* fœnus autem, si ex mo-

mora officio Judicis debeatur, numquam dici. Atque illa, opinor, ratio est, cur Titulus in Codice & in Pandectis sit, *De nautico fœnore* magis, quam *De nauticis usuris.* nam usuræ nauticæ, seu maritimæ, (sic appellantur *l.* 6. & 7. *D. de nautico fœnore*) numquam officio Judicis debentur; sed semper ex conventione. Hæc mea ratio. alia utitur Salmasius, *De usuris c.* 2. *pag.* 24. quam verissimam vocat. ea ratio est, quod in communi mutuo usuræ currunt successive; & pro rata temporis solvuntur seorsim ab ipsa sorte: cum in trajectitia pecunia fiat conventio de sorte simul cum usuris solvenda in exitu navigationis.

Caput IV.

In usuræ aut fœnoris usu qui quidem verus sit, nihil esse quod a viro bono & sapiente improbetur. Contraria Catonis, Aristotelis, Senecæ, Lactantii, Ambrosii, Augustini, Chrysostomi, & Auctorum, Interpretumque, Juris Canonici, sententia.

Sed qualecumque sit usuræ genus, receptum est Civili jure. An recte? censeo. nam si spectes usum verum, quid est quod a sapiente castigetur homine? fere enim agit, ut inæqualitas quam parit alienæ perceptio utilitatis, sortis incremento emendetur. quod cum dominiorum distinctioni quam humanæ ratio societatis pro communi utilitate invenit, æque consequens sit, atque emere, vendere, locare, conducere, permutare, verissime Marcianus *l.* 15. *D. de interdictis & relegatis*, juri Gentium æque fœnus, atque emptionem, venditionem, locationem, conductionem, & rerum permutationem, annumerat. Ac mirari quis possit hanc M. Catonis sententiam, *De re rustica. Est interdum præstare mercaturis rem quærere, ni tam periculosum fiet, & item fœnerari, si tam honestum. Majores enim nostri sic habuerunt, & ita in legibus posiverunt, furem dupli condemnari, fœneratorem quadrupli. Quanto pejorem civem existimaverint fœneratorem, quam furem, hinc licet existimare.* Nisi appareret, cum loqui de fœnore quod contra leges exigeretur. pœna enim quadrupli cujus mentionem facit, non in omnibus obtinuit fœneratoribus, sed in his qui pecunias sub gravioribus usuris, quam pro consuetudine, fœnerabantur: ut infra ostendetur ex Asconio Pediano, *in Divin. p.* 27. Tamen & Aristoteles usuras damnat *lib.* 1. *De republica c.* x. *p.* 409. *tom.* 3. sic differens. *Illa autem quæ in permutatione nummi consistit, merito vituperetur (non enim naturæ consentanea est, sed in ea alter ab altero lucrum aucupatur) optima ratione omnibus in odio est ratio fœneratrix, quod ab ipso nummo quæstus fiat, & non ad quam rem paratus est, usurpent. Permutationis enim gratia natus est. Fœnus autem eum auget & multiplicat. Unde etiam nomen hoc invenit. Similia enim sunt ea quæ pariuntur iis quæ gignunt & procreant. In fœnore autem pecunia pecuniæ partus ac fœtus est. Quapropter maxime omnium quærendæ pecuniæ rationum abhorret hæc a natura.* Etiam Seneca in usuras invehitur *lib.* 7. *De beneficiis c.* 10. his verbis, *Video istic diplomata, & syngraphas, & cautiones, vacua habendi simulacbra, umbras quasdam avaritiæ laborantis, per quas decipiant animum, inanium opinione gaudentem. Quid enim ista sunt? quid fœnus, & Kalendarium, & usura, nisi humanæ cupiditatis extra naturam quæsita nomina? Possum de rerum natura queri, quod aurum argentumque non interius abscondérit, quod non illis majus, quam quod detrahi posset, pondus injecerit. Quid sunt istæ tabulæ, quid computationes, & venale tempus, & sanguinolentæ centesimæ? voluntaria mala ex constitutione nostra pendentia, in quibus nihil est, quod subjici oculis, quod teneri manu possit, inanis avaritiæ somnia.* Mitto Christianos scriptores. ex quibus Lactantius *lib.* 6. *Divin. Inst. c.* 18. virum justum ita definit, *Pecuniæ, si quam crediderit, non accipiat usuram: ut & beneficium sit incolume quod succurrat necessitati, & abstineat se prorsus alieno. in hoc enim genere officii debet suo esse contentus, quem oporteat alias ne proprio quidem parcere, ut bonum faciat. plus autem accipere, quam dederit, injustum est. Quod qui facit, insidiatur quodammodo, ut ex alterius necessitate prædetur. at justus nunquam prætermittet, quo minus aliquid misericorditer faciat, nec inquinabit se bujusmodi quæstu: sed efficiet, ut sine ullo damno id ipsum quod commodat, inter bona opera numeretur.* Aeque severe, quamquam brevius, Ambrosius, *De bono mortis c.* 12. qui locus apud Gratianum *c.* 14. *q.* 4. *cap.* 10. hac exstat forma, *Si quis usuram acceperit, rapinam facit, vita non vivit.* Sic illi, usuram prædæ, ac rapinæ, comparantes. Qui possunt? quippe cum usura a volente solvatur ex pacto convento. Sed contra Ambrosius, *De Tobia c.* 3. verba Ambrosii. *Talia sunt vestra, divites! beneficia. Minus datis, & plus exigitis. Talis humanitas, ut spolietis etiam dum subvenitis. Fœcundus vobis etiam pauper est ad quæstum. Usurarius est egenus, cogentibus vobis, habet quod reddat: quod impendat, non habet.* Ait, quod *impendat*, id est, pro usuris solvat. *Impendium* enim pro *usura.* vid. Varron. *lib.* 4. *De lingua Latina*, & Cujac. *lib.* 10. *Observ. c.* 36. Sic Ambrosius. Nec aliter, Chrysostomus *in cap. Matthæi* 17. *Homil.* 56. *Noli mihi dicere, quæso, quia gaudet & gratiam habet, quod sibi fœnore pecuniam colloces: id enim crudelitate tua coactus fecit. Nam & Abraham cum uxorem barbaris traderet, ipse modum invenit, quo facilius uxor susciperetur. Non libenter autem, sed timore Pharaonis impulsus. sic & pauper, postquam ea re tu dignum non putas, cogitur crudelitati gratias agere. Tu autem mihi videris, si a periculis hominem vindicares, mercedem ab eo flagitare, quoniam liberasti.* Impia igitur & abominanda usura; quia creditor plus quam debitori dedit, ab eo accipit, non tam volente, quam necessitate coacto, pro officio quod ei sponte præstare debebat, jubente non modo humanitate, sed & ratione mutui quod natura gratuitum sit. atque hoc si est; videtur usura esse ars nequitiæ, sicut latrocinium, effractio, lenocinium, incantatio. Auctor Augustinus *in Psalmum* 128. *edit. Paris. tom.* 8. *pag.* 615. Verba Augustini. *Audent etiam fœneratores dicere: Non habeo aliud unde vivam. Hoc mihi & latro diceret, deprehensus in fauce: hoc & effractor diceret, deprehensus circa parietem alienum: hoc mihi & leno diceret, emens puellas ad prostitutionem: hoc & maleficus, incantans mala, & vendens malitiam suam. Quidquid tale prohibere conaremur, responderent omnes, quia non haberent, unde viverent, quia inde se pa-*

pascerent: quasi non hoc ipsum in illis maxime puniendum est, quia artem nequitiæ delegerunt, unde vitam transigant, & inde se volunt pascere, unde offendant eum a quo omnes pascuntur. Sic Augustinus. adde, auctor incertus, sive is sit Chrysostomus, sive alius, in Matthæum cap. 21. Homil. 38. tom. 1. oper. Chrysostomi pag. 907. *Qui autem comparat rem, ut illam ipsam integram & immutatam dando lucretur, ille est mercator, qui de templo Dei ejicitur. unde super omnes mercatores plus maledictus est usurarius. Si enim qui rem comparatam vendit, mercator est, & maledictus: quanto magis maledictus erit, qui non comparatam pecuniam, sed a Deo donatam sibi, dat ad usuram? Secundo, quia mercator dat rem, ut jam illam non repetat: iste autem postquam fœneraverit, & sua iterum repetit, & aliena tollit cum suis.* Nec tantum privati homines ab usuris abhorruere: sed Nicæna quoque Synodus: quamquam non in omnibus eas improbat; sed in Clericis. nam de his loquitur *c. quoniam caus.* 14. *quæst.* 4. Verba Canonis, si quis recensere velit, apposui. ea verba sunt, *Quoniam multi clerici, avaritiæ causa turpia lucra sectantes, obliti sunt divini præcepti, quo dictum est: [Qui pecuniam suam non dedit ad usuram] fœnerantes, centesimas exigunt; statuit hoc sanctum concilium, ut si quis inventus fuerit post hanc definitionem usuras accipere, vel ex quolibet tali negotio turpia lucra sectari, vel etiam species frumentorum ad sescuplum dare, omnis qui tale aliquid conatus fuerit ad quæstum, dejiciatur a clero, & alienus ab ecclesiastico habeatur gradu.* Constitutio Synodi non generaliter & in rem loquitur: sed specialiter de Clericis: atque his ubi numeratæ quidem pecuniæ centesimas, frugum vero sescuplas, prohibet; usuras vetare, existimanda est. nam hunc modum usuris utroque in genere (in utroque autem fere usuras præstari, supra dixi) tantum quod definierat Imp. Constantinus *l.* 1. *Cod. Theod. de usuris:* quæ est ejusdem anni qui ejus Synodi fuit. quod bene observavit Vir Doctissimus, Jacobus Gothofredus. Longius perrexit Imp. Basilius, aut ejus filio, Leone Philosopho, *Novella ejus* 83. exstatque Constitutio apud Harmenopulum, *Promptuar. lib.* 3. *tit.* 7. quamquam is filio adscribit. verba hæc sunt, *Etsi majorum nostrorum plerisque visum est tolerandam esse usurarum solutionem, forte propter creditorum molestias & incommoda, nos tamen ut nostra Christiana republica plane indignam, aversandam & execrandam censuimus, tanquam jure divino interdictam. ideoque nostra vetat serenitas, ne cuiquam omnino in ullo negotio liceat usuras accipere, ut ne dum juri servando studiosius addicti sumus, legem Dei violemus: sed & si quis vel tantillum ceperit, sorti imputator.* Posterioribus quoque Pontificibus placuit, usuras omnibus prohibere, quasi detestabiles jure utriusque fœderis, & veteris & novi *tot. tit.* X. *de usuris.* addiderunt & pœnas, easque gravissimas, si quis contra fecisse diceretur. voluit enim in concilio Lateranensi Alexander III, ne usurarii manifesti ad communionem altaris admittantur, nec Christianam, si in hoc peccato decesserint, sepulturam accipiant: fere quo modo Cicero *lib.* 2. *De legibus* opinatur; *Donis impii ne placare audeant Deos: Platonem audiant, qui vetat dubitari, qua sit mente futurus Deus, cum vir nemo bonus ab improbo se donari velit.* Sed ut hoc agamus, præterea voluit Alexander, eum qui a fœneratore oblationes acceperit, vel eum Christianæ tradiderit sepulturæ, & quæ acceperit, reddere; &, donec ad arbitrium Episcopi sui satisfaciat, ab officii sui manere executione suspensum *c. quia in omnibus X. eod. tit.* Sed & Gregorius Decimus jussit, ne quis manifestorum usurariorum testamentis intersit: aut eos ad confessiones admittat, sive ipsos absolvat; nisi de usuris satisfecerint, vel de satisfactione pro suarum viribus facultatum idoneam præstent cautionem: testamenta quoque manifestorum usurariorum aliter facta non valere, sed esse irrita ipso jure *c. quamquam in Sexto eod. tit.* Ad hæc decrevit Clemens V. de sententia Consilii Vienensis *c. unic. Clementin. eod. tit.* eum qui pertinaciter affirmare præsumat, usuras exercere non esse peccatum, velut hæreticum puniendum esse. Inde increbuit sententia existimantium, usuras ad peccatum accedere, damnarique jure, cum divino, tum naturali, nec Summi Pontificis indulgentia probari posse. in qua sententia, ne alios adferam, est Andreas Alciatus *lib.* 6. *Parerg. c.* 20. etiam Didacus Couvarruvias *lib.* 3. *Var. resolut. c.* 1. *n.* 5. & 8. & addit, hoc frequentissimo omnium consensu annotatum esse *in c. super eo. de usuris.* idemque esse in Principe seculari, & in quacumque consuetudine, utcumque immemoriali. eique sententiæ se quoque adscribunt Ludovicus Molina, *De justitia & jure, tom.* 2. *de contractibus disp.* 304. *n.* 19. Franciscus Hotmanus, *Disp. De fœnore c.* 1. & *c.* 3. Antonius Faber, *De erroribus Pragmaticorum p.* 1. *decad.* 10. *error.* 1. *n.* 1. & nuper vir doctus, quisquis est, nomen enim suum non edidit, qui Gallico sermone scripsit *Les loix civiles dans leur ordre naturel, livr.* 1. *titr.* 6. *pag.* 271. & *& seqq. tom.* 1.

CAPUT V.

Summam esse rationem usuræ quæ ex mora præstatur, sive ad damni reparationem, sive pro pœna. eam usuram, libera republica, sine stipulatione non fuisse debitam, ne in bonæ quidem fidei judiciis. mutata republica, Labeonem aliquid tentasse in societate, non directo, sed sub colore ejus quod interest: Deinde Principes usuras ex mora Judicis officio permisisse in omnibus bonæ fidei judiciis. verus Pomponii sensus l. 60. D. Pro socio, ab aliis nondum animadversus.

Quam recte, fuerit tanti, paulo diligentius inquisivisse. si enim tam flagitiosa res est sive fœnus sive usura, si exsecratione digna tam dira, quam tot insignes & præclari homines a tot retro seculis publice privatimque præ se tulerunt, & adhuc præ se ferunt: profecto abhorrere ab ea debet quisquis non dicam modestiam, sed se amat. sin licita est Gentium jure, neque Divina constitutione vetita: cui rei fuerit, turpem atque improbam habere rem, ad communem usum inventam; & qua hominum commercium, pace & bello, in maxi-

ximis, minimis, carere non possit, ea hominibus interdicere? erit igitur res tanti momenti qua nulla est majoris, pleniore digna examine.

Faciam autem initium a bonæ fidei judiciis in quibus usuram ex mora præstari officio Judicis, infra ostendam: estque species elegans apud Pomponium *l.* 60. *D. Pro socio*, quam interpretari constitui: quia rationem habet sane difficilem, &, quantum scio, nondum expeditam. verba Pomponii sunt *ex lib.* 13. *ad Sabinum. Socium qui in eo quod ex societate lucri faceret reddendo moram adhibuit, cum ea pecunia ipse usus sit, usuras quoque (eum) præstare debere Labeo ait: sed non quasi usuras, sed quod socii intersit, moram eum non adhibuisse, sed si aut usus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit, contra esse. item post mortem socii nullam talem æstimationem ex facto heredis faciendam; quia morte socii dirimatur societas.* Ita fere omnes codices, etiam Florentinus: sed legendum, *reddendo moram adhibuit, aut cum ea.* quod verissime conjecit Jacobus Cujacius *lib.* 13. *Observat. c.* 15. nam & post ait Pomponius, *sed si aut usus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit.* Species hæc est. contracta inter me & te est societas: tu lucrum ex ea fecisti; aut ea pecunia ipse usus es. ait Labeo, usuras te præstare debere. sive enim in usus tuos convertisti lucrum; voluisti tibi adquirere quod mihi noluisti: sive in reddendo moram adhibuisti, postquam interpellatus es; mihi minus das, quam tibi, etsi utrique idem das; tantum quia mihi tardius, id est, tempore minus, das. neutrum vero patitur natura societatis: quæ (ut Livius *lib.* 8. *cap.* 4. definit) *æquatio juris est.* Ulpiano *fraternitas* dicitur *l.* 63. *D. Pro socio.* & optime Quintilianus *Declam.* 320. ait, *Sacra res est unitas & quædam fraternitas animorum. consortes enim potest facere casus: cæterum quidem, cum duo homines omnes fortunas suas contulerunt, omnes casus miscuerunt, unum quoddam factum est. quid est justius, quam compositum patrimonium habere condiditionem unius societatis? hoc enim est unitas. vides ergo & damna & lucra communia esse debere, & nihil non æquum esse utrique parti.* Igitur si quid lucri ex re communi ad te pervenerit; hoc mihi pro parte reddi, societati, id est, fraternitati, convenit. quod si facis, bene est: si non facis, sed ea pecunia ipse usus es, etsi non ex persona moram committas, quia non es interpellatus, ipsa tamen res moram habet: & ideo Labeo te ad usuras mihi teneri voluit; sed non quasi ad usuras, sed quod mea intersit: id est, non quasi ad quæstum quem intendam, & quo usura censetur; sed quasi ad restitutionem utilitatis quam ex pecuniæ meæ usu percepisti. atque hoc ei non tantum in societate placuit; sed in omnibus quoque bonæ fidei judiciis: volente post dominiorum distinctionem bona fide, ne quis ex alieno lucrum sentiat: extatque exemplum ejus generis certum ac clarum in actione pigneratitia, apud Pomponium *l.* 6. §. 1. *D. de pigneratitia actione.* Sed quid, si non sis ea pecunia usus; verum reddendo moram adhibuisti, non ex re, sed ex persona; id est, quia interpellatus opportuno loco, non dedisti? de creditore silet Pomponius in pigneratitia actione *d. l.* 6. §. 1. sed de te qui mihi socius es, quid dicemus? nihil enim lucri percepisti, neque ea ex causa mihi teneris: sed mihi tarditate tua damnum dedisti: atque, ut Seneca *epist.* 81. ait, *Sapiens inter se omnia comparabit, majus ei opus, aut minus sit, quamvis idem sit, tempore, loco, causa.* Igitur adhuc solves mihi usuras; sed (quod & hic tentavit Labeo, & ex eo Pomponius refert *d. l.* 60.) non quasi usuras; sed quod mea intersit, moram te non adhibuisse; etsi in utraque specie usura dicitur; quia volebat Labeo, quod socii intersit, censeri modo usuræ, suadente utilitate expediendarum rerum, tam difficili probatione ejus quod in pecunia re vera intersit. solves igitur usuram etiam eo in casu: sed non quasi usuram; id est, non quasi lucrum aut quæstum: sed quasi id quod interest; denique non tuum, sed meum. Sic in societate. an in cæteris quoque bonæ fidei judiciis? forte dices: sed non recte; si ad Labeonis & Pomponii respicias tempora quibus in societate is color placuit ob jus fraternitatis quod inter socios est; sed non in reliquis bonæ fidei judiciis: quamquam in his quoque ex mora receptæ sunt usuræ, officio judicis præstandæ fructuum vice *l.* 34. *D. de usuris:* at non disputatione Labeonis, sed Principum Constitutionibus, postea insecutis, ut pluribus ostendam *c.* VI. *libri* III. Interim fuerit argumentum, quod porro ait Pomponius *d. l.* 60. *Item post mortem socii nullam talem æstimationem ex facto heredis faciendam: quia morte socii dirimatur societas.* sensus enim est, quod jus moram officio Judicis æstimandi ad modum usurarum ex Labeonis sententia quidem obtinet in actione pro socio; sed non in aliis bonæ fidei judiciis. nam ut ipse socius socio teneatur ad usuras: tamen post mortem socii, si heres in reddendo moram committat, nulla talis æstimatio ex ejus facto facienda est: id est, nulla socio usura ex heredis mora adjudicanda est sub imagine ejus quod interest. quæso, quid ita? quia post socii mortem non est societas: dirimitur enim morte. nec igitur, si quid deinde fiat a socii herede, actio pro socio locum habet; sed communi dividundo: quia, post societatem morte diremptam, adhuc rerum communio mansit; eaque non actione pro socio finitur, sed actione communi dividundo *l.* 65. §. 13. *D. Pro socio:* quæ etsi æque bonæ fidei sit, atque actio pro socio §. 28. *Inst. de actionibus:* tamen quia non talem æstimationem facit ex facto heredis, qualem actio pro socio ex facto socii: apparet, Labeonem quidem voluisse, ex mora usuras præstari in actione pro socio; sed non in cæteris bonæ fidei judiciis. amplius apparet, quod hæc Pomponii verba, *post mortem socii nullam talem æstimationem ex facto heredis faciendam,* referenda non sunt ad utramque præcedentem speciem: sed tantum ad posteriorem. quod etsi mirum videri possit: tamen res postulat; & sæpe alibi fit.

Exposui unum exemplum judicii bonæ fidei. si placet, addam aliud æque evidens. finge: fundum tibi tradidi ex causa emptionis, nec pretium a te accepi: rationis est, sicut, tu fundo frueris, sic me pretio frui. hoc enim contractus æqualitati, id est, juri Gentium, consequens est. proinde, si non solvas mihi pretium, postquam frueris accepto a me fundo, etsi interpellatus a me non sis, neque ex persona moram facias, ipsa tamen res moram habet: quia mihi damnum facis, interversa pretii utilitate; & ideo te ejus usuras præstare, id est, damni æstimationem, non infinitam, sed ad modum usurarum pretii, reficere, non iniquum est *l.* 13. §. 20. *D. de actionibus empti & venditi.* atque hoc Hermogenianus voluit *l. ult. D. de periculo & commodo rei venditæ;* cum sic scribit, *Venditori si emptor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat præstabit, non omne omni-*

nino quod venditor, mora non facta, consequi potuit; veluti, si negotiator fuit, & pretio soluto ex mercibus plus, quam ex usuris quærere potuit. Nec alius videtur Pauli sensus *l.* 17. §. 3. *D. de usuris:* qui agens de usuris, in legatis & fideicommissis ex mora præstandis, exemplo actionum bonæ fidei, ait, usuras non propter lucrum petentium, sed propter moram solventium, infligi.

Tantumdem dixerim de cæteris stricti juris judiciis, interveniente usurarum stipulatione ex mora. fac: dedi tibi mutuam pecuniam: hanc stipulatus sum mihi reddi certa die: & si non reddatur, tum quo post solvetur, in singulos menses stipulatus sum certam pœnam. non solvisti mihi sua die: teneris mihi ad pœnam. non enim dedi tibi mutuam pecuniam mei quæstus, sed adjuvandi tui, causa. quam si reddas, etsi nihil addas, defungi potes: quippe fruitus, ut volui, beneficio meo. si non reddas: peccas. uteris enim mea pecunia, me invito: & quam ego facere potui utilitatem ex re mea, hanc mihi tardiore solutione intervertis. ita, cum ego beneficium dedi tibi, tu mihi injuriam refers pro gratia. igitur pœnam quam mihi stipulanti promisisti, solvere te, non iniquum est. ut enim par fuerit, me tibi beneficium dare, si possim sine incommodo meo: me tamen invitum propter te mea carere pecunia, & interim damno aut incommodo affici, par non fuit. id autem futurum est, si mihi pecuniam qua debuisti die, non restituas. recte igitur mihi ex stipulatu, si te spectes, ad pœnam teneri, *l.* 40. *D. de rebus creditis:* si me, ad damni pretium. Atque hæc etiam ea in specie liquent: quia in ea quoque proprie usura aut fœnus non est: sed pœna & id quod interest: atque ipsum usura dicitur: quia finitur modo usuræ, jure permissæ. nempe, ne mora a debitore commissa, opus sit quæri, an & quanti intersit creditoris, eam factam non esse: simul, ne quid fiat in fraudem legis, creditorum avaritiam coërcentis *l.* 44. *D. de usuris.* Ad has usuras respicit Seneca *epist.* 81. sequentibus verbis, *In hoc quoque falluntur ingrati, quod creditori quidem, præter sortem, extra ordinem numerant: beneficiorum autem usum esse gratuitum putant. Et illa crescunt mora: tantoque plus solvendum est, quanto tardius. ingratus est, qui beneficium reddit sine usura. itaque hujus quoque rei habebitur ratio, cum conferentur accepta & expensa.*

CAPUT VI.

Non esse causam, cur damnetur pecuniæ incrementum quod ad lucrum spectat, & proprie usura *aut* fœnus *appellatur. creditorem in* fœnore *utilitati suæ studere sine debitoris injuria; & hoc ei naturaliter licere.* fœnus *humanæ conjunctioni non adversari, sed convenire necessariis ex officio dari quæ non utique dentur quibus nulla tenearis necessitudine. & cur? in pecunia & frugibus credendis duplicem fieri conventionem: unam quæ* beneficio *proxima sit: alteram quæ* utilitatum permutatione *constet: neutram a jure Gentium abhorrere.* mutuum commodato, fœnus locationi conductioni, *comparari.*

Sed quid, si fœnus sit? ecce: dedi tibi mutuam pecuniam; hanc mihi reddi stipulatus sum; simul usuras ex die conventionis. an licitæ sunt usuræ Gentium jure? absit, inquies, ut probem lucrum turpe & flagitiosum: debeo enim, si velim justus esse, meo esse contentus: nec a te petere quod tibi non dederim: alioquin insidiabor quodammodo, ut ex tua præder necessitate; quem æque ac me curare communi humanitatis jure debeam. Si tamen lucrum ex mea facias pecunia; etiam ab initio te usuras præstare, a ratione cur alienum sit? tam enim me mihi, quam te tibi, natura commendat. atque ut tibi concedit, tuæ studere utilitati, si possis, sine injuria mea: sic nil iniquum arbitratur, si ego utilitati meæ serviam sine injuria tua *l.* 1. §. 11. *D. de aqua & aquæ pluviæ arcendæ actione.* id autem futurum est, si mea pecunia sub usuris utaris: quippe consecutus ea, ut facias lucrum quod sine ea non potuisti facere: ego vero si usuras accipiam pro usu meæ pecuniæ, nihil aliud acceperim, quam quod ad pensandum ejus usum respiciat. non igitur ego, si usuras accipiam, fuero injustus: quia non quod tuum sit, accipio: sed quod meum. accipio enim pretium usus, tibi a me concessi. at tu si voles, mea pecunia ad tuam uti utilitatem, me autem nullum vicissim commodum accipere pro usu, injustus eris: mihi tibique æquale jus esse non sinens. urgent hoc fœneratores; & recte; etsi Hieronymus reprehendat, *in Ezechielem lib.* 6. *c.* 18. cum *Solent argumentari ac dicere: dedi unum modium qui satus facit decem modios: nonne justum est, ut medium modium de meo plus accipiam, cum ille mea liberalitate novem & semis de meo habeat.*

At rationis est, ut quisque alium æque, ac se, & amet & curet. optime. id enim humanæ societati & juri Gentium consequens est. sed non minus te ad curam mei obligat, quam me ad amorem tui: non autem huc pertinet, ut aut tu me utilitate mea eo prætextu spolies, aut ego te: sed ut tu mihi, cum possis, æque utilis sis, atque ego tibi sim. quod si me tibi prodesse velis, & tamen hanc vicem neges mihi; te quidem a me, sed non me a te, amari & curari postulas. quod non est viri boni, & humanitatem quam præfert, sectantis: sed mali, & ea specie ad nequitiam, id est, ad rapinam atque avaritiam, abutentis. igitur si indigeas mea pecunia, quia opprimit te, ut fit, temporaria inopia: tenebor quidem ejus usu, si possim, necessitati tuæ succurrere: sed non gratis, si non aliud sit quod me impellat; sed mercede. sicut si opera mea vel domo vel simili indigeas: vult quidem humanæ ratio conjunctionis, ut te juvem: sed non ut hoc gratis faciam; si non aliud sit, quod me moveat; sed mercede. æque enim adjuvo te qui potes mihi hanc vicem præbere; cum te, interveniente mercede, juvo, ac cum gratis: & quamquam humani generis societas desiderat, ut, cum possim, adjuvem te indigentem ope mea: non tamen postulat, ut id gratis faciam: quia vult, utrumque nostrum quod potest, ad commune bonum conferre: me igitur usum sortis meæ; te vero usuram, id est, usus pretium.

Nec tamen ignoro, esse quæ amicis aut affini-

finibus aut necessariis præstentur sine mercede. imo memini, Varronem *lib.* 4. *De lingua Latina* pag. 29. sic scribere; *Mutuum quod Siculi* μοῖτον *ita scribit Sophron.* μοῖτον ἀντίθημον, *& Munus, quod mutuo animo qui sunt, dant officii causa.* Sed cum de usuris, id est, de lucro ac mercede, disputatur; non officium quæstioni est, sed jus Gentium. at quæ affinibus aut necessariis indulgentur, movente affectu, & patiente fortuna, hæc non jus Gentium imperat; sed officium. nec igitur omnibus præstanda sunt, etiam ignotis, aut quibus nulla tenearis vel sanguinis, vel meritorum, necessitudine.

Nam officium non est omnium quos jus Gentium tenet; sed *filii, uxoris, & earum personarum quas necessitudo suscitat, & ferre opem jubet*: auctore Seneca *lib.* 3. *De beneficiis cap.* 18. Inde apud Festum, *Necessarii sunt, ut Gallus Aelius ait, qui aut cognati, aut adfines sunt, in quos necessaria officia conferuntur præter cæteros.* Sed & Cornelius Fronto scribit, *Necessitudo vel sanguinis, vel meritorum, cum præceptoribus, cum amicis.* Beneficium latius patet. Senecam audi *d. loc.* ait, *Beneficium est quod alienus det: alienus est, qui potuit sine reprehensione cessare.* idque in donis probat Marcianus *l.* 214. *D. de verborum significatione.* Et bene Concilium Mediomatricis *c. precariæ. c.* 10. *q.* 2. *Cum ratio & usus obtineat, neminem cui non vult, contra utilitatem & rationem cogi de proprio facere beneficium.* Adeo officium muneri comparatur: beneficium voluntatis est. illud certis debetur personis: hoc nulli; etsi omnibus dari possit, nisi reclamat humanæ conditio tenuitatis: qua fit, ut infinita illa humanitas quæ præsertim pecuniæ præstetur usu, etsi hominibus ineptis sit laudabilis, tamen a rerum peritis magis sperari, quam obtineri, possit: ac si exerceatur, forte illis magni, his stulti, res animi sit; sed non hujusmodi, ut eum qui extraneis mercede præbet pecuniæ usum, ob id damnet, quasi inhumanum. quotus enim quisque est qui id in tanta hominum copia gratis facere velit; ac si velit, possit, salva re familiari? quam sapientem, & suæ memorem mediocritatis, tueri oportet, non modo non improbante, sed impellente, natura; etsi societatis studiosa, tamen sui curæ, saltem non sordidæ, nec immodestæ, non adversa. non enim nos natura, si verum amamus, voluit ideo conjunctionis esse appetentes; ut aliis consulentes, ipsos nos negligeremus; sed ut mutua opum bonorumque permutatione suis quisque commodis plenius meliusque consuleret. & hoc Seneca vult *lib.* 2. *De beneficiis c.* 15. cum ait. *Cum summa amicitiæ sit, amicum sibi æquare; utrique simul consulendum est. dabo egenti: sed ut ipse non egeam. succurram perituro: ut ipse non peream.*

Sit igitur ut de aliarum rerum, sic de pecuniæ frugumque, usu duplex conventio: una quæ ad beneficium accedat: altera quæ ab hoc remota sit, & magis utilitatum permutationem sequatur. si illa uti licet, movente officio atque affectu; ista opus non est. sin illa nequeas uti, cessante necessitudine; ad hanc deveniri necesse est. altera alicujus laudem liberalitatis habet; altera reprehensione caret: quia probabilis industriæ est, & quæ cæterorum contractuum exemplo ad communem hominum utilitatem jure Gentium referatur *l.* 15. *D. de interdictis & relegatis.*

Rem claram & certam certiorem & clariorem faciet comparatio usus pecuniæ frugumque cum usu ædium aut fundi. sicut enim horum usus aut gratis aut mercede datur; & altero casu commodatum, altero locatio, appellatur §. 2. *Quibus modis re contrahitur obligatio*: sic quo minus pecuniæ aut frugum usus gratis aut mercede detur, nihil impedit. nam si gratis datur, mutuum, sin mercede conceditur, fœnus vocatur; neque ob id iniquum est: sed formam mutat, & alius contractus fit, æque justus. utrumque observat Nonius, verbis sequentibus. *Mutuum a fœnore hoc distat, quod mutuum sine usuris: fœnus cum usuris sumitur, & est accepti fætus. unde & fœnus dictum est, ut Græce* τόκος, *quasi partus mutui sumpti.* Plaut. *Asinar.* Nam si mutuo non potero, certum est, sumam fœnore. *Unde honestius mutuum est, quod sub amico affectu fiat, tamen usu temporis necessarii fœnore sumere decet.* Ita eo devenitur, ut mutuum instar commodati, fœnus instar locationis, obtineat. unde & Veteres pecuniam, cum fœnori datur, & accipitur, locari ac conduci dixerunt. Plautum audi, *Mostellar.* 3. 1.

Scelestiorem ego annum argento fœnori
Nunquam ullum vidi, quam hic mihi annus obtigit.
A mane ad noctem usque in foro dego diem,
Locare argenti nemini nummum queo.

Horatium quoque, *lib.* 1. *Sermon. sat.* 2. *vers.* 9.

Omnia conductis coëmens opsonia nummis.

Inde Pomponius, *Pistoribus*, apud Nonium *in verb. occupatus*, usuram appellat *mercedem*: quo sensu etiam Horatius utitur, *ead. sat. vers.* 14.

Quinas hic capiti mercedes exsecat.

& *sat.* 3. *vers.* 86.

Odisti & fugis, ut Drusonem debitor æris.
Qui nisi cum tristes misero venere Kalendæ,
Mercedem aut nummos unde unde extricat.

Persius quoque, *sat.* 6. *vers.* 67.

Fœnoris accedat merces. hinc exime sumptus.

Est igitur, ut dixi, fœnus, si jus Gentium, atque adeo rerum simplicitatem spectes, instar locationis: quamquam, si fori Romani usum ac subtilitatem, sive, ut Seneca ait, *De benefic. lib.* 6. *c.* 5., Jurisconsultorum acutas ineptias, consideres, non est locatio. Sed non quia naturalis ratio ei resistit; sed quia hi qui civilia negotia illo in foro terminarunt, locationem intra usum corporum coarctarunt, nondum intellecta utilitate locatæ & conductæ pecuniæ. ea inventa, deinde eundum fuit, non quo rerum simplicitas duceret; sed quo iri pateretur Juris angustia. At sicut fœnus civili jure non est locatio: sic nec mutuum est. nam ut commodatum mercedem respuit, sic mutuum.

Hæc quo pertinent? ut liqueat, mutuum quidem commodatum, fœnus vero locationem, imitari; atque ut amicis nostris aut necessariis, si velimus, commodare aut mutuari, id est, gratuitum cujuscumque corporis, aut pecuniæ, frugumve, usum concedere omni jure possumus: sic extraneis quibus nulla simus devincti necessitudine, si pecuniæ usum demus sub usuris, nihil esse quod cum ratione culpetur: quia etsi mutuum non sit, resistente ejus natura, tamen fœnus est: sicut, cum ædium usum do, non gratis, sed mercede, non quidem commodatum est, quia repugnat contractus natura; sed locatio conductio §. 2. *Inst. Quibus modis re contrahitur obligatio*: & cum amici negotium gratis gerendum suscipio ex officio amicitiæ, mandatum est: sin interveniente mercede; non quidem mandatum est; (contraria est enim officio merces) sed res in aliam formam negotii transit, & fere locatio ac conductio appellatur §. *ult. Inst. de mandato*, *l.* 1. §. *ult. D. Mandati*

ti vel contra. quæ cum omni jure probetur: quid est, cur fœnus aut Civili, aut Gentium, jure improbandum sit? aut cur extraneo cui nulla teneor sanguinis vel meritorum necessitudine, debeam potius gratuitum pecuniæ meæ usum indulgere, quam operæ, quam agri, aut domus, aut cujuscumque alterius corporis, quod non magis necessarium mihi sit, quam pecunia?

CAPUT VII.

Chrysostomum pro distinguenda fœnoris *&* locationis *natura tria adferre argumenta; eaque a Francisco Hotmano gravissima atque eruditissima appellari: sed videri parum idonea.*

Nisi si placent rationes quas Chrysostomus, sive quis alius auctor, *in Matthæum, cap.* 21. *homil.* 38. *tom.* 1. *oper. Chrysostomi, pag.* 907. *edit. Parisiens. apud C. Morell. ann.* 1636. pro fœnoris & locationis differentia adfert his verbis. *Adhuc dicit aliquis: qui agrum locat, ut agrariam recipiat, aut domum, ut pensiones recipiat: num est similis ei qui pecuniam dat ad usuram? Absit. primum quidem, quoniam pecunia non ad aliquem usum disposita est, sicut ager vel domus, sed ad pretium emendi vel vendendi. Secundo, quoniam qui agrum habet, arat eum, & fructum accipit ex eo: similiter & qui domum habet, usum mansionis capit ex ea. ideo qui locat agrum vel domum, usum dare videtur, & pecuniam accipere, & quodammodo quasi commutare videtur lucrum cum lucro: pecuniam autem si repositam in sacculo teneas apud te, nullum usum capis ex eo. Tertio, ager vel domus utendo veterascit: pecunia autem cum fuerit mutuata, nec veterascit.* Hæc ille: atque, ut Francisco Hotmano V. CL. *De fœnore c.* 3. *tom.* 1. *oper. pag.* 802. videtur, *luculenter ac prope divinitus.* sic enim loquitur: ac rationes quas allegat Chrysostomus, *gravissimas* atque *eruditissimas* appellat.

Sed mihi sedet, tantisper sequestrare ejus auctoritatem præjudicii, atque interim rem considerare: ut decet, cum verum quæritur. primum, quod negat Chrysostomus, pecuniam ad aliquem usum haberi, sed ad pretium emendi vel vendendi; quo pertinet? an nummus, qui inventus est, ut publica ac perpetua ejus æstimatio permutationum difficultatibus quantitatis æqualitate subveniret, idcirco non potuit alium recipere usum? atqui sic Aristoteles quoque censuit *De republica lib.* 1. *c.* 10. quid, si inepte? quoties enim evenit, ut res inventa ad unum finem, deinde alium admittat, etiam meliorem? non enim ratio invenit pleraque; sed necessitas: nec hæc optima quæsivit, sed necessaria: cæterum rudia & parva usus & tempus perfecere. nec erat, cur sequentes repudiarent utilitatem, si quam nova demonstraret occasio, etsi prioribus non animadversam. illi enim quod sibi utile intellexere, ad vitæ usum adhibuere: non quia non esse oporteret aliud: sed quia non habebant, ipso quoque usuri, si vidissent. eo igitur reperto, stulti sit, quod sibi utile & bonum esse animadvertit, non sequi, quamquam duce natura, tantum quia novum & Veteribus invisum. Optime Seneca *epist.* 95. *Fuit sine dubio, ut dicitis, vetus illa sapientia cum maxime nascens rudis: non minus quam cæteræ artes quarum in processu subtilitas crevit.* Sed in jure id frequens est. actionem negotiorum gestorum vide: ejus introducendæ causa fuit, ut amici absentium qui subita festinatione coacti, peregre profecti essent, nulli ante demandata negotiorum suorum administratione, ad ea sponte suscipienda invitarentur §. 1. *Inst. de obligationibus quæ quasi ex contractu nascuntur.* *l.* 1. *D. de negotiis gestis.* si qui tamen aliqua necessitate, vel ejus suspicione, ad ea suscipienda urgeri possint, & per hos utiliter gesta sint negotia; magis esse cœpit, ut in ipsorum quoque personis locum acciperet negotiorum gestorum actio: perinde ac si sua sponte ad ea venissent *l.* 3. §. 10. *l.* 19. §. 2. *D. de negotiis gestis.* adeo attinet, quod Varro, *lib.* 7. *De lingua Latina, pag.* 64. scribit, *Quæcumque usus causa ad vitam sunt assumpta, in heis utilitatem quærere, non similitudinem.* Item, *Propter utilitatem in heis dissimilitudinem potius, quam similitudines sequamur.* Negotiis gestis adde aquæductum: cujus finis fuit agrorum irrigatio. hoc tamen jure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa, vel amœnitatis, aqua duci possit *l.* 3. *& l.* 1. §. 11. *D. de aqua quotidiana & æstiva.* Quid dicam de bonorum possessione contra tabulas? quam Prætor invenit in gratiam emancipatorum liberorum, si quos præteriisset pater. porrecta tamen est ad suos, permittente utilitate *l.* 4. *C. de liberis præteritis.* Jam vestis inventa fuit, ut tegeret; non ut ornaret: domus, ut tutelam præberet; non ut voluptati esset. ait tamen Varro *d. lib.* 7. *pag.* 65. *Non solum vestiti esse volumus, ut vitemus frigus, sed etiam, ut videamur vestiti esse honeste: non domum habere, ut simus in tecto & tuto solum, quod necessitas contruserit, sed etiam ubi voluptas retineri possit.* Atque ut voluptatem mittam: quis dicat, vestem inventam, ut reditum det? potest tamen locari vestis; & ex ea merces, quasi fructus, percipi *l.* 19. *D. de usuris.* §. 5. *Inst. de locatione & conductione.* Sed nec domus inventa est, ut locetur: & tamen, si domo non eget dominus, quid ni locet eam qua carere potest? Fundi quoque comparati sunt, ut serantur, aut pascantur: non, ut locentur. quid, si dominus eos conserere aut pascere nolit, aut non possit; an peccabit, si aliis locet, & pensiones pro fructibus accipiat? hoc vero quotidie fit, nullo improbante. adeo frumenta, poma, fœnum, & similia, ex fundo percepta, naturales fructus appellantur: sed pensiones locatorum fundorum natura quidem non sunt fructus; sed civili jure pro fructibus habentur *l.* 62. *D. de rei vindicatione. l.* 29. *D. de hereditatis petitione.* In pecunia cur aliud dicemus? esto: non sit inventa ad usum; sed ut sit pretium rei emptæ & venditæ: an non debet ideo ad usum adhiberi, si quis ejus esse possit? imo probo, quod Papinianus *d. l.* 62. respondit, usuram non natura pervenire, sed jure percipi. quamquam nec animadverto, cur pecunia non sit ad usum constituta: quam concedimus inventam esse ad æstimationem emendarum ac vendendarum rerum. an non est ad usum comparata qua mihi licet quod mihi utile sit, emere vendere, locare conducere, lucrum denique facere: quam, si ipse nolim negotiari, possim dare socio, quia ea nego-

tie-

ticetur, & mihi præstet partem lucri. quod si usum habet pecunia, quia continet pretium emendarum rerum: hunc usum si permittam alii, credita pecunia; quæso, an iniquum est, mihi usuras dari, id est, usus æstimationem reparari? cum utique lucrum cum lucro commutem; neque plus accipiam, quam dedi. Sed res certa: & ipse Aristoteles *lib.* 1. *De republica c.* 9. *pag.* 406. sic infit, *Uniuscujusque rei quæ paratur ac possidetur, duplex usus est. uterque autem per se quidem est, verum non similiter per se: sed alter rei accommodatus ac proprius: alter alienus, neque proprius: verbi gratia, calceum induere & calceum permutare. utroque enim modo calceo uti licet. nam etiam qui calceum nummo aut victu permutat cum eo qui eget calceo: utitur ille quidem calceo, qua ratione calceus est: sed non ex usu proprio. non enim permutationis causa factus calceus est. idemque de aliis rebus quæ parantur, ac possidentur, sentiendum.*

At enim (quod est secundum Chrysostomi argumentum) si pecuniam teneas in sacculo repositam, nullum ex ea usum capis. audio. verum si domum quoque meam neque ipse inhabitem, neque aliis locem; neque illa præbebit fructum. & si agrum neque ipse colam, neque aliis locem; inutilis ager erit. neque tamen tam ineptus eris, ut dicas, vel domum, vel agrum, tibi ad fructum non prodesse. sterilis enim tibi non suo, sed tuo, vitio est: exemplo pecuniæ quam otiosam jacere sinas; cum, si fœnori colloces, industria tua fiat, ut sterilis non sit *l.* 3. §. 4. *D. de contraria tutelæ actione, & l.* 7. *D. de usuris.* imo Ulpianus *l.* 10. §. 3. *D. Mandati vel contra* ait, eam exerceri: pro ad quæstum haberi: exemplo navis aut cauponæ quæ exerceri dicuntur; cum ad reditum habentur *l.* 1. §. 2. *&* 5. *D. Nautæ caupones stabularii.* igitur sicut agri aut domus aut navis, sic pecuniæ, justa locatio est: quia in hac æque, atque illis, lucrum cum lucro, id est, usus cum mercede commutatur *l.* 14. *C. de usuris.*

Postremum Chrysostomi argumentum est, quod ager, vel domus, utendo veterascit: pecunia autem mutata nec minuitur, nec veterascit. Sed primum quod de agro dicit, veterascere, falsum est: modo, si bene colatur: ut a Columella, *De re rustica*, *lib.* 1. *in Præfatione*, pulchre & late demonstratum est. deinde quod de domo addit, etsi non negem; (nam & ornamenta urbium, & decora marmorum, sentire senium temporis, ait *l.* 16. *Cod. Theod. de operibus publicis*, *lib.* 15. *tit.* 1. & victa senio fatiscere *l.* 15. *Cod. Theod. eod. tit.*) tamen ad rem non pertinet. veterascit enim domus sive habitetur, sive vacua sit: & magis vacua, quam habitata. res nota: & Ovidius tangit *lib.* 1. *Amorum Eleg.* 8. hoc versu.

Canescunt turpi tecta relicta situ.

denique, pensionem non pro ædium deterioratione, sed pro usu, præstari, ex Pomponio observat Marcianus *l.* 2. *D. In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.* idemque probat locatio agri: quem si bene colatur, neque veterascere, neque deteriorari, supra dixi.

Caput VIII.

Præter Chrysostomi argumenta esse tria alia quibus homines egregii & docti fœnus *a* locatione *separari putant. sed frustra. Pomponius expositus l.* 13. §. 1. *D. Commodati vel contra, etiam Ulpianus l.* 10. §. 8. & §. 3. *D. Mandati vel contra, & Paulus l.* 67. §. 1. *D. Pro socio.*

Respondi tribus argumentis quibus Chrysostomus fœnus a locatione & conductione distinguit. Sequuntur alia quæ non habet Chrysostomus. sed quia æque aut magis sunt molesta doctissimis hominibus; curabo, ut neque in his diligentiam meam desiderent qui ad verum contendunt. Primum argumentum est, quod in fœnore dominium transfertur; in locatione retinetur. probat igitur ratio locationem; fœnus improbat: quia in locatione fructus ex re propria, in fœnore ex aliena percipiuntur. Sed hanc subtilitatem quæ tota Juris Civilis est, non adgnoscit Juris Gentium simplicitas. æque enim patitur quantitatem, ac corpus, locari: etsi Jus Civile quantitatis locationem minus ferat: ut supra dixi. id vero si est, etiam patitur Jus Gentium, dominium locatæ quantitatis transferri; eamque non in specie, sed in genere, restitui: quamquam corpore locato, nil necesse putet, dominium tradi; velitque hoc non in genere, sed in specie, restitui: quia altero in casu aliter usus haberi potest, altero non potest. porro, si corporis locator mercedem accipit pro usu, etsi non transferat dominium: quid ni quantitatis locator, tradito dominio, mercedem pro usu ferat? cum utique verum sit, quantitatem locasse, & hujus dominium transtulisse. non in perpetuum, nec ne ipse haberet: sed ad tempus, atque ut accipiens interim haberet usum, quem alioquin in re quæ utendo consumitur, habere non poterat. ita efficitur, ut in fœnore non eo pertineat dominii translatio, ut creditor minus, sed ut æque, mercedem habeat: quando debitori dominium dat usus causa; & jus crediti in eodem repetendi genere vice dominii retinet; denique, fructus non ex alieno, sed ex suo, jure accipit.

Alterum argumentum est: quod locator debet conductori præstare, uti frui licere *l.* 15. §. 1. *D. Locati conducti*; ac si casu fiat, ne præstet, non tenetur conductor ad promissæ mercedis solutionem *d. l.* 15. §. 2. *& l.* 33. *D. eod. tit.* sed in fœnore contra est: tenetur enim debitor ad promissæ mercedis præstationem; sive habuerit pecuniæ usum, sive hunc fortuitus impedierit casus. iniquum igitur fœnus est: cum iniqua non sit locatio conductio. Sed neque hæc objectio, etsi primo adspectu difficilis videatur, ullius rei est, si ad diligentius examen revocetur. quia corporis locatio non fit ad qualemcumque usum; sed fit ad usum certum: eumque si non habeat conductor, intercedente casu; non est quidem quod locatori, at nec est quod conductori, imputetur. placet igitur, casum non conductori, sed locatori, nocere: sive quia hoc dominio consequens est; sive quia ita tacite conventum videtur. non idem est in fœnore: nam in eo locatur debitori pecunia, non ad certum, sed ad qualemcumque, usum: quia ei sic datur, ut dominium in eum transferatur: nec igitur promittit debitor creditori, pecunia uti hoc aut illo modo: ne consilium qui-

quidem creditoris circa usum desiderat: sed apud se statuit arbitrio suo, qua ratione eum pecunia uti, atque ex ea lucrum facere, oporteat. quod si ei maximum, atque adeo præter spem, obtigerit; non eo majorem usuram, quam quæ conventa sit, solvit. igitur si damnum factum sit; vicissim debet hoc non creditori, sed debitori, nocere: sive quia id actum est; sive ex natura dominii: certe quia iniquum fuerit, creditoris periculum esse; & interim de genere negotiandi pecunia, consumendive eam, non eum consulere; sed debitorem suo arbitrio statuere. ea ratione & in negotiorum gestore obtinuit; ut, si fecerit quod non sit solitus facere dominus, ejus periculum non ad dominum, sed ad ipsum, pertineat *l.* 11. *D. de negotiis gestis.*

Tertium argumentum est, quod res debet quæstui esse illi cujus periculo est, auctore Pomponio *l.* 13. §. 1. *D. Commodati vel contra*, Ulpiano *l.* 10. §. 8. *D. Mandati vel contra*, & Paulo *l.* 67. §. 1. *D. Pro socio.* est autem credita pecunia non creditoris periculo; ut in locatione, in qua conductor reddit eamdem rem quam accepit, modo extet; & si periit fortuito casu, nihil tenetur reddere: sed pecunia est debitoris periculo. tenetur enim reddere non eamdem speciem, sed idem genus; quamquam species quam accepit, perierit fortuito casu *l.* 11. *C. Si certum petatur.* debet igitur non creditori esse quæstui, sed debitori. Sed primum fit corporis locatio ad certum usum, & quidem eum qui haberi possit salva ejus substantia: hunc vero egredi non debet conductor, invito locatore. eum igitur si sumat ex voluntate locatoris, & res perit casu fortuito; nihil est, quod imputetur conductori qui corporis periculum in se nullum suscepit, eoque ex domini voluntate usus est. perit igitur locatori, id est, domino, ex natura dominii. contra pecuniæ locatio debitori fit ad usum qualemcumque, id est, non utique ad eum qui creditori, sed qui debitori, placeat: non etiam sic fit, ut salva maneat substantia, sed ut usu consumatur: & hoc cum debitori videbitur. igitur si perit, quamquam casu, non perit creditori, qui ejus periculum non recepit, nec de consumenda statuit: sed debitori, id est, domino qui ea suo tempore, & suo arbitrio, utitur. Tamen quæstus (si Pomponio *d. l.* 13. §. 1. si Ulpiano *d. l.* 10. §. 8. & Paulo *d. l.* 67. §. 1. fides) debet ejus esse cujus periculum est. sic est: sed non ubique, sed in speciebus quas tractant. E re erit, singulas vidisse: quia sunt elegantes, neque satis expositæ. primas partes dabo Pomponio: cujus verba *d. l.* 13. §. 1. sunt. *Si quem quæstum fecit is qui experiendum quid accepit, veluti si jumenta fuerint, eaque locata sint, id ipsum præstabit, qui experiundum dedit: neque enim ante eam rem quæstui cuique esse oportet,* [*prius*] *quam periculo ejus sit.* Sic Florentiæ: in aliis libris est, *id ipsum præstabit ei qui experiundum dedit.* Rectius. proponitur Pomponio aliquis jumenta empturus, hæc experienda accepisse; eaque alii locasse certa mercede. quæritur, cujus lucro merces cedere debeat. ait Pomponius, non debere cedere lucro ejus qui experienda accepit; sed qui dedit: & addit rationem; ea ratio est, *neque enim ante eam rem quæstui cuique esse oportet* [*prius*] *quam periculo ejus sit:* id est, non ante oportet mercem in emptione venditione quæstui esse cuique, quam perfecta sit emptio & venditio. inde enim est emptoris periculo & commodo. quæso, quid ita? quia etsi ante tradita sint jumenta, tamen non ad quæstum tradita sunt, quasi jam empta, sed experienda: id est, (ut Ulpianus *l.* 20. *D. de præscriptis verbis* ait) ut gratuitum acciperet experimentum, & hoc sumpto, deinde de emptione deliberaret. igitur si expertus jumenta est, & quæstum fecit, eum reddere debet: quia id actum fuit, ut commodato haberet; non ut quæstum faceret. sic, si perfecta non sit emptio venditio; & adeo res non sit emptoris periculo. nam si perfecta sit; & res ejus periculo est; & ejus fructus habet; &, si non solvit rei pretium, ad usuras tenetur *l.* 13. §. 19. *D. de actionibus empti & venditi.* Recte igitur Pomponius in *d. l.* 13. §. 1. *D. Commodati vel contra* dicit, quæstum esse ejus cujus periculum est, volente negotii genere. sed hoc ad alias species quarum alia ratio sit, porrigendum non est. nam si mulier marito dotem dedit, maritus fructus habet ex re dotali: quia is finis dotis datæ: & tamen dos non mariti, sed uxoris, periculo est: sufficitque marito, nisi æstimata dos sit, in ea præstare dolum & culpam latam ac levem *l.* 10. *l.* 17. *D. de jure dotium. l.* 23. *D. de regulis juris.* Ita in corporibus in dotem datis. quid, si quantitas sit? Gajum audi *l.* 42. *D. de jure dotium.* sic infit, *Res in dotem datæ, quæ pondere, numero, mensura constant, mariti periculo sunt: quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrabat; & quandoque soluto matrimonio, ejusdem generis & qualitatis alias restituat, vel ipse, vel heres ejus.* In negotiis quoque gestis ipse Pomponius cujus est *d. l.* 13. §. 1. ostendit, utilitatem, quæ est humanæ mensura æquitatis, aliquando velle, ut ad alium periculum, ad alium lucrum, pertineat: cum sic scribit *l.* 11. *D. de negotiis gestis. Si negotia absentis & ignorantis geras: & culpam & dolum præstare debes. Sed Proculus interdum etiam casum præstari debere: veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine ejus geras; veluti venales novitios coëmendo, vel aliquam negotiationem ineundo. nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequitur; lucrum vero absentem.* Tantum de Pomponio.

Sequitur Ulpianus *d. l.* 10. §. 8. *D. Mandati vel contra. Si mandavero procuratori meo, ut Titio pecuniam meam credat sine usuris, isque non sine usuris crediderit, an etiam usuras mihi restituere debeat, videamus. & Labeo scribit, restituere eum oportere, etiamsi hoc mandaverim, ut gratuitam pecuniam daret: quamvis, si periculo suo credidisset, cessaret (inquit Labeo) in usuris actio mandati.* Sejus procuratori mandavit, ut Titio pecuniam suam crederet sine usuris: is eam credidit sub usuris. quæritur, an usuras, si quas percepit, restituere debeat? ait Ulpianus ex Labeone: & recte. ut enim mandatum ei sit; ut gratuitam pecuniam daret; tamen si sub usuris credidit, & has accepit; non ex sua, sed aliena, pecunia accepit; nec patitur bona fides, distinctis inter homines dominiis, eum ex aliena pecunia lucrum facere, invito domino. debet igitur, quantumcumque sensit emolumentum restituere ei ex cujus pecunia accepit: volente non ratione tantum, sed etiam Ulpiano *l.* 10. §. 3. *D. eod. tit.* addam Paulo *l.* 20. *D. eod. tit.* & Gajo *l.* 46. §. 4. *D. de procuratoribus.* maxime, si procurator eam pecuniam non suo periculo fœneraverit. & quid si hoc sit? non enim desinit esse aliena pecunia ob id quod procurator eam suo periculo exercuit? igitur debet etiam eo in casu quidquid usurarum nomine acceperit, pecuniæ domino restituere?

non est verbis opus. rem signat Ulpianus *d. l.* 10. §. 3. ait enim, si procurator meus pecuniam meam fœnori dedit, usurasque consecutus est: debere eum præstare quantumcumque emolumentum sensit: nec referre, *sive ei mandavi, sive non.* id vero quid vult, nisi procuratorem ad usurarum restitutionem teneri; sive periculum ad eum spectet; sive non? quia, si domini pecuniam sine ejus mandatu fœneret, certum est, eam non domini, sed suo, periculo fœnerare *l.* 62. *D. de rei vindicatione.* Ulpianus tamen obstat *d. l.* 10. §. 8. verba Ulpiani, *Quamvis si periculo suo credidisset, cessaret (inquit Labeo) in usuris actio mandati.* Sed non sic eum intelligi oportet, quasi velit, procuratorem statim, ac periculo suo crediderit domini pecuniam, ex ea usuras retinere: sed quasi velit, fœnerata domini pecunia procuratoris periculo, ex Labeonis sententia in usuris cessare mandati actionem; si dominus jusserit, procuratorem suum certam pecuniam sumere, & fœnerare periculo suo, vel simpliciter, vel ita, ut certas usuras domino penderet dumtaxat: ac si pluris fœnerare potuisset, ipse lucraretur. sic enim aliquando conveniri solitum, idem Ulpianus ostendit *l.* 6. §. 6. *D. eod. tit.* nec iniquum fuerit, utilem procuratori esse pecuniam; cum dominus hoc patitur, atque etiam periculum ad eum pertinere jubet. Sed & Scævola *l.* 47. §. 4. *D. de administratione tutorum*, cum Præfectus legionis ita testamento cavisset, *Volo, ut sit in arbitrio tutorum filii mei, si voluerint hujus summæ uncias inferre usurarum nomine, ita, ne nummi dispergantur*; & quæsitum esset, si apparuerit pecunia fœnerata a tutoribus, judicio tutelæ, uncias usuras, an vero eas quas stipulati sint, præstare debeant: respondit, si secundum voluntatem defuncti elegissent usurarum præstationem, neque pupilli nomine in fœnus dedissent, id præstare debere quod testator voluisset.

Superest, ut Paulum explicemus l. 67. §. 1. *D. Pro socio.* verba hæc sunt, *Si unus ex sociis qui non totorum bonorum socii erant, communem pecuniam fœneraverit, usurasque perceperit, ita demum usuras partiri debet, si societatis nomine fœneraverit: nam si suo nomine, quoniam sortis periculum ad eum pertinuerit, usuras ipsum retinere oportet.* Proponitur communis pecunia ab uno ex pluribus sociis sub usuris credita. quæritur, an usuras ex ea perceptas cum reliquis communicare debeat. distinguit Paulus, utrum fuerint totorum bonorum socii, an non: & priore casu putat, communes usuras esse oportere, sive eam pecuniam suo, sive societatis, nomine fœneraverit: quia vix potest propriam habere pecuniam, contracta totorum bonorum societate: sed neque potest res communes in solidum alienare, non consentientibus cæteris sociis; auctore Nicæo, *Basilic. lib.* 23 *tit.* 1. *tom.* 3. *pag.* 272. *& seq. ad l.* 16. *D. de rebus creditis. lit. L.* Sic, si fuerint totorum bonorum socii. quid, si non fuerint? ait Paulus, si quidem socius communem pecuniam fœneraverit societatis nomine, debere eum usuras partiri; si vero suo nomine eam fœneraverit, usuras ipsum retinere oportere: & addit rationem. ea ratio est, quoniam sortis periculum ad eum pertinuerit. id vero hunc sensum habet; quod si non totorum bonorum socius communem pecuniam consentientibus sociis fœneraverit: (aliter enim non potest, quia tantum suæ partis alienationem habet *l.* 16. *D. de rebus creditis*) tenetur cum sociis communicare perceptas usuras; quia eorum pecunia est; amplius, est eorum consensu & periculo credita. sed si ex communi pecunia partem suam (Paulus *d. l.* 16. dicit, *propriam pecuniam*) mutuam dederit quam certum est eum creditam facere posse, etiam dissentientibus cæteris: ut idem Paulus ait *d. loc.* magis est, ut eas usuras sibi retinere possit: quia sortis periculum ad eum pertinet. Atqui, si communem pecuniam in usus suos convertit, usuras eum præstare oportet *l.* 60. *D. Pro socio.* Sed jam Græci observarunt, *Basilic. lib.* 12. *tit.* 1. *tom.* 2. *pag.* 38. *in explicatione d. l.* 67. §. 1. *lit. X.* pecuniam communem fœnerare, non esse eam convertere in proprios usus. idque & Cujacio visum *lib.* 23. *Observ. c.* 27.

Caput IX.

Senecæ sententia contra fœnus examinata & discussa.

Sed ut illo revertar, unde discessi, apparet, neque Naturam, neque Gentium jus, a fœnore usurisque abhorrere. nec tamen ignoro, Senecam *lib.* 7. *De beneficiis c.* 10. sic scribere, *Video istic diplomata, & syngraphas, & cautiones, vacua habendi simulachra, umbras quasdam avaritiæ laborantis, per quas decipiant animum, inanium opinione gaudentem. quid enim ista sunt? quid fœnus & Kalendarium, & usura, nisi humanæ cupiditatis extra naturam quæsita nomina? possum de rerum natura queri, quod aurum argentumque non interius absconderit, quod non illis majus, quam quod detrahi posset, pondus injecerit. quid sunt istæ tabulæ, quid computationes, & venale tempus, & sanguinolentæ centesimæ? voluntaria mala, ex constitutione nostra pendentia, in quibus nihil est quod subjici oculis, quod teneri manu possit, inanis avaritiæ somnia.* Primum ait Seneca, quod fœnus est humanæ cupiditatis extra naturam quæsitum nomen. Vere. est enim, ut Aristoteles, *De republica lib.* 1. *c.* 10. ait, in fœnore pecunia pecuniæ partus. Sed non idcirco negligendum. natura enim etsi non invenit fœnus, tamen nec vetuit. quid ni igitur recipi possit ad humanum usum, si quem habeat, non repugnante natura? nisi servitutem improbamus propterea, quod eam natura ignorat, hominibus initio liberis natis. atqui servitutem, hominum constitutione inventam contra naturam, approbat jus Gentium *l.* 4. §. 1. *D. de statu hominum, l.* 4. *D. de justitia & jure.* rerum quoque dominia non natura commenta est, sed humana pactio introduxit contra naturalem communionem. dominia tamen ab hominibus distincta jus Gentium servat, suadente utilitate *l.* 5. *D. eod. tit. Divina natura dedit agros, ars humana ædificavit urbes:* ut Varro ait, *De re rustica lib.* 3. nec tamen quisquam urbes vituperat: quia eas Jus Gentium invenit; natura ignorat *d. l.* 5. imo commode Juvenalis *sat.* xv. *vers.* 149. scribit, quod Deus dedit

— — *Nobis animum quoque, mutuus ut nos*
Affectus petere auxilium, & præstare juberet,

Disperjos trahere in populum, migrare vetusto
De nemore, & proavis habitatas linquere sylvas:
Ædificare domos, laribus conjungere nostris
Tectum aliud, tutos vicino limite somnos
Ut collata daret fiducia: protegere armis
Lapsum, aut ingenti nutantem vulnere civem,
Communi dare signa tuba, defendier iisdem.
Turribus, atque una portarum clave teneri.

Idem in fœnore & usuris puta non adgnoscit hæc natura ita est: sed nec prohibuit. imo hominum pactionibus constituta non adspernatur ratio jure Gentium *l.* 15. *D. de interdictis & relegatis:* non magis, quam commercium & obligationes: quas, paucis exceptis, jure Gentium introductas esse, Hermogenianus refert *d. l.* 15. Hoc sensu Pomponius *l.* 121. *D. de verborum significatione* ait, usuram pecuniæ quam percipimus, non esse in fructu: quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est, nova obligatione. Papinianus quoque scribit *l.* 62. *D. de rei vindicatione*, usuram non natura pervenire, sed jure percipi.

At fœnus est venale tempus, voluntarium malum, ex constitutione nostra pendens, in quo nihil est quod subjici oculis, quod teneri manu possit, inanis avaritiæ somnium. percipitur enim pro usu ejus quod non est; quia percipitur pro usu consumptæ pecuniæ. Nec hoc Seneca tantum, sed & Plutarchus, *De vitando ære alieno*, carpit his verbis, *Et rident proinde isti physicos, qui ex eo quod non sit, existere quidquam posse negant. nam apud ipsos ex eo quod neque est, neque subsistit, nascitur fœnus.* Sed hoc subtilitatis est & nimiæ & prope inanis. etsi enim non negem, in mutuo consumi speciem: tamen quis nescit, debitorem ad genus teneri, & cum id solvitur, idem restitui? quippe, cum rerum quæ mutuæ dantur, hæc natura sit: ut non corpore suo, sed quantitate, censeantur; & functionem suam non in specie, sed in genere, recipiant; quia non interest domini, utrum idem, an tantumdem, habeat. quod si vero est, ut genere salvo, etiam salva videatur sors: quid ni usura pro usu ejus debeatur; sicut merces pro usu locati & adhuc salvi debetur corporis? atque hoc in creditore rationis est. sed de debitore quid dicemus? nec ei perire pecuniam quæ consumpta est in usum ejus. nam licet ei salvum non sit pecuniæ corpus; tamen salva est ejus utilitas; sive fundum emit ex quo fructus percipiat: sive debita solvit, & bona sua redemit: sive aliud egit quod ad qualecumque ejus negotium pertinere existimaret *l.* 70. §. *ult. l.* 71. *l.* 72. *D. de legatis lib.* 2. hanc autem utilitatem cum ex alterius pecunia habet, recte usuras solvit pro usu.

Verum sanguinolenta est centesima. quis negat, si excedat utilitatem qua cariturus sit creditor ob id quod debitor sit usurus ejus pecunia? sed quid, si id non sit? non fuerit crudele, ei centesima reparari utilitatem quam debitori concesserit. quid, si addam, non esse proprium usuræ, ut centesima sit, id est, gravissima? possunt enim semisses, & quincunces, & trientes, & sextantes, & unciæ, id est, levissimæ esse. imo ipse Seneca *lib.* 3. *De ira c.* 33. usuræ meminit haud millesimæ. ac si civilis aut modesta sit, forsan nec improbabilis visa ei fuit usuræ ratio. ipse sane de se, si fides Tacito *lib.* 14. *Annal. c.* 53. oratione ad Neronem sic infit, *Tantis agrorum spatiis, tam lato fœnore exuberat.* Accusat igitur Seneca non fœnoris vitium; sed modi. nec hoc in fœnore tantum, sed in aliis quoque, contingit, ut usu aut utilia aut noxia habeantur. sic vino (quod Plinius monet *lib.* 14. *Naturalis historiæ c.* 4.) neque viribus corporis utilius aliud, si modus adsit, neque aliud voluptatibus perniciosius, si modus absit. sic (quod Quintilianus notat *lib.* 2. *Inst. orat. c.* 16.) in utramque partem valent arma facundiæ: nec tamen est æquum, id haberi malum, quo bene uti licet. alioquin nec duces erunt utiles, nec magistratus, nec medicina, nec ipsa denique sapientia. nam & dux Flaminius, & Gracchi, Saturnini, Glauciæ, magistratus, & in medicis venena, & in iis qui philosophorum nomine male utuntur, gravissima nonnumquam flagitia deprehensa sunt. cibos aspernemur, attulerunt sæpe valetudinis causas. numquam tecta subeamus, super habitantes aliquando procumbunt. non fabricetur militi gladius, potest uti eodem ferro latro. quis nescit, ignes, aquas sine quibus nulla sit vita, & ne terrenis immorer, solem lunamque, præcipua siderum, aliquando etiam nocere. sed quod in illis Quintilianus observat, hoc in fœnore dicamus: si nocet, si turpe est, si indignum viro bono & humanitatis amante; non est fœnoris peccatum, sed hominis avari & fœnore male utentis. quod si quis idcirco prohibere velit, quod aliquando in abusum cadat: licet; dum & ignem, & aquam, & vinum, & cibum, & cætera, hominibus non utilia modo, sed & necessaria, ideo prohibeat, quod aliquando usum recipiant, sed non verum; denique, quod his multi ad nequitias abutuntur. quod si in his non usum tollendum putet, sed abusum: etiam in fœnore & usuris dicat, corruptelam inhibendam; non usum verum, & ad juvandam humanitatem accommodatum.

Ineptis, inquies. est enim hæc usurarum ratio, ut, quamvis non excedant modum, tamen sensim atterant debitoris opes, maxime negligentis aut prodigi. prorsus, ut, cum remedium quærat, non hoc, sed venenum, accipiat. sic enim Ambrosius argutatur, *De Tobia c.* 3. & ideo exclamat *c.* 5. *Mergit naufragos, expuit nudos, vestitos exuit, insepultos relinquit. nummum ergo petis, & naufragium suscipis. hinc charybdis circumstrepit, hinc Sirenæ quæ voluptatis specie & canoræ dulcedinis suavitate in vada deductos cæca, repetendæ domus (ut ferunt fabulæ) spe & cupiditate fraudabant.* Sed quod Ambrosius carpit, non fœnori imputandum; sed debitori, aut negligenti, aut nequam & prodigo, qualem in sequentibus ejusdem capitis describit.

CAPUT X.

Legem Mosaicam de non exercendo fœnore definire jus non Gentium, sed Civile populi Hebraici cui posita est. ea lege fœnus inter Hebræos quidem, sed non inter Hebræos & peregrinos, prohiberi: ac similem Romæ observationem fuisse inter cives Romanos, itemque inter hos & socios Latinos. cur fœnus inter Hebræos lege Mosaica prohibeatur: inter Hebræos & peregrinos non prohibeatur, ab Ambrosio diligenter disputari; sed non probabiliter.

ve-

veram rationem petendam a fine & utilitate reipublicæ Hebraicæ cui lex data est. eam rempublicam fuisse novam, & in arctis rebus positam; nec ad negotiationem respexisse, sed præsertim ad bellum & rem rusticam; nec debuisse domi fœnoris aut lucri studio dividi, & foris jure Gentium indiguisse in deserto & sterili loco. peregrinorum appellatione Mosen non damnatas Gentes, sed qualescumque, intelligere: nec utique his publicum indixisse odium; etsi illis indixerit. an Deus aliquando Hebræis permiserit rem turpem ac flagitiosam? non videri: nec Ægyptiis ablatione instrumentorum aureorum, & argenteorum, vestiumque pretiosarum, furtum jussu Dei esse factum. & cur? insignis Tertulliani locus. quomodo accipiendum sit quod de calceis vestibusque Hebræorum in deserto non inveteratis aut attritis legitur Deuteronomio c. 29. §. 5. & c. 8. §. 4. similis Justini locutio adducta? & Salviani aliorumque sententia castigata. sensus Psalmi 15. & Ezechielis c. 18. rejecta Hieronymi, & Hugonis Grotii, interpretatione.

At Deus Optimus Maximusque usuras vetuit; cum sic edixit *Exod. c.* 22. §. 25. *Si pecuniam mutuam dederis populo meo, pauperi ipsi qui est tecum, ne esto ei tanquam fœnerator. ne imponito ei usuram.* Et *Deuteronom. c.* 23. §. 19. & 20. *Ne dato in usuram* fratri tuo *usuram pecuniæ, usuram cibi, usuram ullius rei quæ in usuram datur.* Extraneo isti *dabis in usuram*, fratri *autem* tuo *ne dato in usuram: ut bene dicat tibi Jehova Deus tuus in omni re ad quam admoveris manum tuam.* & reliqua. Illicitæ igitur usuræ sunt lege Dei Fateor: sed in republica Hebraica; in eaque non inter omnes, sed inter Hebræos; ac magis civili, quam naturali, ratione. atqui a Deo jussa est ea lex. sit ita: sed non universo orbi scripta est; sed Populo Hebræo: neque facit commune Gentium jus; verum Civile Populi, cui eam posuit Deus, tamquam ejus princeps reipublicæ, non quasi humanæ vindex societatis. tenet igitur Hebræos, non qua cives majoris illius reipublicæ quæ est Dei & omnium hominum; sed qua cives hujus minoris quæ est Dei & Hebræorum. sicut lex Genucia, aut qualiscumque illa fuerit cujus Livius meminit *lib.* 35. *c.* 7. cum fœnus inter cives Romanos vetuit, ante legem Sempronium cives quidem Romanos obligavit: illos quoque respexit, non ob generis humani, sed ob civitatis suæ, utilitatem. magis igitur civilis, quam naturalis, habenda est. atque hoc cum in lege Genucia apparet: quid ni in Mosaica dicetur? nam ea quoque fœnus non generaliter, sed inter Hebræos, prohibuit: inter peregrinos autem & Hebræos non prohibuit *Deuteronom. d. c.* 23. §. 19. & 20. & *c.* 15. §. 6. & *c.* 28. §. 44. quamquam *Levitici c.* 25. §. 35. & 36. sic loquitur; *Si facultatibus attenuato* fratre tuo, *vacillabit manus ejus: tunc confirmabis* illum, *etiam* peregrinum *aut* inquilinum, *ut vivat tecum. Non accipias ab eo usuram aut fœnus, sed timebis a Deo tuo; ut vivat* frater tuus *tecum. pecuniam tuam ne dato ei in usuram; nec in fœnus dato cibum tuum.* Recte enim Belgæ interpretes hoc acceperunt de peregrinis, non omnibus, sed ad civitatis & sacrorum societatem jam admissis. quos Hebræorum jure frui, Moses jubet *Exodi c.* 12. §. 48. & *seq* & *Numer. c.* 15 & Justinus Martyr observat, *Dialogo cum Tryphone Judæo* pag. 351. his verbis, *Proselytus certe circumcisus, si ad populum accesserit, perinde est atque indigena & originarius.* Tantum igitur vetuit lex Mosaica, ab Hebræo sub usuris credi Hebræo; peregrino autem ab Hebræo, aut Hebræo a peregrino, sub usuris credi non vetuit: nec inter omnes peræque homines, sed solum inter cives suos, inutilem usurarum usum esse, existimavit. at si jus Gentium repræsentaret, prohiberet eas, non quasi huic civili, sed quasi humanæ, conjunctioni contrarias: nec tantum Hebræos curaret; sed qualescumque homines, nec minus extraneos, quam cives. quod enim jure Gentium peccatum est, numquam probari potest; quia semper malum est, denique ratione, etiam sine lege scripta, damnatur. repugnat enim societati quam Deus inter homines esse voluit; sive Hebræi sint; sive alii igitur repugnat juri quod Deus servandæ promovendæque inter homines societati, sive Hebræi, sive alii, sint, constituit. Sed non ideo fœnus Mosaico improbatur jure, quod sit evertendæ Gentium societati. permittitur enim Hebræis cum peregrinis; etsi Hebræis inter se prohibeatur. non igitur ob vitium quod utique fœnoris sit, & naturali juri contrarium, inter Hebræos prohibetur: sed contemplatione utilitatis quæ propria sit civium ejus reipublicæ.

Quæ qualis fuerit, lex non addit: quamquam mihi probabile sit, voluisse ejus auctorem, cives suos, quasi ab uno profectos patre, (quales non omnes, sed plerique, erant *Exodi c.* 12. §. 37. & 38.) inter se haberi pro necessariis: inter quos mutua esse officia, vel Gentiles definierunt. voluit igitur, inter eos non tam fœnus, quam mutuum, esse. quod inter necessarios etiam Gentiles admittebant. cæterum non putavit, tam arctam civibus cum peregrinis, quam cum civibus, esse conjunctionem: sicuti nec peregrini eam sibi cum Hebræis civibus, quam suis, societatem existimabant. & ideo quamquam non improbaret humanitatem, si quæ peregrinis gratis exhiberetur, hanc tamen ad juris necessitatem non revocavit. passus enim est, civem, si vellet, peregrino mutuum dare: sed si nollet, eum peregrino sub usuris credere non vetuit. quod & in omnibus, exceptis amicis & necessariis, Gentiles soliti fuere. fuit igitur civilis ratio quæ fœnus inter Hebræos prohibuit.

Sed ea clarior fiet; considerantibus paulo diligentius ejus conditionem finemque reipublicæ cui posita lex est. erat autem & nova, nec adhuc imperii atque obsequii vicissitudine satis firmata: tum magis ad bellum, & pecorum curam, remque rusticam, respiciebat, quam ad negotiationem. non longe petam argumenta. non tenebat populus solum patrium, idem pacatum, & per otium opibus ac luxu diffluens: ne habebat quidem certas & fixas sedes: sed ex Ægypto justa egressus rebellione, sedes novas quærebat, &, quod Josephus observat, *Contra Apionem lib.* 2, non maritimas, sed uberes, & ad agriculturam magis, quam ad mercaturam, idoneas, utcumque, ab aliis gentibus possessas, nec, nisi armis, petendas, aut retinendas. atque interim (referam enim quod Moses memoriæ prodidit *Exodi c.* 13. §. 17. & 18.) non ducebat Deus Populum via regionis Philistæorum quæ propinqua erat, sed circumducebat eum

via ipsa deserti ad mare algosum: & addit causam Moses, quæ pulchra est: ne, si bellum videret populus, eum pœniteret, & in Ægyptum reverteretur. Ita agebat in castris, & locis desertis aut hostilibus, vagus, pauper, & omnium indigens. in illo tam difficili rerum statu intererat novi Populi, spiritum quo tanta continebatur multitudo, pro more humani ingenii, indies mutabilis, & passim contumax, non dissolvi, non modo metu periculorum aut egestatis, aliorumve incommodorum quæ ei plurima cum ab hostibus, tum a castrensi vita, præsertim in sterili ac deserto loco, imminebant: sed neque fœnoris ac lucri studio quod sæpe homines dividit, etiam optime junctos. Sane de urbe Roma, sed rustica, & bello intenta, Tacitus *lib.* 6. *Annal. c.* 16. *Vetus urbi fœnebre malum, & seditionum discordiarumque creberrima causa: eoque cohibebatur antiquis quoque & minus corruptis moribus.* Appianus quoque *lib.* I. *De bellis civilibus. Videntur illi prisci Romani, sicut & Græci, abhorruisse a fœnore ut negotiatione molesta pauperibus & litium inimicitiarumque materia.* igitur animadvertens hoc sapientissimus Legislator, quod postulabat res Hebraica, voluit, cives suos quorum virtute ac fide ei vincendæ tot gentes erant, minime incitari ad avaritiam, ad querelas, ad discordiam, in quæ sponte ferri sentiebat: magis voluit, quærentibus amputare occasionem; ac cum omnes inter se arctissime jungi oporteret, singulos, non tam lucro suo, quam fraternitati, operam dare: alterumque ab altero, si qua ad tempus pecunia, aut quibus fructibus, egeret, quod aliquando necesse erat fieri, non fœnore ex jure Gentium, sed mutuo ex officio amicitiæ ac cognationis, adjuvari: perinde quasi omnium interesset, neminem destitui aut premi: ne quis facile ad seditionem, aut certe ad desertionem, necessitate incitaretur. accedebat, quod non magnæ essent pecuniæ quæ sic mutuæ peterentur; & idcirco sine notabili incommodo gratis credi possent. Fuit igitur lex de non petendis usuris civilis Hebræorum, posita angustis reipublicæ temporibus, atque in gratiam pauperum; quamquam ut ad ditiores quoque pertingeret. nam etsi pauperum meminit *Exodi* 22. §. 25. tamen generaliter loquitur *Deuteronom. c.* 23. §. 19. quia omnibus prohibendum erat, quo non debebant premi pauperes, tam obscura distinctione pauperis & divitis. jam ob incidentes casus facile fiebat; ut alioquin dives ad tempus egeret. igitur lex quem *pauperem* dixit *d. c.* 22. §. 25. eum *Levitici c.* 25. §. 35. & 36. appellat *attenuatum facultatibus*, atque ejus *vacillantem manum confirmari* jubet: nec eo verbo mendicum intelligit aut similem (cui perpetua egestate laboranti non mutuum datur; frustra enim crederetur pecunia nihil habenti; sed elemosyna datur) verum omnes intelligit qui ob temporariam inopiam quæ est communis omnium vitæ, subsidio creditæ indigeant pecuniæ. quod mutui & fœnoris proprium esse, sequente ostendam capite.

Sed ut Deus inter Hebræos fœnus prohibuit: sic inter hos & peregrinos permisit. An quod vellet gentes inimicas & excidio destinatas, ab Hebræis expilari fœnore? forte dices: & quid notius illo Taciti *lib.* 5. *Histor. c.* 5. *Apud ipsos fides obstinata, misericordia in promptu, sed adversus omnes alios hostile odium.* Sed illa Judæorum ratio non omnium, sed malorum, aut stultorum, fuit: Dei certe non fuit; etsi videtur Ambrosio, *De Tobia c.* 15. cum sic scribit: *Sed forte dices quia scriptum est; Alienigenæ fœnerabis & non consideras quid Evangelium dicat, quod est plenius. Sed hoc interim sequestremus, legis ipsius verba considera:* Fratri tuo, *inquit*, non fœnerabis ad usuram: sed ab alienigena exiges. *Quis erat tunc alienigena, nisi Amalech, nisi Amorrhæus, nisi hostis? ibi inquit usuram exige. cui merito nocere desideras, cui jure inferuntur arma, huic legitimæ indicuntur usuræ. Quem bello non potes facile vincere, de hoc cito potes centesima vindicare te. Ab hoc usuram exige quem non sit crimen occidere. Sine ferro dimicat qui usuram flagitat: sine gladio & de hoste ulciscitur qui fuerit usurarius & exactor inimici. Ergo ubi jus belli, ibi etiam jus usuræ.* Sic Ambrosius. Sed nollem dictum. abest enim procul non a veritate tantum, sed etiam ab honestate. atque apud Romanos quoque prohibitum aliquando fœnus inter cives fuit: inter cives autem & socios Latinos non fuit prohibitum: ut supra monui ex Livio *lib.* 35. *c.* 7. nec tamen quisquam dixerit, id ideo factum fuisse, ut socios Latinos fœnore spoliarent cives. cur igitur aliud de Hebræis dicemus? quia his indulgetur fœnori dare peregrinis, sed hostibus: quos non dicam spoliare, sed occidere, licet belli jure. Esto: sed quæ de fœnore & usuris fiunt conventiones, non belli, sed pacis, & commerciorum, jure celebrantur. igitur si ad expilationem spectant, & a Gentium jure abhorrent; ut videtur Ambrosio: ne cum hostibus quidem fieri possunt: quia hi, cum inter se contrahunt: non ut hostes agunt, sed ut homines qui utilitatis permutatione invicem sibi consulunt; id est, jure Gentium utuntur. Sed demus Ambrosio, valere ejus interpretationem, pecunia peregrinis a Judæis fœnori data: quid dicet, si contra Judæis fœnori data fuerit a peregrinis? nam & hoc fieri Deus permisit: ut supra dictum. num voluit tum, Judæos a peregrinis vicissim fœnore debilitari? non dicet Ambrosius: ne contraria voluerit Deus. hoc tamen consequens fuerit, si fœnus ad expilationem pertinet, & Judæis a peregrinis æque, ac peregrinis a Judæis, dari potuit. Ne addam nunc, quod Deus jussit quidem, fœnus a Judæis dari peregrinis, sed non utique devotis ob impietatis atrocitatem, sed quibuscumque. generaliter enim loquitur: & quamquam Amalechitis atque Ammorhæis & quibusdam aliis gentibus quæ enumerantur *Deuteronomii c.* 7. §. 1. & 2. & *c.* 20. §. 17. & *c.* 25. §. *ult.* & *Exodi c.* 17. *ad fin.* publicum indixerit odium: tamem Tyriis, Sidoniis, Ægyptiis, cæteræ denique humanitati, non indixit. Nec tamen ignoro ut hodie, sic olim fuisse quibus placeret, Gentium societatem non natura, sed pactionibus comparari: belique jus esse inter quos pax conventione firmata non sit: denique, bellum esse adquirendi modum maxime naturalem. in qua sententia Aristoteles fuit *lib.* 1. *De republica c.* 8. mitto Pomponium *l.* 5. §. 2. *D. de captivis & postliminio reversis.* nam & is hoc vult: cum sic loquitur, *In pace quoque postliminium datum est: nam si cum gente aliqua neque amicitiam, neque hospitium, neque fœdus amicitiæ causa factum habemus: hi hostes quidem non sunt: quod autem ex nostro ad eos pervenit, illorum fit: & liber homo noster ab eis captus servus fit & eorum. Idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat.* At hoc etsi illis sederit, etiam Judæis quibusdam, videtur Deus in Judaica republica noluisse: cum enim *Exodi c.* 22. §. 21. & *c.* 23. §. 7. vetuerit, peregrino vim fieri, aut eum opprimi: & *Deuteronom. c.* 27. §. 19. jusserit, maledictum esse qui peregri-

ni jus pervertat: denique *c.* 23. §. 7. sic edixerit, *Ne abominare Edomæum, nam frater tuus est. ne abominare Ægyptium, nam peregrinus fuisti in terra ejus:* quid verius est, quam censuisse, Judæis quidem societatem quæ pacto humano fit, cum peregrinis non fuisse; sed quam natura ingeneravit, fuisse? ut de Romanis & Faliscis egregie dixit Camillus, apud Livium *lib.* 5. *c.* 27. Sed quod de devotis gentibus specialiter cavit Deus, (ut fit in his quæ singularem juris rationem habent) ad alias gentes de quibus hoc non jussit, porrigendum non fuit. magis probanda vel Mosaico jure illa Ciceronis sententia ex *lib.* 3. *De officiis cap.* 6. *Qui autem civium rationem dicunt habendam, externorum negant: hi dirimunt communem humani generis societatem: qua sublata, beneficentia, liberalitas, bonitas, justitia, funditus tollitur: quæ qui tollunt, etiam adversus Deos immortales impii judicandi sunt. ab iis enim constitutam inter homines societatem evertunt.* Amplius, quod ad devotas gentes attinet, etsi Deus eis publicum indixerit odium; non tamen infinitum contra eas exerceri imperavit: sed modo & ratione temperatum. voluit enim, & ipsis offerri pacis conditionem: scilicet, ut, si vellent, ab imminente pernicie possent se publica servitute liberare *Deuteronom. c.* 20. §. 10. *& seqq.*

Non igitur placet mihi quod Ambrosio, Deum Judæis fœnus, id est, rem turpem ac flagitiosam, in peregrinorum necem permisisse. & qui potest placere, cui sanctior est Dei reverentia, quam ut in cujusquam gratiam videatur probare quid se indignum? quod ut cadere possit in humanos affectus; non potest cadere in Deum qui nullis corrumpitur. Atqui permisit eidem Populo ex Ægypto egressuro, specie commodati furari Ægyptiorum instrumenta aurea atque argentea & vestes pretiosas *Exodi c.* 12. §. 35. *&* 36. quod natura probrum esse, non ratio modo, sed etiam Ulpianus, docet *l.* 42. *D. de verborum significatione.* Sed ne id furtum dicas: non enim ita est. magis pignoratio dicenda: qua in compensationem longæ atque injustæ servitutis quam regibus sine mercede præstiterat Populus, Ægyptiorum res retinebat Gentium jure. Eo enim obtinuit, ut pro hoc quod civitas aut ejus princeps debet, nec præstat, capi aut retineri possint civium bona. nempe, ne aliter interpretantibus, facilis sit ad injuriam via: eo quod in creditorum potestatem rarius veniant bona Principum, qui pauci numero, & interim potentes sunt; quam bona privatorum qui & plures sunt & infirmiores. accedit, quod qui ejusdem sunt civitatis, ab ea jus suum facilius consequuturi creduntur, quam extranei, sæpe negligi soliti. Hoc igitur, cum ubique gentium fas ac justum sit; cur improbabitur in Judæis qui ex Ægypto discedentes, ut liberarent se a tyrannide, cum jus suum aliter consequi non valerent ob Regis & potestatem & iniquitatem, subditorum ejus bona retinuerunt, ut haberent ex quo ad suum pervenirent. Atque id velle videtur Tertullianus *lib.* 4. *Adversus Marcionem c.* 24. his verbis. *Quod si & Christus dignos pronuntiat mercede operarios; excusavit præceptum illud creatoris de vasis aureis & argenteis Ægyptiorum auferendis. Qui enim villas & urbes operati fuerint Ægyptiis, digni utique operarii mercede, non ad fraudem sunt instincti, sed ad mercedis compensationem, quam alias a dominatoribus exigere non poterant.* Quod valde notandum. æque, quod idem Tertullianus *lib.* 2. *ejusdem operis c.* 20. scribit, Ægyptios aliquando per legatos egisse de restitutione ablatorum; sed Hebræis contra petentibus præstitæ æstimationem servitutis, tandem destitisse a petitione, convictos evidentia æquitatis. Hæc quo pertinent? ut appareat, Deum non permisisse Judæis fœnus, ut esset quo peregrinos spoliarent: quæ Ambrosii sententia est vilior, quam ut cum majestate divinæ legis convenire videatur.

Quid ergo est? putem, rationem permittendi inter Hebræos & peregrinos fœnoris non aliam Deo fuisse, quam justam ac sanctam: nempe ut Romani duces (quod Plinius observat *lib.* 26. *Histor. natur. c.* 4.) primam semper in bellis commerciorum habuere curam: ita rationis erat, inter Hebræos & peregrinos commercia Jure Gentium exerceri. quod ut fieret, ipsorum intererat Hebræorum: cum enim ex devictis hostibus ampla sperarent spolia; ex pecore autem quo abundabant, pilum & lanam, cæteraque id genus alia, magna perciperent copia; forte & textrinam aliasque quas callebant artes exercerent: omnino esse oportebat in quos supervacuas res quocumque alienationis genere transferrent. jam quæ publice privatimque erant tantæ multitudini, in deserto præsertim & sterili loco, necessaria, quotidie ex vicinis regionibus apportanda erant. quod ut facerent peregrini, utilitatis & juris communione provocandi erant. atque ea gratia vetuit Deus, peregrino vim fieri, aut eum opprimi *Exodi c.* 22. §. 21. *c.* 23. §. 7. voluit etiam, maledictum esse qui ejus jus pervertat *Deuteronom. c.* 27. §. 19. denique jussit, cum peregrinis commercia Jure Gentium exerceri; ab iisque ut emi, vendi, permutari, locari, conduci, sic fœnori dari & accipi, æquum bonum esse: ac si cum Hebræis negotiarentur peregrini, atque eis sub fœnore crederent, quod poterant legibus moribusque suis, voluit, in republica Judaica servari pactum de usuris: & ut par Hebræis domi forisque jus esset, etiam ipsis indulsit, ut si peregrinis crederent, ab his usuras æque stipulari ac petere possent. eaque prudentia ac justitia, rem effecit, dignam admiratione & memoria omnium seculorum; ut cum tot millia in sterilibus & desertis locis essent per tot annos inter tot hostes, etsi omnium indigentia, tamen nullo destituerentur.

Quo sensu accipiendum quod de eorum calceis non attritis, & vestimentis non inveteratis, legitur *Deuteronom. c.* 29. §. 5. & *c.* 8. §. 4. verba utriusque loci adscripsi, quia a multis in alium trahuntur sensum. verba ex §. 5. *c.* 29. *Deduxi autem vos quadraginta annos per desertum: non inveteraverunt vestimenta vestra, quin tegumento essent vobis, neque calceus tuus inveteravit, quin tegumento esset pedi tuo.* verba ex §. 4. *c.* 8. *Vestimentum tuum non veteravit, quin tegumento sit tibi: & pes tuus non intumuit ipsos quadraginta annos.* Nec dissimilis illa locutio huic Justini. *Cæterum, si regem spectes, divitias, non ducem laudes: quarum tanta copia in regno ejus fuit, ut cum flumina multitudine consumerentur, opes tamen regiæ superessent.* Pulcher & notabilis locus est. non enim vult Justinus, quod utique eædem opes quæ ante fuerant, superessent; sed quod consumptæ in usum belli, etsi infinitæ, tamen aliarum substitutione non desiderarentur. quod superioribus Mosis verbis respondet. Sic mihi sedet: nec dubito, an vere. nam quod alii censent, Judæos, ex deserto exeuntes, eadem vestium calceorumque corpora, atque ipsa non inveterata aut attrita, habuisse,

quæ

quæ habuerant, cum in desertum venirent, ineptius est, quam ut sapientibus, & ad liquidum veritatem explorantibus, probari possit. ratio enim & communis reclamat sensus. atque ut demus, neque vestes, neque calceos attritos quadraginta annis fuisse; tamen quis credat, easdem vestes, eosdemque calceos, infantibus adultisque convenisse? nisi interim non crevere hominum pedes ac membra; aut cum pedibus membrisque calcei vestesque crevere. atque hoc Judæos affirmare, auctor est Hugo Grotius, *ad Deuteronom. c.* 8. §. 4. illud video Salvianum censere *lib.* 1. *De gubernatione Dei*, cum sic infit, *Adde homines in nullis membrorum suorum partibus accessus, & decessus humanorum corporum nescientes, ungues non auctos, dentes non imminutos, capillos semper æquales, non attritos pedes, non scissas vestes, calceamenta non rupta, redundantem hominum honorem usque ad induviarum vilium dignitatem.* Sic Salvianus: sed nugas narrat. si enim vera esset ejus sententia, utique consequens foret, ut qui infantes aut pueri essent desertum ingressi, post quadraginta annos eodem infantium puerorumque statu habituque ex deserto egressi essent: ac cum plerique, ætate prope adulta desertum ingressi, in eo quadraginta annorum spatio essent mortui, exceptis Josua & Calebo, *Numer. c.* 14. §. 22. *& seqq. Deuteronom.* 1. *& Josuæ c.* 5. §. 4. *&* 5. *c.* 14. §. 6. *& seqq.* item consequens foret Salviani sententiæ, ut Populus ex deserto egressus, jam adulta ac satis provecta ætate, non alia, quam infantum puerorumque, statura fuerit. quo nihil ineptius dici potest. Jam, cum tanto mortalis ævi spatio auctus generatione fuerit Populus, etiam necesse fuerit, aliter existimantibus, in deserto natos aut cum vestibus calceisque natos esse, aut deinde nudos egisse. quod si, ut est, vero proprius videtur, his comparatum fuisse vestiarium, quod ante non fuerit; cur in cæteris aliter dicemus? an quæ necessitas vel in illis statuendi rem tam absurdam? nulla. ut enim mittam spolia quæ a devictis hostibus cepere: quis neget, ex pecore cujus ingens in castris copia fuisse dicitur *Deuteronom. cap.* 3. præter lac, & fœtus, etiam pilum, & lanam, & pelles, percepisse? sed neque verisimile est, tam ignavos, aut stultos, fuisse homines, rei pecuariæ jam inde a majoribus studiosos, ut usum materiæ, quam passim utilis rebus humanis, tam necessariæ, illo præsertim rerum statu, aut neglexerint, aut ignoraverint. Sed is fructus cui vilis aut incognitus est? Ulpianus & Paulus *l.* 23. §. *ult. l.* 24. *& l.* 25. *D. de auro, argento, mundo. Vestis etiam ex pellibus constabit. cum & tunicas & stragula pellicia nonnulli habeant. argumento sunt etiam nationes quædam, veluti Sarmatarum quæ pellibus teguntur.* Varro *lib.* 2. *De re rustica c. ult. Ut fructum ovis e lana ad vestimentum, sic capra pilos ministrat ad usum nauticum & ad bellica tormenta, & ad fabrilia vasa. neque non quædam nationes harum pellibus sunt vestitæ, ut in Getulia & Sardinia. cujus usum apud antiquos quoque Græcos fuisse apparet.* id vero si est, quid ni hæc apud vicinos, aut advenas mercatores pecunia, aut rebus necessariis, permutaverint; pastorum more de quo Virgilius *lib.* 3. *Georgic. vers.* 305. *& seqq.* & exemplo exercitus Græcorum de quo ita Homerus *Iliados H. ad fin.*

Hinc quidem vinum emebant comati Achivi,
Alii quidam ære, alii autem splendido ferro,
Alii vero pellibus, alii autem ipsis vaccis,
Alii autem mancipiis.

Quid, si addam, in Hebræorum castris fuisse qui vestes texerent? non enim potest negari, quod Moses refert *Exodi cap.* 25. 26. *&* 28. *item cap.* 35. 36. 37. 38. 39. fuisse in his omnis generis artifices qui, ne de aliis dicam, sanctum tabernaculum, ejusque instrumenta, & præterea sacerdotum vestes atque ornamenta, fecerint. imo Moses *c.* 35. §. 25. scribit, singulas mulieres industrias, nevisse manibus suis, atque attulisse netum hyacinthinum, & purpureum, & coccineum dibaphum & xylinum. & §. 26. etiam mulieres industrie nevisse lanam caprarum. & *c.* 39. §. 22. ait, artifices fecisse pallium amiculi, opere textili, totum hyacinthinum: & §. 27. fecisse tunicas illas e xylino, opere textili, Aharoni & filiis ejus.

Sed ut hoc agamus, cum lex fœnebris a Mose sit tantum ob civilem utilitatem lata; apparet, eam neque omnium gentium, neque æternam fuisse: sed propriam populi Judaici: atque hoc sublato, esse desiisse: perinde ut cæteræ desiere leges quæ ejus reipublicæ fuere.

At, inquies, auctor *Psalmi* 15., & Ezechiel *c.* 18. eam legem magis ad bonos mores humani generis, quam ad jus civitatis Judaicæ, referunt: virum bonum definientes ab eo quod pecuniam suam non collocat fœnori. Nisi oportet utrumque accipi ex jure Mosaico. nempe, ut vir bonus sit in Hebraica republica Judæus, non qui nulli, sed qui Judæo, non dat fœnori: etsi peregrino det. sic enim locuta lex Dei. quæ cum mutata non sit, stante republica, cur valere prohibeatur? proinde vereor, ut assentiri possim Hieronymo *lib.* 6. *in Ezechielem c.* 18. cum sic disserit, *Et ad usuram non commodaverit: sive ut LXX. transtulerunt: pecuniam suam ad usuram non dederit. in Hebraico cunctarum specierum usura prohibetur. in LXX. tantum pecuniæ. juxta quod & in quarto decimo psalmo scriptum est: Qui pecuniam suam non dedit ad usuram. Et quomodo dicitur: fratri tuo non fœnerabis: alieno autem fœnerabis. Sed vide profectum: in principio legis a fratribus tantum fœnus tollitur: in propheta ab omnibus usura prohibetur dicente Ezechiele: Pecuniam suam non dedit ad usuram. Porro in Euangelio virtutis augmentum est, præcipiente domino: Fœneramini his a quibus non speratis recipere.* Idem dixerim de Hugone Grotio, inclyto & præstante viro, cum *De jure belli & pacis lib.* 2. *c.* 12. §. 20. sic scribit, *Sufficere nobis debet lex a Deo Hebræis data, quæ vetat Hebræos Hebræis pecuniam dare fœnori. Est enim hujus legis materia, si non necessaria, certe honesta moraliter, unde & aliis maxime moralibus annumeratur Psalmo qui apud Hebræos est decimus quintus, apud Latinos decimus quartus, & apud Ezechielem capite decimo octavo. quæ autem hujus generis sunt, Christianos quoque obligant, quippe vocatos ad majora virtutum specimina: & quæ tunc officia homini Hebræo aut alioqui circumciso (nam hujus cum Hebræo par causa erat) præstari jubentur, ea nunc præstanda sunt homini cuivis, omni populorum discrimine per Euangelium sublato, latiusque extenso proximi intellectu.* Est tamen quod mireris, potuisse egregium illum virum ad hanc decurrere sententiam: quum præsertim ei contraria scripserit, *Annotationibus ad Lucam cap.* 6.

CA-

Caput XI.

Christi verbis, apud Lucam c. 6. §. 34. & Matthæum c. 5. §. 42. non prohiberi fœnus, *sive* usuram: *sed in his sermonem esse de* mutuo, *id est, de* sorte, *eaque* gratuita. Peccatores *&* stulti *pro* populo. *Christum nec mutuum, nec alios juris Gentium contractus, nec judicia, tollere: sed humanitatem, ad quam Mosaica pergebat lex, intendere adversus fori calumnias quibus pessime laxabatur a Jurisconsultis Hebræis. similis Senecæ & Ciceronis ratio. mos vetus patrumfamilias, cum morosorum, tum benignorum, in credendis pecuniis, ex Plutarcho, Ulpiano, Chrysostomo, Seneca. ad hunc morem respicere illud Domini,* Mutuum date nihil inde sperantes. *Dominum non loqui proprie, sed uti hyperbole: quamquam non, ut quod in re extremum sit, assequatur; sed quod intra modum consistat eum in præcipiendo esse sapientum morem, ostensum insigni Senecæ loco. eam hyperbolem non vidisse Augustinum. Dominum fœnus inter Judæos & Gentiles non sustulisse: nec inter eos qui salutarem ejus disciplinam amplectuntur: modo, si civili ipsorum lege non prohibeatur fœnus. Ambrosii error. non peccasse Imperatorem Justinianum, cum in Pandectis & Codice servavit Titulum de usuris, neque eum ejus rei pœnituisse.*

At enim Christus sic apud Lucam præcipit c. 6. §. 34. *Et si mutuum dederitis iis a quibus speratis vos recepturos, quæ gratia erit vobis? nam & peccatores peccatoribus dant mutuum, ut recipiant paria. imo diligite inimicos vestros, & iis bene facite, & mutuum date, nihil inde sperantes: & erit merces vestra multa, ac filii eritis illius altissimi.* Sed videamus: ne Christus non de usuris loquatur; sed de sorte seu capite: & quod mutuum dicit, non fœnebre, sed gratuitum, sit. respicit enim divinus ejus sermo ad legem Mosis de qua superiore dixi capite: nec fit apud Gentiles & Judæos; inter quos licitum erat fœnus, probante lege: sed apud Judæos, inter quos etsi mutuum permitteretur, fœnus tamen lege prohibebatur. accedit, quod Christus ait, *peccatores peccatoribus dare mutuum, ut recipiant paria*: hoc vero quid est; nisi mutuum quod alter alteri de populo det? nam *peccatores* a Domino dicuntur qui Stoicis *stulti* appellantur: id est, populus, ut apud Persium *sat.* 5. *vers.* 94.

Non Prætoris erat, stultis dare tenuia rerum
Officia, atque usum rapidæ permittere vitæ.

apud Ausonium quoque, *Ludo septem Sapientum* p. 271. *edit. Toll.*

Bias Prieneus dixit, οἱ πλεῖστοι κακοί:
Quod est Latinum, Plures hominum sunt mali
Sed imperitos scito quos dixit malos.

Porro *mutuum* Cicero *lib.* 5. *Ad familiar. epist.* 2. ita definit, *Quod ita scribis, pro mutuo inter nos animo, quid tu existimes esse in amicitia mutuum, nescio. equidem hoc arbitror, cum par voluntas accipitur & redditur.* Vult igitur Christus, Judæum, si mutua indigeat pecunia, a Judæo adjuvari: sive is speret, sortem quam dederit recipere: sive ei recipiendæ ejus spes non sit. atque id Matthæus probat *c.* 5. §. 42. referens enim idem Christi præceptum, id sic enuntiat, *Petenti abs te dato, & volentem a te mutuari, ne aversator.* ad eumque locum ita scribit Johannes Chrysostomus, *Homil.* 18. *in Matthæum, Hic vero mutuum. non usurarium illud fœnus appellat, sed simplex beneficium commodandi. alibi vero id ipsum intendit, illis dicens esse tribuendum a quibus nihil nos recepturos putemus.* Quod & Moses ante jusserat *Deuteronom. c.* 15. §. 7. *& seqq.* id vero non huc pertinet, quasi improbet Christus mutui repetitionem, etiamsi debitor quod ei mutuum datum sit, sine incommodo suo restituere possit. nam nec Moses hoc voluit *d. loc.* & verissime Seneca *De beneficiis lib.* 3. *c.* 14. *Æquissima vox est, & jus Gentium præ se ferens, Redde quod debes.* Quid quod Christus, §. 30. *d. c.* 6. *Lucæ,* similiter ait, *Cuivis petenti abs te da; & ab eo qui tollit res tuas, ne repetito.* nec tamen emptionem venditionem, aut permutationem, aut judicia, prohibet: non enim vult abolere conjunctionem humanæ societatis: neque jura & obligationes quæ ad ejus conjunctionem referuntur. nil opus argumentis. ipse id ostendit Christus, *Matthæi cap.* 5. §. 17. professus, se non venisse, ut legem dissolveret; sed ut impleret. est igitur ei negotium, intendere humanitatem aliquanto remissam falsis ac calumniosis fori interpretationibus; & quod adstringendo ejus vincula sit, hominibus commendare. nempe, ut faciles, ut benignos, ut æquos, se præbeant in contractibus, in judiciis, denique in omni vitæ colore; tantum quod paci facit quæ hominibus optima sit, & Deo gratissima, & sine benignitate ac facilitate haberi nequeat. vult igitur, homines contractibus, obligationibus, ac jure uti, sed non abuti: neque legis angustias sequi ad aviditatem aut malitiam explendam; sed legis rationem, ad utilitatem humanæ societatis respicientem, expulsa acerbitate atque avaritia; fere ad eumdem modum, quo Seneca, *lib.* 2. *De ira c.* 27. ait, *Quam angusta innocentia est, ad legem bonum esse? quanto latius officiorum patet, quam juris regula? quam multa pietas, humanitas, liberalitas, justitia, fides exigunt, quæ omnia extra publicas tabulas sunt?* Sic Seneca: etiam Cicero, *lib.* 2. *De officiis c.* 18. verba Ciceronis. *Convenit autem cum in dando munificum esse, tum in exigendo non acerbum: in omnique re contrahenda, vendendo, emendo, conducendo, locando, vicinitatibus & confiniis, æquum & facilem; multa multis de jure suo cedentem: a litibus vero, quantum liceat, & nescio, an paulo plus etiam quam liceat, abhorrentem. Est enim non modo liberale, paullum nonnunquam de suo jure decedere, sed interdum etiam fructuosum. habenda autem est ratio rei familiaris, quam quidem dilabi sinere, flagitiosum est: sed ita, ut illiberalitatis, avaritiæque absit suspicio.* Vides egregia veteris sapientiæ præcepta, a naturali ratione, id est, divinis fontibus, profluentia, & ideo totius humanitatis communia. ea ubi commendat Christus, cum ait, *Mutuum date, nihil inde sperantes*; non tollit inter Judæos mutuum, id est, ut A. Gellius, *lib.* 20. *Noct. Attic. c.* 1. ait, *subsidium hoc inopiæ temporariæ quo communis omnium vita indiget.* non etiam vult, ex mutuo actionem cessare: (quotus enim quisque esset mutuum daturus; si non esset habiturus repetitionem) sed vult, quod est humanæ societati consequens, & lex Mosaica intendit, ut Judæus erga Judæum, jure suo sed benigne, u-

utatur. prorsus, *ut nomina facturus non diligenter in patrimonium & vasa debitoris inquirat.* quod alioquin prudentis creditoris esse, scribit Seneca, *lib.* 1. *De benefic. c.* 2. etiam Plutarchus, *De vitando ære alieno.* verba sunt, *Egeno pecuniam nemo credit, sed iis qui sibi copiam aliquam parare volunt, testemque & sponsorem habent, esse se quibus tuto mutuum committatur.* Sed & Ulpianus *l.* 42. *D. Mandati vel contra.* verba Ulpiani, *Tantumdem & si tibi mandavi, ut vires excuteres ejus cui eram crediturus, & renuntiaveris, eum idoneum esse.* Johannes quoque Chrysostomus, *Homilia* 57. *in cap. Matthæi* 17. tom. 1. pag. 503. *Quid enim difficilius quam fœnerari & pro usuris vel hujusmodi commutationibus vehementer sollicitum vades quærere, & modo de pignoribus, modo de sorte, nunc de tabulis, nunc de usuris, nunc de vadibus ipsis formidare? in his enim secularibus etiam subtilis fidejussionum securitas suscepta fragilis est.* Sed eo, unde cœpit, redit interpretatio. dixi Christi sensum esse, oportere Judæum, si quem Judæum mutuo adjuvare possit, ei se paratum præbere, quamvis periculo sortis: hoc enim hominis & benigni & liberalis esse, cum illud morosi & duri sit. de utroque Seneca, *epist.* 119. verba Senecæ. *Opus erit tibi creditore, ut negotiari possis, æs alienum facias, oportet. sed nolo, per intercessorem mutueris, nolo, proxenetæ nomen tuum jactent. paratum tibi creditorem dabo.* Similiter si quod datum sit mutuum, recipi possit sine incommodo debitoris, voluit Christus, ut reciperetur; sin minus, noluit ut inhumane repeteretur.

Habes Christi sensum, pulchrum & clarum: utique, si addam, eum, cum ait, *Mutuum date, nihil inde sperantes*, non proprie loqui; sed Hyperbole uti: non ut obtineat quod in re extremum sit: sed ut quod intra modum consistat, assequatur: ratione præcipiendi sapientibus usitata: quam Seneca indicat, *lib.* 7. *De beneficiis cap.* 22. & 23. cujus verba, etsi plura sint, adscripsi; ut res elegans, nec satis observata, aliquanto conspectior sit. verba Senecæ. *Errat tamen, si quis existimat, cum diximus eum qui beneficium dedit, oblivisci oportere, excutere nos illi memoriam rei præsertim honestissimæ. quædam præcipimus ultra modum, ut ad verum & suum redeant. cum dicimus, Meminisse non debet. hoc volumus intelligi, prædicare non debet, nec jactare, nec gravis esse. Quidam enim beneficium quod dederunt, omnibus circulis narrant. hoc sobrii loquuntur, hoc ebrii non continent: hoc ignotis ingerunt, hoc amicis committunt. Ut hæc nimia & exprobratrix memoria subsideret, oblivisci eum qui dedit, jussimus, & plus imperando, quam præstari poterat, silentium suasimus. Quoties parum fiduciæ est in his quibus imperas, amplius est exigendum, quam satis est, ut præstetur quantum satis est. In hoc omnis hyperbole extenditur, ut ad verum mendacio veniat. itaque qui dixit.*

Qui candore nives anteirent, cursibus auras. *quod non poterat fieri, dixit: ut crederetur quantum plurimum possit. Et qui dixit,*

His immobilior scopulis, violentior amne. *ne hoc quidem se persuasurum putavit, aliquem tam immobilem esse, quam scopulum. Nunquam tantum sperat hyperbole, quantum audet: sed incredibilia affirmat, ut ad credibilia perveniat. Cum dicimus, qui beneficium dedit, obliviscatur: hoc dicimus, similis sit oblito: memoria ejus non appareat, nec incurrat. Cum dicimus, beneficium repeti non oportere, non ex toto repetitionem tollimus: sæpe enim opus est malis exactore, etiam bonis admonitore. Quid ergo? occasionem ignoranti non ostendam? necessitates illi meas non detegam, quare nescisse se aut mentiatur aut doleat? interveniat aliquando admonitio, sed verecunda, quæ non poscat, nec in jus vocet.* Vides Hyperbolen qua in docendo sapientes uti, dixi; eorumque exemplo Christum usum esse. quam cum non animadverteret Augustinus; apparet, quid habendum sit de illo, *Homilia* 48. *Quem quæris; unde crescat pecunia? Hominem quæris; qui quando accipit, gaudet; quando reddit, plangit; ut accipiat precatur; ne reddatur, calumniatur. Da quidem homini, & noli avertere faciem tuam ab eo qui mutuo petit, sed accipe, quantum dedisti: nam & beneficium perdidisti. Et si hoc ipsum quod daturus es, exigatur, forte ad manum non habet unde reddere possit: pertulisti petentem, expecta non habentem. Noli clamare & dicere. Numquid fœnus quæro? Tantum peto quantum dedi, hoc recipiam. Non es mentitus, verum dicis: non es fœnerator, & vis cui dedisti quærat fœneratorem, ut tibi reddat. Sed si propterea fœnus non exigis, ne te fœneratorem judicet Deus, premis, suffocas, exigis: si tantum exigis quantum dedisti, suffocando tamen & in angustiis retinendo, beneficium non præstitisti, sed majores angustias intulisti. Sed forte dicis; Habet unde reddere possit. Habet possessionem, vendat. Frater tuus quando a te petiit, ideo petiit, ne venderet, propterea non fecit, quia subvenisti, ne fieret. Hoc vult Deus, hoc jubet Deus.*

Cæterum ut Christus inter Judæos non sustulit mutuum; sic inter eos & Gentiles non sustulit fœnus: quia neque inter eos solvit legem quam Moses iis posuit ex jure Gentium. quin, cum sermo ei est de aliis, quam Judæis, neque improbat rationem augendæ rei familiaris per fœnus: ut liquet ex Matthæo *cap.* 25. & Luca *cap.* 19. Adhuc igitur potuit tum Judæus, non invita Christi doctrina, fœnus Gentili dare, & Judæo Gentilis seu extraneus; saltem, si civile esset, nec modum humanitatis egrediens. id enim ante licuit, non solum Gentium jure, sed & Mosis lege: quæ etsi fœnus inter eos permisit, tamen peregrinum a Judæo opprimi vetuit; & necesse autem fuit, perdurare jus quod deinde mutatum non est. similiter dicendum est, his qui salutarem Christi sectam amplectuntur, hodie non prohiberi fœnus; modo si ipsorum civili lege non improbetur: quia verum est, leges civiles quas reipublicæ Judaicæ posuit Deus, ad alias quarum alia sit utilitas, non pertinere. Quod si est; vereor, ne fugiat Ambrosium ratio, *De Tobia cap.* 14. cum in Romana republica & apud Christianos ita disserit *Audistis fœneratores! quid lex dicat, de qua dixit dominus: Non veni legem solvere, sed adimplere. Quam dominus non solvit, vos solvitis?* Item, *Noli ab eo exigere amplius, a quo durum est repetere quod dederis, nisi cum habuerit, unde solvat.*

Verius & sapientius Imperator Justinianus, cum usuras suis Titulis servavit in Digestis & Codice: sed non effrenes, nec liberas; sed probabili modo ac fine circumscriptas, denique a tenore Juris Gentium & communi utilitate non alienas. ei sane rei quod melius adferam argumentum, quam usum, optimum legum censorem: qui usuras reduxit, postquam Leonis Philosophi pater eas damnaverat; motus inani pietatis specie qua eum deceperat levior, quam deceret juris conditorem, cum humanarum rerum, tum sacrorum voluminum, contemplatio. sed non alio eventu, quam ut mox patris legem abrogare cogeretur filius; causatus, non modo non utilem, quod intenderat legislator, sed noxiam, fuisse *Novella Leonis* 83.

Il-

Illud vix est notatu dignum quod Accursius arbitratur, *ad auth. adhæc. C. de usuris*, etsi Antonius Faber, *ad l.* 13. §. 26. *D. de actionibus empti & venditi*, aut probat, aut non refellit, etiam Justinianum tandem piguisse usurarum *Novell.* 131. *c.* 1. ubi profitetur, se Nicænæ decreta Synodi, ejusque dogmata, sicut sacras scripturas, accipere, & regulas, sicut leges, observare: nam, ut supra monui, ea Synodus usuras coërcet non omnium hominum, sed Clericorum: quibus & alia Canonico prohibentur Jure, aliis hominibus non interdicta.

Caput XII.

Mores rigorem Juris Canonici circa usuras inflexisse ad æquitatem Juris Gentium, non omnino improbantibus ejus Juris Interpretibus.

Potius addiderim, mores etiam Pontificias Constitutiones, quibus tam severe prohibitas fuisse usuras, supra monui, in potestatem suam redegisse: inventis verborum fraudibus, quibus, remisso juris rigore, res ad naturæ æquitatem reduceretur. ex multis unam aut alteram, exempli causa, attulisse contentus ero.

Homines, credita pecunia, ne quid contra Pontificias facerent Constitutiones, nec interim sterilem sibi esse finerent pecuniam, cujus usum aliis indulgerent, non fœnus, neque usuram, stipulabantur; (quippe quia pro officio sine alia justa causa credebatur dari, contra formam mutui quod natura gratuitum esse voluerit) sed stipulabantur, pecuniam sibi dari pro repensando damno quod pati, item pro lucro quo carere, videbantur, ob id quod utendam dedissent pecuniam. quod quia non ad officii, sed ad ejus quod interest, repensationem respiciebat, justissime defendi, Couvarruvias scribit *lib.* 3. *Var. resol. c.* 1. *n.* 2. *vers. hinc. justissime.* addit quoque *c.* 4. *n.* 5. creditorem in ingressu contractus mutui posse cum debitore pacisci de eo quod sua non in damno tantum, sed in lucro quoque, intersit, etiam ante moram. eamque opinionem, licet quidam dissentiant, plurium calculo firmari. nec abhorret ab hac sententia Hugo Grotius *lib.* 2. *De jure belli & pacis c.* 12. §. 21. ait certe, esse quæ ad usuræ speciem accedant, ac vulgo usuræ esse videantur; cum tamen sint pacta generis alterius. & exemplum ponit in conventione de repensando damno quod faciat qui pecuniam det mutuam, eo quod diu pecunia careat: item de lucro ob mutui dationem cessante, deducto scilicet incerto spei & labore qui subeundus fuerit: sic etiam pro impensis ejus qui multis det mutuam pecuniam, & in hoc paratam habeat, & pro periculo amittendæ sortis, ubi idonee non caveatur. obtinuit igitur, conventionem de usuris distingui ab ea quæ ad id quod interest refertur: alteram Pontificio improbari Jure: alteram non æque. At sub colore ejus quod interest quid aliud, quam fœnoris usuræque vis ac potestas, comprehenditur? cum præsertim verum sit, usuram ac fœnus non cum officio, ut ex adverso dicitur, sed cum usu sortis, permutari: etsi fatear, ea inter extraneos agere, fœnerata pecunia, quod in mutuo inter necessarios facit officium: sicut merces in locatione & conductione inter extraneos agit, quod in commodato aut mandato inter necessarios agit officium: nec idcirco quisquam dixerit, locata re aut opera, mercedem pro officio dari; sed pro usu rei aut operæ. sed hoc ex supra dictis apparet: simul, inani Juris interpretatione servari Pontificum verba, mentem ac sententiam circumveniri. quamquam nec sic adspirare potuit Jus Canonicum ad humanitatem Juris Civilis. potius sub ea fraude lucrum usuris invenit longe majus. Jure enim Civili usuræ non in infinitum permissæ fuere; ne sub specie quidem ejus quod interest: sed dumtaxat usque ad certum ac probabilem modum: ut infra demonstrabo *lib.* 2. *c.* 3. 5. & 6. cum contra æstimatio ejus quod interest, credita pecunia, Jure Canonico nullis finibus coërceretur: ut egregie observavit Carolus Molinæus *tract. Commerc. & usurar. n.* 75. & *seqq.* & ante eum Andreas Alciatus *ad l.* 121. *D. de verborum significatione.* Id tamen ne liceret avaritiæ, placuit legibus moribusque regionum, etiam in hac parte humano generi consulere, positis finibus quibus æstimatio ejus quod interest, pecunia credita, circumscriberetur: auctore Hugone Grotio, *Introduct. ad Jurispr. Batav. p.* 3. *c.* 10. *ad fin.* & Johanne a Sande *lib.* 3. *Decis. Fris. tit.* 14. *defin.* 3.

Fuit & alia ratio dissimulandæ usuræ sub imagine emptionis & venditionis, maxime adjecto pacto de retro vendendo: ecce, a me petis mutuam pecuniam, & ut accipias, non usuras offers ob Pontificiæ metum Constitutionis: sed cum habes fundum ex quo tanti quotannis fiunt reditus, quantæ usuræ creditæ pecuniæ; ais, velle, hunc vendere ea pecunia quam petieras mutuam: ita ut, quoties visum tibi fuerit, tibi jus sit, fundum redimere. emo, pretium solvo, fundum tradis, fructus percipio: redimis fundum, recipio pretium quod dedi, fructus quos interim percepi, retineo. estne usurarius contractus? non est: quia non est mutuum in quod proprie usura cadit; sed emptio venditio: ex qua fructus percipio, non quasi pecuniæ usuram, sed quasi fundi mei utilitatem: neque repetere possum sortem meam, etsi restituere possis: tantum vindicandi fundi mei facultatem habeo. sic Ludovicus Molina, *De justitia & jure tract.* 2. *disput.* 320. *n.* 4. *pag.* 121. ex communi Doctorum sententia: addit præterea, Cajetanum recte admonere, eos qui a Principibus aliquas civitates pignori accipiunt pro pecunia qua Principes indigent, si absque usuræ vitio, restitutionisque onere, velint fructus earum suos facere, nec hos in sortem imputare, debere eas civitates ea pecunia emere sub pacto de retrovendendo, eaque via fructus jure suos facturos. Sic ille; nec male, quoad juris subtilitatem. sed si rerum simplicitatem, denique, id quod agitur, putes: tu frueris sorte mea, ego fundo tuo: ne sterilis mihi sors sit; cum tibi utilis est. usurarius igitur contractus est; sed qui latet sub colore emptionis venditionis.

Idem dicendum de annuis reditibus qui ex permissu Martini v. & Calixti III. *Extravag. comm. c. regimini, de emptione & venditione*, ex fundis vel ædibus certa pecunia solent emi sub pacto de retro vendendo: ut præclare ostendit Jacobus Curtius, *tom.* 1. *lib.* 3. *Conjectur. c.* 29.

Quid, si Canonici Juris Interpretes etiam usuras, at modestas, exigi accipique posse existiment? itane? nihil verius. ubi? quum mutuum non sponte creditoris, sed juris necessitate, contrahitur. exemplum est, si subditi cogantur mutuum dare, mandante Principe, vel republica, ob sævitiam belli, pro a-

alendis exercitibus aut præsidiariis militibus. quam ob causam? quia non exitus fœnebris pecuniæ peccatum facit, sed voluntas mutuantis pecuniam sub improba spe usuræ, atque ea offendendi proximum: quæ nulla sit coacti mutuari. non enim vult is Principi mutuam dare pecuniam. atque ex ea usuras percipere cum læsione pietatis quam proximo debeat. nec igitur vult peccare contracto fœnore: sed a Principe, ut pecuniam credat, invitus cogitur. potest igitur sine peccato ac reprehensione pro pecunia qua invitus careat, usus pretium accipere. aliter, ac si sponte dedisset mutuum in quo usuræ prohibitæ sint. Sic post Vasquium, & Dominicum Sotonem, clare definit Andreas Gail *lib.* 2. *Practic. observ. c.* 5. *n.* 17. *&* 18. & allegat *l. si quis nec causam* 4. *D. de rebus creditis, si certum petatur*: eamque notabilem vocat.

Idem censet Franciscus Hotmanus, *Disp. De fœnore c.* 1. *tom.* 1. *oper. pag.* 794. si heres legatarii, aut tutor pupilli, aut socer generi, pecunia usus sit cum damno creditoris: & causam adfert; ea causa est, quod tum creditor petit suæ pecuniæ usum, quem debitor eo invito habuit. quid, si fœnerator mutuum dando & rem & ejus usum volens transferat in debitoris dominium? contra censet Hotmanus: quia debitorem jam sua pecunia uti, se invito, queri non potest. & tamen, quod mireris, si quis in mutuo usuram stipuletur, adhuc ait Hotmanus *Disput. De usuris c.* 6. *pag.* 769. *tom.* 1. quoties quærit & captat occasionem faciendi lucri ex nuda pecunia quam alii mutuam dat, fœnerari proprie dici, quasique fœtum ex ipsis nummûm corporibus captare, eumque esse quæstum quem & Aristoteles & omnes boni vehementer improbant. quoties vero neque propositum fœnerandi habet, (ut is de quo Ulpianus loquitur in *l.* 4. *D. Si cert. pet.*) & tu empturus prædia desideraveris mutuam pecuniam, si petat usuras quæ dumtaxat compensant damnum quod ea re percepit, dum caruit usu suæ pecuniæ, quoniam illæ non petunt ex ipsa pecunia fructum, sed quodammodo usum, aut certe usus pretium & æstimationem: neminem verum & intelligentem rerum æstimatorem eam petitionem improbaturum. Verum ubi hic habet debitor usum pecuniæ creditoris, eo invito? si fides Hotmano *d. Disput. De fœnore. c.* 1. *p.* 794. est copiosa ex superioribus responsio: nam, cum creditor non sui commodi, sed debitoris juvandi, causa dat mutuum, idem esse opinatur, ac si invito ipso debitor ejus pecunia uteretur: scilicet, quia invitum hic accipimus, non solum qui vi adactus sit, sed eum etiam qui id non adpetat aut non adfectet: sed contra suum ipsius emolumentum, rei familiaris commodo repugnante, patiatur. nam neque pupillo omnino invito tutori ejus uti pecunia permitti *l. quoties* 9. *D. de admin. tut.* neque herede, ei legatario, cui usus pecuniæ ad certum tempus relictum est *l.* 3. §. *ult. D. de ann. legat.* satis esse enim, modo usuras creditor non ob suum solius quæstum & lucrum petat, sed ad id damnum quod ea re percepit, quia usu suæ pecuniæ caruit, compensandum: invito igitur creditore fieri dici, cum aliter sese rem habere pro suo ipsius emolumento cuperet. ex quo ipso apparere, creditorem, cum usuram petit in mutuo, etsi usum quidem pecuniæ, ut in legato aut fideicommisso, aut ejus usus æstimationem non consequatur, cum tamen damni compensationem & id quod sua interfuit petat, rem ad se jure pertinentem petere. contra, fœneratorem qui sui lucri causa quærit cui det pecuniam, & cupere usu ejus carere, eumque alteri concedere, neque queri posse, sua interesse quod usu suæ pecuniæ caruit, neque ullam damni compensationem petere. atque hanc quidem diligenter observandam esse differentiam, momentoque suo ponderandam ex *l.* 4. *D. Si cert. petat.* adeo enim odiosam esse causam ejus qui animo & proposito fœnerandi occasionem mutuo dandi pecuniam quærit: ut mutuum ab eo depositum, ejus tantum, non etiam recipientis, periculo pereat. Sic Hotmanus.

Sed nugas agit. discrimen certe quod & ipse & Gailius petit ex Ulpiano *d. l.* 4. numquam somniavit Ulpianus: non etiam putavit is, quod Hotmanus ait, odiosam esse ejus causam, qui fœnoris proposito occasionem mutuo dandi pecuniam quærit: multo minus voluit, eo odio fieri, ut mutuum, ab eo depositum, qui fœnerandi propositum habet, ejus tantum, non etiam recipientis, periculo sit. solum dixit, *si quis nec causam, nec propositum fœnerandi habuerit, & tu empturus prædia, desideraveris mutuam pecuniam, nec volueris creditæ nomine, antequam emisses, suscipere, atque ita creditor, quia necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, ut si emisses, crediti nomine obligatus esses, hoc depositum periculo esse ejus qui suscepit.* optima ratione. nam qui non habebat fœnerandi aut causam aut propositum, pecuniam deposuit in solius usum depositarii, atque hunc non statim capiendum, sed cum ei videbitur, emptis deinde prædiis. etsi autem depositæ rei periculum ad deponentem spectet, cum is habuit deponendi causam ob propriam utilitatem; ut plerumque fit: tamen hoc depositum depositarii periculo est; quia deponens qui non habebat causam aut propositum fœnerandi depositam pecuniam, non potest intelligi, habuisse causam aut animum eam deponendi ad suam, sed ad depositarii dumtaxat, utilitatem. Non igitur debuit aut Hotmanus aut Gailius ab Ulpiano *d. l.* 4. petere discrimen aut odium quod ipse non vidit Ulpianus. ac si rem spectes, quid est, cur aut justior, aut minus odiosa, videatur usura ejus qui non habuit fœnerandi propositum, quam ejus qui habuit? imo, quid ni qui habuit fœnerandi animum, & petenti pecuniam fœnori statim dedit, præferendus sit ei qui hunc animum non habuit; & quidem fœnori dedit, sed non ante, quam diu multumque rogatus esset? ille enim voluit sibi & alteri prodesse credita sub honesta mercede pecunia; atque ultro se paratum præbuit; quod juri humanæ conjunctionis consequens est. iste contra noluit alteri prodesse, ne sub usuris quidem; etsi jure gentium teneretur: sed ut vellet, non modo honesto illo & solito lucro, verum etiam precibus, diu multumque fatigandus fuit. Sed & illa disputationis pars qua *volens* & *invitus* definitur creditor, tam manifeste a se diffidet, ut liqueat, vacillantem sententiam non a ratione, quæ semper eadem est, sed ab errore, proficisci. an quid magis sibi contrarium, denique absurdius, dici potest? quam creditorem volentem contrahere, & tamen invitum appellari, non aliam ob causam, quam quod debitoris rogatu aut suasione ad contrahendum inducitur; cum ante causam aut propositum contrahendi non haberet? Sed difficile est, ut verum videat cujus animus superstitione tenetur.

GERARDI NOODT,
Jurisconsulti & Antecessoris,

DE

FOENORE ET USURIS.
LIBER SECUNDUS.

Caput I.

Veterem solvendarum usurarum rationem plerumque menstruam fuisse, interdum annuam. non esse verum quod de dilatione, a Kalendis ad Idus dari solita, doctissimi dixerunt homines: nec id Horatium aut Ciceronem velle. vetus Inscriptio emendata, deque ejus intellectu qualis qualis conjectura.

Superiore libro quid fœnus aut usura sit, itemque, an jure probari possit, persequutus sum. sequente finem modumque ponam: is enim rem in medio positam demum honestam aut turpem efficit. sed prius attingam veterem promittendarum usurarum rationem.

Solet usurarum stipulatio plerumque non in singulos annos, sed in singulos menses, fieri. meminit Paulus *l.* 40. *D. de rebus creditis*, & *l.* 26. §. 1. *D. Depositi vel contra*, etiam Pomponius *l.* 90. *D. de verborum obligationibus.* nec hi tantum, sed & Ambrosius, *De Tobia c.* 12. sic scribens, *Veniunt Kalendæ, parit sors centesimam. veniunt menses singuli, generantur usuræ.* Et *c.* 3. his verbis. *Et qui in summa subvenire se dicit, usuras exigit. Kalendis, inquit, usuras dabis: fœnus interim, si non habueris unde restituas, non requiro.* Ambrosio addi posset Horatius *Epod. Od.* 2. *vers.* 70. & *lib.* 1. *Sermon. Sat.* 3. possent alii.

Sed res nota est. æque, quod ab ea Kalendarium dicitur pro libro in quo usuræ descriptæ, Kalendis singulis exigendæ solvendæque, apud Senecam *lib.* 7. *De benefic. c.* 10. & Kalendarium exercere *l.* 41. §. 6. *D. de legatis lib.* 3. pro fœnus exercere, vel nomina facere *l.* 64. *D. eod. tit.* item Kalendario servum præponere *l.* 41. *D. de rebus creditis.* Illud addam, hujusmodi Kalendaria non tantum privatorum, sed & civitatum, fuisse. testis Alexander *l.* 3. *C. de compensationibus.* inde curatio Kalendarii & quæstura inter personalia munera *l.* 18. §. 2. *D. de muneribus & honoribus*, & curator Kalendarii ex inquisitione eligi solitus, apud Papirium Justum *l.* 9. §. 7. *D. de administratione rerum ad civitatem pertinentium.* quamquam & a Principe electum esse, liquet ex Lapide, apud Gruterum *pag.* 446. *Inscr.* 7. cujus apposui verba.

P. OTACILIO. L. F. PAL. RVFO. PAT
IIII. VIR I. D. II. Q. Q. FLAM. PERPETUO
DIVI. HADRIANI. AB EODEM.
EQUO. BUBL.
HONORATO. CURATORI. KALENDARI.
R. P.
AEICLANENSIUM. ELECTO. A.
DIVO. PIO
PATRONO. MUNICIPI

Hæc quo pertinent? nempe, ut intelligatur, quæ usurarum nomina sunt, non ad annuas, sed ad menstruas, pensiones referri. nec tamen ignoro, usuras singulis Kalendis debitas, non utique suis quasque Kalendis, sed sæpe universas unius anni annua die, solutas fuisse. sic sane acceperim quod de usuris, reipublicæ debitis, ita infit Constantinus. *Apud eos quos superstites integris facultatibus esse pervideris, vel quorum heredes incolumia retinent patrimonia, sortes reipublicæ perseverare debebunt: ita tamen, ut annuas usuras suis quibusque temporibus exsolvant. l.* 2. *C. de debitoribus civitatum*, *lib.* 11. *tit.* 32. Sed & sequens Marmor apud Gruterum *pag.* 175. *Inscr.* 4.

HOC. AMPLIUS. ARK. REI. P. COLLEGII
S. S.
DONUM. DEDIT. -X- V. UT. EX
USURIS
CENTESIMIS. EJUS. QUANTITATIS
QUÆ. EFFICIT. ANNUOS. -X-
DC. DIE
VII. KAL. OCTOBR. NATALI. DIVI
AUGUSTI. EROGENTUR. EX. ARK

Dicuntur collegio Centonariorum data esse a L. Sextilio Seleuco quinque denariorum millia: & hæc summa dicitur ex centesimis usuris quotannis parere sexcentos denarios: id est, de centenis denariis singulis annis duodenos, sive singulis mensibus singulos. Non igitur usuræ, quæ erant singulis mensibus debitæ, utique singulis mensibus pendebantur: sed sæpe universæ unius anni sub finem ejus una pensione solvebantur. Et hinc factum aliquando fuit, ut usurarum stipulatio non quidem in singulos menses fieret, sed in singulos annos *l.* 26. *C. de usuris*: sæpe adjecta pœna, si quo anno usuras non solvisset debitor: quale exemplum est in *l.* 17. *D. de usuris.* Fuit quoque solitum, ut, si debitor intra vertentem annum cessaret in solutione menstruarum usurarum, creditor anatocismum stipularetur; jure permittente; ut infra ostendam *c.* 11. Quod si qui duriores essent fœneratores, nec tamen anatocismum vellent, hi ut Calendis singulis usuræ sibi persolverentur, accurabant. tum enim & debebantur, & peti poterant: eoque jure usos esse, ex supra allegatis constat: etiam ex eo Senecæ, *De benefic. lib.* 1. *c.* 2. *Nemo beneficia*

in

in Kalendario scribit: nec avarus exactor ad horam & diem appellat. Sed & multi in contrahendo fœnore hoc observabant, ut majores usuras stipularentur, si usuræ, ad diem promissæ, ea die, aut alia, verbi gratia, post tertium mensem, non essent solutæ *l. 9. pr. &* §. 1. *l.* 11. *& l.* 12. *D. de usuris. l.* 1. §. 3. *D. de pignoribus & hypothecis.*

Id vero si est; vereor, ut assentiri possim Jacobo Cujacio, *Tract.* 8. *ad African.* in expositione *l. pen. D. de rebus creditis*, Lævino Torrentio, *ad Horatium d. loc.* Petro Pithœo *lib.* 2. *Adversar. c.* 4. Paulo Manutio, & Ausonio Popmæ, *ad Ciceron. lib.* 14. *ad Attic. epist.* 20. aliisque ingenio & doctrina excellentissimis hominibus; cum existimant, factam quidem usurarum stipulationem fuisse in Kalendas, sed datam deinde debitori dilationem usque ad Idus: denique; ita solitum a creditoribus agi, ut quæ fœneraverant in Kalendas, Idibus rebus reciperent, & relegerent. nusquam enim hoc extat: & contrarium superioribus exemplis probatur. Nec juvat eos Cicero *Catilinar.* 1. *cap.* 6. sequentibus verbis, *Prætermitto ruinas fortunarum tuarum quas omnes impendere tibi proximis idibus senties.* Quid si enim Catilina Idibus acceperit fœnebrem pecuniam, & ejus restitutionem Idibus promiserit? quamvis enim solerent pecuniæ Kalendis dari & repeti, tamen nil vetabat, si ita res ferret, eas aliis quoque diebus, verbi gratia, Idibus dari & repeti: & exemplum apud Scævolam *l.* 89. §. *ult. D. de solutionibus.* nihil igitur ex eo Ciceronis loco elici potest quod ad hunc usum spectet: etsi meminerit ruinæ fortunarum Catilinæ, illis proximis Idibus metuendæ. Idemque habendum de illo Horatii *Epod.* 2.

Hæc ubi loquutus fœnerator Alphius
Jam jam futurus rusticus,
Omnem relegit Idibus pecuniam:
Quærit Kalendis ponere.

Tantum enim indicat, Alphium fœneratorem cui jam placebat vita rustica ex Horatii commendatione, mutasse consilium: & cum exspectaretur, ut rus abiret, contra relegisse omnes usuras, sibi ex Kalendis debitas: quod cum factum esset Idibus, deinde non vitam rusticam cogitasse; sed opportunitatem pecuniæ, ne otiosa esset, futuris Kalendis rursus fœnori collocandæ. Non magis movere quem possit sequens Lapis, apud Gruterum *pag.* 478. *Inscr.* 9. cujus hæc verba sunt.

L. VAL. L. FIL
GAL. FAVENTINO
II. VIRALI
QUI. ANNONA
FRUMENTARIA
EMPTA. PLEBEM
ADIUVIT. ET. OB
ALIA. MERITA. EJUS
COLLEGIA. KA
LENDARIUM. ET. IDUARIA DUO
CIVI. GRATISSIMO
POSUERUNT

Sic Gruterus edidit; sed mendose. scribe, QUI ANNONA, id est; QUIA. ANNONA, geminata litera A: ut duplex sit positi monumenti causa; una, quod *annona frumentaria empta plebem adjuvit* L. Valerius Faventinus; altera, & *ob alia merita ejus.* Utcumque erit; putat V. CL. P. Pithœus *d. lib.* 2. *Adversar. c.* 4. ea in Inscriptione appellari *Kalendarios* qui fœnori ponebant publicam pecuniam; Iduarios qui relegebant. & quod de Kalendariis dicit, a vero non abhorret: sed quod de Iduariis dicit, ejus probationem quæro. nusquam enim extat. quamquam, quæ sint duo collegia Iduaria, nec ipse intelligo. quod si suspicioni locus sit in re obscura, quia laudatur Faventinus præsertim, quod annona frumentaria plebem adjuvit, forsan videri possint ea collegia esse eorum qui in municipio habebant curam pecuniæ alimentorum infirmæ ætatis ex plebe, aut annonæ populo præbitæ. quorum munerum meminit sequens Inscriptio, apud Gruterum *pag.* 386. *Inscr.* 4.

L. CASURIO. L. F.
CLV. SPECULATORI
AED. IIII. VIR. I. D. Q. AR
PUBL. ET PEC. ALIMENTAR
DEFENSORI. R. P. CUR. ANN.
POPULO. ⊄ PRAEBITAE

Etiam Alexander *l.* 3. *C. de compensationibus*: cum ait, *In ea quæ reipublicæ te debere fateris, compensari ea quæ invicem ab eadem tibi debentur, is cujus de ea re notio est, jubebit, si neque ex Kalendario, neque ex vectigalibus, neque ex frumenti vel olei publici pecunia, neque tributorum, neque alimentorum, neque ejus qui statutis sumptibus servit, neque fideicommissi civitatis debitor sis.* Illa tamen collegia *Iduaria* dici, non liquet. & contra *l.* 2. *C. Th. de curatoribus Kalendarii* meminit *Kalendariorum*, *tam oleariæ arcæ*, *quam frumentariæ*, quorum nomina, seu debita, non multo ante oratione ad Senatum missa, antiquata sint. Sed id Rescriptum ad urbem Romam respicit: ut Jacobus Gothofredus eo loci animadvertit: cum vetus Inscriptio ad aliquod pertinuerit municipium in quo aliam aut eamdem ejusdem rei appellationem fuisse, quis dixerit; aut negaverit, in tanto Veterum silentio?

CAPUT II.

De nominibus usurarum. quid sit centesima usura, *& unde dicta. eam alias appellari* usuram assem. *& cur? ingeniosa & probabilis Salmasii opinio de quodam Plinii loco.* assis usuræ *partes esse minores usuras. quanta fuerit centesima Justiniani tempore, etiam post eum.*

Ex his quæ de vetere usurarum ratione dixi, porro non difficilis erit intellectus nominum quæ earum sint: sive de centesimis, sive de minoribus, quæratur. placet autem, quod Vir Insignis, Hermolaus Barbarus, princeps animadvertit ex Columella, *De re rustica, lib.* 3. *cap.* 3. & deinde Antonius Augustinus *lib.* 2. *Emend. c.* 10. aliique eruditissimi probarunt homines, *centesimæ*, sive *centesimæ usuræ*, appellatione significari centesimam sortis partem, singulis mensibus usuræ vice solvendam: ut cum (quod est Pauli exemplum *l.* 40. *D. de rebus creditis*) Publius Mævius in dies triginta inque denarios centenos stipulatur denarios singulos. Unum observandum, quod, cum *centesimam* dicunt Veteres, non insolens, neque plena, locutio est: non magis, quam cum *centesimam* dicunt, quæ est rerum venalium, aut

aut *vicesimam*, quæ est hereditatum. nam utriusque frequens mentio, & in utraque subaudienda pars est; ut plena locutio sit centesima venalium pars, & vicesima hereditatum pars, vectigalis nomine persolvenda, quod pulchre observavit Vir Summus, Johannes Fredericus Gronovius, præclaro opere, *De pecunia vetere lib.* 3. *c.* 13. Quid, si non *centesimam* simpliciter dicamus, sed *usuram centesimam?* ne adhuc quidem integer sermo est; etsi videtur V. Cl. Claudio Salmasio, *De modo usurarum c.* 6. *p.* 227. *& seqq.* cum enim usura sit reditus qui ex usu pecuniæ percipitur; quæso, quis sensus fuerit, si quis dicat, centesimam usuram, sive centesimum reditum, nec præterea quidquam subaudiat? igitur & hic assentior Gronovio, V. Cl. existimanti, contractum esse sermonem; qui, ut integer fiat, ita supplendus sit, centesima sortis portio usura, sive centesima sortis portio usuræ nomine singulis mensibus pendenda. Nec opus argumentis: rem demonstrat sequens Ambrosii locus, *De Tobia c.* 19. quem apposui, quia eum non attulit Vir Summus. verba Ambrosii. *Hæc pecunia usuram habet: non ut centesimam ejus quod dederis portionem, sed centuplum ferat fructum.* Clare significat Ambrosius, *centesimam* non indicare centesimam usuram, quod voluit Salmasius: sed ejus quod dederit creditor, centesimam partem, pro usura solvendam singulis mensibus. id enim intendit Ambrosius, & apparet *ex c.* 12. *ejusdem libri:* ubi, *Veniunt*, inquit, *Kalendæ, parit sors centesimam. veniunt menses singuli, generantur usuræ.* Idem probat Harmenopulus, *Promptuar. lib.* 3. *tit.* 7. his verbis. *Centesima usura est, cum ob centum nummos toto anno duodecim præstantur, propterea quod pro centum nummis unus quoquo mense nummus detur, qui si cum universis centum conferatur, omnino centesimam habet rationem. unde & jure hujusmodi usura centesima dicta est.* Dicuntur igitur usuræ centesimæ: quia creditori singulis mensibus reddunt centesimam sortis partem, id est, de centenis nummis nummos singulos, sive duodenos annuos: finge, de quinque millibus denariorum sexcentos annuos, *in Inscriptione* quam superiore capite attuli ex Grutero *pag.* 175. Unde consequens est, ut hæ centesimæ centesimo mense, id est, spatio octennii, additis quatuor mensibus, sortem æquent. Sidonius Apollinaris *lib.* 4. *Epist.* 24. id spatium vocat *bilustre* rotundo numero, his verbis. *Ut chirographo facto docetur, cauta centesima est fœneratori quæ per bilustre producta tempus, modum sortis ad duplam adduxit.* Sidonius *lustrum* appellat spatium quatuor annorum: etsi proprie sit quinque. *lustrum* enim dicit pro *olympiade:* ut sæpe Veteres. *olympias* autem annis quatuor circumscribitur: nec opus est, ut quintus quoque effluxerit: sed sufficit, si incœperit. quod bene annotavit Andreas Alciatus, *lib.* 3. *Dispunct. c.* 1. & aliquanto plenius Josephus Scaliger *lib.* 5. *De emendatione temporis*, *pag.* 482. item Eduardus Simsonius *Chronic. Catholic. part.* 3. *ad A. M.* 3229. *pag.* 41. Errant igitur Jacobus Sirmondus & Johannes Savaro, *Notis*, *ad Sidonium*, etiam Jacobus Cujacius, *ad Novell.* 160. cum *tempus bilustre* apud Sidonium exponunt decennium; & hoc summam sortis non æquari, sed superari. Sidonium tamen excurrentis supra duplum summæ rationem non habuisse, quod sciret, usuras communes supra duplum nec deberi, nec exigi posse.

Est & hoc probaliter traditum ab eruditissimis hominibus, quod centesima alio nomine appellata fuit *usura assis* a vetustissima pecunia qua usus fuit Populus Romanus: quæ pecunia fuit as libralis, sive libra æris, primum rudis, mox signati lege Servii Tullii utique usque ad bellum Punicum primum. tum enim constitutum fuisse, ut asses sextantarii ferirentur, Plinius auctor est, *lib.* 33. *Nat. hist. c.* 3. etsi Festus, in verbo, *sextantarii asses*, id bello Punico secundo factum scribat. quem ejus errorem ad Plinium animadvertit Harduinus, vir diligens & doctus. ante igitur quia tantum as libralis obtinebat, si quis centum assibus fœnori datis, centesimas stipularetur, in singulos asses stipulabatur: nam hi erant centesimæ sortis partes. quod si non centesimas sibi dari vellet, sed minores usuras: non poterat eas aliis nominibus, quam partium assis, stipulari: quia populus alia pecunia, quam illa, non utebatur. Habes rationem inventæ assis usuræ. argumenta ejus appellationis quæris. indicant eam partes centesimæ, sive minores usuræ: quæ nihil aliud quam assis, seu libræ, divisionem continent. certe Scholiastes Græcus, *lib.* 38. *Basilic. tit.* 17. *ad l.* 2. *C. de usuris pupillaribus*, *tom.* 5. *pag.* 189. inquit, *Centesimam dividunt in XII. uncias.* ac sicut tertia centesimæ pars legitur *l.* 17. §. *ult. D. de usuris. l.* 26. §. 1. *C. eod. tit. l.* 6. §. 1. *C. de secundis nuptiis. l. ult.* §. 2. *C. de jure dotium*, & usura ex quarta centesimæ parte *l. ult. C. de petitione hereditatis*, & dimidia centesimæ pars, item bes centesimæ *d. l.* 26. §. 1. sic dicuntur usuræ unciæ *l.* 47. §. 4. *D. de administratione tutorum*, quadrantes *l.* 21. §. 4. *D. de annuis legatis*, trientes, aput Ciceronem *lib.* 4. *Ad Atticum epist.* 15. *l.* 7. §. 10. *D de administratione tutorum*, quincunces, apud Persium, *sat.* 5. *d. l.* 7. §. 10 *l.* 17. *D. de usuris. l.* 102. §. 3. *D. de solutionibus*, semisses, apud Plinium *lib.* 14. *Nat. hist. c.* 4. *d. l.* 17. *& d. l.* 102. §. 3. besses, apud Ciceronem, *d. lib.* 4. *epist.* 15. deunces, apud Persium *d. sat.* 5. ea vero quid sunt, nisi nomina partium assis usuræ? unde *semissales* apud Modestinum *l.* 10. *D. de pollicitationibus.* ipsa tamen vox *assis usuræ* nusquam exstat: nisi quod Salmasius, *De modo usurarum cap.* 7. *pag.* 269. eam restituit in illo Plinii, *lib.* 10. *Epist.* 62. *Pecuniæ publicæ, Domine, providentia tua, & ministerio nostro etiam exactæ sunt & exiguntur. quæ vercor, ne otiosæ jaceant. nam & prædiorum comparandorum aut nulla aut rarissima occasio est, nec inveniuntur qui velint debere reipublicæ, præsertim duodenis assibus, quanti a privatis mutuantur.* Sic vulgo legitur. sed Salmasius scribit, *usuris assibus.* ingeniose & vere: etsi malim simpliciter, *præsertim assibus, quanti*, sine adjectione verbi *usuris:* quo modo apud Ciceronem, *lib.* 5. *Ad famil. epist.* 6. *Omnino semissibus magna copia est*; pro, *semissibus usuris.* nec tamen negem, *semisses usuras* recte & sæpe dici: ut *d. l.* 10. *D. de pollicitationibus. l.* 102. §. 3. *D. de solutionibus. l.* 34. *D. Mandati.*

Sed ut hoc agamus: cum centesima, sive assis usura, singulis mensibus de centenis nummis reddat nummum unum, id est, singulis annis duodenos nummos: apparet, uncias usuras esse, cum centeni nummi singulis mensibus pariunt duodecimam nummi partem, id est, singulis annis nummum unum. sextantes usuras, cum centeni nummi singulis mensibus producunt sextam nummi partem, id est, singulis annis nummos binos. quadrantes usuras, cum centeni nummi singulis mensibus lucrantur quartam nummi partem, id est; singulis annis nummos ternos. quod Theophilus recte observat *ad* §. 33. *Inst. de actionibus.* trientes usuras, cum centeni nummi

mi singulis mensibus reddunt tertiam nummi partem, id est, singulis annis quaternos nummos. itaque computat Scholiastes Græcus, *Basilic. lib.* 41. *tit.* 5. *tom.* 5. *pag.* 410. *ad. l.* 3. §. *ult. D Ad legem Falcidiam.* quincunces usuras, cum centeni nummi singulis mensibus reddunt partem nummi tertiam cum duodecima, id est, singulis annis nummos quinos: ut bene Scholiastes Græcus *ad l.* 2. *C. de usuris pupillaribus lit. B. Basilic lib.* 38. *tit.* 17. *pag.* 188. *tom.* 5. semisses usuras, cum centeni nummi singulis mensibus pariunt nummum dimidium, id est, singulis annis nummos senos. quod recte notat Theophilus *ad. d.* §. 33. & Harmenopulus, *lib.* 3. *Promptuar. tit.* 7. *in scholio.*

Sic quidem olim fuit. at postea aliquatenus mutata res est: nam aucta centesima uno semisse centesimæ menstruæ, sive semuncia annua: salvo tamen centesimæ nomine. finge, centum solidos mutuos datos, ex his centesimas deberi: debebuntur, vertente anno, non duodecim solidi, ut olim; sed duodecim cum dimidio. id ostendit Anianus, sive quicumque alius fuit Vetus Interpres *l.* 2. *Cod. Theod. de usuris*: dicens, centesimam esse, cum tres siliquæ in anno per solidum solvuntur pro usuris: siliqua autem est quarta & vigesima solidi pars: ut Isidorus docet *lib.* 16. *c.* 24. igitur centum solidis creditis sub usuris centesimis; vertente anno, tres siliquæ de singulis solidis reddunt ex centum solidis trecentas siliquas, id est, duodecim solidos cum dimidio. quam computationem sequutus videtur Justinianus *Novell.* 34. & Leo *Novell.* 83. Nisi malis, quod visum Antonio Contio *lib.* 2. *Subjeciv. Lection. c.* 2. *n.* 8. Theodosiani Interpretem Codicis, cum tres siliquas in anno per solidum computavit, rotunde potius, quam vere, centesimam usuram expressisse; sicut & Justinianum, cum unam siliquam in anno per solidum pro triente dixit. quod non puto. nam & post Justinianum aucta centesima: ut testatur Harmenopulus, *Promptuar. lib.* 3. *c.* 7. *scholio* his verbis. *Tertia quidem centesima est, cum pro libra quatuor aurei nummi fœnoris nomine quotanis penduntur. dimidia centesima, cum sex. Quare & quarta centesima cum terni pro libra nummi pensitantur. Centesima siquidem usura in singulas libras duodenos exigit nummos. Cæterum qui fiat, ut centesimæ nominentur usuræ, etsi libra non centum sed LXXII tantum aureos complectatur, hinc intelliges quod centesima quantitatem significat quæ possit in duodecim partes distribui ac redigi. donatum est autem centesimæ nomine id quod duodecim partes complectitur, propterea quod priscis temporibus qui centum alicujus generis res haberent, ex his duodecim in commune conferebant. Et hæc quidem ita apud veteres reperiuntur. Nos vero ut nunc fieri videmus, ita quoque de his dicimus.*

CAPUT III.

Ante Justinianum fuisse certum usurarum modum; eumque ex partium conventione potuisse ad centesimam adscendere. centesima in stipulationem deducta, Judici non fuisse jus, eam regere pro more regionis. usuræ modum non potuisse egredi centesimam. usuram centesimam dici maximam & legitimam. quæ modicæ, civiles, modestæ, minimæ, usuræ? Capitolinus explicitus, & Papinianus l. 1. *§. pen. D. de pignoribus & hypothecis.*

Exposui nomina usurarum. nunc modum videamus. nam ejus meminit *l.* 9. *& l.* 29. *D. & l.* 20. *C. de usuris. l.* 11. §. 3. *D. de pigneratitia actione.* de eo vero sic censeo, licuisse fere unicuique, ante Justinianum, stipulari usuram centesimam: nisi quod Alexander Severus (auctore Lampridio; *in ejus vita c.* 26.) *usuras fœneratorum traxit ad trientes pensiones, etiam pauperibus consulens.* Sed hæc qualiscumque Alexandri Constitutio, si quandoque fuit, quod vix credo, usu recepta non videtur, resistentibus moribus. adeo ejus neque vola, neque vestigium, est in toto Juris Corpore; verumque est quod dixi, ante Justinianum licuisse unicuique, stipulari usuram centesimam. Huic rei argumentum præbet Justinianus *l. ult. C. de usuris rei judicatæ:* in qua cum ait, se Constitutione sua (quæ est *l.* 26. §. 1. *C. de usuris*) usuras fecisse minores centesimis; ostendit, usuras ante potuisse ad centesimas excrescere. Nec tantum hoc probat Justinianus; sed amplius Impp. Valentinianus, Arcadius, & Theodosius, *l.* 2. *C. Theod. de usuris*, testantur, *centesimam fuisse jure permissam.* addo, Chrysostomus, nam huc alludit, *Homil.* 57. *in cap. Matthæi* 17. *tom.* 1. *pag.* 507. cum sic ait, *Hic vix centesimam partem reddit, ille centuplum & vitam æternam.* Jam vero Plinius *lib.* 10. *Epist.* 62. ad Trajanum scribit, se vereri, ne pecuniæ publicæ exactæ otiosæ jaceant: & pro ratione addit, *Nec inveniuntur qui velint debere reipublicæ præsertim assibus quanti a privatis mutuantur.* sic enim legendum, *assibus*; etsi vulgo scribatur, *duodenis assibus:* ut supra monui. Licuit igitur privatis Trajani tempore, pecunias credere sub usuris assibus sive centesimis. idem Plinius, *lib.* 9. *Epist.* 28. *Proinde prima quaque occasione mitte, appositis quidem usuris, quas ego (num parcius possim?) centesimas computabo.* Paulus quoque noster *l.* 40. *D. de rebus creditis* refert, lectam fuisse in auditorio Aemilii Papiniani, Præfecti prætorio, cautionem: in qua ex mora promissæ essent usuræ centesimæ, hac forma, *Si die supra scripta summa Publio Mævio, eive ad quem ea res pertinebit, data, soluta, satisve eo nomine factum non erit, tunc eo amplius quo post solvam, pœnæ nomine, in dies triginta, inque denarios centenos denarios singulos dari stipulatus est Publius Mævius, spopondi ego Lucius Titius.* Nec hoc tantum, sed præterea ait Paulus, Papinianum de ea cautione jus dixisse causa cognita. idque jus fuisse, etiam Sidonius Apollinaris testatur *lib.* 4. *epist.* 24. ne quis putet, centesimis in stipulationem deductis, Judicis officium fuisse, usurarum modum ex æquitate regere pro more regionis. id enim non est ita, quamquam quibusdam videtur ex *l.* 1. *D. de usuris:* sed ea hoc non vult. non enim loquitur de usurarum stipulatione, de qua hic noster sermo est: sed de usuris, officio Judicis præstandis in judiciis bonæ fidei, de quibus paulo dicam post.

At quemadmodum usuræ potuerunt ad centesimam adscendere: sic hanc egredi non potuerunt,

runt. eum certe modum Cicero etiam se, cum Ciliciæ præesset, in Edicto tralatitio proposuisse refert *lib.* 5. *Ad Attic. epist. ult.* his verbis. *Interim cum ego in edicto tralatitio centesimas me observaturum haberem, cum anatocismi anniversario, ille ex syngrapha postulabat quaternas. quid ais? inquam. possumne contra meum edictum.* Sic Cicero. idem ante Lucullus edixit; si quidem fides Plutarcho, *in vita ejus pag.* 540. *tom.* 1. Verba ejus. *Eas pestes cum Lucullus in oppidis reperisset, omnibus brevi læsos vindicavit. Primum centesimam usuram, nec supra præcepit duci. deinde eas quæ sortem excessissent, circumduxit.* Eumdem modum indicat Paulus *lib.* 2. *Sent. tit.* 14. §. 2. cum sic scribit, *Usuræ supra centesimam solutæ sortem minuunt, & consumpta sorte repeti possunt.* Paulus ostendit, usuras posse exigi & solvi usque ad modum centesimæ: ultra non posse; & si solutæ sint supra eum modum, sortem minuere; hac quoque soluta, posse repeti. Paulo addo Diocletianum & Maximianum *l.* 8. *C. Si certum petatur.* Quid illi? *Si pro mutua pecunia quam a creditore poscebas, argentum vel jumenta, vel alias species utriusque consensu æstimatas accepisti, dato auro pignori, licet ultra usuram centesimam usuras stipulanti spopondisti: tamen sors quæ æstimatione placito partium definita est, & usurarum titulo legitima tantum recte petitur.* Sic habet exemplar Haloandrinum, & complures manuscripti codices. in quibusdam aliis est, *legitima* [*summa*] *tantum recte petitur*, aut *legitima quantitas.* sed magis ad verum accedit prior lectio; ut jam recte annotavit Russardus, *Notis marginalibus.* Sensus autem, quod creditor potest repetere sortem, utriusque consensu æstimatam: & præterea usuras, sed tantum legitimas, sive centesimas. Idem probat Constantinus *l.* 1. *Cod. Theod. de usuris*: *Pro pecunia* (inquiens) *ultra singulas centesimas creditor vetatur accipere.* Idem statuunt Impp. Valentinianus, Theodosius, & Arcadius *l.* 2. *Cod. Theod. eod. tit.* imo volunt, ut *quicunque ultra centesimam jure permissam aliquid sub occasione necessitatis eruerit, quadrupli pœnæ obligatione constrictus, sine cessatione, sine requie protinus ablata redhibeat.*

Potuit igitur usura usque ad centesimam promitti exigique: ultra non potuit. id vero quia placuit civili jure, ideo usura centesima usura legitima appellatur *d. l.* 8. *C. Si certum petatur*: & quia nulla major erat; ideo quæ legitima est *l.* 7. §. 4. *&* 10. *D. de administratione tutorum*, *l.* 3. *C. Arbitrium tutelæ*, maxima & gravissima vocatur *d. l.* 7. §. 8. *& l.* 54. *D. de administratione tutorum*, *l.* 38. *D. de negotiis gestis*: ut egregie observavit V. Cl. Barnabas Brissonius *lib.* 3. *Select. antiquit. c.* 1. Contra semissis usura Plinio civilis & modica dicitur *lib.* 14. *Natural. histor. c.* 4. quincunces vero levioribus annumerantur Ulpiano *d. l.* 7. §. 10. Persio modestæ appellantur *Sat.* 5. *vers.* 149. idem de trientibus Ulpianus *d. l.* 7. §. 10. quas Capitolinus, *Antonino Pio c.* 2. minimas vocat: quamquam non quod omnium sint minimæ: quomodo hunc locum accepit Vir Egregius, Claudius Salmasius, *De modo usurarum c.* 2. *pag.* 286. *& seq.* cum certum sit, quadrantes & sextantes & uncias esse leviores; taliumque meminerit Ulpianus *d. l.* 7. §. 10. *& l.* 21. §. 4. *D. de annuis legatis*: sed *minimas* eas dicit Capitolinus, quod sint valde parvæ: comparatione facta cum centesimis aut deuncibus aut bessibus: & locutione apud Veteres usitata: apud quos superlativus gradus non utique ultimum significat excessum; sed sæpe nihilo plus, quam positivus, ut observavit Sanctius, *Minerva lib.* 2. *cap.* 11. & ibi in notis Vir plurimæ & præstabilis eruditionis, Jacobus Perizonius, Collega & amicus meus a multis annis.

Ex his porro intelligi potest Papinianus *l.* 1. §. *pen. D. de pignoribus & hypothecis*: cum sic ait, *Pacto placuit, ut ad diem usuris non solutis, fructus hypothecarum usuris compensarentur fini legitimæ usuræ. quamvis exordio minores in stipulatum venerint, non esse tamen irritam conventionem placuit: cum ad diem minore fœnore non soluto, legitimæ majores stipulanti recte promitti potuerunt.* Species hæc est. Creditor in diem certum stipulatus minores usuras, verbi gratia, quincunces, vel trientes: & hypothecas accepit in securitatem debiti: tum convenit, ut si debitor die dicta non solveret minores usuras, creditor fructus hypothecarum compensaret fini, id est, ad modum usuræ legitimæ, quæ est centesima & maxima: ut dixi. quæritur, an valeat pactio? & ait Papinianus, valere: & addit rationem, nempe, quod stipulatio legitimarum, id est, centesimarum, usurarum facta sub conditione, si minores, id est, quincunces vel trientes, ad diem non solvantur, valet: si autem hoc est; sequitur, ut valeat etiam pactio, concepta ad eamdem formam. quamvis enim nulla usurarum petitio sit ex nudo pacto: erit tamen ex eo sive hypothecarum, sive fructuum, retentio fini legitimæ, id est, centesimæ, usuræ.

Caput IV.

De vario usurarum fato in republica Romana, & quo jure definitus sit earum modus.

Sed apparet, legitimam usuram esse centesimam; & hanc sic appellari; quia is modus sive Lege, sive Senatusconsulto, sive Constitutione, sive Edicto, definitus est. nam hæc omnia Legis appellatione continentur. Quo autem jure intra centesimam sit cohibitus usuræ modus, difficilis res est conjecturæ. Scio, sunt qui ad XII. Tabulas referant, propter hæc Taciti verba ex *lib.* 6. *Annal. c.* 16. *Primo duodecim tabulis sanctum, ne quis unciario fœnore amplius exerceret, cum antea ex libidine locupletium agitaretur.* Sed pessime. unciarium enim fœnus Tacito non est usura centesima; sed ejus pars duodecima: siquidem uncia in unciario fœnore est centesimæ, id est, assis usuræ. adeo inter unciarium fœnus & usuram centesimam tantum interest, quantum inter fœnus gravissimum & levissimum. nam cum usura centesima singulis mensibus de centenis denariis reddat partem centesimam, sive unum denarium, & anno vertente duodenos; contra unciarium fœnus de centenis denariis, singulis mensibus, reddit duodecimam denarii partem, id est, vertente anno, unum denarium. non igitur potest legitima, id est, centesima, usura duodecim Tabulis imputari. eo minus; quia nec diu valuit ea lex: quippe jussa A. V. C. 302. & jam obliterata tempore Manlianæ seditionis, in qua

qua clamat debitor, apud Livium *lib.* 6. *c.* 14. *Se militantem, se restituentem eversos penates, multiplici jam sorte exsoluta, mergentibus semper sortem usuris, obrutum fœnore esse.* qui autem potuit fieri, ut idem multiplicem sortem solveret, mergentibus semper sortem usuris, si adhuc unciarium, id est, levissimum, fœnus fuit ex lege XII. Tabularum? quod si dicimus, eam legem tum in desuetudinem abiisse, maximasque pro minimis usuras irrepsisse, fieri optime potuit. atque id factum fuisse, vel hinc intelligi potest, quod deinde Livius *lib.* 7. *c.* 16. scribit, C. Marcio, Cn. Manlio, Consulibus, perlatam esse a M. Duilio, & L. Mænio, Tribunis plebis, rogationem, haud lætam patribus, de unciario fœnore; & plebem aliquanto cupidius eam scivisse accepisseque. Sed & Tacitus perhibet *d. loc. Dein rogatione tribunitia ad semuncias redactam versuram.* factumque hoc A. V. C. 406. id est, T. Manlio, C. Plautio, Consulibus, Livius auctor est *lib.* 7. *c.* 27. imo ait Tacitus *d. loc. Postremo vetita versura.* nempe lege Genucia quam ad plebem tulit Genucius, Tribunus plebis, A. V. C. 411. id est, C. Marcio Rutilo, & Q. Servilio, Consulibus: ut Livius refert *d. lib.* 7. *c.* 42. Sed hanc legem circumvenit fraus fœneratorum: quam A. V. C. 560. L. Cornelio Merula, & Q. Minucio Thermo, Consulibus, detectam & coërcitam fuisse, narrat Livius *lib.* 35. *c.* 7. his verbis. *Instabat enim cura alia, quod civitas fœnore laborabat: & cum multis fœnebribus legibus constricta avaritia esset, via fraudis inita erat, ut in socios qui non tenerentur iis legibus, nomina transcriberent, ita libero fœnore obruebant debitores. Cujus cernendi cum ratio quæreretur, diem finiri placuit, Feralia quæ proxime fuissent: ut qui post eam diem socii civibus Romanis credidissent pecunias, profiterentur: & ex ea die pecuniæ creditæ, quibus debitor vellet legibus, jus creditori diceretur. Inde posteaquam professionibus detecta est magnitudo æris alieni per hanc fraudem contracti: M. Sempronius, Tribunus plebis, ex auctoritate patrum plebem rogavit: plebesque scivit, ut cum sociis ac nomine Latino pecuniæ creditæ jus idem, quod cum civibus Romanis, esset.* Ex his verbis intelligimus, lege Sempronia fuisse factum: ut, cum ante tantum cives tenerentur lege Genucia, deinde etiam socii Latini tenerentur. Sed nec ita plebs quod agebat, obtinere potuit: sive quod pecuniæ incrementum deinde non sub antiqua fœnoris appellatione peteretur, quod lex prohibebat: sed sub novo usuræ vel pœnæ nomine, neque lege prohibito, neque ante cognito, saltem ea significatione; ut alibi dixi: sive quod debitores in contrahendo fœnore legis beneficio renuntiarent; cum nollent creditores, iis pecunias credere; nisi caverent, non usuros se lege Genucia: hoc vero cum jure facere viderentur debitores; (quippe de jure suo & privata utilitate paciscentes) facile factum fuit, ut Prætores legis negligentia caperet. Ac nescio, an hoc aut simile indicet Tacitus *d. loc.* cum tandem sic ait, *Multisque plebiscitis obviam itum* fraudibus *quæ toties repressæ*, miras per artes *rursum oriebantur.* Tangit & Appianus, *lib.* 1. *De bellis civilibus*, his verbis. *Per idem tempus (id est, A. V. C. 664 quo Consules fuere Cn. Pompejus Strabo & L. Porcius Cato) & in urbe, ob æs alienum exorta est seditio, dum quidam acerbius usuras exigunt, contra quam cautum esset antiquis legibus. videntur enim illi prisci Romani, sicut & Græci, abhorruisse a fœnore, ut negotiatione molesta pauperibus, & litium inimicitiarumque materia: quæ res ne Persis quidem placuit, ut non aliena a fraude ac mendacio. sed quia veteri jam more fœnus receptum fuerat, fœneratores reposcebant id jure suo: debitores vero bellum & seditiones causando differebant reddere: nec deerant, qui urgentibus mulctam intentarent. Tum Asellio Prætor cujus erat ea jurisdictio, quia conciliare partes conatus, nihil proficiebat, permisit eos legibus agere, admonitis prius, ut in re perplexa, tum de jure, tum de more judicibus. Ibi fœneratores ægre ferentes, renovari mentionem legis veteris, Prætorem tollunt e medio.*

Cæterum, receptis usuris, cum iterum sine modo, tantum pro locupletium libidine, exerceretur fœnus, puto, Prætores primum Edictis suis centesimas approbarunt, majores improbarunt. Cicero certe *lib.* 5. *Ad Attic. epist. ult.* ita in provinciali Edicto, & tralatitio, fuisse, seque id, cum Ciliciæ præesset, sequutum refert. idemque de Lucullo, *in ejus vita*, testatur Plutarchus. Prætorum institutum porro firmatum videtur Senatusconsulto cujus idem meminit Cicero *d. lib.* 5. *epist. ult.* sic inquiens, *Præsertim cum S. C. modo factum sit, puto, postquam tu es profectus, in creditorum causa, ut centesimæ perpetuo fœnore ducerentur.*

Habes initium legitimæ usuræ centesimæ: ut quidem mihi videtur. nam aliis placet, eum modum legi Gabiniæ expensum ferre: eaque cautum esse, ut centesimæ perpetuo fœnore ducerentur: præterea hac vetitum esse, jus dici ex syngrapha qua promissæ essent usuræ majores centesima. addunt, ea positam esse pœnam cum adversus fœneratores qui acciperent usuram supra modum lege definitum, tum adversus debitores qui usuram supra modum darent: idque a Cicerone indigitari *d. epist. ult.*

Sed male. non enim hoc vult Cicero; sed lege Gabinia obtinuisse, ne quis Legato provinciali Romæ sub usuris daret mutuam pecuniam: & si dedisset, ne quis Magistratus ex ea syngrapha jus diceret. videtur etiam posita esse pœna, cum adversus fœneratores qui usuram a provincialibus contra legem acciperent, tum adversus provinciales qui darent. Exposui sensum legis Gabiniæ: deinde factum accipe quod Cicero refert. id factum tale est. Salaminii cum Romæ desiderarent pecuniam mutuam: nec quis auderet iis credere contra legem Gabiniam: tandem promiserunt Scaptius & Matinius, se daturos quaternis centesimis: modo, si per Senatum lege Gabinia solverentur. fit Senatusconsultum auctoritate Bruti apud quem gratia valebant Scaptius & Matinius. eo Senatusconsulto cautum fuit, ne ea fœneratio aut Salaminiis aut fœneratoribus fraudi esset. pecuniam numerant Scaptius & Matinius: sed deinde animadverterunt, se hoc Senatusconsulto quidem adjuvari; si Salaminii ultro reddant sortem cum usuris: sed si nolint, & inviti cogendi sint, eo nihil adjuvari; quod lege Gabinia non modo vetitum esset, Romæ provincialibus pecuniam fœnori dare; & his accipere: sed etiam Magistratibus esset vetitum, ex tali syngrapha jus dicere. impetrarunt igitur auctoritate Bruti alterum Senatusconsultum: quo hæc syngrapha jubebatur esse eodem jure quo syngraphæ quas unicuique in provincia per leges facere liceret: his vero ex Edicto tralatitio non nisi centesimæ ducebantur. ita Ciceroni licuit, servare Edictum suum, & non morari usuras in syngrapha expressas. Unde apparet, errare doctissimos homines; cum modum centesimæ legi Gabiniæ imputant; & ad id

id utuntur eo Ciceronis loco: cum neque lex Gabinia de centesima locuta probetur; neque id Cicero dixerit. quod præclare animadvertit Vir Summus, Johannes Fredericus Gronovius, *Antexegesi* 2. *de centesim. & unc. usur.* §. 36.

Sic quidem libera republica. at mutata, usuris etiam Principum Constitutionibus positum esse hunc modum, verisimile est: meminitque earum Papinianus, apud Ulpianum *l.* 13. §. 26. *D. de actionibus empti & venditi*, & Imp. Philippus *l.* 20. *C. de usuris*.

Caput V.

De modo usurarum quæ in bonæ fidei judiciis officio Judicis præstantur sine conventione. eum modum ex æquo & bono finiri: ac plerumque regi more regionis, ubi contractum est: interdum hunc excedere, atque etiam centesimam attingere: & in quibus causis. Ulpianus l. 10. §. 3. *D. Mandati vel contra correctus, improbata Jacobi Cujacii disjunctione. l.* 17. *C. de locato & conducto explicita, an emendata.*

Atque hæc de usuris ex conventione præstandis. superest, ut videamus de his quæ sine ea officio Judicis debeantur. de his ita Papinianus *l.* 1. *D. de usuris. Cum judicio bonæ fidei disceptatur, arbitrio judicis usurarum modus ex more regionis, ubi contractum est, constituitur: ita tamen, ut legi non offendat.* Papinianus dicit, *legi offendere:* sicut Ulpianus, *prospectui offendere l.* 15. *D. de servitutibus prædiorum urbanorum.* vult autem Papinianus, usuras in bonæ fidei judiciis, etsi nulla intervenerit conventio, deberi Judicis officio: at non mero, sed habita ratione moris regionis in qua contractum est. & ita in his constitutum esse, Ulpianus refert *l.* 37. *D. de usuris.* idemque in legatis jus esse *l.* 39. §. 1. *D. de legatis lib.* 1. Dum tamen legi non offendat. ita in *d. l.* 1. addit Papinianus. (nam ejus est ea adjectio, etsi videri possit esse Triboniani, ex *l.* 26. §. 1. *vers. Nec liceat C. de usuris.*) indigitat autem Papinianus, non magis Judicis potestatem, quam stipulationem, centesimas egredi posse: quia neutra debet offendi lex quæ usuras coërcet intra modum centesimæ. Sed an utique ad centesimam adscendet Judex? nec hoc facile dixerim: quia centesima, etsi legitima esset, tamen (si Senecam audimus *lib.* 7. *De beneficiis c.* x.) sanguinolenta habebatur: nec omnium erat, sed acerbissimorum, aut certe durorum, fœneratorum: ut quidem Cicero opinatur *lib.* 6. *Ad Atticum. epist.* 1. & ex eo Seneca *epist.* 118. idem de deuncibus dicemus. nam & has avidas vocat Persius *sat.* 5. *vers.* 150. jubetur autem Judex in bonæ fidei judicio non summum jus, sed humanitatem, sequi: neque creditoris aviditatem fovere; sed ex æquo & bono æstimare quantum ei dari oporteat. atque hoc in bonæ fidei judiciis circa usuras constitutum esse, Ulpianus auctor est *l.* 12. §. 9. *D. Mandati vel contra.* adjudicabit igitur Judex usuras ex more regionis *d. l.* 1. *& d. l.* 37. *D. de usuris.* Sed quas? & ait Ulpianus *l.* 7. §. 10. *D. de administratione tutorum*, cum de directa tutelæ actione agit, hanc formam esse, ut tutor, præterquam in exceptis casibus de quibus mox, secundum morem provinciæ pupillo præstet aut quincunces quas Persius *sat.* 5. *vers.* 149. vocat modestas, aut trientes quæ Capitolino *in Antonino Pio c.* 2. minimæ, id est, valde parvæ, dicuntur; ut supra monui: vel si quæ aliæ leviores in provincia frequentantur *d. l.* 7. §. 10. ac secundum hæc accipiendum est illud ejusdem Ulpiani *l.* 7. §. 5. *D. de pactis, Et si in tutelæ actione convenit, ut majores, quam statutæ sunt, usuræ præstentur.* Hoc in directa tutelæ actione. idem vel simile in contraria: nisi si tutor sub gravioribus usuris pecuniam mutuatus sit, vel cum a debitore suo uberrimas acciperet, ab eo sortem exegerit, ut talibus pupillum liberaret: nam tunc in contrariam actionem venire usuras quas ipse pendit, vel quibus caruit, Ulpianus probat *l.* 3. §. 1. *D. de contraria tutelæ actione.* idque & in contraria negotiorum gestorum actione, denique, in bonæ fidei judiciis, constitutum esse *l.* 37. *D. de usuris. l.* 12. §. 9. *D. Mandati vel contra.*

Nunquam igitur debet Judex in bonæ fidei judiciis centesimam egredi: sed nec facile ad illam adscendere: nec tamen semper infra eam consistet. sunt enim casus in quibus Principum Constitutionibus placuit, usuras non leviores pro more regionis, sed legitimas, sive gravissimas & maximas, id est, centesimas deberi. talis est, si tutor pupillarem pecuniam in usus suos clam converterit *l.* 7. §. 4. *D. de administratione tutorum*, aut si illam apud se esse negaverit, & Prætor contra eum pronuntiaverit, vel si moram depositioni fecerit, & Prætor irrogaverit ei legitimas. si enim vel comminatio Prætoris vel simile quid præcesserit: Judex qui quandoque cognoscet, decretum Prætoris sequetur *d. l.* 7. §. 7. & 10. sed & si tutor negat, aliquam quantitatem penes se esse ad alendos pupillos, vel pupillis ad onera sua expedienda imposuerit necessitatem mutuam pecuniam legitimis usuris accipiendi, tenebitur in legitimis *d. l.* 7. §. 10. id est, gravissimis *d. l.* 7. §. 8. item, si a debitoribus legitimas, seu centesimas, acceperit. ex cæteris causis, secundum morem provinciæ, præstabit usuras, aut quincunces, aut trientes, aut, si quæ aliæ leviores in provincia frequentantur *d. l.* 7. §. 10. atque hæc & Tryphoninus *l.* 38. *D. de negotiis gestis* in tutore censet. nec in eo tantum; sed amplius, in Magistratu municipali, si pecuniam publicam in usus suos converterit. nam hunc quoque maximas usuras præstare. & addit, ita a Divis Principibus esse constitutum. nempe, quia illi (cum gratuitam, certe integram & abstinentem omni lucro præstare fidem deberent) licentia, qua videntur abuti, maximis usuris, vice cujusdam pœnæ subjiciuntur.

Idem jus est in negotiorum gestore. nam & hic domino gratuitam, certe integram & omni lucro abstinentem, fidem præstare debet. quam si negligit, quia ejus pecuniam in usus suos convertit, videtur abuti licentia quam ei præbet administratio. recte igitur maximis usuris vice cujusdam pœnæ subjicitur. quamquam id aliter esse, Tryphoninus ait *d. l.* 38. si jam debuit pecuniam, antequam ad negotiorum gestionem accederet: quia tum non ex administratio-

tione eam sumpsit malo more: sed quasi ab amico accepit. nihil igitur est quod ab initio culpetur: ac si eam sibi, cum posset, deinde non solvit, tantum in mora est: ob quam etsi ad usuras teneatur, non tamen ad maximas, seu centesimas, tenetur; sed quæ in regione frequentantur, exemplo aliorum debitorum. cæterum si postquam ad amici negotia accessit, ejus pecuniam in usus suos convertit; est quod ab initio reprehendatur: quia alienæ pecuniæ utilitatem per speciem administrationis ad se clam transfert. incipit igitur debitor esse malo more: abusus licentia quam habebat; atque adeo vice cujusdam pœnæ recte gravissimis usuris subjicitur.

Idem receptum videtur in procuratore qui domini pecuniam in usus suos converterit. est enim in eo ratio superioribus similis. præterea Tryphoninus inter cæteros etiam eum complectitur; cum sic scribit *d. l.* 38. *Quoniam ubi quis ejus pecuniam cujus tutelam, negotiave administrat, aut Magistratus municipii publicam in usus suos convertit, maximas usuras præstat, ut est constitutum a Divis Principibus.* Accedit, quod Ulpianus *l.* 10. §. 3. *D. Mandati vel contra.* rem clare & plene indigitat: modo recte legatur. verba hæc sunt. *Si procurator meus pecuniam meam habeat, ex mora utique usuras mihi pendet. Sed & si pecuniam meam fœnori dedit, usurasque consecutus est, consequenter dicemus, debere eum præstare, quantumcunque emolumentum sensit; sive ei mandavi, sive non: quia bonæ fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat. Quod si non exercuit pecuniam, sed ad usus suos convertit, in usuras convenietur, quæ legitimo modo in regionibus frequentantur. denique Papinianus ait, etiam si usuras exegerit procurator, & in usus suos convertit, usuras eum præstare debere.* Sic habent libri, typis descripti. male: ut jam olim animadvertit Jacobus Cujacius, *lib.* 13. *Observ. c.* 15. etsi nec ipse feliciter affectum restituit locum; suspicatus, hæc verba, *quæ legitimo modo in regionibus frequentantur*, trajecta esse; & conjungenda cum fine primi versus ejusdem §. hoc modo, *Si procurator meus pecuniam meam habet, ex mora utique usuras mihi pendet quæ legitimo modo in regionibus frequentantur.* Sed quid est? scribe meo periculo, *Si procurator meus pecuniam meam habeat*, ex mora *utique usuras mihi pendet* quæ in regionibus frequentantur. *Sed & si pecuniam meam* fœnori dedit, usurasque consecutus est, *consequenter dicemus*, *debere eum præstare*, quantumcunque emolumentum sensit, *sive ei mandavi*, *sive non: quia bonæ fidei hoc congruit*, *ne de alieno lucrum sentiat. Quod si non exercuit pecuniam*, *sed* ad usus suos convertit, *in usuras convenietur* legitimo modo. *& reliqua.* Sic ego conjicio: nec dubito, quin vere & convenienter sententiæ Ulpiani. fecit is tres casus, & ratione & Jure distinctos. primus vult procuratorem quidem ex mora teneri ad usuras, sed non alias, quam quæ in regione frequentantur: quod in omnibus bonæ fidei judiciis constitutum esse, ostenditur. alter vult, procuratorem qui domini pecuniam fœnori dedit, ei restituere usuras quantascumque acceperit, nempe, ne de alieno lucrum sentiat: quod & alibi verum esse probavi. tertius casus vult, procuratorem, si non exercuit pecuniam, sed in usus suos convertit, ad usuras legitimo conveniri modo: id est, (ut Tryphoninus ea in specie loquitur *d. l.* 38.) ad usuras maximas. ait autem Ulpianus, eum ad usuras conveniri *legitimo modo:* pro, ad modum lege præscriptum, sive ad finem legis: pari ratione qua Papinianus *l.* 1. §. 3. *D. de pignoribus & hypothecis* infit, *Pacto placuit, ut ad diem usuris non solutis, fructus hypothecarum compensarentur fini legitimæ usuræ.* pro quo Modestinus *l.* 8. *D. In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur* ait, *ad modum legitimum usuras retineri;* & Papinianus *l.* 4. §. 1. *D. de nautico fœnore* dicit, *ad finem centesimæ.*

Ex eodem genere est, quod si quis communem insulam suis impensis refecerit, cessante socio, deindeque is socius impensas illi restituere velit intra quatuor menses, postquam opus refectum erit, placuit, posse restituere cum centesimis usuris *l.* 4. *C. de ædificiis privatis:* jure introducto Oratione D. Marci cujus mentio fit ab Ulpiano *l.* 52. §. 10. *D. Pro socio:* apud quem etiam Accursius, pro *certis usuris*, quomodo habet exemplar Florentinum, alias legi scribit *centesimis usuris:* rectissime.

An idem dicemus in locatione & conductione? suadere videntur hæc Impp. Diocletiani & Maximiniani verba *l.* 17 *C. de locato & conducto. Præses provinciæ ea quæ ex locatione debentur, exsolvi sine mora curabit: non ignarus ex locato & conducto actionem, cum sit bonæ fidei, post moram, usuras legitimas* admittere. Quæ enim *legitimæ usuræ*, nisi centesimæ? quæ solæ *legitimæ* appellantur illa ætate. Sed non ita est. volunt Imperatores, in locatione deberi usuras communes omnium judiciorum bonæ fidei, in quibus leviores præstantur pro more regionis; quæ legitimis opponuntur *l.* 7. §. 10. § 7. 8. & 9. *D. de administratione tutorum*, quamquam alioquin non male *legitimæ* dici possint: sicut *statutæ* usuræ *l.* 7. §. 5 *D. de pactis:* quas receperint Principes quorum Constitutiones *leges* appellari, certum est. sed quia hoc nomen ante sibi jam vindicaverant centesimæ, deinde inventis quæ pro more regionis præstantur in bonæ fidei judiciis, non placuit, cum his idem communicari nomen *dd. loc.* Sed si hoc est, unde in *d. l.* 17. *legitimæ* usuræ hæ quæ leviores? an *legitimæ* usuræ sunt usuræ *solitæ*? sane sic vocantur *l.* 2. *C. de locato & conducto;* & *legitimus* pro *solemni* sæpe accipitur; ut in *l.* 2. §. 6. *D. de origine juris.* & *l.* 3. § 2. *D. de stellionatu.* apud Petronium quoque *Satyric. cap.* 21. his verbis, *Intraverunt palæstricæ quam plures: & nos legitimo perfusos oleo refecerunt.* Verisimilius tamen mihi videtur, Impp. Diocletianum & Maximianum *d. l.* 17. scripsisse, *post moram usuras admittere*; sed Tribonianum ex usu *l.* 26. §. 1. *C. de usuris* posuisse *usuras legitimas.*

CA-

Caput VI.

Cur modus usurarum quæ in bonæ fidei judiciis & quibusdam aliis officio Judicis debentur, non sit infinitus; cum ad id quod interest referantur; & in corporum æstimatione, etiam in pecunia certo loco promissa, aliter observetur. nodus in ratione juris satis difficilis solutus.

Hactenus intra centesimam coarctavimus usuram; sive conventione, sive officio Judicis, debeatur. sequitur, quam id recte fiat. non tamen, cum ad quæstum res respicit, & in specie usura aut fœnus dicitur: tum enim claræ fuerit utilitatis, coërceri avaritiam, nisi inhibeatur, longius evagaturam. idemque erit, si usura post moram quidem, sed ex conventione, debeatur: etsi tum magis pœna, aut id quod interest, videatur: scilicet, ne quid sub eo commento fiat in fraudem Constitutionum quibus positus est usuris modus: ut ex Papiniano Ulpianus observat *l.* 13. §. 26. *D. de actionibus empti & venditi.* sed id periculum non est, cum usura Judicis officio debetur: ac cum ea quoque in specie non tam usura sit, quam id quod interest, cujus æstimatio pro ratione cessantis lucri aut emergentis damni (ex utroque enim constat id quod interest *l.* 13. *D. Ratam rem haberi*, *l. unic. C. de sententiis quæ pro eo quod interest proferuntur*) modo pluris, modo minoris sit, atque, ut Paulus ait *l.* 24. *D. de regulis juris*, in facto, non in jure, consistat, etiam in corporum præstationibus *l.* 1. *D. de actionibus empti & venditi*, in quibus fere simplex nascitur damni genus: profecto non debet usura pecuniæ cujus usus tam varius, tamque incertus est, ubi officio Judicis debetur, uni adstringi formulæ. magis, cum varie hominum intersit, circa eam non committi moram, dubitari possit, an ejus æstimatio Judicis arbitrio relinqui potius, quam certa juris regula comprehendi, debeat. quid enim, si creditor negotiari solitus, accepta pecunia, potuerit merces comparare, atque ex his majus lucrum facere, quam ex usuris? quid, si alii debuerit sub pœna, eaque commissa sit mora tua, aut sub pignoribus quæ ideo distracta sint; quia non poterat pecuniam solvere ob sui moram debitoris? nonne æquum fuerit, ei reparari lucrum quo caret, aut damnum quod passus est? videri possit ex Ulpiano *l.* 2. §. *ult. D. de eo quod certo loco*, sequentibus verbis. *Nunc de officio judicis hujus actionis loquendum est. utrum quantitati contractus debeat servire, an vel excedere, vel minuere quantitatem* [*debeat*] *ut si interfuisset rei, Ephesi potius solvere, quam eo loci quo conveniebatur, ratio ejus haberetur? Julianus Labeonis opinionem sequutus, etiam actoris habuit rationem: cujus interdum potuit interesse, Ephesi recipere. itaque utilitas quoque actoris veniet. quid enim, si trajectitiam pecuniam dederit, Ephesi recepturus, ubi sub pœna debebat pecuniam, vel sub pignoribus: & distracta pignora sunt, vel pœna commissa mora tua? vel fisco aliquid debebatur, & res stipulatoris vilissimo distracta est? in hanc arbitrariam quod interfuit veniet: & quidem ultra legitimum modum usurarum. Quid si merces solebat comparare? & an lucri ratio habeatur, non solius damni? puto & lucri habendam rationem.*

Sed non recte. nam si creditori fiat jus aut necessitas taxandi damnum quod possit ex mora debitæ pecuniæ pati; quæso, quis fuerit exitus litium, de ea nasciturarum, tam frequente pecuniæ credito, in eoque difficili probatione ejus quod interest *l. ult. D. de stipulationibus prætoriis*, ob variam atque incertam pecuniæ utilitatem. debet enim creditor, petens id quod sua interest ex mora debitæ pecuniæ, probare, quantum petit, tanti sua re vera interesse *l. unic. C. de sententiis quæ pro eo quod interest proferuntur*; id est, sibi idcirco tantum abesse, quia ei data non sit pecunia debita. sic enim coarctanda res est: quia quæstioni est utilitas pecuniæ, non qualiscumque, sed ejus de qua agitur. illa vero quæ est, nisi certo haberi possit, atque ex ea pecunia quæ debetur? adeo si quid percipi quidem potuerit; sed ita, ut etiam potuerit non percipi: etsi aliqua, etiam magna, fuerit ejus spes; id in æstimatione ejus quod interest, pro eo quod abest, non habetur: tantum quia non probat creditor, se habiturum fuisse, quod an habiturus fuerit, incertum relinquit. jam si quid haberi certo possit, sed æque ex alia atque ex debita pecunia: neque hoc ad ejus quod interest, æstimationem pertinet: quia non videtur ei ex mora debitæ pecuniæ abesse, quod æque potuit ei ex alia pecunia, vel quam habet, vel quam possit fœnori accipere, atque ex debita contingere *l.* 21. §. 3. *D. de actionibus empti & venditi.* Difficilis igitur est probatio ejus quod interest, præsertim debita pecunia: & ideo consequens fuit utilitati expediendarum rerum, quæ maxima est in civili societate, damnum ex pecunia non soluta natum, magis usurarum modo finiri, quam mero Judicis arbitrio: nec interesse, utrum negotiator fuerit creditor, an alius; & an majus lucrum facere potuerit, accepta pecunia, an non. id enim Hermogeniano visum *l.* 19. *D. de periculo & commodo rei venditæ*: cum sic infit, *Venditori si emptor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat præstabit, non omne omnino quod venditor, mora non facta, consequi potuit; veluti, si negotiator fuit, & pretio soluto, ex mercibus plus, quam ex usuris quærere potuit.* Sic Hermogenianus. Papinianus quoque *l.* 70 §. 1. *D. de legatis lib.* 2. verba Papiniani. *Si centum legatis duplum restituere rogatus sit, ad summam legati videbitur constituisse: si autem post tempus fideicommissum relictum sit, usurarum duntaxat additamentum admittetur. nec mutanda sententia erit quod forte legato percepto magnum emolumentum ex aliquo negotio consecutus est, aut pœnam stipulationis imminentem evasit. Hæc ita, si quantitas cum quantitate conferatur. enimvero si pecunia accepta rogatus sit rem propriam, quamquam majoris pretii est restituere: non est audiendus legatarius, legato percepto, si velit computare. non enim æquitas hoc probare patitur, si quod legatorum nomine perceperit, legatarius offerat.*

Atque cum corpus debetur, non finitur certo modo id quod interest: cur igitur, si pecunia debeatur, eo finiatur? Verum videamus, ne cum pecuniæ debito male corporis debitum comparetur. refert enim, quod damnum, veniens ex mora non soluti corporis cujus certus usus est, obligationis ex qua petitur, natura indigitatur: in obligatione vero ejus qui pecuniam de-

debet, nihil tale. non enim apparet in ea genus damni, utique emerfuri creditori, non foluta pecunia: tam vario præfertim ac multiplice pecuniæ ufu. atque hoc fi eft, videtur debitor, promiffo & non foluto corpore, obligari ad damnum cui mora fua caufam præbet, & in quo nihil ei fortuitum accidit: atque ipfum quia liquere Judici poteft; etiam probare ei poteft creditor, quantum petit, tantum fibi abeffe idcirco, quod ei traditum non fit promiffum corpus. fed hoc in pecunia debita non eft: nam obligatio ejus qui eam promifit, nihil præfert ex quo intelligat quale nafciturum fit damnum ex mora ejus, & proinde ad quid potiffimum teneatur: tam multiplice damno quod creditor pati poffit ex variis caufis quæ humanis neceffitatibus immineant, neque debitori interim pecuniæ obligatione monftrentur, atque a creditore etiam aliter evitari poffint, & adeo debitoris contemplatione pro fortuitis habendæ fint. ita paulatim efficitur, ut pecuniæ debitor, commiffa mora non ultra, quam ad ufuras, teneatur: quia id demum damnum in pecunia inducitur; certe a debitore cogitari, atque a creditore probari, denique a Judice ex more regionis æftimari, poteft. maxime, poftquam placuit, ufuras in bonæ fidei judiciis, & fideicommiffis ac legatis, ex mora, etiam fine ea interdum, officio Judicis præftari. deinde enim non ex alicujus incerto negotiationis pendere, neque extrinfecus pecuniæ accedere, fed circa hanc confiftere, atque ex ea, exemplo fructuum, percipi intelliguntur, auctore Ulpiano *l.* 34. *D. de ufuris.* Non igitur ut in corporum, fic in pecuniæ, præftatione infinita ejus quod intereft æftimatio eft.

Atque hoc adeo placet, ut in uno eodemque contractu qui ex utroque latere fit obligatorius, qualis eft emptio & venditio, verbi gratia, quæ utrimque debentur præftationes, non pari atque eadem ratione æftimentur: nempe quia venditor intelligit, fe emptori ad vacuam rei traditionem, & præterea ad evictionem, teneri: hoc enim emptionis natura continetur *l.* 11. § 1. & 2. *D. de actionibus empti & venditi:* & ideo fi non tradat fundum, aut tradat, fed evincatur; nullam effe caufam, cur neget, fe teneri ad omne quod emptoris interfit, rem aut traditam effe, aut non evictam. non enim quod promifit, præftat, nec ei accidit quod fibi improvifum dicere poffit. æquum igitur eft, ut id quod emptoris intereft *l.* 1. *D. de actionibus empti & venditi*, hoc eft, omnis ejus utilitas in æftimationem veniat quæ modo circa ipfam rem confiftat *l.* 21. §. 3. *D. eod. tit.* Sed non idem eft ab emptoris parte; quia ei non oftendit obligatio, quid venditor pecunia fua facere velit: ac multo minus, quale damnum paffurus fit, ea non foluta: tantum vult, emptorem teneri ad pretii numerationem: proinde fi non numeret, & venditor damnum patiatur, aut lucro careat, puta, quia fub pœna debebat, vel poterat merces comparare, de neutro tenebitur emptor. neutrum enim circa pretium confiftit. utrumque magis extrinfecus accedit, & potuit aliter evitari, denique emptoris refpectu fortuitus habetur cafus, ad quem fe obligatione fua non adftrinxit. tantum igitur ad pretium & ad ufuras tenetur poft diem traditionis *l.* 13. §. 20. *D. de actionibus empti & venditi* quia ufuræ in bonæ fidei judiciis hodie Judicis officio non præftantur propter negotiationem, fed ex ipfa pecunia fructuum exemplo percipiuntur. *l.* 34. *D. de ufuris.* ac cum emptor re fruatur, ejus tradita poffeffione, æquisfimum eft, eum ufuras pretii pendere *d. l.* 13. §. 20.

Si quis tamen pecuniam certo promiferit loco & eo non folverit: is non ufurarum modo tenetur, fed ad omne quod creditoris interfit, folutionem eo loco effe factam, auctore Ulpiano *l.* 2. §. *ult. D. de eo quod certo loco:* fed non aliam ob caufam, quam quod is fe non obligavit folum ad pecuniæ folutionem; fed etiam, ut ea certo fiat loco, in quo ea indigebat creditor. eam igitur fi non fecerit eo in loco debitor, jam non mora quæftioni eft, fed factum ejus qui promifit pecuniam ibi folvere, ubi ea indigebat creditor, & non folvit. quare fi ob id damnum fecit creditor, aut lucro caret, debitorem etiam ultra legitimum ufurarum modum teneri, recte Ulpianus probat *d. l.* 2. §. *ult.* quia hoc in contrahendo actum intelligi poteft. atque ideo fi eo in loco de quo actum eft, verbi gratia, Ephefi, petatur, ipfam folam fummam peti, nec amplius quid, Ulpianus fcribit: nifi fi quid effet ftipulatus creditor, vel fi temporis utilitas intervenerit *l.* 4. *D. eod. tit.* fac, ftipulatus fum, decem cum ufuris Ephefi dari certo die: (qui fere eft cafus *l.* 122. *D. de verborum obligationibus*) fi non dederis & Ephefi petam: teneris mihi non ad id quod intereft, fed ad ufuras: fed fi alio petam loco, ad utrumque teneri te, Ulpianus ait *d. l.* 4. is tamen & eo in loco & *in d. l.* 2. §. *ult.* agit de officio Judicis in actione arbitraria de eo quod certo loco, quæ interpofita ftipulatione obtinet. fed idem eft in bonæ fidei judiciis, fi in contrahendo convenerit, ut quid certo loco præftetur. tum enim non arbitrariam, fed ex empto, vel vendito, vel depofiti, actionem competere, Paulus auctor eft *l.* 7. *D. eod. tit.*

CAPUT VII.

In quibus cafibus licuerit creditori egredi legitimum ufurarum modum. ac primum de nautico fœnore. hoc infinitum fuiffe: & cur? Papinianus emendatus & expofitus l. 4. *pr. &* §. 1. *D. de nautico fœnore. fenfus & lectio l.* 5. *D. de nautico fœnore.*

Probatum igitur eft, ufuras, etfi potuerint ad centefimas adfcendere, tamen non potuiffe centefimas egredi, præterquam in paucis cafibus, quos deinceps interpretari conftitui. unus fuit in pecunia trajectitia. in qua duplicem centefimam promitti potuiffe, Budæus auctor eft, *Annotationibus prioribus ad Pandectas pag.* 364. movetque eum *l.* 4. *D. de nautico fœnore:* cujus hæc funt verba. *Nihil intereft, trajectitia pecunia fine periculo creditoris accepta fit, an poft diem præftitutum & conditionem impletam periculum effe creditoris defierit: utrubique igitur majus legitima ufura fœnus non debebitur. Sed in priore quidem fpecie femper: in altera vero difcuffo periculo: nec pignora, vel hypothecæ titulo majoris ufuræ tenebuntur.* §. 1. *Pro operis fervi trajectitiæ pecuniæ gratia fecuti, quod in fingulos dies in ftipulatum deductum eft, ad finem centefimæ, non ultra duplum*

plum debetur. In stipulatione fœnoris, post diem periculi separatim interposita. quod [in ea] legitimæ usuræ deerit, per alteram stipulationem operarum supplebitur. Eam legem Budæus sic emendandam esse existimat, *ad finem non ultra duplum centesimæ debetur.* quomodo Haloander edidit: sensum autem esse, Budæus putat, non posse trajectitiam pecuniam ultra duas centesimas mereri; & addit, duas centesimas potuisse deberi pro duobus commeatibus, id est, pro pecuniæ trajectu, & mercium retro importatione ex ea pecunia comparatarum: ut in *l.* 1. *D. eod. tit.* Sic ille: si vere; quid præcipuum fuit in pecunia trajectitia? non enim potuit, si Budæum audimus, egredi modum unius centesimæ, id est legitimæ usuræ; nisi creditor ejus pecuniæ periculum in se susceperit pro navis itu & reditu. tum quoque etsi duæ centesimæ deberi potuerint, tamen non aliam ob causam potuere, quam quia ad creditoris periculum non semel, sed bis, pertinuit trajectitia pecunia. Atqui Imperator Justinianus *l.* 26. §. 1. *C. de usuris* ait, veteribus legibus concessum fuisse in trajectitiis pecuniis egredi centesimam. Non igitur placet quod Budæus voluit. Nec magis quod Molinæus conjecit, *De usuris n.* 40. ante *l.* 26. §. 1. *C. de usuris* quæ Justiniani est, in trajectitiis pecuniis de jure licuisse stipulari paulo supra centesimam. nam verum est, non jus civile finem posuisse nautico fœnori: sed contrahentium conventionem eum fecisse pro ratione periculi majoris aut minoris quod in se susciperet creditor. id Paulus docet, *lib.* 2. *Sentent. tit.* 14. §. 3. Verba Pauli. *Trajectitia pecunia, propter periculum creditoris: quamdiu navigat navis, infinitas usuras recipere potest.* Non vult Paulus, trajectitiam pecuniam unam aut duplicem centesimam recipere; sed infinitas usuras. Vocat autem *infinitas* quæ sunt indefinitæ pariter, ut Imp. Justinianus §. 4. *Inst. de heredibus instituendis*, cum inquit, *Et unum hominem & plures usque in infinitum, quot quis heredes velit, facere licet*, verbum, *in infinitum*, ponit pro *in indefinitum.* sicut & Macer *l.* 7. §. 1. *D. Ad legem Juliam repetundarum*, his verbis. *Lex ab exceptis quidem in infinitum capere permittit.* Sensus igitur Pauli est, fœnori nautico non esse aliquem civili jure positum finem: & ideo hoc non utique intra unam centesimam subsistere; sive, ut Ulpianus loquitur, intra legitimum usurarum modum *l.* 2. §. *ult. D. de eo quod certo loco:* sed posse vel duplices, vel triplices, vel quadruplices, vel plures, centesimas admittere. Quæso, quam ob causam? ait Paulus, *propter periculum creditoris:* id est, quia hujusmodi usura non tam pro pecuniæ usu, aut moræ reparatione, datur, (etsi pro his quoque solvitur) quam pro pretio periculi maris quod in se suscepit creditor, alioquin debitoris futurum *l. ult. C. de nautico fœnore.* non autem æquum fuerit: si debitor pecuniam trans mare vehat periculo creditoris, eaque lucrum faciat, & tamen non solvat ei periculi æstimationem. Sed ratio vult, inter contrahentes servari æqualitatem: & debitorem, cum lucrum, & hoc insigne, ut solet in transmarinis negotiationibus, facit periculo creditoris, ei periculi pretium reparare majore usura, non iniquum esse. Sed hoc, *quamdiu navis navigat:* ut optime Paulus *d. loc.* etiam Diocletianus ac Maximianus *l.* 1. *C. eod. tit.* nam tam diu durat periculum cujus pretium est infinita usura. Quid, si creditor non suscepit in se periculum? usura non infinita, id est, nautica, debetur; sed centesima, seu communis *l.* 2. *C. de nautico fœnore.* idemque est, si in se suscepit periculum; sed non in omnem navigationem; sed ad certam diem aut conditionem. nam tum infinita quidem ante diem aut conditionem debetur; sed post diem aut conditionem non debetur; quia sublato periculo, nihil est quod æstimetur ultra communes usuras. tantum igitur legitima, id est, centesima, usura debetur: major non debetur; quia major periculi æstimationem continet. id vero hic non est. nec igitur æstimatione ejus, id est, infinita usura opus est. Atque hoc Papinianus vult *l.* 4. *D. de nautico fœnore*: cum sic loquitur, *Nihil interest, trajectitia pecunia sine periculo creditoris accepta sit, an post diem præstitutum & conditionem impletam periculum esse creditoris desierit: utrobique igitur majus legitima usura fœnus non debebitur. Sed in priore quidem specie semper: in altera vero discusso periculo.* Sed & hoc egregie addit Papinianus, quod *nec pignora vel hypothecæ titulo majoris usuræ tenebuntur.* etsi enim pignoris retentione sæpe serventur usuræ, cum actione servari nequeunt; ut, si promissæ sint pacto nudo, & in eas quoque pignus acceptum sit *l.* 4. *l.* 22. *C. de usuris. l.* 11. §. 3. *D. de pigneratitia actione:* usuræ tamen majores legitimis, id est, centesimis, ne retentione quidem servari possunt *l.* 19. *C. Mandati.* Quod si est: apparet, Papiniano suam constare rationem, eamque convenientem juri veteri: ac proinde nihil causæ esse V. Cl. Elberto Leonino *lib.* 4. *Emendat. c.* 7. *n.* 2. cur opinetur, versiculum illum, *nec pignora, vel hypothecæ titulo majoris usuræ tenebuntur*, non esse Papiniani, sed Triboniani, respicientis ad novissimum Justiniani jus quod sit ab eo quod Papiniani tempore obtinuerit, diversum.

Illud videamus, quale sit, quod porro ait Papinianus §. 1. *d. l.* 4. difficilis enim locus est, & quem non, ut debuit, illustravit eruditorum hominum industria. verba ejus §. sunt. *Pro operis servi trajectitiæ pecuniæ gratia secuti quod in singulos dies in stipulatum deductum est, ad finem centesimæ, non ultra duplum debetur.* Sic Florentiæ legitur. Sed Haloander priora verba *pro operis servi trajectitiæ pecuniæ gratia secuti*, conjungit cum fine principii capitis: & deinde legit, *non ultra duplum centesimæ debetur.* ipsumque est quod Budæo imposuit; existimanti, a Papiniano dici, usuram trajectitiæ pecuniæ non posse excedere duplicem centesimam. quod sicut in antecessum refutavi, ita, si attendas, a Papiniano minime dicitur. non enim ei quæstioni est usura trajectitiæ pecuniæ; sed quod sibi stipulatus sit creditor pro operis servi quem jusserit debitorem sequi trajectitiæ pecuniæ gratia: (pro more illorum temporum de quo *l.* 23. *D. de obligationibus & actionibus*) vult autem, quod creditor, pro operis ejus servi, in dies singulos stipulatus fuerit, non ultra centesimam deberi: quamquam pro trajectitia pecunia recte stipulari possit infinitas usuras. Is & non alius est Papiniani sensus, idem clarior futurus, si cum superioribus verbis conjungentur mox sequentia eodem capite: quæ verba sunt. *In stipulatione fœnoris post diem periculi separatim interposita, quod [in ea] legitimæ usuræ deerit, per alteram stipulationem operarum supplebitur.* Sensus est, si creditor usuras sit stipulatus post diem periculi, sed minores legitimis, id est, centesimis, poterit, quod his deerit, supplere altera stipulatione quæ fit pro operis servi, secuti trajectitiæ pecuniæ exigendæ gratia; sed usque ad legitimam, id est, centesimam; non ultra. quod cum præcedentium verborum interpretationi respondeat: putem, ea verba. *d.* §. 1. deleto verbo, *duplum*, sic resti-

ſtituenda eſſe. *Pro operis ſervi trajectitiæ pecuniæ gratia ſecuti, quod in ſingulos dies in ſtipulatum deductum eſt, ad finem centeſimæ, non ultra, debetur.* vel, ſi quis tueri malit verbum, *duplum*, legerim, *ad finem centeſimæ, nec ultra duplum debetur.* Senſus prioris emendationis hic eſt, creditor debitori dedit pecuniam trajectitiam; ſed periculum in ſe ſuſcepit, non in totam navigationem ſed in certum dumtaxat diem. is creditor juſſit, ſervum cum debitore navigare; & pecuniam creditam ſua die exigere cum uſuris; ac, ſi tardius ſolveretur, pro operis ſervi quibus cariturus eſſet propter moram debitoris, præterea pœnam ſtipulatus eſt in ſingulos dies. (ſunt enim operæ diurnum officium *l.* 1. *D. de operis libertorum*) quæritur, quanta pœna eſſe poſſit? reſpondit Papinianus, deberi pœnam intra uſuram centeſimam ſortis creditæ; non ultra. quid ita? quia poteſt quidem creditor intra diem, periculo conſtitutum, ſtipulari infinitam uſuram pecuniæ trajectitiæ; ſed poſt eum tantum legitimam, id eſt, centeſimam. non igitur poteſt creditor poſt eum diem, ne ſub prætextu quidem operarum ſervi, ſtipulari pœnam quæ egrediatur centeſimam ſortis creditæ; quia ea pœna eſt vice uſurarum: nemo autem poteſt pœnam pro uſuris ſtipulari ultra licitum uſurarum modum *l.* 44. *D. de uſuris.* Et ita eſt, quod creditor pro operis ſervi ſtipulatur, debetur quidem ad finem, ſeu modum, centeſimæ, ſed non ultra: quia ea operarum ſtipulatio demum uſum habet, poſtquam deſiit navigationis periculum; ante vero non habet uſum. quippe cum durante periculo, nihil neceſſe ſit, operarum ſtipulationem diſtingui a fœnore nautico quod infinitum eſt, & ideo poteſt facile qualecumque operarum ſervi pretium complecti. ſed finito periculo, quia uſuræ ſtatim coërcentur fine ſeu modo centeſimæ; jam illud quæſtionis eſt, an poſſit creditor egredi modum centeſimæ, utique per ſtipulationem pecuniæ pro operis ſervi quibus interim careat? quod optime negat Papinianus. Is ſenſus erit prioris noſtræ conjecturæ; expuncto verbo, *duplum.* Quod ſi quis malet legere, *nec ultra duplum debetur*, quæ eſt poſterior noſtra, & ut poſt hæc ſcripta animadverti, fere etiam Cujacii, *lib.* 5. *Obſerv. c.* 38. conjectura: tum ſenſus erit, quod creditor pro operis ejus ſervi ſtipulatur, non debetur ultra centeſimam ſeu legitimam uſuram creditæ ſortis, neque ultra duplum ejus. quod etſi in fœnore nautico, id eſt infinito, non obtineat; tamen in legitimis uſuris, ſeu centeſimis, id eſt, finitis, locum habet: ut infra à nobis demonſtrabitur: & in Aſia Lucullum conſtituiſſe Plutarchus refert. Tentavit quoque hanc legem Salmaſius, *De modo uſurarum c.* 8. *pag.* 304. *& ſeqq.* & corrigere & illuſtrare: ſed ſucceſſu tam infelici, ut nil opus ſit, ejus ſententiam hic aut attuliſſe, aut refutaſſe.

Ex ſuperioribus ſubnata eſt alia quæſtio: de qua ita Scævola *l.* 5. *D. de nautico fœnore. Periculi pretium eſt; & ſi conditione quamvis* (a) *pœnali non exiſtente recepturus ſis quod dederis & inſuper aliquid præter pecuniam: ſi modo in aleæ ſpeciem* (b) *non cadat, veluti ea ex quibus conditiones* (c) *naſci ſolent.* (d) *ut ſi* (e) *manumittas, ſi non illud facias, ſi non convaluero, & cætera.* (f) *nec dubitabis, ſi piſcatori erogaturo in apparatum plurimum pecuniæ dederim, ut ſi cepiſſet, redderet: & athletæ, unde ſe exhiberet exerceretque, ut ſi viciſſet, redderet.* Recepto jure, de quo dixi, in trajectitia pecunia, id eſt, ut creditor in ſe ſuſcipiat maris periculum, & pro ejus pretio infinitas habeat uſuras: quæſitum eſt, an idem ſit in omnibus in quibus adjecta eſſet pœnalis conditio qua exiſtente, vel non exiſtente (varie enim poteſt concipi formula) creditor amiſſurus eſſet pecuniam, deficiente vel exiſtente recepturus, & inſuper aliquid præter pecuniam? quærendi cauſa eſt, quod ea conditio pœnalis videtur adjici in fraudem legis quæ uſuras intra certum coërcet modum. Et putat Scævola: ac movet eum quod acceſſio quæ in his cauſis præter ſortem in conventionem deducitur, non tam uſura eſt quæ pro mora præſtetur, quam pretium periculi quod creditor ſuſtinet: & ideo reparari ei, non iniquum eſt. Niſi ſi cauſa ſit in qua pecuniam dando res cadat in ſpeciem aleæ; puta, veræ & prohibitæ quæ nullam humanis uſibus præſtet utilitatem; ſed tantum fortuna regatur ſine civili ratione. tum enim probanda non eſt conventio: quia legibus prohibetur. at ſi ſit cauſa ex qua res non cadat in talis ſpeciem aleæ: contra dicendum eſt, valere conventionem; licet in ea ſit quaſi alea quæ legibus non prohibetur *l.* 8. §. 1. *D. de contrahenda emtione*, *l.* 7. *D. de hereditate vel actione vendita.* & inquit Scævola, hoc evenire, ſi ſit conventio ex qua *naſci* ſolent *conditiones.* ſic Florentiæ editur: ſed in aliis libris, quod Ruſſardus & Charondas monent *Notis marginalibus*, eſt, *condictiones*; & hoc probat Cujacius *lib.* 9. *Obſerv. c.* 28. vere. non enim *conditio* dicitur *naſci*; ſed *condictio*: ut in *l.* 6. *& l.* 52. §. 1. *D. de donatione inter virum & uxorem*, *l.* 38. §. 3. *D. de uſuris. conditio* autem dicitur *apponi* vel *adjici* vel *interponi l.* 31. *D. de obligationibus & actionibus.* igitur ſi ſit conventio in qua ineſt conditio cujus eventus vel a poteſtate accipientis pecuniam, vel a fortuna, vel ab utraque, pendeat, (quæ triplex conditio indigitatur *l. unic.* §. 7. *de caducis tollendis*) quia non inanis eſt; ſed ad civilia ſpectat negotia, veluti ex qua naſci poteſt condictio ſine cauſa, vel ob rem dati, putat Scævola, nihil cauſæ eſſe, cur non valeat conventio: qua coërceatur is qui appoſitam non impleat conditionem quæ ejus arbitrii, vel tota, vel ex parte, ſit. & adfert Scævola exempla: ea exempla ſunt; ſi tibi credidero ſub conditione, ut ſi manumiſeris, vel non illud facias, item ſi non convaluero. in his & ſimilibus putat Scævola, exiſtente, vel non exiſtente, conditione, quamvis pœnali, & pecuniam creditam peti poſſe, & incrementum, pro periculo promiſſum, etiam ultra uſurarum modum. nam ut pœna quæ pro mora pecuniæ datur, eo finiatur *l.* 44. *D. de uſuris*, *l.* 13. §. 26. *D. de actionibus empti & venditi*; hic tamen pœnam non pro mora ſolvi, ſed quaſi pretium periculi quod ſubit creditor, & ideo majore uſura æſtimari, rationis eſt. atque hoc ſicut in ſuperioribus ei placet, in quibus aliqua eſt, etiam magna, alea, etſi non ex parte ejus qui pecuniam accepit ſub conditione poteſtativa, tamen ex ejus parte qui ſub ea dedit: ſic certe obtinuiſſe inquit; ſi piſcatori, erogaturo in apparatum, puta, in navem, retia, ſimilia, plurimum pecuniæ dederim, ut ſi cepiſſet, redderet.

(a) *quavis*, Haloander. (b) al. *in aliam ſpeciem.* Charondas & Ruſſardus. (c) al. *condictiones.* Charondas & Ruſſardus. (d) *naſcuntur*, Haloander Charondas, Ruſſardus. (e) Charondæ liber habet, *ut ſi non manumittas.* (f) *Sed nec*, Haloander.

ret. est enim & hic quasi alea *l.* 8. §. 1. *D. de contrahenda emptione*: spes enim (ut Seneca infit *epist.* 10.) incerti boni nomen est. est, inquam, & hic quasi alea, sed non inanis: quia meo periculo adjuvo piscatoris & inopiam, & industriam publice utilem. quod ratio patitur. igitur si quid cepit piscator; & pecuniam recipiam, & quod præterea convenit, quasi periculi pretium. idem ait Scævola, si athletæ dedero pecuniam, unde se exhiberet, (id est, aleret, *exhibere* enim est alere) exerceretque, ut si vicisset, redderet. recte. solent enim athletæ ad augendas corporis vires & victu certo, & exercitatione, uti. Quintilianus *lib. XII. Inst. Orator. c.* 10. *pag.* 1096. *in f. Sicut athletarum corpora etiamsi validiora fiant exercitatione, & lege quadam ciborum.* Valet igitur conventio, si pecuniam dedero athletæ, unde se exhiberet, exerceretque. nam & hæc res stulta atque inanis eam ratione æstimantibus: in quibus Anarcharsis apud Lucianum, *De gymnasiis*: sed ex Græcorum sententia quam Solon tuetur, *eodem loci*, & Romani tandem probarunt, ut apparet ex *l.* 7. §. 4. *D. Ad legem Aquiliam*, *l.* 4. *D. de his qui notantur infamia*, ad virtutem spectat: etsi & aleæ speciem habeat, si eventum spectes *l.* 2. §. 1. *D. de aleatoribus.* igitur hoc quoque in casu si meo periculo juvem laudabile propositum hominis pauperis, & ideo non sufficientis sumtibus, necessariis ad virtutis exercitationem: nihil est quod cum ratione reprehendatur. at si id non fit, sed sola lucri spes ex incerto eventu, sine contemplatione civilis negotii, vera dicetur alea quam non probat civilis ratio *l.* 2. & 3. *D. de aleatoribus.*

Caput VIII.

De usuris specierum *creditarum: & quæ Justiniano* species *dicantur. l.* 26. §. 1. *C. de usuris. De usuris* rei judicatæ. *notabilis veteris Marmoris inscriptio.*

Dixi de pecunia trajectitia, id est, de prima exceptione. venio ad alteram quam Justinianus, *l.* 26. §. 1. *C. de usuris*, facit in *speciebus*: quas Græci interpretantur *fructus.* non male: ut ex Hieronymo mox apparebit. est etiam Titulus XXVII. libri X. Codicis *Ut nemini liceat in emptione* specierum *se excusare, & de munere sitocomiæ.* quæ autem sint illæ *species*, apparet ex *l.* 1. subsequente. verba legis sunt, *Quoties urgente necessitate comparationes* frumenti *vel* olei alienarumque specierum *quibuslibet provinciis indicuntur*, *nulli.* & reliqua. sed & ipse Justinianus *l.* 20. §. 2. *C. de agricolis & censitis*, *lib.* XI. *tit.* 47. sic accipit; cum ait, *Sin autem reditus non in auro*, *sed in* speciebus *inferuntur*, *vel in totum vel in partem: iterum per officium judicis* fructus *vendantur.* Harum igitur *specierum* (ut Justinianus refert *d. l.* 26. §. 1.) olim major permissa fuit usura, quam pecuniæ. eaque gratia solent avari creditores, pecunia credita, non hanc reddi, & si non reddatur, ejus usuras, stipulari: sed certam fructuum modiationem præstari; ac nisi is modus sua die offeratur, mensurarum additamenta. quæ res cum sit in fraudem legitimarum usurarum, a Gordiano prohibetur *l.* 16. *C. de usuris.* sed & ipsarum frugum usura, cum nullo fine coërceretur, atque adeo pergeret ultra, quam ratio vellet, deinde modum accepit a Constantino *l.* 1. *Cod. Theod. eod. tit.* verba Constantini. *Quicumque fruges (humidas vel arentes) indigentibus mutuas dederint, usuræ nomine tertiam partem superfluam consequantur: id est, ut si summa crediti in duobus modiis fuerit, tertium modium amplius consequantur. Quod si conventus creditor, propter commodum usurarum, debitum recuperare noluerit, non solum usuris, sed etiam debiti quantitate privandus est. Quæ lex ad solas fruges pertinet. nam pro pecunia ultra singulas centesimas creditor vetatur accipere.* Constantinus primum dividit fruges in humidas, ut sunt, oleum, vinum; & aridas, ut sunt frumentum, hordeum. deinde definit modum usurarum, in utrisque præstandarum. vult autem, si hæ mutuæ datæ sint, sive humidæ, sive aridæ, pro usuris promitti posse tertiam partem superfluam: & hæc quomodo accipienda sit, exemplo demonstrat. id exemplum est, ut, si mutuos dederis duos frumenti modios, deinde duos recipias pro sorte, & præterea tertium pro usura, quæ sane est gravissima usura: quia ad dimidium sortis, seu capitis, adscendit. unde & *hemiolia* appellata. nam, ut optime A. Gellius *lib.* 18. *Noct. Attic. c.* 14. *Est hemiolios qui numerum aliquem totum in sese habet, dimidiumque ejus: ut tres ad duo, quindecim ad decem: triginta ad viginti.* Atque hunc modum, simul cur in frugibus, seu speciebus, tanta placuerit usura, clare Hieronymus, *in Ezechielem lib.* 6. *c.* 18. *pag.* 206. in his verbis. *Solent in agris frumenti & milii, vini & olei, cæterarumque specierum usuræ exigi, sive, ut appellat sermo divinus, abundantiæ: verbi gratia, ut hyemis tempore demus decem modios; & in messe recipiamus quindecim, hoc est, amplius partem dimidiam; qui justissimum se putaverit, quartam plus accipiat portionem. Et solent argumentari, ac dicere. dedi unum modium qui satus fecit decem modios, nonne justum est, ut medium modium* [ἐν ἡμιολίας] *de meo plus accipiam, cum ille mea liberalitate novem & semis de meo habeat.* Habes Hieronymi rationem.

Superioribus exceptionibus addam tertiam quæ est Impp. Gratiani, Valentiniani, & Theodosii *l.* 1. *Cod. Theod. De usuris rei judicatæ.* Verba ejus legis. *Qui post judicii finem, exceptis duobus mensibus, (quibus per legis solutionem nonnunquam est concessa dilatio) moram afferent solutioni, a die patrati judicii, quo obnoxii redditi sunt, in duplicium centesimarum conveniantur usuras, (extrinsecus scilicet medietatem debiti, de quo litigatum est, sicut prius constitutum est inferentes) usque in id tempus, quo debitum solutione diluerint. Quod a nobis exemplo æquabili ex juris prisci est formulis introductum, ut quia malæ fidei possessores in fructus duplos conveniuntur, æque malæ fidei debitores simile damni periculum persequatur. Sed tamen creditor ternis interjectis mensibus, post sententiam contestari moram debebit adhibitæ tarditatis, ut ei centesimarum duplicium fructus possit acquiri. Cavendum quippe ex diverso est, etiam contra illam malitiam creditorum, ne judicatis ad solutionem cunctantibus, incipiant spe dupli fænoris imminere. Quamquam judicatum, si hanc pœnam a se removere festinet, contractam pecuniam vel apud judices obsignatam locare, vel judicio conveniat offerre, ut periculum duplicium usurarum incurrere ex ea die, qua obnoxius esse cœperit, desistat. Distinguendum*

vero hoc quoque arbitrati sumus, ut si contractus debiti ex stipulatione descendit, & casu usuræ per annorum curricula summam capitis impleverint (scilicet ut quantitas sortis quantitati fœnoris adæquetur) post sententiam usuræ duplices non utriusque debiti currant, sed capitis quidem duplæ, usurarum vero simplæ. Summa hæc est; vult lex, reum, si post duos menses a lata sententia qua damnatus est, non solverit debitum, deinde a die judicii patrati, id est, sententia finiti, creditori teneri in duplices centesimas, donec debitum solutione luerit: idque exemplo juris veteris quo malæ fidei possessores in fructus duplos tenebantur. id vero tum demum obtinere lex vult, si creditor post tres menses a lata sententia moram contestatus sit: sed si hanc contestatus non sit, non vult lex, debitorem teneri ad duplices centesimas. Sed & hoc constituit lex, ut judicatus, volens evitare pœnam duplicium centesimarum, possit contractam, seu collectam, pecuniam vel apud Judices obsignatam locare vel judicio offerre. Postremo vult, si contractus debiti ex stipulatione consistat, & forte usuræ summam capitis adæquaverint per curricula annorum, post sententiam currere usuras duplices non utriusque debiti, sed capitis quidem duplas, usurarum vero simplas.

Est igitur hæc tertia exceptio a legitimo usurarum modo: in qua exceptione duplices debentur centesimæ, sed non ex partium conventione, sed auctoritate legis. cujus hæc ratio est quod debitor condemnatus, neque solvens intra tempus, illi a lege concessum, videtur abuti beneficio legis: & ideo ejus contumacia gravius punienda est. prorsus, ut illa duplex centesima, quamquam satis magna, tamen propter utilitatem coërcendæ improbitatis, Imperatoribus improbanda non videatur.

Idque & alias a Veteribus observatum fuisse, animadverti, cum ageretur de pœna publice infligenda; etsi hoc in pœna, ex partium conventione promissa, non paterentur. Exstat sane egregium ejus rei exemplum in quodam vetere Marmore, apud Gruterum, *pag.* 208. cujus verba, quia non memini ab aliis adferri, apposui. sunt autem hæc.

.... OB CONTEMPTUM TAMEN RELIGIONIS RUFINUS P. AELI. ABAS. F. AGRO PRIVETUR FIETQ. PUB. SEPELIENDOR. MILITUM CLASS. PR. MIS. IN USUM HEREDES VERO PATUL. DIOC. MULCTENTUR SORTE UNA CUM ANATOCISMO BINAE CENTESIMAE USURAE PROPTER NEGLECTAM RELIGIONEM SEPULCHRORUM CLAM DIRUTOR. PAUPERESQ. MILITES CLASS. PR. MIS. DONATI SINT DUM AEGRESCUNT ET MORIUNTUR NE AERE CONLATO CURENTUR SEPELIENTURQ. QUAM SENTENTIAM SANCTAM ESSE OMNES SCIUNTO.

CAPUT IX.

A legitimo usurarum modo excipi a doctissimis Interpretibus, atque in his a Jacobo Cujacio, antichresin, *non* tacitam, *sed* manifestam. *differentiam quam Cujacius facit inter* antichresin *&* usuras, *si rem spectes, nullam esse. macula dispuncta l.* 11. *C. de usuris. etiam in modo ab usuris non distingui antichresin, sive tacitam, sive manifestam. modo si certum sit, eam egredi usurarum finem. an & quæ sit tacita antichresis. complura, eaque intricata juris civilis loca expedita in quibus l.* 11. *§.* 1. *D. de pignoribus, l.* 17. *C. de usuris, l.* 1. *§.* 3. *D. de pignoribus, l.* 14. *C. de usuris l.* 8. *D. In quibus causis pignus tacite contrahitur.*

Nunc age consideremus, an & antichresis a legitimo usurarum modo excipiatur. ajunt Interpretes, atque in his illustre illud & faustum Jurisprudentiæ sidus, Jacobus Cujacius, *ad Novell.* 32.: caussatus, finem qui est usuris positus, non esse positum antichresi: & quamquam usuræ vicem habeat antichresis, non tamen usuram esse. pacto enim fieri antichresin; cum usuræ stipulatione constituantur. deinde, usuras non perimi sortis oblatione; nisi sequuta ejus depositione: antichresin vero sortis oblatione perimi, etsi nulla ejus depositio fiat *l.* 11. *C. de usuris.* atque ut in his ab usura differt antichresis: sic nil mirum esse, utramque etiam quoad modum distingui, suadente incerto fructuum, quod in usuris non sit. *l.* 17. *& l.* 14. *C. eod. tit.* & hoc Cujacius *lib.* 8. *Observ. c.* 17. in primis verum esse opinatur, si manifesta sit antichresis. nam si tacita sit, adhuc intra usurarum modum coërceri *l.* 8. *D. In quibus causis pignus tacite contrahitur.* nempe, ut major sit vis expressæ, quam tacitæ, conventionis. Sic ille.

Sed si mihi faciat gratiam consentiendi pro partibus suis, longe alia mihi mens erit. nam quod primum dicit, antichresin pacto, usuras stipulatione, constitui; frustra dicit. sit enim antichresis quidem pacto, sed accedente pignoris traditione *l.* 11. *§.* 1. *D. de pignoribus.* nec id speciale est in antichresi. nam & usuræ pacto constitui possunt, accedente pignore: tum vero etsi peti nequeant, tamen retineri eas, nihil vetat.

Nullius igitur momenti est prima Cujacii distinctio inter antichresin & usuras. sed nec altera: nam quod ait, usuras non perimi sortis oblatione, nisi subsecuta ejus depositione; antichresin sortis oblatione tolli, etsi nulla fiat ejus depositio: non magis verum est. quia antichresis est pignus *l.* 33. *D. de pigneratitia actione*: cujus possessionem retineri, donec soluta sit pecunia debita, Marcianus ait *d. l.* 11. *§.* 1. *D. de pignoribus*, opinor, recte: non enim tollitur pignus sortis oblatione, sed solutione: nisi sequuta post oblationem sit ejus obsignatio & depositio *l. ult. C. de luitione pignoris*, *l.* 20. *C. de pignoribus*; aut nisi in jure *l.* 30. *D. de solutionibus*, aut certe in judicio facta sit oblatio *l.* 9. *§. ult. D. de pigneratitia actione.* quod si autem sola sortis oblatione non tollitur pignus: quæso, qui poterit ea tolli antichresis, quam verum est pignus esse? porro durante antichresi, seu pignore, ecquid est, quo minus perdurare videa-

deatur jus percipiendi fructus in usuras? *d. l.* 11. §. 1. *D. de pignoribus & hypothecis.* At Antoninus, *l.* 11. *C. de usuris*, *Ex prædiis*, inquit, *pignori obligatis creditor post oblatam sibi jure pecuniam quam non suscepit, si fructus accepit, exonerari sortis debitum, certum est.* Sed non loquitur Antoninus de qualicumque pecuniæ oblatione, sed illa quæ jure fit: ea autem est non nuda; sed quam sequuta est sortis obsignatio & depositio *l.* 19. *C. eod. tit. d. l. ult. C. de luitione pignoris*, *d. l.* 20. *C. de pignoribus.* quod si cui durius videatur; is cogitet, an legi præstet, *Post oblatam sibi in jure pecuniam:* quomodo in manuscriptis codicibus legi, testes sunt Russardi & Charondæ marginales Notæ. facillima autem fuerit ea scripturæ varietas; si quidem eam imputemus Veterum Siglis quibus scriptum fuerit, *post oblatam sib In jure pecuniam.* unde imperiti Librarii fecere, *post oblatam sibi jure pecuniam:* cum esset legendum, *post oblatam sibi in jure pecuniam.* ne addam nunc, quod Ulpianus *d. l.* 30. *D. de solutionibus* sic ait, *Si debitor offerrèt pecuniam quæ peteretur, creditor nollet accipere: Prætor ei denegat actiones.*

Non igitur antichresis ab usura differt rei substantia; etsi eruditissimus censet Interpres. sed nec modo differt: denique, si legitimas egrediatur usuras, non valet conventio. nec distinguo, utrum manifesta sit antichresis, an tacita: modo si constet, fundi fructus usurarum modum superare: quia ea conventio foret in fraudem legis, usuras ad certum modum coërcentis: & sicut non licet mihi usuras stipulari ultra modum; sic nec aliud quod instar usuræ sit *l.* 44. *D. de usuris.* Ita, si appareat, antichresin egredi usurarum finem.

Sed quid, si hoc incertum sit? fac, ex fundo plerumque minores percipi fructus, quam qui expleant usuræ modum: fac, interdum majores nasci: ita ut, utrum fiat, parum liqueat. servanda conventio est, propter incertum fructuum proventum: quo fit, ut nihil in fraudem legis admittatur: atque ut aliquando contingat, ut plus perveniat, tamen aliquando fit, ut minus percipiatur. compensatur igitur spes commodi cum periculo damni; videturque eo induci æqualitas quam lex inter debitorem & creditorem servari postulat.

Igitur fundo in antichresin dato: potest creditor, si incertus sit fructuum proventus, retinere omnes pignoris fructus: nec cogitur eos in sortem imputare; etsi aliquando egrediantur legitimum usurarum modum. & hoc videtur Imp. Philippus velle *l.* 17. *C. de usuris*, his verbis, *Si ea lege possessionem mater tua apud creditorem suum obligavit*, Ut fructus in vicem usurarum consequeretur, *obtentu majoris percepti emolumenti propter incertum fructuum proventum rescindi placita non possunt.* nam si certum sit, eum proventum dare usuras, plerumque majores legitimis, contra dicendum esse, ex Papiniano intelligitur *l.* 1. §. 3. *D. de pignoribus & hypothecis.* verba Papiniani. *Pacto placuit*, ut, ad diem usuris non solutis, fructus hypothecarum usuris compensarentur fini legitimæ usuræ: *Quamvis exordio minores in stipulatum venerint, non esse tamen irritam conventionem placuit: cum ad diem minore fœnore non soluto, legitimæ majores usuræ stipulanti recte promitti potuerunt.* Idem esse Alexander rescribit *l.* 14. *C. de usuris:* si tibi mutuam pecuniam dedi, & domum tuam pignori accepi, ea lege, ut eam inhabitarem vice usurarum; nam & hic antichresis est *l.* 11. §. 1. *D. de pignoribus & hypothecis*, eadem manifesta: licetque mihi eas ædes inhabitare: quia ea est lex conventionis. addam, locare: etsi id non sit palam conventum. ita tamen; ut, si locavero, & ex mercede plus redegero, quam ex usuris percipere possim, tenear, quod ultra modum sit, sorti imputare. quamquam, si non locavero domum, sed inhabitavero, ita uti conventum, valeat conventio; etsi pluris sit habitatio, quam quo pertendere usura debeat: scilicet, quia hoc in casu videtur domus potius vilius locata, quam illicitum fœnus contractum *d. l.* 14. id vero hanc habet rationem, quod, si locavero ædes, statim apparet perceptæ quantitas usuræ, quæ, si habitentur ædes, possit incerta videri. nam & licet contrahentibus naturaliter, se in pretio circumvenire: & multum interest, cum de æstimanda mercede agitur, utrum ædes per hunc, an per illum, habitentur.

Sed non tantum manifesta est antichresis, verum etiam tacita: nec inter utramque, quo ad modum, interest. nam si ager simpliciter detur pignori; nec de usuris & fructibus quidquam dicatur: contracta videtur antichresis, non palam, sed tacite. quia enim pacto constituitur antichresis, atque id est qualicumque contentum consensu *l.* 2. *D. de pactis:* nil obstat, quo minus antichresis æque tacite, atque expresse, fieri possit: interpretante ratione, debitorem qui, accepta mutua pecunia, creditori pignus dat, neque palam paciscitur, ne usuras solvat, humanitati dare, ut velit, usuras repensari fructibus, qui ex pignore nascituri sint. nempe, quia non patitur utilitas provocandæ inter homines benignitatis, probari inverecundiam ejus qui beneficium accipit, nec vult, cum potest, reddere vicem gratiarum. Optime Seneca, *Epist.* 81. *In hoc quoque falluntur ingrati, quod creditori quidem, præter sortem, extra ordinem numerant: beneficiorum autem usum esse gratuitum putant. Et illa crescunt mora: tantoque plus solvendum est, quanto tardius. ingratus est, qui beneficium reddit sine usura: itaque hujus quoque rei habebitur ratio, cum conferentur accepta & expensa.* Et Cicero *lib.* 1. *De officiis c.* 15. *Quod si ea, quæ acceperis utenda, majore mensura, si modo possis, jubet reddere Hesiodus: quidnam beneficio provocati facere debemus? an non imitari agros fertileis; qui multo plus offerunt, quam acceperunt? etenim si in eos quos speramus nobis profuturos, non dubitamus officia conferre: quales in eos esse debemus, qui jam profuerunt?* Sed quod honestati convenit, jus civile sequitur: bene enim de unoquoque sperat: & ideo pignori dato, neque convento de usuris & fructibus, constituta intelligitur antichresis, etsi non palam, tamen tacite: ac si sit certus fructuum proventus, retinebit creditor fructus vice usurarum, non in infinitum, sed, ut in superiore casu, usque ad legitimum usurarum finem. Et hic est sensus *l.* 8. *D. In quibus causis pignus tacite contrahitur:* cujus hæc sunt verba, *Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratæ ad modum legitimum usuras retinere.* V. Cl. Franciscus Hotmanus *lib.* 1. *Observ. c.* 4. conjicit, *Cum debitor non gratuita pecunia utatur.* Sed servanda vetus lectio, *Cum debitor gratuita pecunia utatur.* species est; Debitori mutuam dedi pecuniam: neque ab eo stipulatus, aut pactus, sum usuras. debitor igitur gratuita utitur pecunia: is dat mihi agrum pignori. videtur ea re agi tacite, ut fructus non percipiam tantum, sed retineam quoque, usu-

rarum vice: non in infinitum quidem ſed ad legitimum finem. Sic; ſi de uſuris nihil dictum ſit: id eſt, ſi gratuita ſit pecunia. quid ni? *gratuita* dicitur, *pecunia*, non modo quum eſt pactum, ne ſit uſuraria; ſed etiam, quum non eſt pactum, ut uſuraria ſit. quomodo *gratuitum* appellatur *mandatum*; cum nullam ex pacto mercedem habet *l.* 1. §. 4. *D. Mandati vel contra.* nec tamen aſpernatur remunerandi cauſa honorem, ſive ſalarium *l.* 6. *D. eod. tit.* Cæterum, ſi uſuraria ſit pecunia, non videtur antichreſis contrahi; ne tacite quidem: & ideo debet creditor, tradito agro, fructus percipere; & perceptos primum uſuris, deinde ſorti, imputare *l.* 2. *C. de partu pignoris.* At enim *l.* 4. & *l.* 22. *C. de uſuris* negant creditori jus pro uſuris retinendi pignoris; præterquam, ſi de eo pactum ſit. Sed jam recte obſervatum eſt, non eſſe in his ſermonem de fructibus pignoris qui jure tacitæ antichreſeos retineantur intra legitimum uſurarum modum; ſed de pignore cujus retentione creditor velit ſervare uſuras, pacto vel ſtipulatione debitas. quod illi non licet; niſi pignus conventione pacti etiam uſuris obſtrictum ſit: cum interim fructuum retentio poſſit tacita fieri antichreſi, dum intra legitimum coërceatur modum.

CAPUT X.

De uſuris Senatorum, fiſci, ac civitatum.

Huc usque oſtendi, quale omnium hominum jus circa uſuras fuerit: nec eſſet opus, de uſuris Senatorum, fiſci, ac civitatum, ſpecialiter ſubjicere: niſi in his ſingulare eſſet jus, non indignum obſervatu. Sed primum de Senatoribus dicendum: quem ordinem quia volebant Veteres vitio vacare, cæteris ſpecimen eſſe; (quod ex Cicerone *lib.* 3. *De legibus* intelligimus) interdicebant ei uſuram: nempe, ut non avaritia modo, ſed a ſuſpicione quoque & cauſa ejus, quam longiſſime amoveretur. atque id neſcio an Ambroſius inter cætera velit, *De officiis lib.* 2. *cap.* 14. cum ſic inquit, *Docet igitur omnes cenſura fragilitatis*, (legendum forte, *frugalitatis*) *continentiæ auctoritas, & maxime eum qui bonore præſtet ne præeminentem virum theſauri poſſideant ſui, & pecuniis ſerviat, qui præeſt liberis. illud magis docet, ut ſupra theſaurum ſit animo & infra amicum obſequio. Humilitas enim gratiam auget. Hæc plena laudis & digna primario viro, non communem cum Tyriis negotiatoribus, & Galaaditis mercatoribus habere turpis lucri cupiditatem, nec omne bonum locari in pecunia, & tanquam mercenario munere quotidianos numerare quæſtus calculari compendio.* Certe Chryſoſtomus hoc indicat, in *Matthæum c.* 17. *Homil.* 57. *tom.* 1. *pag.* 508. hisce verbis. *Quod ſi exteriores legum conditores interrogare volueris, diſces ab illis, quia extremæ impudentiæ ſignum fœnus ſemper judicatum eſt: quare nec ampliſſimos homines quos Senatores appellant, bujuſmodi emolumentis deturpari ſinunt, ſed lege probibent, ne qui rempublicam gerunt, tali lucro maculentur.* Sed hoc jus mutarunt Impp. Arcadius, Honorius, & Theodoſius *l.* 4. *Cod. Theod. de uſuris:* cum volunt, Senatores ſub medietatem centeſimæ uſuræ ad contractum creditæ pecuniæ admitti: & addunt, ſi quid præter moderatam hanc definitionem fuerit flagitatum, imminuendæ ſorti cedere. moderatam autem vocant definitionem medietatis centeſimæ, ſive ſemiſſium uſurarum; quomodo Plinius *lib.* 14. *Naturalis biſtoriæ c.* 4. ſemiſſes vocat, uſuram civilem ac modicam.

Senatoribus jungam fiſcum. nam & huic ſemiſſes uſuras ſufficere, Severus & Antoninus conſtituerunt *l.* 1. *C. de his quibus ut indignis hereditates auferuntur.* idque jus Paulus refert *l.* 17. §. 6. *D. de uſuris.* & addit, debitores, qui minores ſemiſſibus præſtabant uſuras, ſi fiſci eſſe cœperint, poſtquam ad fiſcum tranſierunt, ſemiſſes cogendos eſſe præſtare. & hoc Ulpianus *l.* 6. *D. de jure fiſci* ait, verum eſſe, ex quo convenit certum debitorem & confitentem. exinde enim petere fiſcales, etſi breviores debeantur. ſic editur eo in loco: ſed Jacobus Cujacius *lib.* 19. *Obſerv. c.* 2. corrigit, *ex quo convenit certum debitorem confitentem.* Una hic eſt exceptio in uſuris rei judicatæ. quam exceptionem invenit Imp. Antoninus *l.* 1. *C. de uſuris rei judicatæ:* volens, *Ut qui poſt legitimum tempus placitis non obtemperaverit, uſuram centeſimam temporis quod poſtea fluxerit, ſolvat.* In verbis legis nihil quidem de fiſco dicitur: ſed Græci *Baſilic. lib.* 9. *tit.* 3. *tom.* 1. *pag.* 518. eam de fiſco accipiunt: & huc ducit Inſcriptio quæ habet, *Imp. Antoninus A. Procuratoribus bereditatum*: ad quos exſtat & Reſcriptum Divorum Fratrum *l.* 32. *D. de jure fiſci* præterea vult Antoninus *d. l.* 1. uſuras rei judicatæ ſtatim fluere ipſo jure poſt legitimum tempus, ſi condemnatus placitis non obtemperaverit. apparet vero, id conſtitui in gratiam fiſci cui generaliter debentur uſuræ tardioris ſolutionis; etiam ceſſante rei interpellatione: cum uſuræ aliis eo tempore nec ex cauſa judicati ante debeantur; quam interpellatio intervenerit: ut demonſtrabo *lib.* 3. *c.* 9. & *c.* 10.

De rebuspublicis civitatum quid dicemus? & ſi Plinio fides *epiſt.* 62. *lib.* 10. potuerunt ejus tempore ex pecunia publica deberi uſuræ aſſes, ſive centeſimæ; earumque meminit Lapis apud Gruterum *pag.* 175. *Inſcr.* 4. quem poſui ſupra capite 1. hujus libri. ſed cum non facile reperirentur qui reipublicæ debere vellent ſub uſuris tam gravibus; quod publicæ pecuniæ non creduntur ſine pignoribus idoneis vel hypothecis; ut Ulpianus ait *l.* 33. §. 1. *D. de uſuris;* viſum Trajano fuit, *epiſtola ſequente* 63. ab ea recedere forma; & Plinio permittere, (pertinet enim ea res etiam ad Præſidis providentiam *d. l.* 33.) ut minueretur uſurarum quantitas: quo facilius pecuniæ publicæ collocarentur. non tamen præſcripſit Plinio certum modum: tantum juſſit ei, hunc conſtituere ex copia eorum qui mutuaturi eſſent. verum poſtea placuit, eas uſuras *ſemiſſes* eſſe. Sane Modeſtinus *l.* 10. *D. de pollicitationibus*, cum Septitia patriæ ſuæ certamen pollicita eſſet ex pendendis a ſe *ſolitis* triginta millium uſuris, ſub conditione, uti ſors apud eam remaneret, nec uſuras certas forma pollicitationis eſſet complexa, uſuras *ſolitas* non alias, quam *ſemiſſales* eſſe, interpretatus eſt. easque exprimit ſequens Monumentum, apud Gruterum *pag.* 215. *Inſcr.* 2. HOC. AMPLIVS. R. P. PETILINORVM. DARI. VOLO. HS. X. N. ITEM. VINEAM. CHALCIDIANAM. CVM. PARTEM. FVNDI. POMPEIANI. EA. VTI. OPTIMA. MAXIMAQUE. SVNT. FINIBUS. SVIS. QVA. MEA. FVERVNT. VOLO. AVTEM. EX. VSVRIS. SEMISSIBVS. HS. X. N. COMPARARI. AVGVSTALIVM. LOCI. N. AD. INSTRVMENTVM. TRICLINIORVM.

RVM. DVVM. QVOD. EIS. ME. VIBO. TRADIDI. CANDELABRA. ET. LVCERNAS. & reliqua. Plane, si statuæ ponendæ legatæ sint reipublicæ: id est, ut supra ostendi, si certa pecunia ad emendas ponendasque statuas sit legata, nec dies a testatore sit præfinitus; voluit D. Pius, a Præside statui tempus: ac nisi posuerint heredes, eos reipublicæ (ut Ulpianus ait *l.* 5. *D. de operibus publicis*) usuras leviores, id est, ut Paulus exponit *l.* 17. §. *ult. D. de usuris.* usque ad tertiam centesimæ pendere: sed dumtaxat intra sex menses: sin minus, semisses usuras. si vero dies datus est, eos pecuniam deponere intra diem: si autem non invenire se statuas dixerint, aut loco controversiam fecerint; semisses protinus pendere. Sic jungendus est uterque locus: ne opus sit conjectura Jacobi Cujacii *lib.* 5. *Observ. c.* 38. existimantis, Paulum *d.* §. *ult.* a Triboniano esse inflexum ad jus novum quod sit Justiniani *l.* 26. §. 1. *C. de usuris.*

Est & hoc animadversione dignum, quod Paulus, annuo reipublicæ legato si agatur de æstimatione Falcidiæ, scribit, tantum legatum intelligi, quantum sorti sufficiat ad colligendas usuras, non semisses, sed trientes, ejus summæ quæ legata sit. Pauli verba adscripsi. ea verba sunt *l.* 3. §. 2. *D. Ad legem Falcidiam. Item, si reipublicæ in annos singulos legatum sit, cum de lege Falcidia quæratur, Marcellus putat, tantum videri legatum, quantum sufficiat sorti ad usuras trientes ejus summæ quæ legata est, colligendas.* Sensus est, cum de lege Falcidia quæritur, legato reipublicæ annuo, perinde fieri computationem; ac si legata esset summa ex cujus usuris quæ facile haberi possint, quales sunt usuræ trientes, quæ sunt valde leves, quotannis redigi possit legata summa. pone: legata sunt annua quaterna: perinde erit, ac si legata sint centum; quia usura triens de centum annua producit quaterna. sicut ergo, si centum supra dodrantem legata sint reipublicæ, de legato pro quarta Falcidia viginti quinque detrahuntur: sic, si annua quaterna reipublicæ legata sint, (quod legatum perpetuum est; non facile moriente republica *l.* 24. & *l.* 6. & 20. §. 1. *D. de annuis legatis*) singulis annis de quaternis annuis detrahetur quarta: ut jam annuatim non quaterna, sed terna, debeantur. idque ideo sedit; quia eo temperamento tam heredi, quam reipublicæ, videtur caveri: illi quidem ob leviores usuras: huic vero, quo major ejus sors esset; atque ut certa & perpetua ex ea pensio foret. ita eo devenitur, ut testator, etsi potuisset reipublicæ ex eadem sorte, si voluisset, semisses usuras legare, non tamen semisses elegisse videatur.

Caput XI.

Usuras usurarum, sive anatocismum, sed anniversarium, edicto tralatitio a Veteribus, etiam a Cicerone, observatum fuisse: sed deinde Senatusconsulto, & Constitutionibus, prohibitum & cur? quænam visæ sint usuræ usurarum, callida Veterum interpretatio, ab Ambrosio, & Justiniano, castigata. non esse anatocismum, sive usuras usurarum, si mutetur creditoris persona: & quando id fallat. quid, si quis stipulatus sit minores usuras. & his sua die non solutis, legitimas? anatocismum judicato fieri potuisse ante Imp. Justinianum: & quomodo? etiam eum anatocismum ab eo Imperatore sublatum esse.

Dixi quantum satis de vetere usurarum modo. Nisi subjicienda sunt pauca de usuris usurarum: quarum tractatus ad hanc partem pertinet. eas usuras Cicero *lib* 5. *Ad Atticum epist. ult.* anatocismum appellat: eumque se, cum Ciliciæ præesset, Edicto, non novo, sed tralatitio, permisisse refert: at demum centesimarum, & anniversarium: qui erat, si debitor intra annum integrum cessasset in solutione menstruarum usurarum. verba Ciceronis apposui. *Interim cum ego in edicto tralatitio centesimas me observaturum haberem cum anatocismi anniversario, ille ex syngrapha postulabat quaternas.* Licitæ igitur Veteribus fuere usuræ usurarum ex Edicto tralatitio.

Sed eas sustulit Senatus. auctor Cicero *d. epist. ult.* sic scribens. *Habes meam causam: quæ si Bruto non probatur, nescio, cur illum amemus: sed avunculo ejus certe probabitur, præsertim cum S. C. modo factum sit, puto, postquam tu es profectus, in creditorum causa, ut centesimæ perpetuo fœnore ducerentur.* Id enim valet, sine renovatione singulorum annorum: sive, ne deinceps usuræ usurarum solverentur: quod ante jus erat. idem Cicero *lib. 6. Ad Atticum epist.* 2. *Salaminios autem (hos enim poteram coërcere) adduxi, ut totum nomen Scaptio vellent solvere; sed centesimis ductis a proxima quidem syngrapha, nec perpetuis, sed renovatis quotannis.* Vetuit igitur Senatus usuras usurarum: puto, non quasi mera ratione illicitas; sed quasi civili jure non necessarias. potest enim his carere hominum societas: sed non magis his resistit, quam sortis usuris. nec omnino male fœneratores, apud Ambrosium *De Tobia c. 6. Instant vehementius, causanti incumbunt, dicentes; Tu possides tua prædia, nos nostram pecuniam non habemus. aurum dedimus, lignum tenemus. Tibi fructuum emolumenta procedunt, nobis nihil accrescunt pecuniæ. otiosa causatio est, saltem renovetur chirographum.* Igitur ratio quæ usuras sortis probat, æque usuras usurarum tuetur. hoc tamen interest; quod non facile potest debitor utendam accipere sortem, nisi promissis pro ejus usu usuris; at necesse non est creditori, non solutis usuris, earum usuras stipulari. potest enim sibi aliter consulere: quia si metuat, ne damnum patiatur ex mora solventis usuras, potest eas ultro exigere, atque ita impetrare, ne damno afficiatur. etsi igitur in civili societate necessariæ sint usuræ sortis: tamen necessariæ non sunt usuræ usurarum; si creditor diligentiam exactioni adhibeat. cæterum si negligentior sit, habet quod sibi, sed non quod debitori, imputet. quid, si humanitati dedit, ne usuras peteret? neque hic accuset debitorem qui ejus beneficio utitur. interest præterea societatis, ne debitor, aut negligens, aut simplex, aut certe non longe providens, usurarum cumulatione ab avaro creditore, specie humanitatis, mergatur. est igitur civilis, non juris gentium, ratio ob quam Senatus usuras usurarum improbavit.

Sed non tantum Senatus eas vetuit; verum & Principes, ut Modestinus refert *l.* 27. *D. de re judicata:* usque adeo, ut etiam Diocletianus & Maximianus *l.* 20. *C. Ex quibus causis infamia irrogatur* rescripserint, *Improbum fœnus exercentibus & usuras usurarum exigentibus infamiæ maculam irrogandam esse.* Satis clare: nisi quæsitum es-

esset, quænam usurarum usuræ forent. cum enim cautum esset, ne illæ ducerentur: (nempe, ne eadem res & causa esset, & accessio, cum facili debitoris pernicie *l.* 2. §. 5. *D. de administratione rerum ad civitatem pertinentium*) homines avari, sed juris callidi, sub specie servandæ legis, ejus vim elusere: prorsus, ut non rebus, sed verbis, posita videretur. interpretati enim sunt, usurarum usuras exerceri; ubi creditor stipulatur, pecuniam quam credidit, sibi reddi certa die, & quo tardius solvatur, ejus usuras dari: his quoque sua die non solutis, etiam earum usuras præstari: atque eas civili prohiberi jure: quia tum ex usuris re vera usuræ solvuntur: id est, accessionis accessio est. & is est casus *l.* 26. §. 1. *D. de condictione indebiti, & l.* 27. *D. de re judicata.* at longe aliud esse; si usuræ, ante debitæ, interveniente stipulatione adunentur; atque ex summa integra, si non solvatur, aliæ rursus usuræ promittantur. usuras enim consummatas, inque sortem redactas, non usuras manere, sed sortem effici. ex qua usuras deberi, neque legem impedire; quia de usuris loquitur: neque rationem; cum non intersit debitoris, utrum accepta a creditore mutua pecunia ei usuras solvat; an quas debet, ejus consensu retineat. quo in casu, etsi palam data non sit mutua pecunia, tamen intelligi datam brevi manu. rationis quoque esse, ne creditori steriles sint usuræ, cum interim debitor fruitur pecunia credita, aut rebus ex ea emptis: ut ex Ambrosio, *De Tobia c.* 6. ante dictum. Sed hæc res, quamvis & rationis & juris speciem habeat, tamen non dicam Ambrosio, *d. loc. c.* 9. & 7. & *c.* 12. & 13. (nam is omnes usuras damnat) sed Justiniano displicet *l.* 28. *C. de usuris*: quia ei visa est, quamquam non legis verbis, tamen sententiæ adversari. quæso, quid agit lex, cum usuras usurarum vetat, quam ne debitor, aut negligens, aut tantum quod ante pedes modo est videns, non etiam illa quæ futura sunt prospiciens, (quod Terentius *Adelphis* 3. 3. sapientis esse opinatur) ab inhumano creditore usurarum cumulatione opprimatur; & quid interest, si ad exitum spectes, utrum creditor ex usuris usuras in stipulationem deducat, an ex usuris, in sortem redactis, usuras stipuletur? æque enim in hac atque in illa specie ex usuris usuras ducit, debitore moræ periculum parum sentiente: etsi in altera palam facit, in altera rem verbis tegit: atque eo periculosius debitori; quia ita fit, ut is usuras deinde per partes solvere, eaque re usuras usurarum prævenire, non possit. quod altero, & hoc publice improbato, anatocismi genere facere poterat.

Igitur ante Justinianum licita non fuit usura usuræ, præterquam in sortem redactæ. Tutor tamen usurarum quas a pupilli debitoribus exegit, usibusque suis retinuit, usuras debet judicio bonæ fidei. Sic est: sed quid refert, utrum pupilli sortem, an ejus usuras, in usus suos convertat *l.* 7. §. 12. *D. de administratione tutorum?* usuræ enim, postquam exactæ sunt a debitoribus, apud tutorem qui eas exegit, non accessionis, sed sortis, vice funguntur *l.* 58. §. 1. & §. 4. *D. eod. tit.* Idem est, si tutor, aut procurator, aut negotiorum gestor, pupilli aut domini creditoribus usuras solverit: quia pecunia quam pro pupillo aut domino expendit, apud eum sortis vice fungitur: atque eam solvit, non sui, sed pupilli, aut domini, contemplatione. recte igitur petet ejus usuras, non quasi usuræ, sed quasi sortis: & quidem, si de domo eam numeravit, eas quæ in regione frequentantur: sin fœnori acceperit, quas pendit, eas recipiet ex usu judicii bonæ fidei *l.* 37. *D. de usuris. l.* 12. §. 9. *D. Mandati vel contra. l.* 3. §. 1. *D. de contraria tutelæ & utili actione.* Non idem dicendum in persona secundi creditoris cui obligata res est; si ejus pecunia dimissus sit primus creditor. nam etsi ea res ei teneatur, etiam invito debitore, tam in suum debitum, quam in primi creditoris, & in usuras suas, & quas primo creditori solvit: tamen, ut Papinianus, & ex eo Marcianus, scribit, æquum non fuerit, eum usurarum quas primo solvit, usuras consequi *l.* 12. §. 6. *D. Qui potiores in pignore.* addit rationem Marcianus: ea ratio est, quod secundus creditor in solvenda sorte & usuris, primo creditori debitis, non gessit alterius, id est, debitoris, negotium; sed gessit suum: quamquam eum a primo pecuniæ suæ numeratione liberavit. nam id non ejus contemplatione fecit, sed pignoris sui confirmandi gratia. se igitur, non debitorem, spectavit: & quod sui causa fecit, alteri, id est, debitori, imputare non debet. pulchre hoc Phædrus *lib.* 1. *fab.* 22. indicat his verbis.

Mustela ab homine prensa, quum instantem necem
Effugere vellet; quæso, inquit, parcas mihi
Quæ tibi molestis muribus purgo domum.
Respondit ille: faceres si causa mea,
Gratum esset, & dedissem veniam supplici:
Nunc quia laboras; ut fruaris reliquiis
Quas sunt rosuri, simul & ipsos devores,
Noli imputare vanum beneficium mihi.
Atque ita locutus improbam letho dedit.
Hoc in se dictum debent illi agnoscere
Quorum privata servit utilitas sibi,
Et meritum inane jactant imprudentibus.

Sic Phædrus. Seneca quoque *lib.* 6. *De benefic. c.* 7. verba Senecæ. *Beneficium nullum est, nisi quod ad nos primum aliqua cogitatio defert, deinde amica & benigna.*

Non igitur licita fuit usura usuræ. Quid, si creditor sit minores usuras, verbi gratia, trientes, stipulatus, & his sua die non solutis, legitimas, sive centesimas? dubitatum fuit. sed Papinianus *l.* 9. §. 1. *D. de usuris* infit, *Non pœna, sed fœnus uberius justa ratione sortis promittitur.* id vero est, non usura usurarum, (pœnam enim pro usura dicit; ut sæpe) sed major usura, legitima tamen, non de usuris, sed justa ratione sortis, id est, de sorte, seu capite promittitur sub conditione, si mora debitoris fiat, ut minor usura sua die non solvatur.

Tantum de anatocismo, stipulatione facto. Venio ad eum qui re judicata exercetur. nam & is placet civili jure *l. unic. Cod. Theod. de usuris rei judicatæ*: quia lite contestata & secuta condemnatione fit, ut prior obligatio, quasi interveniente novatione, in judicati obligationem transferatur *l.* 3. §. 11. *D. de peculio. l.* 16. §. 6. *D. de pignoribus.* atque id non in sorte tantum, sed in usuris quoque, procedit. nam & hæ condemnatione, quasi novatione, consummantur: maxime, si & sors, & usura, sit petita. nam si sors petita sit, usura non sit: verius est, cum alia sortis, alia usurarum, obligatio sit *l.* 8. *D. de eo quod certo loco*, sortis quidem stipulationem novari; sed usurarum non novari *l.* 1. *C. de judiciis.* Fit igitur anatocismus jure civili non tantum stipulatione, sed etiam re judicata: modo, si usuræ quoque in condemnationem deducantur. tum enim finiuntur eæ ex priore actione: & post legitimum solvendi judica-

cati tempus quod ab usurarum præstatione excusatur, incipiunt currere usuræ rei judicatæ; sed integræ: id est, & sortis & veterum usurarum quæ in sortem condemnatione redactæ sunt. Sed Justinianus hoc quoque in casu usuras usurarum sustulit *l.* 3. *C. de usuris rei judicatæ.*

Caput XII.

De usuris perceptorum fructuum vel ex singulari re, vel ex hereditate, ante vel post litem contestatam.

Superiori tractatui de usuris usurarum affinis est sequens, de usuris perceptorum fructuum vel ex singulari re, vel ex hereditate. primum videbo de rei singularis vindicatione. de qua ita Papinianus *l.* 15. *D. de usuris. Neque eorum fructuum qui post litem contestatam officio judicis restituendi sunt, usuras præstari oportere: neque eorum qui prius percepti quasi malæ fidei possessori condicuntur.* Totus Papiniani sermo est de fructibus; quos ex singulari re percepit non bonæ, sed malæ, fidei possessor. is sermo liquet in posteriore capitis parte: nec minus in priore; quia certum est, omnem bonæ fidei possessorem post litem contestatam fieri malæ fidei. ita sensus est, quod malæ fidei possessor, sive ante, sive post, litem contestatam fructus perceperit, non præstat usuras fructuum. primum negat Papinianus, malæ fidei possessorem fructuum quos post litem contestatam percepit, usuras præstare. & addit rationem: ea ratio est, quod fructus, ab eo percepti post litem contestatam, officio Judicis restituendi sunt. vere: non enim potuerunt litis contestatæ tempore vindicari fructus; qui eo tempore adhuc nulli erant: & qui igitur potuerunt in rei vindicationem venire? poterant tamen a Judice, si deinde a possessore perciperentur, juberi, quasi rei petitæ accessiones, restitui. quod si est: apparet, eorum usuras a possessore præstari minime; quia non placet, accessionis accessionem esse. idque verum est, etsi venditis his fructibus, eorum pretia sint in sortem redacta. quod si fructus, ante litem contestatam percepti, condicantur, id est, condictione ex lege, vel sine causa, vel ex injusta causa, petantur; similiter negat Papinianus, eorum usuras admitti. nec improbo: quia condictiones sunt actiones stricti juris; in quas usuræ, nisi in stipulationem deductæ, non veniunt. solent autem fructus, ante litem contestatam percepti, condici; cum consumpti sunt. nam si exstent, vindicari possunt *l.* 3. *C. de condictione ex lege. l.* 16. *C. de prædiis minorum. l.* 22. §. 2. *D. de pigneratitia actione.* atque eo quoque in casu usuras ex his deberi, ratio non patitur: quia certum est, usuras ex corporibus non deberi: ut supra monui. Sic in singularis rei vindicatione censet Papinianus.

De hereditatis vero petitione ita infit *l.* 51. §. 1. *D. de hereditatis petitione. Fructuum post hereditatem petitam perceptorum usuræ non præstantur. diversa ratio est eorum, qui ante actionem hereditatis illatam percepti hereditatem auxerunt.* Papinianus negat, fructuum, post litem contestatam perceptorum, præstari usuras: scilicet, quia hi fructus non principaliter venere in petitionem hereditatis. non enim tempore litis contestatæ adhuc in rebus humanis, atque adeo hereditariis, fuere: quas demum in hereditatis petitionem venire, certum est. ita est: hi fructus non debentur principaliter jure actionis; sed officio Judicis quasi accessiones debentur. numquam igitur eorum usuræ præstantur; sive adhuc exstent, ac pro corporibus habeantur; sive jam venditi, inque sortem redacti, sint: quia, ut dixi, non placet, accessionis accessionem esse. sic in fructibus, post petitam hereditatem perceptis. Quid, si ante sint percepti, atque etiam venditi? (sic enim *in d. l.* 51. §. 1. formanda species, ut in *l.* 18. *D. de his quæ ut indignis auferuntur*) ait Papinianus, diversam eorum rationem esse. quam ob rem? quia fructus, ante percepti, hereditatem auxerunt. recte: nam in petitionem hereditatis universæ veniunt res hereditariæ *l.* 18. §. 2. *& l.* 19. *D. de petitione hereditatis.* fructus autem, ante litem contestatam percepti, erant jam tum res hereditariæ. veniunt igitur in petitionem hereditatis. idque etiam consequens est formulæ petitionis hereditatis: quæ formula est, ajo, eam hereditatem meam esse; ac non modo hereditatem, sed etiam fructus qui auxerunt eam, antequam peteretur, continet, quasi hereditatis partem *l.* 20. §. 3. *D. eod. tit.* quod si est; quid vetat, eorum usuras officio Judicis præstari? utique, cum apparet, eos in hereditatis petitionem venire, non ut accessiones, sed ut res seu partes hereditatis *d. l.* 51. §. *ult. l.* 40. §. 1. *D. eod. tit.*

Idem est circa heredem a quo fiscus hereditatem petit ideo, quod tacitum fideicommissum suscepit in fraudem legis. non enim is heres bonæ fidei possessor habetur, magis prædo intelligitur *l.* 46. *D. de hereditatis petitione.* & ita Papinianus *l.* 18. *D. de his quæ ut indignis auferuntur* aliquando se respondisse, scribit verbis sequentibus. *Eum qui tacitum fideicommissum in fraudem legis suscepit, eos quoque fructus quos ante litem motam percepit, restituere cogendum respondi: quod bonæ fidei possessor fuisse non videtur, exemplo bonorum fisco vindicatorum. Post motam de tacito fideicommisso controversiam, ante pretia fructuum percepta cum usuris esse restituenda respondi, sed omnium fructuum, quorum pretia percepta fuerant. quod si fructus in usu habuit, eorum pretia tantum restitui satis erit.* Papinianus complura definit. primum est, quod qui tacitum fideicommissum suscepit in fraudem legis, is si a fisco conveniatur, tenetur non tantum bona quæ fiscus vindicavit, restituere; sed ipsorum exemplo etiam fructus quos ante litem contestatam percepit. addit rationem Papinianus: quia, cum fidem in fraudem legis adhibuit, non tam bonæ, quam malæ, fidei possessor videtur. alterum est, quod is qui tacitum fideicommissum suscepit, post motam controversiam, id est, post litem contestatam, tenetur restituere pretia fructuum ante litem contestatam percepta: nec ipsa tantum, sed etiam eorum usuras. tertium est, quod, si non vendidit fructus, sed in usu habuit, eorum non pretia cum usuris, sed pretia sine usuris, restituit. Sic Papinianus: quia tum conveniebat juris rigori quem nulla adhuc laxaverat Constitutio. sed aliter ei visum post Constitutionem D. Severi deinde sequutam: de qua sic porro scribit, *Sed D. Severus bonorum tacite relictorum, citra distinctionem temporis, fructus duntaxat deberi, non etiam usuras*

eo-

eorum, benigne decrevit. quo jure utimur. Papinianus significat, eum heredem, a fisco conventum, solos jam teneri fructus restituere, non etiam fructuum usuras: nec interesse inter tempus quod præcessit litem contestatam, & quod sequutum est. qui potest? quia D. Severus adversus rationem juris quæ ante obtinuit, sic benigne decrevit: & hoc jure utimur. Atqui Paulus *l.* 17. §. 2. *D. de usuris* sic infit, *In tacito fideicommisso omne emolumentum heredi auferendum, & fisco præstandum, Divus Pius rescripsit: ergo & usurarum emolumentum aufertur heredi.* Quid postea? non enim dicit, heredem qui tacitam fidem adhibuit, fructuum quos ipse vendiderit, usuras præstare: sed usurarum emolumentum, si quas a debitoribus hereditariis perceperit. debet igitur usuras quas ipse a debitoribus collegit, restituere: pretii autem fructuum quos vendidit, usuras præstare non debet.

Hæc in malæ fidei possessore. quid in eo qui est bonæ fidei? idem dicendum: saltem post litem contestatam. nam exinde malæ fidei possessor habetur: ut supra dixi. cæterum ante litem contestatam non peræque idem dicendum est. tum enim non tenetur fructus aut eorum pretia restituere: nec igitur eorum usuras præstare; ne quidem ex tempore contestatæ litis: nisi forte ex his locupletior factus sit. quo casu cum fructus, quasi augmenta hereditatis, veniant in restitutionem, consequens est, ut eorum fructus, id est, usuras, quoque præstare debeat *l.* 40. §. 1. *D. de hereditatis petitione. l.* 1. *C. eod. tit.*

CAPUT XIII.

De vario atque incredibili usurarum abusu, cum manifesto, tum tecto, qui olim fuit: & adducta notabilia utriusque exempla: itemque remedia adversus abusum. Nomina certa *apud Horatium*, incerta *in Senatusconsulto Macedoniano apud Ulpianum. l.* 1. *D. de Senatusconsulto Macedoniano.* certus homo *apud Ciceronem. Sensus l.* 8. *C. Si certum petatur, l.* 16. *C. de usuris, & quorumdam aliorum Juris Civilis capitum.*

Postquam exposui usurarum modum; tempus erit, de earum abusu quædam addere. non enim ubi debuit, substitit avaritia; sed sæpe finem modumque egressa est: fœneratoribus non unam centesimam, (quam etsi gravem ac sanguinolentam, tamen jus permittebat) sed binas, aut ternas, aut quaternas, etiam quinas, stipulantibus. Res fidem excedit. sed verissima est: & in mundo sunt qui probent testes. binarum enim centesimarum meminit Cicero *Verrin.* 3. *c.* 71. triplicis usuræ, id est, ternæ centesimæ, Juvenalis *Sat.* 9. *vers.* 7. quaternarum Cicero *lib.* 5. *Ad Attic. Epist. ult. & lib.* 6. *epist.* 1. & 2. & quinarum mercedum, id est, quinarum centesimarum, Horatius *lib.* 1. *Sermon. sat.* 2. *vers.* 14. atque ad hunc abusum nescio an præterea referam hæc Volusii Mæciani verba, *Distributione assis*, (etsi possint quoque referri ad fœnus nauticum; quod plures centesimas admisisse, supra monui capite VII.) *Centesima quæ commodi aut usurarum nomine ad sortem applicaretur, sicilico, id est, C averso, eo notari; quod cum C centum significaret, convertebatur ad eam summam, cujus centesima futura erat: & sive una convenerat, unus sicilicus; sive plures, tot sicilici ponebantur.*

Sed liquet pessimi res exempli. sic enim vere dixerim. nam si qui ad eum modum exercerent fœnus, hi non duri aut acerbi fœneratores, sed impudentes atque improbi, habebantur. nempe, quia causa tam immanis usuræ non poterat alia, quam turpis, esse. fœneratores enim quamquam duri, tamen boni, quia pecunias suas (quod libro ostendi primo c. XI.) non aliis fœnerabant, quam quibus tuto credi possent, (quos Horatius *nomina certa* sequentibus appellat verbis *lib.* 2. *epist.* 1. *vers.* 103.

Romæ dulce diu fuit, & solenne reclusa
Mane domo vigilare: clienti promere jura:
Cautos nominibus certis *expendere nummos*)

usura centesima, sive legitima, contenti erant. contra improbi aut fatui; quo plures centesimas stipulari possent, pecunias suas fere credebant nominibus malis, sive incertis, id est, quibus non viderentur tuto credi. finge, homines qui lege prohiberentur, aut per paupertatem, nequitiamve, non possent fœnori accipere. Tales fuisse videntur Scaptius & Martinius: qui, cum Salaminii Romæ, propter legem Gabiniam, non invenirent fidem, iis promiserunt pecuniam dare quaternis centesimis; modo si per Senatum solverentur lege. de eo sane Scaptio sic opinatur Cicero *d. lib.* 5. *epist. ult. Ad Atticum. Mihi autem impudens magis, quam stultus videbatur. nam aut bono nomine centesimis contentus erat; aut non bono quaternas centesimas sperabat.* De eodem genere fuit Fufidius: qui ut quinas mercedes, sive quintuplicem centesimam, sorti exsecaret; sectabatur homines perditos, aut filiosfamilias, & adolescentes, luxuriosos ac prodigos: id est, mala & incerta nomina. Horatium audi *lib.* 1. *Sermon. sat.* 2. *vers* 12.

Fufidius vappæ famam timet ac nebulonis
Dives agris, dives positis in fœnore nummis.
Quinas hic capiti mercedes exsecat, atque
Quanto perditior quisque est, tanto acrius urget.
Nomina sectatur, modo sumpta veste virili,
Sub patribus duris tironum. Maxime, quis non,
Jupiter, exclamat, simul atque audivit?

Superioribus addi potest Macedo, is qui Senatusconsulto Macedoniano & causam & nomen præbuit. idque opinor ipsis significari Senatusconsulti verbis quæ apposui ex *l.* 1. *D. de Senatusconsulto Macedoniano*, ut aliquod ex his invenirent lumen: sunt autem ista. *Cum inter cæteras sceleris causas Macedo quas illi natura administrabat, etiam æs alienum adbibuisset, & sæpe materiam peccandi malis moribus præstaret, qui pecuniam (ne quid amplius diceretur) incertis nominibus crederet: placere, ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset, actio petitioque daretur: ut scirent qui pessimo exemplo fœnerarent, nullius posse* filiifamilias bonum nomen *exspectata patris morte fieri.* Senatus vocat *incerta nomina* quæ sunt *mala*; & e diverso *bonum nomen* quod Horatio *d. lib.* 2. *epist.* 1. *vers.* 105. est *certum*, sive fidei minime levis aut dubiæ. quo sensu & Cicero videtur accipere *lib.* 5. *Ad Atticum epist. ult.* verbis sequentibus, *Q. Volusium, tui Tiberii generum,* certum hominem, *sed mirifice etiam abstinentem, misi in Cyprum.* Significat vero Senatus, quod Macedo sectabatur nomina non certa & bona, atque adeo centesimam, sive legitimam,

mam, usuram: ut tum solebant rigidi, & tamen boni, fœneratores: sed nomina incerta, sive mala, quo plures centesimas stipulari posset. quæ res erat fœneratoris flagitiosi atque impudentis, aut certe fatui. Juvenalis indicat *Sat.* 9. *vers.* 6. verba Juvenalis.

Non erat hac facie miserabilior Creperejus
Pollio, qui triplicem usuram *præstare paratus*
Circuit, & fatuos *non invenit.*

Sed avaritia non tantum palam excessit usurarum modum; sed etiam per fraudem, nec unam, sed variam. Placebunt exempla quæ adferam. unum est in *l.* 8. *C. Si certum petatur.* verba ejus sunt, *Si pro mutua pecunia quam a creditore poscebas, argentum, vel jumenta, vel alias species utriusque consensu æstimatas accepisti, dato auro pignori: licet ultra centesimam usuras stipulanti spopondisti: tamen sors, quæ æstimatione placito partium definita est, & usurarum titulo legitima tantum recte petitur. nec quidquam tibi prodesse potest, quod minoris esse pretii pignus, quod dedisti, proponis, quo minus hujusmodi quantitatis solutioni pareas.* Sic rectissime habet Haloandri exemplar; & complures manuscripti codices: etsi in quibusdam est, *legitima [summa] tantum recte petitur;* &, *legitima quantitas:* ut monui *lib.* 1. *c.* 2. Species hæc est. tu a Titio poscebas mutuam pecuniam. ille cum non haberet, ut in *l.* 11. *D. de rebus creditis*, vel dissimularet, se habere; dedit tibi argentum vel jumenta vel alias species, utriusque consensu æstimatas: dein aurum pignori accepit, & usuras ultra centesimam stipulatus est: puto, non simpliciter, sed sub colore reparandi dispendii quod passurus sit ex mutuo: in quo amici gratia sit ei carendum argento fabrefacto, vel jumentis in quæ affectus cadat. sic solebant fœneratores: & queritur Ambrosius, de *Tobia c.* 3. verba Ambrosii. *At ubi usurarum mentio facta fuerit, aut pignoris, tunc abjecto supercilio fœnerator arridet, & quem ante cognitum sibi denegabat, eumdem tanquam paternam amicitiam recordatus osculo excipit, hereditariæ pignus charitatis appellat, flere prohibet. Quæremus, inquit, domi, si quid nobis pecuniæ est, frangam propter te argentum paternum quod fabrefactum est. plurimum damni erit: quæ usuræ compensabunt pretia emblematum? Sed pro amico dispendium non reformidabo: cum reddideris, reficiam. Itaque antequam det; reficere festinat: & qui in summa subvenire se dicit, usuras exigit. Kalendis, inquit, usuras dabis: fœnus interim, si non habueris unde restituas, non requiro.*

Simile exemplum est in *l.* 16. *C. de usuris*, cujus hæc verba sunt. *Cum non frumentum, sed pecuniam fœnori te accepisse alleges, ut certa modiatio tritici præstaretur; ac nisi is modius sua die fuisset oblatus, mensurarum additamentis in fraudem legitimarum usurarum gravatum te esse contendas: potes adversus improbam petitionem competenti uti defensione.* Titius Sulpitio pecuniam credidit; ab eoque non hanc reddi, & si non reddatur, ejus usuras, stipulatus est: sed pro pecunia certam tritici modiationem præstari; ac, nisi is modus (in editis libris est *modius*: sed Russardi & Charondæ marginales Notæ, habent, *modus:* quod magis probo) sua die oblatus esset, mensurarum additamenta. quæritur, an teneatur debitor? Sed non putat Gordianus, eum teneri: sed posse adversus improbam petitionem competenti uti defensione: Atqui qui pecuniam credit, is & pecuniam reddi stipulari potest, & aliud pro pecunia, *l.* 2. *D. de rebus creditis.* etiam, qui usuras ex pecunia stipulatur, non utique ejus materiæ, quam credidit, sed etiam alterius, usuras stipulari potest: ut supra traditum. hoc vero si est: non recte improba dicitur petitio quæ ex hujusmodi stipulatione fit. Et sane sic est: nisi si quid fiat in fraudem legitimarum usurarum quo gravetur promissor. quod Gordianus in hac specie fieri observat. in qua creditor, cum mutuam dedisset pecuniam, debuerat pecuniæ usuras, id est centesimas, stipulari; sive in eadem, sive in alia, materia. nunc autem non centesimas, quas rei origo volebat, sed, quasi ex tritico credito, (qui titulus obligationis non verus, sed quæsitus erat) majores usuras stipulatus est: tritici enim, cæterorumque fructuum, usuræ, Gordiani tempore, non usque ad centesimam consistebant; sed eam egredi poterant: ut alibi probavi. recte igitur improba illa res dicitur: quia censetur facta in fraudem legitimarum usurarum quæ ex pecunia debebantur.

Fuit & alius color dissimulandi abusus usurarum sub appellatione pœnæ. pone, creditor non usuram majorem stipulatur: sed pœnam. an debetur promissa supra modum? non enim is pœnæ positus est, sed usuræ. multum autem interest inter usuram & pœnam. nam usura tantum quantitatibus, pœna etiam corporibus & factis, adjicitur. præterea usura pro usu debetur, pœna non ab usu pendet, sed ab eventu conditionis. denique hanc causam habet, ut coërceatur is qui non præstat quod promisit. valet igitur pœnæ stipulatio etiam supra modum legis: etsi usuræ stipulatio supra eam non valeat. Si tamen creditor in singulos menses pœnam stipulatus sit; quid interest, utrum pœnam, an usuram, dicat: cum enim usura quoque in singulos menses promittatur, si non hanc, sed pœnam, dicat; non rem, sed nomen, mutat. taceo, quod usura quæ ex mora promittitur, hanc conditionem habet, si pecunia sua die non solvatur: & ideo pœna appellatur. optime igitur Modestinus *l.* 44. *D. de usuris*, *Pœnam pro usuris stipulari nemo supra modum usurarum licitum potest.* Sed quid, si non in singulos menses pœnam stipulatus sit, sed semel pro toto tempore? scilicet, ut, si ad diem non solvatur debitum, ejus duplum, vel triplum, vel quadruplum, persolvatur. qui est casus *l.* 15. *C. de usuris*, & *l.* 13. §. 26. *D. de actionibus empti & venditi.* Possit aliquanto major, quam in superiore specie, dubitatio esse: quia usura per temporum intervalla sæpius incrementa accipit: pœna autem semel committitur; non sæpius. distinguitur igitur pœna ab usuris: & quamquam usura non possit centesimam egredi; tamen nil vetat, pœnam in duplum, triplum aut quadruplum, promitti *l.* 56. *D. de evictionibus.* *l.* 38. §. 17. *D. de verborum obligationibus.* Sed nec hæc disputatio alio pertinet, quam ut ea pœna non quidem adversus legis verba videatur adjecta: sed in fraudem legis. quæ cum usuras prohibet ultra modum, hoc agit, ne creditor præter sortem quidquam emolumenti sub qualicumque prætextu auferat, nisi quod intra finem legis subsistat. & sane, si quis majores usuras stipuletur, quam lex permittit, is & adversus legis sententiam facit, & adversus verba: quia facit non modo adversus id quod lex sensit; sed etiam adversus hoc quod dixit. sed si non usuras, sed pro his duplum, aut triplum, aut quadruplum, stipuletur; adversus verba quidem nihil facit, sed mentem ejus circumvenit: quia facit adversus id quod lex voluit; etsi non facit adversus hoc quod dixit. & id Modestinus indigitat *l.* 44. *D. de usuris*, cum ait, neminem posse

posse pœnam pro usuris stipulari supra modum usurarum licitum. nec is tantum; sed Gordianus quoque *d. l.* 15. & Ulpianus *d. l.* 13. §. 26. Atqui potest pœnæ stipulatio adscendere quoque ad duplum, triplum, aut quadruplum *d. l.* 56. *& d. l.* 38. §. 17. Nisi, si quid fiat in fraudem legis quæ usuras prohibuit ultra centesimam. quod tunc fieri videtur; cum principaliter quantitas debetur certa die; &, si ea non solvatur, pecunia promittitur. qui est casus *d. l.* 13. §. 26. *D. de actionibus empti & venditi.* at cum non pecunia principaliter debetur, sed corpus aut factum, &, si id præstitum non sit, pœna promittitur, qualiscumque illa fuerit; contra dicendum est, nihil in fraudem usurarum fieri: quia usura non in corporibus aut factis, sed in quantitatibus, locum habet; pœna vero non in quantitatibus tantum, sed etiam in corporibus & factis, debetur.

Fuere & plura fraudum genera quibus circumveniretur legis sententia; de quibus ita Justinianus *l.* 26. §. 1. *C. de usuris. Interdicta licentia creditoribus ex pecuniis fœnori dandis aliquid detrahere vel retinere siliquarum nomine vel sportularum vel alterius cujuscumque causæ gratia.* sic Justinianus: sed quid velit, sequente capite in expositione horum verborum aliquanto plenius enarrabo.

Cæterum sive palam, sive adhibito colore, supra modum quid diceretur actum; Veteres hoc pro nullo habebant, quatenus legitimum excederet finem: reliquum nihilominus peti permittebant: nempe, ne utile per inutile vitiaretur. Nisi placet quod Vir Summus, Barnabas Brissonius *lib.* 3. *Select. antiq. c.* 1. opinatur, lege Gabinia vetitum fuisse, ne jus diceretur ex ea syngrapha qua majus usura centesima fœnus promissum esset: idque a Cicerone indicari *lib.* 5. *Ad Atticum epist. ult.* Sed hoc non ita est; & jam in antecessum refutavi capite IV. hujus libri. Nostro autem jure quod Pandectis continetur, nihil verius est, quam id quod legis modum excedit, improbari quidem: sed reliquum peti posse. id enim liquet ex *l.* 29. *D. de usuris, & l.* 8. *C. Si certum petatur.* & idem Papinianus vult *l.* 9. *D. de usuris*; cum infit, *Pecuniæ fœnebris, intra diem certum debito non soluto, dupli stipulatum in altero tanto supra modum legitimæ usuræ respondi non tenere. quare pro modo cujuscumque temporis, superfluo detracto, stipulatio vires habebit.* Proponuntur, verbi gratia, centum aurei mutui dati, & interposita stipulatio, ut ea pecunia intra diem, verbi gratia, intra annum non soluta, debitor pœnæ nomine præstaret duplum, id est, ducentos aureos. ea stipulatio, vel, ut Papinianus loquitur, is stipulatus, ut in *l.* 1. §. *pen. D. de pignoribus, & l.* 4. §. 1. *D. de nautico fœnore*, in altero tanto, id est, in duplo, ut in *l.* 9. §. 5. *D. de publicanis*, utilis quidem est, quatenus subsistit intra legitimam usuram: sed, quatenus eam excedit, non tenet. nam, si debitor moram fecerit in solutione, non statim alterum tantum debetur: sed post primum annum saltem usura legitima, id est, duodecim aurei; post alterum autem altera centesima, quæ cum priore juncta facit quatuor & viginti aureos: & sic porro. is enim est finis legitimæ, sive centesimæ usuræ. & hoc Papinianus vult: cum ait, pro modo cujuscumque temporis, superfluo detracto, stipulatio vires habebit. illud quoque placet quod Paulus *l.* 20. *D. de usuris* scribit, *Usuras illicitas sorti mixtas ipsas tantum non deberi, cæterum sortem non vitiare.*

Atque hæc obtinuerunt, nondum solutis usuris. Sed quid, si solutæ sint? videtur dubitatum fuisse, an potuerint repeti usuræ. nam Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 14. §. 2. sic infit, *Usuræ supra centesimam solutæ sortem minuunt, & consumpta sorte repeti possunt.* Paulus vult, usuras supra centesimam solutas, nondum soluta & ideo extante adhuc sorte, ei imputari: sed solutas, post sortem solutione consumptam, quasi indebitas repeti. At contra Ulpianus *l.* 26. *D. de condictione indebiti.* verba Ulpiani. *Si non sortem quis, sed usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debitæ solvit: sed si supra legitimum modum solvit, D. Severus rescripsit (quo jure utimur) repeti quidem non posse, sed sorti imputandum; & si postea sortem solvit, sortem quasi indebitam repeti posse. Proinde & si ante sors fuerit soluta, usurae supra legitimum modum solutae, quasi sors indebita, repetuntur. Quid, si simul solverit? poterit dici, & tunc repetitionem locum habere.* Sic Florentiæ editur: etiam Græci legerunt recte: quamquam in aliis libris est, *sorti debitas*: eamque scripturam probavit Johannes Robertus *lib.* 2. *Sentent. jur. c.* 16. Negat autem Ulpianus, usuras supra centesimam solutas repeti, etsi indebitas; modo si sint sortis debitæ: & addit, D. Severum rescripsisse, eoque jure nos uti, si quis supra legitimum modum solvit; non quidem repeti posse, sed sorti imputandum: &, si postea sortem solvit, sortem, quasi indebitam, repeti posse. proinde & si ante fuerit sors soluta, usuras supra legitimum modum solutas repeti, quasi sortem indebitam. quid, si simul solverit? ait, posse dici, & tunc locum habere repetitionem *l.* 26. *D. de condictione indebiti.* Voluit igitur Ulpianus, usuras sortis debitæ, solutas supra legitimum modum, sive nondum soluta sors sit, sive jam sit soluta, ei imputari: sed ipsas usuras, quasi indebitas, non repeti. forte, quia usuræ ex mora debitæ, ad instar pœnæ habentur; quæ postquam depensa est, non repetitur *l.* 42. *D. eod. tit.* Habes Veterum varietatem, quam indigitat, simul tollit, Imp. Philippus *l.* 18. *C. de usuris*, cum sic ait, *Indebitas usuras, etiamsi ante sortem solutae non fuerint, ac propterea minuere eam non potuerint, sed post sortem redditam creditori fuerint datae, exclusa [veteris] juris varietate, repeti posse, perpensa ratione firmatum est.*

Præter has cautiones adversus illicitas usuras de quibus dixi, olim fuit & quadrupli pœna. ejusque meminit Asconius Pedianus *in Divinat. p.* 27. sequentibus verbis. *Alii dicunt quadruplatores esse eorum reorum accusatores qui convicti quadrupli damnari soleant, ut aleae aut pecuniae gravioribus usuris fœneratae, quam pro consuetudine.* Sed & Cato, *De re rustica*, sic accipiendus, cum ait, *Majores enim nostri sic habuerunt, & ita in legibus posiverunt, furem dupli condemnari, fœneratorem quadrupli.* Eam vero pœnam, desuetudine obliteratam, deinde reduxere Imppp. Valentinianus, Theodosius, & Arcadius *l.* 2. *Cod. Theod. de usuris.* verba eorum. *Quicumque ultra centesimam jure permissam aliquid sub occasione necessitatis eruerit, quadrupli pœnae obligatione constrictus, sine cessatione, sine requie, protinus ablata redbibebit. Hi vero qui antea pari furore grassati uspiam detegentur, in duplum extorta restituant.*

C a-

Caput XIV.

De nova usurarum definitione a Justiniano facta. l. 26. §. 1. C. de usuris diligenter & plene explicita.

Cum esset hic status usurarum quem exposui, eoque magis, quam e re publica esset, laxari videretur disciplina: recte atque ordine se facturum, existimavit Imp. Justinianus, si per se ei diligentius consuleretur: & cum intelligeret, non eandem omnibus esse pecuniæ utilitatem, sed aliorum magis, aliorum minus, interesse, pecuniam habere, aut ea carere; pro varia hominum conditione, varie definivit usurarum modum, aliis majores, aliis minores, permittens: nempe, ut earum solutio non ad explendam fœneratoris avaritiam, sed ad damnum quod pati, vel lucrum quo carere, videretur, resarciendum pertineret: denique, ut æque in usuris & fœnore, atque in cæteris negotiis, inter contrahentes æqualitas Jure Gentium servaretur. ea Constitutio exstat *l.* 26. §. 1. *C. de usuris*, fere in hæc verba. *Super usurarum vero quantitate etiam generalem sanctionem facere necessarium esse duximus, veterem duram & gravissimam earum molem ad mediocritatem deducentes.* ideoque *jubemus, Illustribus quidem personis, sive eas præcedentibus, minime licere ultra tertiam partem centesimæ usurarum nomine in quocumque contractu vili, vel maximo stipulari.* † *Illos vero, qui ergasteriis præsunt, vel aliquam licitam negotiationem gerunt, usque ad bessem centesimæ* [*usurarum nomine in quocumque contractu*] *suam stipulationem moderari.* † *In trajectitiis autem contractibus, vel specierum fœnori dationibus, usque ad centesimam tantummodo licere stipulari, nec eam excedere; licet veteribus legibus hoc erat concessum.* † *Cæteros autem* [*omnes*] *homines dimidium tantummodo centesimæ usurarum* [*nomine*] *posse stipulari: & eam quantitatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari, in quibus citra stipulationem exigi usuræ solent. Nec liceat judici memoratam augere taxationem, occasione consuetudinis, in regione obtinentis.* † *Si quis autem aliquid contra modum hujus fecerit constitutionis, nullam penitus de superfluo habeat actionem: sed & si acceperit, in sortem hoc imputare compelletur.* † *Interdicta licentia creditoribus ex pecuniis fœnori dandis aliquid detrahere, vel retinere siliquarum nomine, vel sportularum, vel alterius cujuscumque causæ gratia. nam si quid hujusmodi factum fuerit, principale debitum ab initio ea quantitate minuetur, ut tam ipsa minuenda pars, quam usuræ ejus exigi prohibeantur.* † *Machinationes etiam creditorum, qui ex hac lege probibiti majores usuras stipulari alios medios subjiciunt, quibus hoc non ita interdictum est, resecantes jubemus, si quid tale fuerit attentatum, ita usuras computari, ut necesse esset, tanquam si ipse, qui alium interposuit, fuisset stipulatus: in quo casu sacramenti etiam illationem locum habere sancimus.* Prima Imperatoris providentia est circa *personas Illustres & eas præcedentes.* de quibus, si lubet, vide V. Cl. Jacobum Gutherium *lib.* 1. *De officiis domus Augustæ c.* 4. item *c.* 10. *&* 11. Permittit autem Imperator his personis *in quocumque contractu vili, vel maximo*, usuras stipulari dumtaxat usque ad *tertiam centesimæ partem*, id est usque ad trientes usuras: atque ut has & non majores his indulgeret; præsertim movisse eum videtur, quod Veteres has usuras levissimas opinabantur: simul, quod illas personas a sordibus atque aviditate alienas esse oporteret. voluit igitur, per has alios sublevari pecunia; & his fructus ejus usura compensari: sed sine illiberalitatis aut avaritiæ suspicione. quæ cum in trientes usuras minime cadere videretur; & Antoninus Pius, apud Capitolinum, *ejus vita c.* 2. *Fœnus trientarium, hoc est, minimis usuris exercuit, ut patrimonio suo plurimos adjuvaret.* Alexander quoque Severus, apud Lampridium, *in ejus vita c.* 21. *Fœnus publicum trientarium exercuit.* Sic Justinianus in Illustribus viris & eos præcedentibus.

Illos vero qui ergasteriis præsunt, vel aliquam licitam negotiationem gerunt, vult, *usque ad bessem centesimæ usurarum nomine in quocumque contractu suam stipulationem moderari. Ergasteria* vero illi sunt officinæ, seu loca mercimoniis deputata: ut in *l.* 1. *C. de metatis*, *lib.* XII. *tit.* 41. denique, mercaturæ exercendæ tabernæ. unde *ergasteria & tabernæ* conjunguntur *l.* 2. *C. de Episcopis & Clericis*, *& l.* 10. *Cod. Theod. de Episcopis, Ecclesiis & Clericis.* Quod si est; intelligimus, besses usuras cuicumque indulgeri negotiatori: qui licitam exerceat negotiationem: etiam argentariis. nam & hos *negotiatorum* appellatione contineri, & *ergasteriis præesse* ostendit *rubrica* & *l. unica C. Negotiatores ne militent*, *lib* XII. *tit.* 35. cui adde sis *l.* 18. *Cod. Theod. de lustrali conlatione*, *lib.* 13. *tit.* 1. & recte. est enim eorum professio, lucrum sequi, & hunc in finem otiosam servare pecuniam, aut ab aliis fœnori accipere: iniquum vero videretur, illis qui impensas faciunt, ut alios pecunia adjuvent, eas non refici *Novell.* 136. *c.* 4. centesimam tamen his non concessit Justinianus: quod centesima, etsi legitima erat, tamen, si Senecam audimus, sanguinolenta habebatur: nec aliorum erat, quam acerbissimorum aut certe durorum fœneratorum: ut ex Cicerone *lib.* 6. *Ad Atticum epist.* 1. & Seneca *epist.* 118. apparet. non autem voluit Justinianus, fœneratorum aviditatem fovere; sed communem adjuvare utilitatem.

Porro voluit Justinianus. *cæteros* [*omnes*] *homines dimidiam tantummodo centesimæ usurarum* [*nomine*] *posse stipulari:* id est semisses usuras. quæ usuræ Veteribus visæ sunt civiles ac modicæ: ut alibi demonstratum est ex Plinio *lib.* 14. *Natur. hist. c.* 4. amplius jussit Imperator, hunc modum a *fisco* observari: sive ei principaliter stipulanti debitores usuras promiserint; sive actiones a prioribus creditoribus ad eum sint quocumque modo devolutæ *l. ult. C. de usuris fiscalibus*, *lib.* 10. *tit.* 8. quod & ante obtinuisse, *hujus libri capite* x. probavi.

Jam omnibus, sive sint negotiatores, sive non sint, concedit Justinianus centesimæ stipulationem; at non passim, sed certis dumtaxat in casibus. Unus est *in trajectitiis contractibus:* in quibus pecunia datur trans mare vehenda periculo creditoris. nam cum creditor pecuniæ periculum quod ad debitorem pertineret, ex pacto in se suscipit: non iniquum fuerit, æstimationem hujus periculi ei a debitore majore usura raparari. Sed ea ratio efficit, ne infra centesimam subsistat usura nautica: non impedit, ne eam egrediatur: quamquam hoc quoque vetet Justinianus, cum vetustas pateretur. atque ideo placuit seculi moribus, (de quibus V. Cl. Hugo Grotius *lib.* 3. *Introd. ad jurispr. Batav. c.* XI.) relicta Justiniani definitione, redire ad jus antiquum, quo (ut capi-

te VII. hujus libri tradidi) non lex, ſed paciſcentium utilitas, finem nautico ponebat fœnori, pro ratione majoris aut minoris periculi cujus pretium creditori eo fœnore refici oportet. Habes priorem caſum in quo Juſtinianus centeſimæ ſtipulationem permiſit. Alter caſus eſt *in ſpecierum fœnori dationibus*. eas autem *ſpecies* dici *fructus*, capite VIII. hujus libri cum ex aliis oſtendi, tum ex Hieronymo, *ad Ezechielem lib.* 6. *c.* 18. *p.* 206. ſimul, cur viſum Veteribus fuerit, ex ſpeciebus creditis majorem, quam ex mutua pecunia, uſuram indulgere.

Cæterum, conſtituta uſurarum quantitate, vetat Imperator: ne ea amplietur aut ſtipulatione, aut *etiam in aliis omnibus caſibus in quibus citra ſtipulationem exigi uſuræ ſolent. Si quis autem aliquid contra modum hujus fecerit conſtitutionis*: juſſit, eum *nullam penitus de ſuperfluo habere actionem. ſed & ſi acceperit, in ſortem hoc imputare.* adeo non integram improbat ſtipulationem, ſed quod illicite adjectum eſt, pro non adjecto habet: ſcilicet, ne alioquin utile per inutile vitietur. denique, ſi quid amplius exactum fuerit, quam hac lege jus ſit, vult, eo ſortem minui.

Fuit olim & quadrupli pœna: ut ex Catone, *De re ruſtica*, & Aſconio Pediano *in Divinat. pag.* 27. ante demonſtratum eſt: & hanc pœnam, deſuetudine inumbratam, deinde reduxerant Imppp. Valentinianus, Theodoſius, & Arcadius *l.* 2. *Cod. Theod. de uſuris.* ſed ea lex, quia Codici a Juſtiniano inſerta non eſt, ei diſplicuiſſe videtur.

Illud quoque Imperator, quo magis occurreret fœneratorum fraudibus, prudentiſſime vetuit; ne quis *ex pecuniis fœnori dandis, aliquid detraheret, vel retineret ſiliquarum, vel ſportularum, nomine, vel alterius cujuſcumque cauſæ gratia.* Eſt autem *ſiliqua*, auctore Iſidoro, quarta & viceſima ſolidi pars inde *ſiliquaticum*, cum dimidia ſiliqua in nundinis ex cujuſcumque mercis negotiatione in ſingulos ſolidos fiſco a venditore exigitur, item altera dimidia ab emptore. vid. Cujac. *lib.* 16. *Obſ. c.* 23. Porro *ſportulæ* ſunt, munera: & fuit is avidiorum mos fœneratorum, ne viderentur ullas, aut certe majores, quam deceret, uſuras ſtipulari, munuſcula accipere, aut detrahere. meminit Hieronymus, *in Ezechielem lib.* 6. *c.* 18. his verbis, *Alii pro pecunia fœnerata ſolent munuſcula accipere diverſi generis: & non intelligunt uſuram appellari & ſuperabundantiam, quidquid illud eſt, ſi ab eo quod dederint, plus acceperint.* Lactantius quoque *lib.* 6. *Divin. inſtit. c.* 18. de viro juſto agens, ſic infit, *Munus non accipiat a paupere, ut ſi quid ipſe præſtiterit, eo bonum ſit, quo fuerit gratuitum.* Sed Imperator non tantum *ſiliquarum*, aut *ſportularum*, nomine aliquid detrahi aut retineri vetat: ſed præterea etiam *alterius cujuſcumque cauſæ gratia.* Quod quid ſit, docuit me Ambroſius *De Tobia c.* 14. cujus verba, etſi complura ſint, adſcribenda credidi. ſunt autem hæc. *Et quia plerique refugientes præcepta legis, cum dederint pecuniam negotiatoribus, non in pecunia uſuras exigunt; ſed de mercibus eorum tanquam uſuram emolumenta percipiunt, ideo audiant, quid lex dicat: neque uſuram, inquit, eſcarum accipies, neque omnium rerum quas fœneraveris fratri tuo: fraus enim iſta & circumſcriptio legis eſt, non cuſtodia. Et putas te pie facere quia a negotiatore velut mutuum ſuſcipis? inde ipſe fraudem facit in mercium pretio; unde tibi ſolvit uſuram. fraudis illius tu auctor, tu particeps, tibi proficit quidquid ille fraudaverit. Et eſca uſura eſt, & veſtis uſura eſt, & quodcumque ſorti accedit, uſura eſt. Quod velis ei nomen imponas, uſura eſt. Si licitum eſt, cur vocabulum refugis? cur velamen obtexis? Si illicitum eſt, cur incrementum requiris? Quod pejus eſt, hoc vitium plurimorum eſt, & maxime divitum, quibus hoc nomine ſtruuntur cellaria. Si quis inſtaurandum convivium putat, ad negotiatorem mittit, ut abſynthiaci cupellam ſibi gratis deferat; ad cauponem dirigit, ut Picenum vinum, aut Tyriacum requirat; ad lanium, ut vulvam ſibi procuret: ad alium, ut poma ſibi adornet. itaque humanitatem judicant qua alieno periculo conſtant.* Quod ſi hujuſmodi quid factum fuerit, vult Imperator, principale debitum ab initio ea quantitate minui, ita ut tam ipſa minuenda pars, quam uſuræ ejus, exigi prohibeantur.

Præterea cum futurum animadverteret, ut qui tantum trientes uſuras ſtipulari poſſent, ipſi fœnus darent, non per ſe, ſed per alios quibus jus eſſet, majores uſuras ſtipulari, etiam juſſit, ſi quid tale factum probaretur, non ſic computari uſuras, quaſi in ſtipulationem deductæ forent a ſubjecta perſona: ſed quaſi ipſe qui eam ſubjecerit, eas ſtipulatus eſſet: & ideo uſuras, non majores, ſed minores, ei ſolvi. ac ſi quæ ſuſpicio ejus machinationis eſſet; nec tamen probari poſſet: voluit, debitori jus eſſe, creditorem urgere ad jurisjurandi præſtationem: quo declaret, ſe eas uſuras, non alieno, ſed ſuo, nomine, ſtipulatum eſſe.

Atque hæc obtinere voluit, ſi ſtipulatione promiſſæ ſint uſuræ. Sed quid, ſi ſine ea debeantur officio Judicis? idem puto: & hoc ſequentia Juſtiniani verba indigitare, *Cæteros autem* [*omnes*] *homines dimidiam tantummodo centeſimæ uſurarum* [*nomine*] *poſſe ſtipulari: & eam quantitatem uſurarum etiam in aliis omnibus caſibus nullo modo ampliari, in quibus citra ſtipulationem exigi uſuræ ſolent. Nec liceat judici memoratam augere taxationem, occaſione conſuetudinis in regione obtinentis.* Poteſt igitur Judex officio ſuo ſemiſſes, aut minores, uſuras conſtituere; ſi is in regione mos ſit: ſed majores non poteſt. exemplo juris veteris quo Judex etiam potuit eas ex more regionis definire; modo ſi intra legitimas, ſive centeſimas, conſiſteret: ut ex Papiniani verbis quæ appoſui ex *l.* 1. *D. de uſuris*, intelligitur, *Cum judicio bonæ fidei diſceptatur, arbitrio judicis uſurarum modus ex more regionis, ubi contractum eſt, conſtituitur: ita tamen, ut legi non offendat.* Poſſet quis opinari, poſtrema verba eſſe a Triboniano adjecta ex ſuperiore legis Juſtinianeæ verſu. Sed ex his quæ dixi *capite* V. & VI. *hujus libri*, puto, apparet, verius eſſe, ea Papiniani eſſe. quamvis, ſi exponenda ſint hodie ex Juſtiniani mente, non repugnem, quo minus ex hac lege accipiant interpretationem quam ante non habuere. Sic certe viſum Theodoro *Baſilic. lib.* 23. *tit.* 3. *ſcholio* ad eum locum *p.* 388. *tom.* 3. cum, *In bonae,* inquit, *fidei judiciis permittitur judici cognoſcere de uſuris, eaſque definire ſecundum eas quae in regione frequentantur, ubi contractum eſt: niſi lex refragetur: id eſt, tunc judex morem regionis ſequi debet, quando uſura quae frequentatur in regione, non excedit ſemiſſem uſuram.* Quod ſi eſt; vereor, ne lapſus videri poſſit Claudius Salmaſius, *De modo uſurarum c.* 4. *pag.* 181. in fine: cum de trientibus uſuris ita infit, *Quas uſuras videtur Juſtinianus omnibus bonae fidei contractibus praefiniſſe quae olim ex more regionis arbitrio judicis conſtitui moris erat, dum ne legitimarum modum tranſirent.*

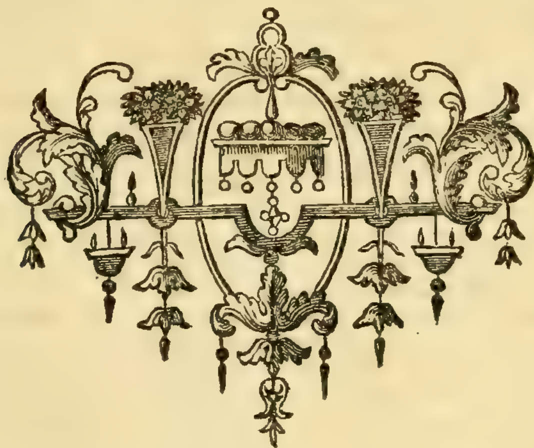
Sed quid, ſi lex velit quo in caſu majores uſuras adjudicari? fac: tutor pupilli pecuniam cujus tutelam adminiſtrabat, in uſus ſuos, clam con-

convertit: ſcribunt Veteres, eum ad legitimas, ſive maximas, ſive graviſſimas, id eſt, centeſimas, uſuras teneri Principum Conſtitutionibus: ut oſtendi *hujus libri capite* v. quid dicemus, poſt Juſtiniani Conſtitutionem? eum ad centeſimas, an ad ſemiſſes, teneri? ſed puto, ad ſemiſſes: propter ſuperiora Juſtiniani verba. quæ cum generaliter atque indiſtincte loquantur, eum hac lege a priore jure receſſiſſe, clare evincunt. Sed id clarius fit ex *l.* 3. *C. de uſuris rei judicatae*: in qua ſic diſſerit Juſtinianus, *Si enim ex judicati actione centeſimae omnimodo currunt uſurae, ex contractibus autem hoc raro contingit: in capitulis lege noſtra tantummodo exceptis, bujusmodi iniquitatem ipſa rerum neceſſitas introducebat.* idque & Græcis ſedit, *Baſilic. lib.* 38. *tit.* 17. *tom.* 5. *pag.* 188. in enarratione *l.* 1. *C. de pupillaribus uſuris.* in qua Imp. Alexander ita reſcribit, *Tutorem vel curatorem pecuniae, quam in uſus ſuos convertit, legitimas uſuras praeſtare debere, olim placuit.* quas vero Alexander vocat *legitimas uſuras*, Græci *ſemiſſes* interpretantur ex Juſtiniani ſententia: & tamen ex uſu temporis Alexandri de quo egi *capite* v. *bujus libri*, apparet, eum Principem non ſemiſſes, ſed centeſimas, intellexiſſe.

Ab hac tamen parte excipe pecuniam debitam ex cauſa judicati. quæ ſi ſoluta non ſit intra quadrimeſtre ſpatium a lata ſententia: voluit Juſtinianus *l.* 2. *C. de uſuris rei judicatae*, ex ea centeſimas uſuras exigi. quas olim Antoninus *l.* 1 *C. eod. tit.* poſt legitimum tempus definierat in gratiam fiſci: ut ex Baſilicis, & ipſius legis inſcriptione, jam oſtendi *capite* x. Cæterum poſt Antoninum cœpit reus, poſt tres menſes a lata ſententia interpellatus, ad duplices centeſimas teneri. ſic enim placuit Imppp. Gratiano, Valentiniano & Theodoſio *l. unic. Cod. Theod. de uſuris rei judicatae:* atque, ut ipſi ajunt, exemplo poſſeſſorum malæ fidei; qui ſolebant ex priſci juris formulis in duplos fructus conveniri. Sed id jus ſuſtulit Imp. Juſtinianus *l.* 26. §. 1. *C. de uſuris.* nam pro duabus centeſimis quæ ante obtinebant hac in ſpecie, dimidiam centeſimæ ſubſtituit. ſed poſtremo hoc quoque jus mutavit *d. l.* 2. *C. de uſuris rei judicatae*, reſtituta centeſima, & definitis induciis quadrimeſtribus. adeo hanc *l.* 2. eſſe latam poſt *d. l.* 26. §. 1. ex utriusque ſubſcriptione, & tenore, intelligitur.

Illud quoque præteriri nolim, quod Juſtinianus *l. ult.* §. *ult. C. de jure dotium* conſtituit, extraneum qui pro muliere quam non habet in poteſtate, dotem promiſit, nec eam ſolvit intra biennium, deinde ad uſuras teneri; ſed non usque ad ſemiſſes; ſed dumtaxat usque ad tertiam centeſimæ partem. Item in *l. unic.* §. 7. *C. de rei uxoriae actione* voluit, ut maritus, ſi ſuperſederit, res mobiles vel ſe moventes vel incorporales poſt annale tempus reſtituere, vel cæteras res ſtatim poſt diſſolutum matrimonium, æſtimationis omnium rerum quæ extra immobiles ſint, uſuras, usque ad tertiam partem centeſimæ ex bona fide introducendas, præſtet.

Sed non tantum hæc quæ dixi, noviter conſtituit Juſtinianus: verum præterea vetuit *l.* 28. *C. de uſuris*, & *l.* 3. *C. de uſuris rei judicatae*, uſuras uſurarum exigi, etiam in ſortem redactarum, ſive ſtipulatu, ſive judicato. Sed quia in anteceſſum de his egi c. xi. hujus libri, actum non agam.



GERARDI NOODT,
Jurisconsulti & Antecessoris,
DE
FOENORE ET USURIS,
LIBER TERTIUS.

Caput I.

Causas usurarum duas videri, vel in obligatione, vel in officio Judicis. In obligatione esse quæ ex testamento debentur, aut ex conventione. Usuras in stricti juris contractibus non ex pacto, sed ex stipulatione, deberi. Quid, si usuræ ex consensu præstitæ sint longo tempore? Complurium, & satis difficilium, locorum diligens & accurata interpretatio.

Absolvi primam & secundam operis suscepti partem. superest tertia, quibus ex causis usuræ nasci aut tolli videantur. sed primum exponam causas ex quibus nascantur usuræ. eas causas bifariam dividit Papinianus *l.* 58. *D. Ad SCtum Trebellianum.* ait enim, usuras vel *in obligatione*, vel *in officio Judicis*, esse. obligatio vero vel ex testamento proficiscitur, vel ex conventione. Primum venit obligatio ex testamento. & recte. cum enim lex Duodecim Tabularum, quæ de testamentis cavit, jubeat, uti paterfamilias super pecunia sua legassit, ita jus esse; quid mirum, legatis usuris, ex testamento, quasi ex contractu, obligationem nasci? Sed hoc Ulpianus probat *l.* 3. §. *ult. D. de annuis legatis*, verbis sequentibus. *Si cui certa quantitas legetur, & quoad præstetur, in singulos annos certum aliquid, velut usuras jusserit testator præstari, legatum valet: sed in usuris hactenus debet valere, quatenus modum probabilem usurarum non excedit.* Testator Sejo certam legavit summam: & quoad præstetur, in singulos annos certum aliquid præstari jussit. putat Ulpianus, legatum valere; perinde ac si testator usuras Sejo præstari jussisset. utique, *quatenus modum probabilem usurarum non excedit.* nam licet verbis legis Duodecim Tabularum his, *uti legassit suæ rei, ita jus esto*, latissima tribuatur potestas legandi: tamen, quod Pomponius observat, coangustata est & interpretatione legum, & auctoritate jura constituentium *l.* 120. *D. de verborum significatione.* ita prorsus, ut nemo possit in testamento suo cavere, ne leges in eo locum habeant *l.* 55. *D. de legatis lib.* 1. Debentur igitur usuræ primum obligatione ex testamento nata.

Deinde debentur ex conventione; sed non omni. nam ut Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 14. §. 1. scribit, *Si pactum nudum de præstandis usuris interpositum sit, nullius est momenti.* & addit rationem: ea ratio est, *Ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur.* usuræ igitur ex nudo pacto non debentur, nisi naturaliter: ex stipulatione etiam civiliter debentur *l.* 5. §. 2. *D. de solutionibus.* Inde Antoninus Pius *l.* 1. *C. de usuris* ait, *Si interrogatione præcedente*, (id est, stipulane: ut in illo Senecæ *lib.* 3. *De beneficiis c.* 15. *Ille non est interrogatione contentus, nisi cum manu sua tenuit*) *promissio usurarum recte facta probetur optimo jure deberi.* scilicet, quia hoc casu non retineri tantum, sed & peti, possunt: cum illo, etsi retineri possint, tamen peti non possint. Atque hoc in causis stricti juris, puta, fœnebri pecunia, Severus & Antoninus rescripserunt *l.* 3. *C. eod tit.* eo rectius: quia pacta, etiam in continenti adjecta contractui stricti juris, cum eum augent, ei non insunt; neque actionem formant: licet, si detrahant, fere hoc jure utamur adversus juris regulas, ut ex parte rei insint; & ideo actionem ipso jure tollant: ut ex *l.* 11. §. 1. & *l.* 40. *D. de rebus creditis*, aliisque locis pridem plenius demonstrabo ad Edictum de pactis. Sed res certa est: & clare Africanus *l.* 24. *D. de præscriptis verbis* scribit, pecuniæ creditæ usuras, nisi in stipulationem deductas, non deberi. Sed & Imp. Antoninus *l.* 7. *C. de usuris* ait, creditorem instrumentis suis probare debere, usuras se stipulatum; si potest. Quamquam, si id non sit, & aliter probari possit, interrogatione præcedente, factam esse usurarum promissionem, adhuc optimo jure debentur *l.* 1. *C. eod. tit.* res enim huc redit, utrum stipulatione promissæ sint usuræ, nec ne.

Usque adeo, ut si ex consensu aliquando præstitæ sint, ob id non videatur obligatio in futurum constitui *d. l.* 7. *l.* 28. *C. de pactis:* quia, ut maxime ad pactionem proficiat ea præstatio; ad stipulationis tamen solemnitatem quam usuræ desiderant, non sufficit. Nec hoc in usuris tantum obtinet; sed in operis quoque liberti. nam ut Modestinus *lib.* 1. *Regularum* scribit *l.* 31. *D. de operis libertorum. Operis non impositis manumissus, etiam si ex sua voluntate aliquo tempore præstiterit, compelli ad præstandas, quas non promisit, non potest.* Scilicet, quia libertus patrono operas demum debet; si eas jurejurando, aut stipulatione, promisit *l. ult. D. de liberali causa. l.* 3. *l.* 5. *l.* 7. *D. de operis libertorum*: ac si aliquando eas ex sua voluntate præstitit; potest ea res patrono ad pacti probationem proficere; sed ad jurisjurandi religionem, aut stipulationis solemnitatem, prodesse non potest.

Clara hæc & vera. Sed tenebras inducit Antoninus *l.* 1. *C. de fideicommissis*, verbis sequentibus. *Si probaveris Demetrium petiisse de matre heredeque sua, ut tibi alimenta menstrua, & vestiarium annuum præstaret, eamque secutam voluntatem*

filii

filii sui per multum temporis, id est, non minus in tali causa triennio, ea præstitisse, ut in futurum quoque ea præstentur, & si qua in præteritum præstita non sunt, ut exolvantur, impetrabis. Verum, ut intelligatur obscuri sensus loci, primum finge inutile fideicommissum; quale proponitur *l.* 2. *C. eod. tit.* nam si utile putetur, quæ erit dubitandi aut definiendi ratio? quando alimenta, etiam numquam præstita, ex utili fideicommisso debentur *l.* 18. §. 1. *D. de alimentis legatis.* deinde speciem vide: ea species est. Demetrius matrem suam heredem instituit; eamque rogavit per fideicommissum, ut Sejo alimenta menstrua, & vestiarium annuum, præstaret. mortuo Demetrio, inutile esse fideicommissum, apparuit. mater igitur Sejo nihil debebat. quamquam ultro secuta filii voluntatem, Sejo alimenta menstrua, & vestiarium annuum, solvit: fecitque id non semel, sed per multum temporis: id est, ut lex ait, non minus triennio. deinde noluit ea præstare. quæritur, an teneatur? ait Imperator, si probetur, Demetrium, de matre petiisse, ut Sejo alimenta menstrua, & vestiarium annuum, præstaret; eamque secutam filii voluntatem, ea præstitisse per multum temporis, id est, non minus triennio: magis esse, ut in futurum teneatur mater, ea & si quæ in præteritum non sint præstita, exsolvere. Videtur igitur ad futuræ obligationis inductionem diuturna valere præstatio. Sed ne hoc dicas. nam si inutile sit fideicommissum; & heres id sponte præstitit per multum temporis, hoc est, per spatium non minus triennio: in futurum ad ejus præstationem obligatur. nempe, quia ea præstatione, tam frequente & constante, defuncti voluntatem approbasse videtur. quæ res ad confirmandum fideicommissum, id est, ad inducendam ex defuncti voluntate obligationem, sufficit *l.* 16. §. 1. *C. de testamentis.* Idem ex Justiniani Constitutione est, si quis, tamquam emphyteuta, fundi domino longo tempore solvit reditum vel canonem. nam & hic ad ejus præstationem tenetur *l.* 20. *C. de agricolis & censitis, lib.* XI. *tit.* 47. non aliam ob causam quam quod reditus solutione, tam crebra, in emphyteusin domino consensisse intelligitur: nec plus ad ejus constitutionem desideratur *l.* 1. *C. de jure emphyteutico.* §. 3. *Inst. de locatione & conductione.* Sed non idem est, si usura sæpius præstetur ex consensu. non enim inducitur ea re stipulatio quam usuræ desiderant. tantum prior adgnoscitur consensus: qui ad usurarum inductionem ante inutilis erat: nunc quoque inutilis manet; cum tantum nudum efficiat pactum ex quo nulla jure civili actio nascitur. & ita est: frequens & diuturna usuræ præstatio, ut maxime prosit ad pacti probationem, tamen, quia ad stipulationis solemnitatem non sufficit, in futurum obligationis neque causam, neque præsumptionem, parit: etsi varie putant eruditissimi homines.

Atqui pro his stat Papinianus *l.* 6. *D. de usuris*, his verbis. *Cum de in rem verso cum herede patris vel domini ageretur, & usurarum quæstio moveretur, Imperator Antoninus ideo solvendas usuras judicavit, quod eas ipse dominus vel pater longo tempore præstitisset.* Non ita est: saltem factum considera. id factum tale est. Filius, vel servus, mutuam accepit pecuniam, eamque & ejus usuras creditori promisit per stipulationem. (sic enim censeo, & sequentia ostendent) pater, aut dominus, usuras longo tempore præstitit. eo mortuo, creditor usuras ab herede petit actione de in rem verso. in quam constat venire usuras; sed (quod observandum) non alias, quam in stipulationem deductas *l.* 10. §. 5. *D. de in rem verso.* præterea non negat heres, usuras sic a filio aut servo promissas esse; sed (quod ex initio capitis intelligitur) negat, pecuniam ex qua usuræ petuntur, in rem patris aut domini esse versam: ideoque se eas, etsi a filio aut servo promissas, patris aut domini nomine debere: scilicet, quod non possunt usuræ, nisi debitæ pecuniæ, promitti. sic heres. at creditor? heredem frustra resistere, ne usuras solvat. non enim promissas modo a filio, aut servo, esse; sed etiam a patre, aut domino, præstitas: nec semel, sed diu: neque hoc facturum videri; nisi scivisset, pecuniam ex qua promissæ usuræ essent, in rem ejus versam esse. quem enim usuras solvere, nisi debitæ pecuniæ? porro patrem, aut dominum, suo nomine non debuisse pecuniam, etsi filio, aut servo, creditam, præterquam in rem suam versam. habes factum. Quod cum oblatum Antonino esset, judicavit, quod pater aut dominus in rem suam versum esse, atque a se deberi, ostendit, id ejus heredem in rem ejus versum esse, atque ab eo deberi negare non posse. patrem, autem, aut dominum, etsi non verbis, tamen rebus, declarasse, in rem suam versam, atque adeo a se debitam, esse pecuniam; cujus usuras longo tempore præstitisset. sic Antoninus. Quid ni? an qui usuras solvisse probatur, is debitum inficiari potest? sed placet quod apud Theophrastum, *Ethicis characteribus, cap. De diffidentia*, homo diffidens, *Ad debitores suos fœnus sortis exacturus, cum testibus accedit, ne inficias videlicet ire possint.* Non igitur vult Papinianus, Imperatorem judicasse, usuras quæ non probarentur promissæ, idcirco solvendas esse, quod a patre aut domino longo tempore essent præstitæ; perinde quasi earum causa ex diuturna præstatione aut adquiratur, aut præsumatur: sed, quod primus per nebulam vidit V. CL. Franciscus Duarenus, *ad tit. de usuris c.* 2. cum liqueret, usuras stipulatione promissas esse a filio, aut servo; & ambigeretur, an pecunia ex qua promissæ dicerentur, in rem patris aut domini versa esset: Imperatorem judicasse, patrem, aut dominum, usurarum solutione, atque ea longi temporis, pecuniam in rem suam versam esse, ipso facto declarasse; & ideo heredem ejus ad usurarum quas defuncti filius aut servus promisit solutionem teneri. Is est sensus *d. l.* 6. idem clarior futurus, addita specie §. 1. ejusdem loci. verba ejus §. *Imperator quoque noster Severus filiae Flavii Athenagoræ, cujus bona fuerant publicata, de fisco ideo numerari decies centena dotis nomine jussit, quod ea patrem præstitisse dotis usuras allegasset.* species est. Flavius Athenagoras pro filia sua, ritu antiquo, cujus meminit Juvenalis, *Sat.* x. *vers.* 335. decies centena (id est, decies centena millia sestertiorum nummorum; ut Antonius Augustinus observat *lib.* 2. *Emend. c.* 6.) dotis nomine promisit. is Athenagoras eam dotem non solvit: sed interim usuras ejus præstitit pro filiæ exhibitione. (quod & factum *l.* 60. §. 3. *D. Mandati vel contra*, & *l.* 98. *D. de adquirenda hereditate*) deinde commisso ab Athenagora delicto, bona ejus publicata sunt. filia a fisco petit dotem, a patre promissam: causa ea, quod fiscus patri successit, & hoc nomine ejus creditoribus tenetur. quia, ut commode Quintilianus, *Declam.* 273. *Patrimonii in alium transituri ea ratio est, ut primum credito satisfiat.* neque id negat fiscus; sed dotem filiæ a patre esse constitutam. illa contra ostendit, patrem sibi dotis usuras præstitisse, neque id facturum fuisse, non constituta dote. ait Papinianus, Imp. Severum jussisse, filiæ Flavii

vii Athenagoræ de fisco ideo decies centena dotis nomine numerari; quod ea patrem dotis usuras præstitisse allegasset. judicavit igitur Imperator, patrem, quum dotis usuras præstitit, dotem a se promissam esse, ipsa re declarasse. sicut pater intelligitur, pecuniam quæ filio credita sit, in rem suam versam esse, ostendisse eo, quod ejus usuras creditori solvit.

CAPUT II.

Usuras in stricti juris contractibus aliquando ex nudo pacto deberi: & quando? Scævola restitutus l 7. D. de nautico fœnore. difficultas sublata ex l. 41. §. 2. D. de usuris, quam frustra tollere tentavit Salmasius.

Sed apparet, usuras Jure Civili non nudo pacto, sed stipulatione, constitui. nec tamen inficior (quod & Imperator Justinianus *Novell.* 136. *c.* 4. notat) esse casus quibus singulari ratione placuit, usuras etiam ex nudo pacto deberi. Indulsit autem is Imperator hoc argentariis, si mutuum dederint, & usuras non stipulati, sed pacti, sint *d. c.* 4. præfatus, quod *Qui omnibus propemodum indigentibus opem ferre parati sunt, hos utique per hujusmodi minutias injuriam perpeti, justum non fuerit.* Et de hoc casu accipit Salmasius, *De usuris c. 6. pag.* 126. hæc Modestini verba ex *l.* 41. §. 2. *D. de usuris. Ab Aulo Agerio Gajus Sejus mutuam quandam quantitatem accepit hoc chirographo:* Ille scripsit, me accepisse, & accepi ab illo mutuos & numeratos decem: quos ei reddam Kalendis illis proximis cum suis usuris placitis inter nos. *Quæro, an ex eo instrumento usuræ peti possint, & quæ? Modestinus respondit, si non appareat, de quibus usuris conventio facta sit, peti eas non posse.* Sed mihi Salmasii interpretatio displicet. ut enim usura argentariis ex nudo pacto debeatur, primum a Justiniano introductum est *d. Novell.* 136. *c.* 4. nec a Modestino doceri potuit: quia ejus tempore nondum jus fuit; nec potuit is somniare, aliquando fore, ut a Justiniano reciperetur. Magis suspicer, in *d. l.* 41. §. 2. subjectam nudæ pactioni fuisse stipulationem; (sic enim solet fieri *l.* 7. §. 12. *D. de pactis*) sed hanc non apparere; quia a consultore integra non editur cautio, tantum quod non esset integra opus: cum non hæc ei quæstio esset, an usuræ in stricti juris contractu ex pacto deberentur: sed an deberentur ex formula qua convenerat, *ut deberentur usuræ placitæ inter nos*; nec appareret, de quibus usuris convenisset. non autem novum est, ut in propositis casibus a consultoribus instrumenta non integra recitentur: sed pro parte quæ faciat ad præsentem quæstionem.

Simile privilegium videtur datum civitatibus. nam etiam his ex nudo pacto deberi usuras creditarum ab eis pecuniarum, Paulus, *lib. singul. Regularum*, auctor est *l.* 30. *D. de usuris.* & hoc privilegium esse, observat Scholiastes *Basilic. lib.* 23. *tit.* 3. *tom.* 3. *pag.* 440. *lit. C.*

Simile jus est frumenti vel hordei mutuo dati *l.* 12. *C. d. t.* Etiam fœnoris nautici: de quo ita Scævola *l.* 7. *D. de nautico fœnore. In quibusdam contractibus etiam usuræ debentur quemadmodum per stipulationem. nam si dedero decem trajectitia, ut salva nave sortem cum certis usuris recipiam dicendum est, posse me sortem cum usuris recipere.* Sic habent omnes libri: sed desunt verba, *ex pacto.* adjice, & lege, *In quibusdam contractibus etiam ex pacto usuræ debentur, quemadmodum per stipulationem.* sensus est, usuras in quibusdam contractibus æque ex pacto, atque ex stipulatione, deberi. & exemplum Paulo in pecunia trajectitia: id exemplum est, *si dedero decem trajectitia, ut salva nave sortem cum certis usuris recipiam:* id est, si dedero decem trajectitia, & pactus sim, ut salva nave, sortem cum certis usuris recipiam: dicendum est, posse sic sortem cum certis usuris recipere.

Atque hoc postquam in trajectitia pecunia placuit: deinde obtinuit quoque in cæteris quæ ad instar trajectitiæ pecuniæ haberi, supra dixi ex Scævola *l.* 5. *pr.* & §. 1. *D. de nautico fœnore.*

Exposui casus in quibus usuræ in contractibus stricti juris etiam ex nudo pacto petantur; qui tamen quia singulari ratione sunt recepti: apparet, usuras in reliquis non ex pacto, sed ex stipulatu, peti.

CAPUT III.

Usuris in stipulationem deductis sine certo modo, civili jure nullas deberi: nisi argentariis quibus nova Justiniani Constitutione besses eo in casu debentur. species & sensus Ulpiani l. 34. D. de regulis juris. Modestinus expeditus l. 41. §. 2. D. de usuris, & Ulpianus l. 31. D. eod. tit.

At neque hoc sufficit, usuras in stipulationem deduci: nisi præterea certus earum modus exprimatur. qui si non sit additus: Jure Civili non ex more regionis, ubi contractum est, finitur: sed inutilis habetur stipulatio. Atqui in bonæ fidei judiciis usuræ, si officio Judicis debeantur, reguntur more qui in regione frequentatur. fateor: sed non ex regula juris: sed quia in his sic a Principibus constitutum est: ut ex *l.* 37. *D. de usuris*, & *l.* 12. §. 9. *D. Mandati vel contra*, ostendi *lib.* II. *cap.* V. & *lib.* III. *cap.* VI. at in usurarum stipulatione nihil tale. igitur si sine fine promissæ sunt; non ex more regionis finientur, cessante Constitutione: sed ex regulis juris non valebit stipulatio, quasi incerta usura in eam deducta sit. quemadmodum, si quis, quod pondere, numero, aut mensura, contineatur, sine adjectione ponderis, numeri, aut mensuræ, stipulatus sit, vel insulam ædificari, non demonstrato loco, vel fundum dari, non adjecto nomine; ait Papinianus, imperfectam esse stipulationem *l.* 115. *D. de verborum obligationibus.*

Nec est, quod turbet quem Ulpianus *l.* 34. *D. de regulis juris.* verba Ulpiani. *Semper in stipulationibus, & in cæteris contractibus id sequimur quod actum est, aut si non pareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur. Quid ergo, si neque regionis mos appareat, quia varius fuit? ad id quod minimum est, redigenda summa est.* Est enim ea lex ex Ulpiani libro 45. Ad Sabinum: ex quo cum sint quoque *l.* 4. *D. de fidejussoribus*, & *l.* 4.

D.

D. de negotiis gestis, cum similibus; probabile mihi fit, eam ad fidejussores respicere: de quibus eo libro egit Ulpianus. possit autem thema peti ex emptione & venditione. in qua cum fidejussorem pro evictione dari placuisset vel stipulatione, vel pacto, emptioni in continenti adjecto: (ut fere apud Papinianum *l.* 72. *D. de contrahenda emptione*, & Ulpianum *l.* 37. *D de evictionibus*) videtur quæsitum esse, ad quid fidejussorem obligari conveniret. in ea autem quæstione primum ait Ulpianus *d. l.* 34, semper in stipulationibus & cæteris contractibus sequendum esse quod actum sit. verissime: atque ideo, si vendendo actum sit, ut simpla promittatur, ex empto agi potest: etiam, ut satisdet qui duplam promittit; modo, si id quoque convenerit *l.* 56. *D. de evictionibus. d. l.* 37. (de quo diligentius ad *Titulum D. de evictionibus.*) Quid, si non appareat, quid actum sit? porro ait Ulpianus *d. l.* 34, sequendum esse, quod in regione in qua actum est, frequentatur. nec aliter Gajus *l.* 6 *D. de evictionibus.* verba Gaji, *Si fundus venierit, ex consuetudine ejus regionis in quo negotium gestum est, pro evictione caveri oportet.* sed & ipse Ulpianus *l.* 31. §. 20. *de Aedilitio edicto, Quia,* inquit, *assidua est duplæ stipulatio, idcirco placuit etiam ex empto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat: ea enim quæ sunt moris & consuetudinis, in bonæ fidei judiciis debent venire.* Quid ergo, si neque regionis mos appareat, quia varius fuit? postremo ait Ulpianus *d. l.* 34, ad id quod minimum est, redigendam summam. igitur, quæ Javoleni sententia videtur *l.* 60. *D. de evictionibus*, saltem simpla promittetur.

Sed quemadmodum ea Ulpiani definitio in superiore procedit specie: ita ad usuras stipulatione sine expressione quantitatis promissas, porrigenda non est. de his enim non cogitavit Ulpianus. & contra Modestinus, amplius etiam Ulpianus, respondit. intererit, utriusque verba recensere: quia, ut mihi videtur, decretoria sunt. sed primum Modestini verba adscribam. ea verba sunt ex *l.* 41. §. 2. *D. de usuris. Gajus Sejus mutuam quandam quantitatem accepit hoc chirographo.* Ille scripsit, me accepisse, & accepi ab illo mutuos & numeratos decem: quos ei reddam Kalendis illis proximis cum suis usuris placitis inter nos. *Quæro, an ex eo instrumento usuræ peti possint, & quæ? Modestinus respondit, si non appareat, de quibus usuris conventio facta sit, peti eas non posse.* Formula conventionis præfert promissionem creditæ quantitatis *cum suis usuris placitis inter nos.* eæ usuræ sunt, suæ creditæ quantitati ex nostro, qui contraximus, placito; sive, sunt usuræ, mutuæ & numeratæ pecuniæ propriæ ac competentes eo, quod inter nos pro ejus usu placitæ, sive conventæ, sunt. quæ usuræ, sine fine placitæ, si peti nequeunt, auctore Modestino; probatum est, usuras infinitas, in conventionem deductas, non ex more regionis finiri, sed nullas deberi.

At quod Modestino, hoc & Ulpiano, visum *l.* 31. *D. eod. tit.* cum sic scribit, *Quod in stipulatione sit adjectum est*, & usuras si quæ competierint, *nullius esse momenti, si modus certus non adjiciatur.* Certa Ulpiani ratio est. Nisi agit de usuris, non futuris, sed præteritis. Sed hoc ne dixeris. quæ enim necessitas jubet, ea verba de præteritis, & non futuris, usuris exaudiri? imo quid ni ejus stipulationis, *& usuras, si quæ competierint*, sensus sit, *& usuras quæ ex mora creditæ pecuniæ competent?* atque ita Græci ea verba acceperunt, *Basilic. lib.* 23. *tit.* 3. *tom.* 3. *pag.* 441. *Scholio lit. A.* verba *Scholii. Si quis ita stipulatus sit, spondes te mihi redditurum pecuniam tibi a me creditam & usuras competentes: inutiliter stipulari videtur, si indefinite eas stipuletur. debuerat enim certum modum eis imponere, & exprimere quadrantes aut semisses.* sic Græci. quod si placet: dicam *competierint* in Ulpiani themate accipi pro *competent:* usitata temporis mutatione. quam Servius observat in illo Virgilii *lib.* 4. *Æneid. vers.* 590.

— — — *Prob Jupiter, ibit*
Hic, ait, & nostris illuserit advena regnis.

Servius ad verba, *ibit & illuserit*, sic notat, *ibit & illudet, tempus pro tempore.* Similiter apud Juvenalem, *sat.* 3. *vers.* 78.

Græculus esuriens in cœlum, jusseris, ibit.

quod est, si jubebis, ibit. Non igitur de præteritis usuris Ulpianum intelliges; sed de futuris. Quamquam, si demus, eum ad præteritas respicere: tamen quoad summam rei, nihil effeceris. Utique enim testatur Ulpianus, si stipulationi non apponatur certus usurarum modus, non valere stipulationem scilicet, quia verum est, incertas usuras in stipulationem venisse. Sed salva res est, considerantibus, in specie qua de agimus, unam esse exceptionem: quam in gratiam argentariorum fecit Imp. Justinianus *Novell.* 136. *c.* 5. nam si hi, credita alicui pecunia, usuras pacti sint; nec in pactione earum modum expresserint: voluit Imperator, non idcirco sterilem esse pecuniam, quod finitæ non sint usuræ: sed perinde haberi, quasi usuræ besses ex novo argentariorum jure & more in conventionem deductæ sint. quæ exceptio non fuisset necessaria; si idem quod illa vult, juris regula constituisset. nunc quia hæc pro inutili habet stipulationem in qua promissæ sunt usuræ incertæ atque infinitæ, idcirco necesse fuit, argentarios ab ea excipi. Imperatoris verba si quis considerare velit, apposui. ea verba sunt, *Usuræ sane siquidem certas pepigerint, pactæ præstentur. Si vero duntaxat scriptum fuit, quod fæneratitium creditum extiterit: nequeant contrahentes dicere, quod ex quo usuræ finitæ non sunt, propterea & debitum sterile haberi debeat, sed ex præsumptione ita celebretur exactio, quasi besses usuræ expressis verbis nominatæ sint.* & reliqua.

Caput IV.

Usuras stipulatione promissas, si pecunia sua die non solvatur, *post diem sine interpellatione deberi. & quid, si debitori nil imputari possit? item utrum usuræ, stipulatione promissæ, tantum ex mora, an etiam ante, debeantur? Paulo lux accensa in l.* 40. *D. de rebus creditis, & l.* 17. *D. de usuris.*

Possit quoque hoc ad intelligendam stipulationis vim referri, quod, si ea sic interposita sit; ut, si pecunia sua die non solvatur, ejus usuræ præstentur: non utique, ut eæ debeantur, exspectandum est, donec debitor interpelletur: verum stipulatio, etiam sine interpellatione, committitur. quippe, cum id conveniat rationi stipulationis in diem: quæ committitur, veniente die; etsi

etſi nulla perſonæ interpellatio ſubſequatur *l.* 12. *C. de contrahenda ſtipulatione:* maxime, ſi debitori imputari poſſit, cur non ſolverit. nam ſi id non ſit, aliter dicendum eſt. finge, poſt mortem creditoris neminem eſſe cui pecunia ſolvatur: humanitas volet, inculpatam ejus temporis moram eſſe: ac debitorem, ſi conveniatur, quamquam recte, quoad juris ſubtilitatem, tamen doli mali exceptione defendi *l. 9. §. 1. D. de uſuris.*

Sed nec illud prætereundum, quod uſuræ quæ ſtipulatione debentur, non ſolent propter lucrum petentium, ſed propter moram ſolventium, infligi: niſi ſi ſpecialiter convenerit, eas deberi ex die ſtipulationis.

Univerſa hæc Paulus indigitat *l.* 40. *D. de rebus creditis;* de qua quia varia ſunt doctiſſimorum hominum judicia, & ipſa hujus loci eſt, quid mihi videatur, paucis exponam. verba Pauli ſunt. *Lecta eſt in auditorio Æmilii Papiniani, Præfecti prætorio, Juriſconſulti, cautio bujusmodi. Lucius Titius ſcripſi me accepiſſe a Publio Mævio quindecim mutua numerata mibi de domo:* (*a*) *bæc quindecim proba recte dari calendis futuris ſtipulatus eſt Publius Mævius, ſpopondi ego Lucius Titius. Si* (*b*) *die ſupraſcripta ſumma Publio Mævio eive ad quem ea res pertinebit, data, ſoluta, ſatisve eo nomine factum non erit, tunc eo amplius quo poſt ſolvam, pœnæ nomine in dies triginta, inque* (*c*) *denarios centenos, denarios ſingulos dari ſtipulatus eſt Publius Mævius, ſpopondi ego Lucius Titius. Convenitque inter nos, uti pro* (*d*) *Mævio ex ſumma ſupraſcripta menſtruos refundere debeam denarios trecenos ex omni ſumma ei, beredive ejus. Quæſitum eſt de obligatione uſurarum: quoniam numerus* (*e*) *menſium qui ſolutioni competebat, tranſierat. dicebam, quia pacta in continenti facta ſtipulationi ineſſe creduntur, perinde eſſe ac ſi per ſingulos menſes certam pecuniam ſtipulatus, quoad tardius ſoluta eſſet, uſuras adjeciſſet. igitur finito primo menſe primæ penſionis uſuras currere: & ſimiliter poſt ſecundum & tertium tractum uſuras non ſolutæ pecuniæ penſionis creſcere. nec ante ſortis non ſolutæ uſuras peti poſſe, quam ipſa ſors peti potuerat. Pactum autem quod ſubjectum eſt, quidam dicebant* (*f*) *ad ſortis ſolutionem tantum pertinere, non etiam ad uſurarum quæ priore parte ſimpliciter in ſtipulationem veniſſent: pactumque id tantum ad exceptionem prodeſſe. & ideo non ſoluta pecunia ſtatutis penſionibus, ex die ſtipulationis uſuras deberi, atque ſi id nominatim eſſet expreſſum. Sed cum ſortis petitio dilata ſit, conſequens eſt, ut etiam uſuræ ex eo tempore quo moram fecit, accedant. & ſi, ut ille putabat, ad exceptionem tantum prodeſſet pactum, quamvis ſententia diverſa obtinuerit, tamen uſurarum obligatio ipſo jure non* (*g*) *committetur: non enim in mora eſt is a quo pecunia propter exceptionem peti non poteſt.* (*b*) *Sed* [*ſi*] *quantitatem quæ medio tempore colligitur, ſtipulamur, cum conditio exſtiterit, ſicut eſt in fructibus, idem & in uſuris poteſt exprimi: ut ad diem non ſoluta pecunia, quo* (*i*) *competit uſurarum nomine, ex die interpoſitæ ſtipulationis præſtetur.* Sic Florentiæ edit Taurellius: nec valde improbo. unum ſaltem notandum, quod cum Publius Mævius dicatur Lucio Titio *mutua dediſſe quindecim*, in ſequentibus autem ſumma credita dividatur *in menſtruos trecenos denarios*, fere placet mihi quod Gloſſæ, *poſteriore loco*, & poſt eam Jacobo Cujacio, *ad lib* 3. *Quæſtionum Pauli*, in explicatione *d. l.* 40. pro *quindecim* legere, *quindecim millia denariorum.* niſi malis, *quindecim millia ſeſtertiorum*, vel *quindecim ſeſtertia.* quod viſum Andreæ Alciato *lib.* 3. *Diſpunct. c.* 2. Franciſco Duareno, *ad tit. C. Si certum petatur, cap.* 5. *pag.* 886. & Didaco Couvarruviæ, *De libr. aur. vel arg. exam. c.* 4. neque inepte, neque magno molimine: ſi ſcribatur XV. HS. vel $\overline{\text{XV}}$. HS. etſi, quia Paulus in ſequentibus verbis non *ſeſtertiorum*, ſed *denariorum*, meminit, longe probabilior mihi ſit conjectura legentium, *quindecim millia denariorum:* eſtque facilis ea mutatio: ſi putemus, ſcriptum fuiſſe ad hanc formam X. $\overline{\text{XV}}$. *mutua.* ſic enim in veteribus Inſcriptionibus, quarum exempla alibi poſui, & denarii & numeri millenarii notantur: mitto quod, apud P. Diaconum *De notis literarum*, X. exponitur *Denarius.* ſed & Valerius Probus, *lib. De notis Romanorum, c. de notis numerorum*, ſic ſcribit, *Et ſciendum, quod quælibet figura, ſi ei jacens recta linea ſupra ducatur, tot ſignificabit millenarios, quot per ſe ſignificat unitates, ut* $\overline{\text{I}}$. *Mille unitates, id eſt mille ſignificat.* $\overline{\text{V}}$. *quinque millia.* & reliqua. Igitur Publius Mævius Lucio Titio mutua dedit X. $\overline{\text{XV}}$. id eſt, denariorum quindecim millia, ei numerata de domo. is Mævius ſtipulatus eſt hæc $\overline{\text{XV}}$. id eſt, quindecim millia, proba recte dari futuris Kalendis: & ſi ea die ſupra ſcripta ſumma ei ſoluta, ſatisve eo nomine factum, non erit, tunc, ſive exinde, eo amplius quo poſt ſolvetur (ſic loquitur cautio, extatque ea locutio ſimiliter *l.* 126. §. 2. *D. de verborum obligationibus;* ac valet, quo tardius ſolvetur, ſive, ex mora, ut ex ſequentibus apparet) pœnæ nomine (id eſt, uſuræ nomine: ut ſæpe) ſtipulatus eſt in dies triginta, inque denarios centenos, denarios ſingulos, id eſt, uſuras centeſimas: ut ſupra oſtendi. Deinde poſt eam ſtipulationem in continenti convenit inter P. Mævium & L. Titium, ut hic P. Mævio futuris Kalendis non tota ſolveret quindecim millia; quod ſtipulatione fuerat comprehenſum: ſed ut ſingulis menſibus ex ea ſumma ei refunderet trecenos denarios. Non ſoluta ſorte intra numerum menſium qui ſolutioni competebat: quæſitum fuit in auditorio Aemilii Papiniani, Præfecti prætorio, aſſidente ei in Conſilio inter alios Paulo, an P. Mævio totius ſortis uſuræ ex primis Kalendis deberentur? ac fuit, qui cenſeret. movebat eum, quod L. Titius P. Mævio totius ſortis, uſurarumque ejus, ſolutionem proximis Kalendis ſtipulanti promiſit: eamque ſolutionem ea die ei non fecit. putabat igitur, uſuras totius ſortis P. Mævio deberi ex primis Kalendis: quibus ei promiſſæ, ſed non ſolutæ, eſſent. nec refragari pactum, ſtipulationem in continenti ſubſecutum. primum, quia eo conventum fuit de ſorte in menſtruas penſiones dividenda: ſed de uſuris nihil conventum fuit. videbatur igitur, quoad uſuras, integra eſſe ſtipulatio: a qua pacto receſſum non erat. maxime, cum non conveniret rationi, pactum fieri de re una, & ad aliam extendi *l.* 27. §. 4. *D. de pactis.* altera cauſa erat, quod hoc pactum poſſet L. Titio quidem prodeſſe ad exceptionem; ſed ipſo jure prodeſſe non poſſet: propterea quod non pateretur regula juris, pactum ſtipulationi, id eſt, ſtricti juris contractui, ineſſe; atque ideo hoc nudum, id eſt, inutile, haberi oporteret: niſi quatenus jus prætorium intercederet, objecta exceptione. ſic ille. At contra viſum Paulo, ſortis, non ſolutæ, uſuras non ante poſſe peti a P. Mævio, quam ipſa ſors peti potuerit. proinde uſuras quidem

(*a*) al. *ſua.* (*b*) al. *ea die.* (*c*) al. *dies* 25. *in.* (*d*) al. *Publio.* (*e*) al. *menſium.* (*f*) al. *dicebat.* (*g*) al. *committeretur.* (*b*) al. *ſed &.* (*i*) al. *quod.*

dem ex Kalendis primis deberi. at non totius sortis, sed primæ, non solutæ, pensionis; post secundas autem Kalendas etiam secundæ, post tertias vero & tertiæ, usuras crescere. atque hoc ut sentiret Paulus, eum impulit in primis, quod pacta in continenti facta, utique si detrahant stipulationi, ei inesse creduntur: & ideo hic perinde est, ac si P. Mævius per singulos menses certam stipulatus pecuniam, quoad tardius soluta esset, usuras adjecisset. ita, si non esset pactum in continenti appositum stipulationi, potuisset P. Mævius Kalendis primis totam sortem, & totius usuras, ex stipulatu petere. at pacto in continenti subsecuto, & hoc sorte in menstruas pensiones distributa, non potuit quidem integram sortem petere primis Kalendis: sed debuit singulis mensibus petere trecenos denarios. in tantum, ut, si contra facere sustineret, a reo non exceptione, sed ipso jure, removeri posset: quia placet, eam exceptionem actioni ex stipulatu inesse, inque ea, etsi apud Prætorem in jure non esset opposita, neque ab eo formulæ nominatim inserta, tamen Judicis officio contineri. quod si vero tota sors primis Kalendis ita, uti stipulatione convenit, non posset ipso jure peti: apparet, si his tota non solveretur, nec totius usuras peti potuisse. quia, ubi sortis petitio non est, ibi nec usurarum petitioni locus est l. 69. §. 2. *l.* 77. *D. de jure dotium.* imo cum post stipulationem integræ sortis, cum usuris solvendæ primis Kalendis, in continenti convenerit, ut L. Titius P. Mævio ex universa sorte singulis mensibus solveret trecenos denarios, & hæc pactio stipulationi inesse, & ei novam formam dare, credatur; perinde haberi debet, ac si P. Mævius ab initio in singulos menses stipulatus esset trecenos denarios, & quo tardius solverentur, usuras centesimas. quia enim stipulatione placuit, usuras ex mora præstari; apparet, eas ex stipulatu peti posse, commissa mora. cæterum quando ea commissa sit, non ex stipulatione desumi debet: sed ex pactione ei in continenti subjecta; quam stipulationi inesse, atque eam transfigurare, ante dixi. At enim pactum de sorte, non de usuris, loquitur; ut e diverso dictum fuit. Sed hoc, si Paulum audimus, non pugnat. nam, cum pactum sortis stipulationi inest ipso jure, etiam vis ejus ad usuras pertingit. quia si tota sors ex pacto prohibetur peti ante constitutum tempus; non potest fieri, ut usuræ sortis debeantur ante, quam sors peti possit; utique cum actum proponatur, ut usuræ, nisi ex mora, non debeantur, convincentibus his stipulationis verbis, *tunc eo amplius quo post solvam:* quibus moram significari, supra dixi. igitur siquidem actum est inter P. Mævium & L. Titium, ut non alias, quam ex mora, debeantur usuræ; neque in mora est, a quo peti nequit: apparet, sortis petitione ex pacto contrahentium dilata, consequens esse eorum sententiæ, ut usuræ quoque quæ ob moram præstandæ sint, debeantur non ex die stipulationis, sed moræ cujusque pensionis, suo tempore non solutæ. Verum pactum quo de agitur, L. Titio tantum prodest ad exceptionem. Sed neque hæc objectio Paulum de gradu dejicit. primum, quia diversa obtinuit sententia. deinde ut vera foret objectio, tamen ad rem non pertineret: siquidem usuræ, pacto dilata sortis solutione, non possunt currere, non commissa mora: quia, ut dixi, P. Mævio vi hujus stipulationis non debentur, nisi ex mora: quæ nulla est, ubi non est sortis petitio *l.* 127. *D. de verborum obligationibus.* illa autem non est hac in specie: quia cum effectu non est. ut enim ponamus, esse; adhuc potest pacti exceptione elidi. at nihil interest, utrum ipso jure non sit actio; an sit, sed exceptione infirmetur *l.* 112. *D. de regulis juris.* ergo si non intelligitur mora fieri in solvenda sorte quæ ob exceptionem peti nequeat, saltem cum effectu; ut fatetur ille a quo discedit Paulus: sequitur non soluta suo tempore pecunia, usuras deberi, sed non totius sortis ex die stipulationis; sed cujusque pensionis ex die moræ, in unaquaque commissæ. Nec tamen negandum est, potuisse etiam ab initio conveniri; ut debitor, si in solvendis pensionibus cessaret, usuras ex die stipulationis deberet: nam & de fructibus quorum imaginem ferunt usuræ, sic agi potest: ut fatetur Paulus *ad fin. h. l.* Sed in proposita specie id actum non est. valde autem probo, (quod notant Græci *lib.* 23. *Basilic. tit.* 1. *pag.* 309. *& seq. tom.* 3. *scholio ad d. l.* 40.) ut usuræ statim currant ex die contractus, debere in contrahendo specialiter exprimi. atque ita accipio hoc Ambrosii, *lib. De Tobia c.* 12. *Pecunia fœnebris a die initæ conventionis crescentibus serpit usuris.* Sequens quoque ex Basilio, *Homil. in Psal.* 14. *pag.* 139. *tom.* 1. *Semina omnia suo tempore nascuntur, animalia quoque tempore præstituto suos edunt fœtus. Fœnus vero hodie nascitur, hodie incipit.*

Sed & hoc quia difficultatem recipit ex insigni Pauli loco qui est in *l.* 17. *D. de usuris*, etiam quid de eo mihi videatur, breviter subjiciam. verba Pauli. *Cum quidam cavisset, se quotannis quincunces usuras præstaturum: &, si quo anno non solvisset, tunc totius pecuniæ ex die qua mutuatus est, semisses soluturum; & redditis per aliquot annos usuris, mox stipulatio commissa esset: Divus Marcus Fortunato ita rescripsit. Præsidem provinciæ adi, qui stipulationem, de cujus iniquitate questus es, ad modum justæ exactionis rediget. Hæc constitutio adfinitum modum excedit. Quid ergo? sic temperanda res est, ut in futurum duntaxat ex die cessationis crescat usura.* Fortunatus (nam ad hunc rescriptum est) a creditore mutuam accepit pecuniam; & cavit, id est, stipulatione promisit, se quotannis ei præstiturum quincunces usuras; &, si quo anno non solvisset, tunc soluturum se totius pecuniæ semisses ex die qua mutuatus esset. is Fortunatus, cum usuras per aliquot annos solvisset: deinde cessavit. creditor petit totius pecuniæ semisses, non ex die moræ; sed ex die contractus: sicut stipulatione erat comprehensum. ea res cum dura videretur Fortunato; questus est de ejus iniquitate apud Imp. Marcum. is Imperator sic rescripsit. *Præsidem provinciæ adi, qui stipulationem de cujus iniquitate questus es, ad modum justæ exactionis rediget.* sic Imperator. At Paulus? ait, *Hæc constitutio adfinitum modum excedit.* ita Florentiæ legitur. in aliis libris est, *ad infinitum modum*; sed servanda Florentina lectio. sensus autem; Hæc D. Marci Constitutio excedit modum, cautione adfinitum: sive hæc Constitutio Judicem, de cautione judicaturum, non adstringit ad observationem modi, ea adfiniti: sed ei permittit, juris rigorem aliqua æquitate attemperare. Igitur eo Rescripto fit Præsidi circa cautionem potestas quam ante non habebat. nam, cum prius teneretur servare cautionis modum; in quo nihil erat quod regulis juris improbaretur: contra potest nunc ab hoc recedere; volente Principe, eum non jus, sed æquitatem, sequi. quo pacto? non definit Constitutio; sed Paulus. verba Pauli: *Quid ergo? sic temperanda res erit, ut in futurum duntaxat ex die cessationis crescat usura.* Paulus rem sic interpretatur, ut usurarum semissium stipula-

tio ex die cessationis quidem in futurum, non autem in præteritum, committatur. sic Paulus. & probo: non enim peccatum fuit in solutis, sed in solvendis, usuris: & visum Imperatori fuit iniquum, moram coërceri, ubi mora non fuit. At enim semper licuit creditori, minoribus usuris ad diem non solutis, majores usuras stipulari *l.* 9. §. 1. *D. de usuris.* Sic est: sed in futurum. tum enim peccatur. amplius licuit, eas in præteritum stipulari coërcendi in futurum debitoris gratia. sed hoc, cum durius videretur, D. Marci Rescripto inhibetur. Animadvertit id Scholiastes Græcus; cum ad *d. l.* 17. *lit. C. Basilic. lib.* 23. *tit.* 3. *tom.* 3. *pag.* 425. *Nota*, inquit, *rem novam.* Optime. nam quod D. Marcus constituit, ante non obtinuit. neque potuisset ei aut Jurisconsultus dare, aut Præses provinciæ: nisi D. Marcus juris rigorem, ut alibi, sic hic, Imperatoria benignitate laxasset.

Superest, ut videamus, an porrigenda ea Constitutio sit a specie *d. l.* 17. ad eam quam attingit finis *d. l.* 40. *D. de rebus creditis.* Sed non puto: est enim inter utramque differentia. nam in *d. l.* 17. agitur, ut debitor ex sorte quotannis solvat quincunces usuras; & si quo anno cesset, tunc totius pecuniæ ex die qua mutuatus est, semisses præstet. at in fine *d. l.* 40. agitur, ut ipsa sors certa die, verbi gratia, post annum, solvatur; atque ut interim ejus usuræ ex die stipulationis singulis mensibus præstentur. quo in casu usuræ non tamquam pœna non solutæ usuræ, sed quasi sortis non solutæ pœna aut fructus, promittuntur; & quamquam ex die stipulationis currant, tamen nihil est quod reprehendatur. in altero autem casu (qui est *d. l.* 17.) id non fit. nam ibi semisses usuræ promittuntur non ut pœna aut fructus non solutæ sortis; sed tamquam pœna non solventis aliquo anno quincunces & tamen promittuntur tunc totius pecuniæ semisses non ex die moræ, sed ex die qua mutuatus est debitor: atque adeo pro tempore quo cessavit quincunces solvere; id est, quo ob moram pœnam meruit: etiam pro tempore quo debitor jam quincunces solvit; id est, quo nulla ejus mora aut culpa incidit: quo in casu eum puniri humanitas non patitur.

CAPUT V.

Usuras in bonæ fidei judiciis deberi ex pacto, contractui in continenti adjecto, etiam ante moram.

Tantum de contractibus stricti juris. venio ad eos qui sunt bonæ fidei: in quibus usuræ non tantum ex stipulatu debentur, sed etiam ex pacto; quamquam non omni, sed contractui in continenti adjecto. id enim est quod Papinianus *l.* 24. *D. Depositi vel contra* in causa depositi scribit, *Si ab initio de usuris præstandis convenit, lex contractus servabitur.* Et Imp. Gordianus *l.* 5. *C. de pactis inter emptorem & venditorem compositis: Initio*, inquiens, *venditionis si pactus es, ut is cui vendidisti possessionem, pretii tardius exsoluti tibi usuras pensitaret; non immerito existimas, etiam eas tibi adito Præside provinciæ ab emptore præstari debere.* Quid, si pactus sis usuras, sed non initio contractus? ait Gordianus *eod. loc. Si initio contractus non es pactus, si cœperis experiri, deberi ex mora duntaxat usuras tam ab ipso debitore, quam ab eo qui in omnem causam empti suam fidem adstrinxit, de jure postulabis.* Ita Gordianus; & secundum hunc accipiendus Paulus *l.* 17. §. 4. *D. de usuris:* cum ait, *Ex locato qui convenitur nisi convenerit, ut tardius pecuniæ illatæ usuras deberet, non nisi ex mora usuras præstare debet.* Pactum igitur de usuris, in contractu bonæ fidei præstandis, aut in continenti ei adjectum est, aut ex intervallo: & si quidem ex continenti; ex eo debentur usuræ: sin ex intervallo; non ex eo, sed ex mora, debentur: ut post dicetur. quæso, quid ita? quia pacta conventa quæ in continenti sunt adjecta bonæ fidei contractibus, eorum actionem formant ideo, quod ipsis inesse creduntur, etiam ex parte actoris; neque adeo nuda sunt, sed contractui miscentur, ipsiusque jure & parte censentur. at, si ex intervallo sunt adjecta, cum non ad substantiam contractus, sed ad adminicula, respiciunt, actionem non formant: quia jam non insunt contractui, neque ejus jure & parte censentur, sed manent nuda & sola: ex quibus jure civili non dari actionem, apparet ex Ulpiano *l.* 7. §. 5. *D. de pactis*, & Papiniano, *l.* 72. *D. de contrahenda emptione.* Sed hæc, aliaque huc pertinentia, nec pervulgata hactenus, uberius demonstrabo, ad Edictum de pactis. non enim, ut mihi videtur, semper hic idem jus fuit; sed aliud obtinuit ante, aliud post, Divi Pii Constitutionem: qua de sequente agetur capite.

CAPUT VI.

Usuras in bonæ fidei judiciis officio Judicis deberi ex mora. an vi & amplitudine formulæ ex bona fide? *censere Franciscum Connanum. V. CL. nec quemquam hactenus intercedere: sed falli. usuras libera republica in bonæ fidei judiciis ex mora sola non fuisse debitas. ea mutata, primum Labeonem aliquid esse molitum, maxime in societate, atque in ipsa sub colore ejus quod interest. deinde Principes usuras palam indulsisse in omnibus bonæ fidei judiciis. Pomponius illustratus l.* 60. *D. Pro socio, & l.* 121. *D. de verborum significatione, etiam Paulus l.* 7. *D. de negotiis gestis, & Marcianus l.* 32. §. 2. *D. de usuris. auctorem hujus Constitutionis obscurum esse: sed Divum Pium videri. egregius Polybii locus in Excerptis explicitus: qui Salmasium pessime habuit.*

Quod si nulla conventio de usuris intervenerit: adhuc ex mora eas deberi, Paulus ait *l.* 17. §. 4. *D. de usuris:* non tamen in stricti juris contractu, sed in locatione & conductione: quo exemplo Paulus utitur. idemque est in emptione & venditione *l.* 5. *C. de pactis inter emptorem & venditorem compositis*, item in depositi, & cæteris bonæ fidei judiciis *l.* 2. *C. De-*

Depositi vel contra, *l.* 32. §. 2. *l.* 34. *D. de usuris.* atque hæ sunt usuræ quas Papinianus *l.* 58. *D. Ad SCtum Trebellianum* ait, *in officio Judicis esse.* Qui potest? quia (quod Paulus refert *l.* 7. *D. de negotiis gestis*) *Tantumdem in bonæ fidei judiciis officium Judicis valet*, *quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio.* Usuræ igitur quæ in bonæ fidei judiciis ex mora debentur sine conventione, non tam ex jure obligationis proficiscuntur, quam ex officio Judicis applicantur *l.* 54. *D. Locati conducti.* id vero significat, in his non esse duas obligationes, unam sortis, alteram usurarum; sicut fit, si ex stipulatu debeantur: sed esse unam sortis obligationem, circa cujus exsecutionem mora Judicis arbitrio usurarum præstatione repensatur *l.* 4. *C. Depositi vel contra*, *l.* 8. *D. de eo quod certo loco.*

Illud pulchræ fuerit inquisitionis, utrum usuræ quæ officio Judicis præstantur, naturæ judicii bonæ fidei debeantur ob vim atque amplitudinem formulæ, *Ex bona fide?* Censet V. Cl. Franciscus Connanus *lib.* 5. *Comment. jur. civil. c.* 3. *n.* 2. nec quisquam, quantum scio, intercedit. Dabit tamen mihi Connanus veniam; existimanti, eum falli. non enim ita est: nec statim atque usu receptæ sunt usuræ contra legem Genuciam, ex mora Judicis officio adjudicari cœpere in bonæ fidei judiciis: sive quod tum adhuc non valde laudabilis usuræ usus videretur; & generaliter observari conveniret, bonæ fidei judicium non recipere præstationem quæ contra bonos mores desideraretur *l.* 5. *D. de usuris:* sive (ut magis puto) quod damnum, mora datum in pecunia debita, nisi in stipulationem deductum, neque circa pecuniam consistere, neque damnum esse intelligeretur; saltem quod Judici sufficeret ad probationem ejus quod interest: quo usura ex mora censetur. adeo nusquam apud Ciceronem, neque apud alium auctorem, qui libera floruit republica, ullum vestigium usuræ officio Judicis præstandæ sine stipulatione. ea vero mutata, primus Labeo (sic enim *lib.* I. *cap.* v. jam conjeci ex Pomponio) fiducia ingenii atque eruditionis qua fuit maxima, & qua multa innovavit Veterum decreta, in bonæ fidei judiciis usuras sine stipulatione introduxit: sed non quasi usuras, sed quasi id quod interest. is enim placuit ei color: maxime, si mora ex re esset: puta, quod debitor alienam pecuniam in usus suos convertisset. scilicet, quia putabat, bonæ fidei congruere, post distincta jure gentium dominia, ne quis de alieno lucrum sentiret. at, si mora non ex re, sed ex persona, esset, etiam hic usuras præstari voluit: sed non in omnibus bonæ fidei judiciis, sed in societate. introduxit autem eas & hic non palam quasi usuras, sed sub imagine ejus quod interest: atque ex ipsius mora socii, adhuc durante societate, ut mihi videtur, ob jus fraternitatis quod inter socios est: cæterum, finita morte societate, hoc non probavit ex facto heredis, cessante fraternitate in actione communi dividundo quæ deinde obtinet. quod si est; apparet, usuras in societate ex mora placuisse extra ordinem, & quod in ea est receptum singulari ratione, non fuisse tum ad actionem communi dividundo, aliaque bonæ fidei judicia, porrigendum. Habes unum argumentum ex Pomponio *l.* 60. *D. Pro socio*, idem plenius explicitum *lib.* I. *cap.* v.

Vis & alterum? accipe, atque ab eodem Pomponio *lib.* 6. *Ad Q. Mucium.* verba hæc sunt. *l.* 121. *D. de verborum significatione.* *Usura pecuniæ quam percipimus, in fructu non est: quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est: id est, nova obligatione.* Quid hic Pomponius? facit unam causam constituendi usuras: ea causa est obligatio; plures non facit: quia non erant plures: etsi postea placuit, duas esse, vel obligationem, vel officium Judicis: ut ex Papiniano & Paulo ante demonstravi. sed altera fuit Pomponii tempore: & ideo *d. l.* 121. non officii Judicis meminit: sed obligationis. præterea negat, usuram esse in fructu; & addit causam; ea causa est, quia non ex ipso corpore nascitur. verissime eo quo id scribebat tempore: sed non æque Ulpiani. is certe *l.* 34. *D. de usuris* ex usu sui temporis infit, *Usuræ vicem fructuum obtinent: & merito non debent a fructibus separari: & ita in legatis & fideicommissis & in tutelæ actione, & in cæteris judiciis bonæ fidei servatur.*

Cæterum quod Labeo, & post eum Pomponius, in societate præsertim inchoavit, non directo, sed sub colore ejus quod interest, deinde Principes absolverunt; quum palam jusserunt, ut in omnibus bonæ fidei judiciis circa usuras tantumdem possit Judicis officium, quantum stipulatio. Nec jam conjecturis opus. minime. id probat Papinianus *l.* 24. *D. depositi vel contra* tam manifeste, ut non magis possit. nam *Constitutionem* his allegat verbis, *Et est quidem constitutum*, *in bonæ fidei judiciis*, *quod ad usuras attinet*, *ut tantumdem possit officium arbitri*, *quantum stipulatio.* Papinianus significat, olim usuras non officio Judicis, sed stipulatione, deberi potuisse: verum Constitutionibus esse effectum, ut in bonæ fidei judiciis circa usuras nunc tantumdem possit Judicis officium, quantum olim stipulatio. Ac secundum hæc accipio illud Pauli *l.* 7. *D. de negotiis gestis. Tantumdem in bonæ fidei judiciis valet officium Judicis*, *quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio.* quod diligentissimæ observationis est: simul, quod his Constitutionibus quoque adscribitur, quod in bonæ fidei judiciis officio Judicis adjudicantur usuræ, quæ in regione frequentantur. hoc enim Ulpianus perhibet *l.* 37. *D. de usuris*, his verbis. *Puto verum*, *si liberavi ex magno incommodo*, *debere dici usuras venire: eas autem quæ in regione frequentantur*, *ut est in bonæ fidei judiciis* constitutum. Et in *l.* 12. §. 9. *D. Mandati vel contra:* cum sic infit, *Et* (*ut est* constitutum) *totum hoc ex æquo & bono judex arbitrabitur.* Unde apparet, Marcianum *lib.* 4. Regularum, cum scribit *l.* 32. §. 2. *D. de usuris*, *In bonæ fidei contractibus ex mora usuræ debentur*, sic intelligendum esse, quasi velit, post eas Constitutiones obtinuisse regulam quæ ante non obtinuerit: vel, ex Constitutionibus esse receptum contra juris regulas, ut in omnibus bonæ fidei judiciis usuræ ex mora debeantur.

Ut ut erit; hoc liquet, has usuras non tam naturæ actionum bonæ fidei, quam Principali Constitutioni, deberi. Quamquam, cui præsertim expensam feram Constitutionem, nondum potui satis ad conjecturam evadere. suspicor tamen, ejus auctorem esse Divum Pium: apud quem prima mentio usuræ, officio Judicis præstandæ ex mora cum in bonæ fidei judiciis, tum in legatis & fideicommissis *l.* 6. §. *ult. D. de negotiis gestis*, *l.* 17. §. 3. & §. *ult. D. de usuris*, *l.* 5. *D. de operibus publicis.* accedit, quod Veterum Jurisconsultorum qui de ea usura præcipiunt, nemo est antiquior illo principatu: unum si excipias Labeonem de quo monui. nam Scævola cujus sunt *l.* 58. §. 1. & §. 4. *D. de administratione tutorum*, & *l.* 28. *D. Depositi vel contra*, floruit in primis sub Divis Fratribus & deinceps: nam libros Digestorum ex quibus est

d. l. 58, post Imp. Marcum scripsisse, didici ex *l.* 39. *D. de legatis lib.* 3. in qua eum Divum appellat. Papinianus autem, item Marcianus, Ulpianus, & Paulus, illo recentiores sunt. præterea Pomponius quem ad Marcum Antoninum pervenisse, verisimile est, (quia in *l.* 14. *D. de pollicitationibus* citat Antoninum Pium, sed Divum, id est, mortuum) non adgnoscit adhuc usuras, ex mora præstandas officio Judicis, præterquam in societate *d. l.* 60. *D. Pro socio:* nec in ipsa utitur alicujus auctoritate Constitutionis, sed Labeonis: ex hac quoque usuras non palam introducit, sed sub colore ejus quod interest: cum insecuti post Jurisconsulti eas in cæteris omnibus bonæ fidei judiciis palam admittant: sed non ex Labeonis disputatione, sed ex Constitutione: ut ex Papiniano & Paulo ostendi. id vero mihi indicio est, auctorem Constitutionis de qua quærimus, esse Divum Pium: sed scriptam esse post editum a Pomponio librum decimum tertium ad Sabinum ex quo est *d. l.* 60, & librum sextum Ad Q. Mucium ex quo est *d. l.* 121. *D. de verborum significatione.* atque id jus Africanus *l.* 10. *D. Rem pupilli vel adolescentis salvam fore* jam certum fuisse indicat, cum scriberet librum tertium Quæstionum. nam ex eo libro desumptus is locus est.

Quæ si ita sunt: puto, apparet, quomodo explicandus sit Javolenus *l.* 117. *D. de verborum significatione;* cum sic scribit, *Non potest videri minus solvisse is in quem amplioris summæ actio non competit.* vult enim, debitorem, etsi in solvendo moram commiserit, tamen si usuras stipulanti non promisit, non videri minus solvisse: quia ejus ætate, (cujus postrema pars videtur incidisse in imperium Trajani, quo tempore eum delirare cœpisse, Plinius scribit *lib. 6. epist.* 15.) usuræ Judicis officio nondum debebantur. cæterum, si in stipulatum deductæ essent, post moram minus solvere: quia jam amplioris summæ actio ex stipulatu competebat. Quod si id scripsisset Javolenus post Constitutionem qua usuræ in bonæ fidei judiciis officio Judicis committuntur; non necessaria esset superior interpretatio: quia alia peti posset ex *l.* 49. §. 1. *D. de actionibus empti & venditi.*

Illud nescio an addam, ignorantia superioris observationis egregie falli V. CL. Claudium Salmasium, *De modo usurarum c.* 4 *pag.* 180. *& seq.* in interpretatione loci cujusdam Polybii, *in Excerptis ex Collectaneis Constantini Augusti Porphyrogenetæ,* quæ Parisiis edidit Henricus Valesius, *pag* 155. & 156. Polybii verba etsi plura sint, tamen quia notabilia sunt, apposui. verba Polybii. *Deinde filiabus Scipionis magni, patris adoptivi sororibus, dimidium dotis solvendum erat. Siquidem pater quadraginta talenta utrique filiæ dotis nomine daturum se spoponderat: cujus pecuniæ dimidiam quidem partem mater utrique genero numeraverat præsentem, dimidiam vero in ære alieno moriens reliquerat. quare id nomen à P. Scipione dissolvendum erat adoptivi patris sororibus. Porro cum reliquum ejus pecuniæ quæ dotis nomine debetur, jure civili populi Romani annua bima trima die mulieribus numerandum sit, instrumento ac suppellectile prius intra decem menses præstitis ex more qui apud illos obtinet: Scipio statim argentario mandavit, ut quinque & viginti talenta utrimque intra decem menses proximos persolveret. Cum vero Tiberius Gracchus & Scipio Nasica, quibus ante dictæ mulieres nupserant, elapso mense decimo confestim ad argentarium venissent, rogassentque, num quid de ea pecunia mandati ab Scipione haberet, atque ille pecuniam accipere eos juberet, & quinque ac viginti talenta utrique numeraret, tum ii errare illum dixerunt; non enim universam simul pecuniam, sed tertiam tantum partem in præsentia legibus deberi. cumque ille subjiceret ita sibi mandatum esse a Scipione, diffisi juvenem adierunt, labi eum ignoratione arbitrati. idque profecto haud sine causa. etenim non modo quinquaginta talenta ante triennium nemo, sed ne unum quidem ante præstitutam diem quisquam Romæ solvat. tantam unusquisque diligentiam in pecunia, utilitatem in tempore collocat. Cæterum cum Scipionem convenissent, percunctati quid argentario in mandatis dedisset, cum ille diceret mandasse, ut omnis simul pecunia sororibus solveretur, illi præ se curam ejus ferentes, errare eum subjecerunt: ipsi enim sua ipsius pecunia uti in longum adhuc tempus legibus licere. At Scipio hæc sibi probe comperta & cognita esse respondit, sed cum extraneis quidem stricto jure uti solere, cum propinquis autem & amicis candide ac generose agere quantum fieri posset. quare ut omnem pecuniam ab argentario acciperent rogabat. Quibus auditis, Tiberius & Nasica taciti domum reversi sunt.* Hæc Polybius. ad quæ sic scribit Salmasius, *Constat etiam ex verbis Polybii quæ supra retulimus, singulas pensiones non post finem anni, sed decimo mense solvi solitas, forte ut, si non esset soluta, in fine cum usuris posset exigi ab eo cui debebatur.* Nempe putat Salmasius, usuras in bonæ fidei judiciis eo tempore ex mora fuisse debitas officio Judicis; nec fuisse causam, cur non ex dote deberentur: sive maritus cessaret eam restituere annua, bima, trima, die: sive is qui marito eam promiserat, cessaret ei solvere: & addit Salmasius, singulas pensiones non post anni finem solvi solitas, sed decimo mense; ut, si non esset soluta, in fine cum usuris exigi posset. Habes Salmasii sententiam, atque in ea plures errores. primus est, quod putavit, usuras in bonæ fidei judiciis ex mora debitas fuisse officio Judicis: cum id non jure civili, neque libera republica, obtinuisse, sed demum Principum Constitutionibus effectum esse, ex ante dictis constet. alter error est, quod eam actionem qua maritus, constante matrimonio, peteret dotem sibi promissam, bonæ fidei esse, arbitratus est. verum enim est, dotem apud Veteres saltem traditione, aut stipulatione, aut dictione, potuisse constitui, auctore Ulpiano, *in Fragm. tit.* 6. & Gajo *lib.* 2. *Inst. tit.* 9. §. 3. atque adeo a marito numquam peti actione bonæ fidei: licet mulier, soluto matrimonio, eam repetere posset actione rei uxoriæ quæ erat bonæ fidei, vel, si de restituenda dote stipulatio interposita esset, actione ex stipulatu, quæ actio erat stricti juris, antequam Justinianus eam fecit bonæ fidei §. 29. *Inst. de actionibus.* postremo nec hoc mihi placet, quod Salmasius ait de singulis pensionibus non post finem anni, sed decimo mense, solvi solitis: ejusque rei hanc esse rationem opinatur; ut, si non esset soluta, in fine cum usuris exigi posset. non enim ita est. sed ea res habet vestigium veteris anni: qui Romuli fuit, nec duodecim, sed decem, mensibus finiebatur: &, quamquam a Numa deinde auctus sit duobus mensibus, auctore Ovidio *lib.* 1. *Fastorum,* videtur tamen in juribus, a Romulo proditis, etiam posterioribus temporibus sæpe vetus decem mensium spatium retinuisse. hanc conjecturam juvat Seneca *epist.* 63. cum ait, *Annum fœminis ad lugendum constituere majores.* intelligit autem annum non Numæ, sed Romuli. ipsum audi, *Consolat. ad Helviam c.* 16. *Ideo majores decem mensium spatium lugentibus viros dederunt.* etiam Ovidium *d. lib.* 1.

Per

Per totidem menses a funere conjugis uxor
Sustinet in vidua tristia signa domo.

Perduravitque ea res usque ad Imppp. Gratianum, Valentinianum, & Theodosium, a quibus demum mutata est *l.* 2. *C. de secundis nuptiis.*

Caput VII.

Legata & fideicommissa, quoad usuras, comparari bonæ fidei judiciis. & quid in legatis damnationis? locus quidam Gaji insignis, sed durus, qui est lib. 2. Inst. tit. 7. in fin. interpretatione mitigatus, & cum cæteris Jurisconsultis conciliatus. etiam pollicitationes, reipublicæ factas, ex mora usuras recepisse: & quando?

Bonæ fidei judiciis addenda sunt legata & fideicommissa. sunt enim stricti juris; quippe, cum ex testamento petantur *l.* 6. *D. de in litem jurando.* sed quod ad usuras attinet, a bonæ fidei judiciis non separantur. atque id in fideicommissis sub Divo Pio jam obtinuisse certum habeo: de his enim is Princeps rescripsit *l.* 17. §. 3. *D. de usuris.* in legatis autem an tum aliter adhuc fuerit, est quod dubites: quia esse aliqua possit suspicio, in his usuras eo tempore ex mora solvi, non placuisse; sed ipsa, si per damnationem relicta essent, duplicari. sic enim sub Marco jus fuisse, refert Gajus in Institutionibus; quas cum scripsisse post mortem Antonini Pii, vel inde conjicio; quod in *l.* 1. *D. de his qui sui vel alieni juris sunt*, quæ est ex libro ejus primo Institutionum, eum *Divum*, id est, mortuum, vocat: sicut eum fecisse quoque lib. XIV. Ad legem Juliam & Papiam, ostendit *l.* 56. *D. de legatis lib.* 2. scripsisse certe ad Senatusconsultum Orphitianum quod post D. Pium, Marco Imperatore, factum est, apparet ex *l.* 9. *D. Ad Sctum Tertyllianum.* Verba Gaji, quia sunt raræ, nec adhuc expeditæ, observationis, adscripsi ex *lib.* 2. *Inst. tit.* 7. qui est *de fideicommissis:* ea verba sunt. *Præterea & in hoc alia fideicommissorum & legatorum conditio est, quia fideicommissa, si tardius quam scriptum est, soluta fuerint, usuræ & fructus debentur: legatorum vero usuræ non debentur, sed ex mora solutionis, si per damnationem relicta fuerint, duplicantur.* Sic Gajus, testis hujus differentiæ quæ inter legata & fideicommissa fuerit, singularis. an idoneus? durius fuerit, negare. & tamen quoad usuras idem fideicommissis legatisque jus fuisse, auctores sunt Impp. Severus & Antoninus *l.* 1. *C. de usuris & fructibus legatorum;* atque ajunt, suo tempore hoc manifestum fuisse. Verba Impp. *Legatorum seu fideicommissorum usuras ex eo tempore quo lis contestata est, exigi posse manifestum est.* Ulpianus quoque, *l.* 34. *D. de usuris*, tamquam de re certa, sic loquitur, *Usuræ vicem fructuum obtinent: & merito non debent a fructibus separari: & ita in legatis & fideicommissis, & in tutelæ actione, & in cæteris bonæ fidei judiciis servatur.* Sed & Paulus *lib.* 3. *Sentent: tit.* 8. §. 4. scribit, *Ex mora præstandorum fideicommissorum, vel legatorum, fructus & usuræ peti possunt.* Quid, si addam, etiam vivo Antonino Pio, atque adeo ante editas a Gajo Institutiones, usuras in legatis æque, atque in fideicommissis, ex mora solvi cœpisse? itane? Ulpianum audi *l.* 5. *D. de operibus publicis.* ait, *Si legatum vel* fideicommissum *fuerit ad opus relictum, usuræ quæ & quando incipiant deberi rescripto* Divi Pii *ita continetur: si quidem dies non sit ab his qui statuas, vel imagines ponendas* legaverunt, *præfinitus, a Præside provinciæ tempus statuendum est: & nisi posuerint heredes, usuras leviores intra sex menses: si minus, semisses usuras reipublicæ pendent. Si vero dies datus est, pecuniam deponant intra diem: si aut non invenire se statuas dixerint, aut loco controversiam fecerint, semisses protinus pendant.* Quid ergo est? videtur res ad seditionem spectare; nisi si fines, Gajum aliqua regi interpretatione. Non enim sic accipiendus est, quasi simpliciter neget, in legatis ex mora solutionis usuras persolvi; non etiam, quasi velit, legatum, si damnationis sit, ex mora semper duplicari: sed quasi significet, usuras in fideicommissis ex mora semper deberi; in legatis non semper. utique si per damnationem sint relicta; nam tum aliquando non usuras ex mora solvi; sed legata duplicari. Hoc ut audeam opinari, suadent exempla locutionis plane similis, & testimonia veteris juris. Sed primum loquendi usum demonstrabo. Ejus exemplum est apud Ulpianum *l.* 2. *D. de officio ejus cui mandata est jurisdictio:* in qua ait, *Mandata jurisdictione a Præside consilium non posse exercere eum cui mandatur.* nec (quod verba primo volunt adspectu) simpliciter negat, mandata jurisdictione, consilium a mandatario exerceri posse: (id enim falsum est) sed mandata a Præside jurisdictione, mandatarium non peræque, ubi Præses potest, Consilium exercere posse: ut ex collatione § 1. ejusdem loci tradidi, *De jurisdictione & imperio lib.* 2. *c.* X. Addidi & alterum exemplum ejusdem farinæ ex Ulpiano *l.* 42. *D. de verborum significatione:* ubi postquam dixit, furtum & adulterium *natura turpe esse*, id est, semper turpe esse, quia furto & adulterio inest dolus, qui natura semper infamis est; deinde scribit, *Tutelæ damnari, hoc non natura probrum est: nec enim natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum incidere.* ita enim legendum, expunctis verbis, *sed more civitatis*, quæ non Ulpiani sunt, sed Interpretis. sensus autem, tutelæ damnari non semper, neque peræque, natura probrum est; quia tutor non tantum ob dolum damnatur, qui natura probrum est; sed etiam ob culpam, cum latam, tum levem, quæ natura probrum non est; quippe cum error sit, non scelus, & cadat in hominem etiam idoneum, id est, bonum & integrum. Habes Ulpiani sensum. Nec alium Gaji puta *d. loc.* significat enim, fideicommissorum, si tardius, quam scriptum est, solvantur, usuras & fructus deberi, id est, semper atque indistincte deberi; sive mora cum inficiatione conjungatur, sive non: legatorum vero usuras non deberi; id est, non semper, neque peræque, deberi; sed ipsa ex mora solutionis, si per damnationem relicta fuerint, duplicari; id est, posse duplicari, sive interdum duplicari. & hoc fieri, arbitror; si legatum certum sit; & mora non simplex sit, sed cum inficiatione conjuncta. cæterum si tantum mora subsecuta sit, inficiatio non sit; jam non legati duplicationem, sed usuras, locum habere. At non modo loquendi usus eo ducit; sed Veterum quoque auctoritas. nam quod dixi de usuris, ex mora æque in legatis, qualiacumque sint, atque in fideicommissis, præstandis, si nulla inficiatio inciderit; apparet locis, paulo

lo ante allegatis: in quibus nulla omnino fit inficiationis mentio. quod vero addidi de duplicatione legati, per damnationem relicti, mora non simpliciter, sed ex inficiatione, subsecuta, Paulus indicat *lib.* 1. *Sentent. tit.* 19. *Quemadmodum actiones per inficiationem duplentur:* cum sic scribit, *Quædam actiones, si a reo inficientur, duplantur: velut judicati, depositi, legati per damnationem relicti, damni injuria legis Aquiliæ, item de modo agri, cum a venditore emptor deceptus est.* Nec tantum Paulus; sed Imperator quoque Justinianus §. *ult. Inst. de obligationibus quæ quasi ex contractu nascuntur;* atque addit, hoc Veteribus in legatis damnationis tum maxime placuisse, cum ea certa essent. verba Justiniani hæc sunt. *Sic namque definierunt veteres: ex quibus causis inficiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse, veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt quæ certa constituta, per damnationem cuique legata fuerant.*

Sed in viam. apparet, ut in bonæ fidei judiciis, sic in legatis & fideicommissis, usuras ex mora deberi. Quæso; quam ob rem? quia sic placuit. eam enim causam adfert Papinianus *l.* 24. *D. de usu & usufructu legato.* Nec turbat quod in *l.* 1. 2. & 4. *C. de usuris & fructibus legatorum* usuræ ac fructus legatorum seu fideicommissorum dicuntur exigi ex tempore litis contestatæ. Id enim ad factum rescriptum est: neque sic accipiendum, quasi usuræ numquam possint ante litem contestatam deberi: ne mora quidem commissa. hoc enim ibi non dicitur, neque verum est: sed sic accipiendum, quasi mora non commissa ante litem contestatam, (quod aliquando fieri, Papinianus observat *l.* 3. *D. de usuris,* & in *dd. ll.* ex facto inciderat) non possint usuræ ante litem contestatam deberi; quia nisi ex mora debentur. sed hoc rarius fit: nam plerumque etiam ante, quam ad Judicem pervenitur, mora committitur; & ideo heres exinde tenetur necessitate præstandorum fructuum *d. l.* 3. *de usuris. D.* quod si est; quid ni ad usuras quoque teneatur, etsi lis nondum contestata sit? *d. l.* 3. §. *ult. l.* 1. §. 13. *D. Ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur. l.* 92. *D. de conditionibus & demonstrationibus.* sed clare Paulus *d. lib.* 3. *Sentent. tit.* 8. §. 4. verba Pauli, *Ex mora præstandorum fideicommissorum vel legatorum fructus & usuræ peti possunt. Mora autem fieri videtur, cum postulanti non datur.*

Tantundem dixerim de pollicitationibus reipublicæ factis. quæ etsi stricti juris sint, nec per se admittant usuras: tamen bonæ fidei judicia imitantur. Quo jure? ex Rescripto Divi Severi & Antonini *l.* 1. *D. de pollicitationibus.* At Paulus, *lib.* 1. *Decretorum,* sic infit *l.* 16. *D. de usuris. Liberalitatis in rempublicam factæ usuræ non exiguntur.* Sed jam Græci, *lib.* 23. *Basilic. tit.* 3. *schol. ad d. l.* 16. *tom.* 3. *pag.* 426. liberalitatem a pollicitatione recte distinxerunt. nam pollicitatio est offerentis solius promissio facta reipublicæ, non simpliciter, sed ob justam causam; puta, ob honorem decernendum, vel decretum *l.* 1. §. 1. & *l.* 3. *D. de pollicitationibus, l.* 19. *D. de donationibus.* exemplum in hoc Marmore, apud Gruterum *pag.* 400. *Incr.* 7.

P. DECIMIVS. P. L. EROS
MERVLA. MEDICVS
CLINICVS. CHIRVRGVS
OCVLARIVS. VI. VIR.
HIC. PRO. LIBERTATE DEDIT.
H-S. IↃↃↃ
HIC. PRO. SEVIRATV. IN REM. P.
DEDIT. HS. ∞ ∞

liberalitas vero non aliam ob causam fit, quam ut liberalitas & munificentia exerceatur: atque hæc proprie donatio appellatur: illa non proprie *l.* 1. *D. eod. tit.* idque in tantum placet: ut Labeo scribat, extra donationum causam esse; si ob causam detur *d. l.* 19. §. 1. *D. de donationibus.* obtinuit igitur, usuras ex pollicitatione deberi post moram; quia voluit Constitutio D. Severi & Antonini *d. l.* 1. *D. de pollicitationibus:* sed in liberalitate, seu donatione, hoc non obtinuit: quia D. Severus & Antoninus de ea nihil constituerunt, & hanc utriusque speciei differentiam nescio an indigitaverit Modestinus *lib.* 8. *Differentiarum:* ex quo desumpta sunt hæc verba *l.* 22. *D. de donationibus. Eum qui donationis causa pecuniam vel quid aliud promisit, de mora solutionis pecuniæ usuras non debere, summæ æquitatis est: maxime cum in bonæ fidei contractibus donationis species non deputetur.*

CAPUT VIII.

Fiscum ex suis contractibus, nisi in privati locum succedat, ex mora usuras non debere: sed accipere. An idem in republica servatur? non videri.

Igitur in bonæ fidei judiciis, & si quæ iis assimilentur, usuræ ex mora debentur officio Judicis. una exceptio est in fisco. qui etsi usuras accipit ex contractibus, tamen usuras non dat: nisi si in privati locum successit. tum enim solet eas dare: ut Paulus refert *l.* 17. §. 5. *D. de usuris.*

De republica civitatis videamus. sed non puto, quod fisco datum est singulari jure, ad rempublicam interpretatione porrigendum esse. ecce, heres instituta est respublica. quod hodie fieri posse ex Senatusconsulto, D. Marci tempore facto, Paulus auctor est *l.* 20. *D. de rebus dubiis.* instituta igitur heres est respublica. ab ea relicta sunt fideicommissa. mora in his facta est. placet hoc Papiniani *l.* 78. §. 2. *D. de legatis lib.* 2. *Etiam respublica fideicommissi post moram usuras præstare cogitur.* nec minus placet quod sequitur, *Sed damnum si quod ex ea re fuerit sequutum, ab his sarciendum erit, qui post dictam sententiam judicatum solvere supersederunt. nec aliud servabitur in litis sumptibus, si ratio litigandi non fuit. ignaviam etenim prætendentes audiri non oportet.*

CA-

Caput IX.

An usuræ in bonæ fidei judiciis ante moram debeantur Judicis officio? Quid mora sit? Eam non ex re, sed ex persona, committi. & quid hoc? Optimam esse rationem, cur mora, si pura sit obligatio, magis ex persona, quam ex re, fiat. Quid, si in diem concepta sit non solutio, sed obligatio? Utrum una interpellatio sufficiat ad moram, an plures desiderentur? Ut mora ex persona fiat, exigi justam interpellationem, & quæ sine causa negligatur.

Debentur igitur usuræ in bonæ fidei judiciis, & si quæ iis exæquentur, ex mora officio Judicis. An & ante moram? vix opinor. non enim patitur bona fides, æstimationem solvi pro damno quod nullum sit, non commissa mora: usuras autem Judicis officio non propter lucrum petentium, sed ob moram solventium, infligi, Paulus auctor est *l.* 17. §. 3. *D. de usuris.* Papinianus quoque *l.* 24. *D. Depositi vel contra*, agens de deposito, ait, contra bonam fidem & depositi naturam esse, usuras ab eo desiderare temporis ante moram; qui beneficium in suscipienda pecunia dedit: utique, si ab initio de usuris nihil convenit; alioquin contractus legem servari.

Sed quia hoc possit dubitationem accipere eo, quod usuræ in *l.* 1. §. 1. *D. de usuris*, & *l.* 5. *C. de actionibus empti & venditi*, dicuntur, *omnimodo deberi, etiam mora non interveniente:* & rursus Paulus *l.* 17. §. 4. *D. de usuris* ait, *Ex locato qui convenitur, nisi convenerit*, ut tardius pecuniæ illatæ usuras deberet, *non nisi ex mora usuras præstare debet:* non abs re fuerit, quid mora sit, & quomodo fiat, paucis exponere.

Est autem mora, injusta cessatio ejus qui jure interpellatus, non solvit, aut non accipit, debitum. Primum dixi quod est cessatio: sic enim vocatur *l.* 17. *D. de usuris.* cessatio autem est, quoties differendi causa fit: ut in *l.* 21. *D. eod. tit.* deinde addidi, quod est cessatio ejus qui non solvit, aut non accipit, debitum: quia mora non tantum a debitore, sed etiam a creditore, committitur *l.* 37. *D. Mandati vel contra*, *l.* 72. & *l.* 39. *D. de solutionibus:* atque ut interest creditoris, sibi debitum suo tempore solvi a debitore, ut eo uti possit: sic debitoris interest, id a creditore, cum ei offertur, accipi, seque a sorte & usuris liberari. ac commode Seneca *lib.* 2. *De beneficiis c.* 17. *Male audire solet fœnerator, si acerbe exigit: æque, si in recipiendo tardus ac difficilis moras quærit.* Igitur mora est cessatio, debitoris, vel creditoris, sed injusta, & jure interpellati. quia, ut mora sit, non sufficit, peti aut offerri posse, & non solvi aut non accipi: sed, cum jure petitum aut oblatum esset, sine causa non esse solutum aut non acceptum. nam cum de mora disputamus, non quærimus, quæ sit potestas verbi: (sub quo certum est rei moram, sive tardiorem solutionem contineri) sed quæ sit mora jure judicioque emendanda ideo, quia injuria nocuit. hæc vero non est rei mora, seu qualiscumque tardior solutio: sed mora personæ quæ jure interpellata, sine causa cessat, quod debet, facere. idque adeo verum est, ut Paulus, *l.* 17. §. 4 *D. de usuris* aliam faciat *moram*, aliam *tardiorem solutionem: Ex locato*, inquiens, *qui convenitur, nisi convenerit, ut tardius illatæ pecuniæ usuras deberet, non nisi ex mora usuras præstare debet.* sensus est, usuras in locati actione quidem deberi ex cessatione, sive tardiore pecuniæ solutione, at non semper, sed si convenerit: alioquin non ex ea, sed ex mora. igitur distinguit Paulus tardiorem solutionem a mora: & bene, quod *lib.* 3. *Sentent. tit.* 8. *Mora*, inquit, *fieri videtur, cum postulanti non datur.* Pauli sententiam confirmat, exponitque, Marcianus *l.* 32. *D. de usuris*; cum ait, *Moram non ex re fieri, sed ex persona: id est, si interpellatus opportuno loco non solverit.* Marcianus significat, moram non intelligi ex solo tempore tardæ solutionis: sed si solutio tardius fiat vitio personæ: atque hanc demum videri; si debitor opportuno loco interpellatus, non solverit. Justinianus diceret, moram fieri *non ipso jure;* sed *litis contestatione*, aut *conventione.* nam cum in *l.* 46. §. 4. *C. de Episcopis & Clericis* juberet, moram in legatis piis ipsa re committi sine personæ interpellatione, sic infit, *Sancimus non inspecta mora* a litis contestatione *aut* conventione, *sed* ipso jure *intellecta (quod dicitur vulgo) mora præcessisse.* Justinianus vult, moram non committi ipsa re, seu sponte, sed litis contestatione, id est, interpellatione judiciali, aut conventione, sive admonitione extrajudiciali. sic enim *conventionem* apud Justinianum accipe: (ut in *l.* 59. §. 5. *D. Mandati. l.* 2. *C. de jure emphyteutico*) atque hanc non nudam, ne res probatione destituatur, sed testato factam: ut in *l.* 122. §. 3. *D. de verborum obligationibus.*

Igitur mora non ex re, sed ex persona, committitur: eaque fit, si quis interpellatus non solverit. qua ratione? sane optima in puro debito. in quo agi videtur, ut statim & cedat & veniat dies. quod est, non ut statim solvatur, sed ut statim incipiat deberi, & peti possit *l.* 213. *D. de verborum significatione.* ita debitor si non solvat statim, ac petitur; ex persona moram committit: quia impingit in jus obligationis: sed, si non solvat pecuniam, cum non petitur; non committit moram ex persona. non enim facit contra formam obligationis: qua non actum est, ut debitori necessitas sit ultro solvendi; sed ut creditoris arbitrium sit, quando petat. quo sensu Cicero, *Tusculan. quæst. lib.* 1. *c.* 39. de natura infit. *Ea quidem dedit usuram vitæ, tanquam pecuniæ, nulla præstituta die. Quid est igitur, quod querare, si repetit, cum vult? ea enim conditione acceperas.* Unum observet creditor, ne inciviliter faciat: ut, si hodie credat, cras repetat. id enim Ambrosius culpat, *De Tobia c.* 3. his verbis, *Quid enim tetrius eo qui hodie fœnerat, & cras exigit? est odibilis, inquam, homo hujusmodi. oblatio quidem blanda; sed immanis exactio.* Sed quod Ambrosius commendat, est humanitatis. cui si dare velit creditor, potest: si nolit, non cogitur. habet enim jus petendi æque, ac differendi. sed, si non petat: est quod sibi, sed non quod debitori, imputet: qui ejus humanitate utitur: denique injuriam ei non facit; cum pecuniam ei debitam, ejus voluntate retinet. Quod si est; efficitur, ut in mora sit debitor, non sufficere, & cessisse & venisse diem obligationis, id est, jam deberi ac peti posse: sed præterea petitum esse, & non solutum oportere. sic, si pure contrahatur obligatio, vel (ut Cicero loquitur *d. loc.*) *nulla præstituta die.*

Idem, si in diem concipiatur, non dicam, solutio, sed obligatio. nam nec tum ante in mora intelligitur debitor, quam si a creditore interpellatus non solvat: quia alioquin nihil est quod in debitore castigetur: qui cum non promisit solvere certa die, tum solvit, cum creditor sibi solvi postulat. finge; sub conditione contracta est obligatio, & extitit conditio: non committitur mora; nisi debitor, postquam dies venit, a creditore interpellatus sit. ut enim constituta sit obligationi dies qua nascatur actio; non tamen constituta est qua solvatur debitum: & ideo si extitit conditio, & hoc scit debitor, nec tamen solvit; nondum in mora est, quamdiu interpellatus non est: non magis quam si ab initio pura fuisset obligatio. cum enim talis habetur obligatio sub conditione contracta, postquam ea extitit *l.* 11. §. 1. *D. Qui potiores in pignore*: quid ni idem quod de pura jus est, postquam conditio extitit, de conditionali statuatur.

Simile est in obligationibus quæ conceptione puræ sunt; sed ex re accipiunt dilationem: nam & in his videtur constitui dies, quo nascatur actio *l.* 73. *D. de verborum obligationibus*: sed non: quo solvatur debitum. igitur etsi peti possit, nata actione: tamen non statim in mora est debitor qui non solvit. quia quamdiu nihil petit creditor, nihil est quod debitori imputetur. quemadmodum si quis pure debet, statim conveniri potest, quia statim adversus eum actio competit: nec tamen statim in mora est; si non ab eo statim petitum sit.

Illud quæri video, utrum una sufficiat interpellatio, an plures desiderentur. sed, puto, una sufficit. tantum enim exigit Marcianus *d. l.* 32. *D. de usuris*, ut debitor interpellatus sit; nihil præterea: qui autem semel interpellatus est, æque interpellatus videtur, ac qui sæpius. deinde, qui admonitus cessat solvere, is in culpa est; nec hanc dispungit eo, quod non iterum interpellatur. quin quo magis cessat solvere post admonitionem, eo magis intendit culpam. quod si est: sequitur, ut, qui interpellatus, licet semel, non solvit, moram admittat, & hanc, nisi debiti oblatione, non emendet *l.* 91. §. 3. *D. de verborum obligationibus l.* 26. *D. Soluto matrimonio.* At enim plurium interpellationum mentio fit in *l.* 122. §. 3. *D. de verborum obligationibus. l.* 38. *D. de minoribus. l.* 59. §. 5. *D. Mandati vel contra.* Sed non, quasi jure necessariæ sint: sed quia de facto intervenerant. Marcianus tamen, ut in mora debitor sit, exigit repetendi debiti instantiam *l.* 32. §. 1. *D. de usuris.* verba Marciani, *Et non sufficit ad probationem moræ, si servo debitoris absentis denuntiatum est a creditore procuratoreve ejus: cum etiam si ipsi (inquit) domino denuntiatum est, cæterum postea, cum is sui potestatem faceret, omissa esset repetendi debiti instantia, non protinus per debitorem mora facta intelligitur.* Sed neque ille ad moram plures interpellationes desiderat: saltem negat, moram intelligi, si a creditore, aut ejus procuratore, sit absentis debitoris servo denuntiatum; nisi ea denuntiatio deinde ex servi renuntiatione venerit ad notitiam domini *l.* 20. §. 11. *D. de petitione hæreditatis.* addit quoque, interdum moram non intelligi, etsi in debitoris persona fiat interpellatio: ut, si creditor, postquam debitor sui potestatem, sive sui copiam, fecit, id est, postquam comparuit, ut cum eo agi possit *l.* 2. *D. Ex quibus causis in possessionem eatur*, *l.* 7. §. 2. *&* 3. *D. de suspectis tutoribus. l.* 18. *D. Si servitus vindicetur*, omittat repetendi debiti instantiam; id est, ab instantia desistat; sive moram debitori remittat: pari ratione qua D. Pius *omittere* pro *remittere* his utitur verbis, *Parum juste præteritas usuras petis quas omisisse te longi temporis intervallum indicat, qui eas a debitore tuo, ut gratior apud eum videlicet esses, petendas non putasti. l.* 17. §. 1. *D. de usuris.* Similiter, si debitor creditori offerat solutionem; sed post cesset offerre: non intelligitur in mora esse creditor *l.* 122. §. 3. *D. de verborum obligationibus.* sed non, quia una non sufficit oblatio, ut creditor in mora constituatur: sed quia non videtur oblatio esse in qua non perseverat debitor. pone, is pecuniam creditori offert in jure aut in judicio: mox eam petit creditor; debitor non est paratus; cessat offerre *l.* 3. §. *ult. D. de actionibus empti & venditi.* rursus finge; debitor pecuniam creditori obtulit; &, eo non accipiente, deposuit; mox recipit pecuniam: ut in *l.* 7. *D. de usuris*: depositio non manet in eadem causa *l.* 8. *C. de distractione pignorum.* non perseverat igitur debitor offerre, mutata voluntate. nec dissimile est, quod Papinianus *l.* 15. §. 1. *D. de inofficioso testamento* de præparatione litis quæ necessaria sit ad querelæ translationem, sic infit, *Heredi ejus qui post litem de inofficioso præparatam, mutata voluntate decessit, non datur de inofficioso querela: non enim sufficit litem instituere, si non in ea perseveret.*

Sed eo redeo, unde discessi. apparet, ut mora sit, non cessatum, sed post interpellationem cessatum, esse oportere. at neque hoc sufficit: amplius desideratur; ut, cum justa interpellatio esset, sine justa causa cessatum sit. & ideo moram definivi, injustam cessationem ejus qui jure interpellatus, non facit. nam & frustratio appellatur *l.* 37. *D. Mandati. l.* 3. §. 4. *D. de usuris*: & si justa ex causa sit dilatio, inculpata est, & ideo civili interpretatione mora non est *l.* 9. §. 1. *D. eod. tit.* finge, ut exemplo rem uno aut altero demonstrem, peti, sed nullo jure deberi, aut natura deberi, sed non civili jure: quis dicet, moram fieri, ubi nulla petitio est *l.* 127. *D. de verborum obligationibus*? idem est, si reus civili jure debeat, sed exceptione tutus sit *l.* 21. *D. de usuris. l.* 40. *D. de rebus creditis.* finge, & naturaliter & civiliter deberi, sed alio peti loco, quam quo debetur: ut in *l.* 47. *D. de legatis lib.* 1. finge, deberi in diem, sed diem non venisse: est in utraque specie causa denegandæ solutionis, nec est injusta cessatio quam moram appellamus *l.* 39. *D. de solutionibus. l.* 49. §. *ult. l.* 122. *pr. D. de verborum obligationibus.* finge, & naturaliter & civiliter, amplius, pure deberi, etiam opportuno peti loco; sed causam esse, cur ignoret debitor, quantum solvere debeat? negat Venulejus, improbum videri *l.* 99. *D. de regulis juris.* quid, si ad judicium provocet, & sine dolo malo faciat? nec hunc moram facere, Julianus ait *l.* 63. *D. eod. tit.* & Paulus probat *l.* 24. *D. de usuris.* estque exemplum elegans *l.* 3. *D. eod. tit.* Quid, si maluit litigare, quam restituere? cum frustrandi causa facit, sciens, se restituere debere, moram fecisse, Ulpianus refert *l.* 82. §. 1. *D. de verborum obligationibus.* rursus finge, aliquem scire, se debere, etiam quantum debeat; sed sine vitio suo destitui solvendi aut occasione, aut facultate? in mora esse, negat Seneca *lib.* 4. *De benefic. c. ult.* verba Senecæ, *Non est per me mora, si aut occasio mihi deest, aut facultas.* & exempla *l.* 9. §. 1. *l.* 17. §. 3. *l.* 23. *D. de usuris.* ita Pomponius *l.* 3. §. 4. *D. de actionibus empti & venditi* definit, videri moram esse, si nulla difficultas venditorem impediat, quo minus tradat, id est, ut idem Pomponius

ait

ait *l.* 23. *D. de verborum obligationibus*, si per eum steterit, quo minus daret. Sed omnia enumerare longum esset: & placet quod Marcianus ait *lib.* 4. *Regularum*, utrum ex persona mora sit admissa nec ne, apud Judicem examinari oportere. Pomponium certe scripsisse, difficilem esse hujus rei definitionem: Divum quoque Pium Tullio Balbo rescripsisse, an mora facta intelligatur, neque Constitutione ulla, neque juris auctorum quæstione, decidi posse; cum sit magis facti, quam juris *l* 32. *D. de usuris.*

Caput X.

Interdum ex re nasci moram, & quibus in causis. Moram ex re non esse veram moram: & ideo sæpe negari moram.

Igitur mora non ex re, sed ex persona, fit. Sed *aliquando*, quod Ulpianus observat, *etiam in re moram esse decerni solet l.* 23. §. 1. *D. de usuris.* & exemplum Ulpiano, *si forte non exstat qui conveniatur*: ut fit, si non comparet debitor: quo casu vult Pomponius *l.* 2. *D. de nautico fœnore.* ut creditor id ipsum testatione complectatur: hoc est, ut protestetur, se neminem reperire quem interpellet. ad quid? ut pro petitione id cedat. licet enim tum nulla interveniat interpellatio; tamen, quia non stat per creditorem, quo minus interveniat, intelligitur intervenire: exigente rerum necessitate quæ legem facit, cum non licet facere aliter.

Idem vel simile est, si in diem concipiatur non obligatio de qua supra dixi; sed solutio. (quod in credita pecunia fieri, Seneca observat *lib.* 3. *De benefic. c.* 10. sequentibus verbis, *Dies beneficio reddendo non dicitur, sicuti creditæ pecuniæ*) Nec difficilis est hujus ratio exceptionis. nam cum liquet creditoris voluntas, quid est nova opus interpellatione? etsi enim non moneatur debitor, tamen si non solvat sua die, est quod castigetur mora: quia ante cesserat dies, licet nondum venerat *l.* 213. *D. de verborum significatione:* & postquam venit, jam admonitus est ejus adventu debitor. scit enim, creditorem voluisse, sibi solvi ea die in quam concepit solutionem. hæc igitur eum pro homine interpellat: ut optime Justinianus *l.* 12. *C. de contrahenda stipulatione*, & ante eum Papinianus *l.* 9. §. 1 *D. de usuris*: cum ait, *usurarum stipulationem, quamvis debitor non conveniatur, committi.* agit enim de solutione in diem concepta: ut ex conjunctione *principii & d.* §. 1. *ejusdem capitis* intelligitur. idque tum maxime verum esse, si sit quod debitori imputetur, in antecessum dixi *h. lib. c.* IV. cui nunc addo Africanum *l.* 23. *D. de obligationibus & actionibus.* verba Africani. *Trajectitiæ pecuniæ nomine, si ad diem soluta non esset, pœna (uti adsolet) ob operas ejus qui eam pecuniam peteret, in stipulationem erat deducta: is qui eam pecuniam petebat, parte exacta petere desierat: deinde interposito tempore interpellare instituerat. Consultus respondit, ejus quoque temporis quo interpellatus non esset, pœnam peti posse; amplius etiam si omnino interpellatus non esset: nec aliter non committi stipulationem, quam si per debitorem non stetisset, quo minus solveret: alioquin dicendum est, si is qui interpellare cœpisset, valetudine impeditus interpellare desisset, pœnam non committi.*

Sed non illis tantum in speciebus ex re mora fit; sed etiam in legatis & fideicommissis quæ piis causis relinquuntur. de his enim sic constituit Imp. Justinianus *l.* 46. §. 4. *C. de Episcopis & Clericis. Supra autem omne tempus quo distulerint facere disposita scripti heredes, eos cogi solvere & fructus, & reditus, & omnem legitimam accessionem a tempore ejus qui disposuit, mortis; sancimus, non inspecta mora a litis contestatione aut conventione, sed ipso jure intellecta (quod dicitur vulgo) mora præcessisse, & locum habente fructuum & aliarum rerum accessione.*

Idem est, si emptor rei emptæ possessionem accipit, neque pretium solvit. statim enim ad usuras tenetur; etsi a venditore interpellatus non sit, auctore Paulo *lib.* 2. *Sent. tit* 17. §. 9. & hoc Ulpianus vult *l.* 13. §. 20. *D. de actionibus empti & venditi:* cum sic scribit, *Veniunt autem in hoc judicium infra scripta: in primis pretium, quanti res venit: item usuræ pretii post diem traditionis; nam cum re emptor fruatur, æquissimum est, eum usuras pretii pendere.* Ait, in actionem venditi venire pretium, quanti res venit; etiam usuras ejus. ex quo tempore? post diem traditionis. saltem, si interpellatus sit emptor. imo, etsi non sit. nam, cum emptor re fruatur, æquissimum est, eum usuras pretii pendere. id enim vult juris gentium ratio, distinctis dominiis: nempe, ne venditori jus suum inane sit, cum emptori utile est: sed ut emptor fructus suos capit ex re empta; sic ut venditor quoque fructus pretii rei venditæ accipiat. quod si non sit, etsi nulla intervenerit interpellatio, nec intelligatur mora ex persona fieri; tamen ipsa re, id est, ipso jure, mora fieri intelligitur.

Simile in fisco jus est. nam & ei ex contractibus suis debentur usuræ tardioris solutionis; etsi nulla mora ex persona interveniat, auctore Paulo *l.* 17. §. 5. *D. de usuris.* verba Pauli. *Fiscus ex suis contractibus usuras non dat; sed ipse accipit: ut solet a foricariis, qui tardius pecuniam inferunt; item ex vectigalibus.* Paulus *foricarios* appellat eos qui a fisco foricas conducunt. quorum Juvenalis meminit *sat.* 3. *vers.* 38.

— — — *Inde reversi*
Conducunt foricas. — — —

Hi autem qui sint, dubitari ostendit vetus Scholiastes; cum scribit. *Foricas, stercora, hoc est vectigal. forire est* * *non foras ejicere. Alii tabernas dicunt foro vicinas. alii vectigal vinarium quod ex Africa in urbem vehebatur. alii domos publico sumptu ædificatas ad locandum, quarum conductores lucra capiebant.* Sed Cujacius, *lib.* 22. *Observ. c.* 34. foricarios interpretatur, qui latrinas publicas a fisco conducunt certa mercede, ut minuta ferant æra a singulis quos in foro deprehenderit supervacuum naturæ onus. Non male, ut tamen nec improbem, si quis *foricarium* exponat, *vectigal vinarium*, de quo vetus ille Juvenalis Scholiastes. sit certe & mentio vectigalis *foricularii* & *ansarii promercalium* in quodam vetere Marmore, apud Gruterum, *pag.* 199. *Inscr.* 6. quod dubito, an idem sit *vectigali vinario*, de quo Scholiastes Juvenalis, itemque, an hujus loci sit. ejus Inscriptionis exemplum si quis

* forte, *onus foras.*

quis recensere velit, apposui. exemplum Inscriptionis.

IMP. CAESAR. M. AVRELIVS
ANTONINVS. AVG
GERMANICVS. SARMAT. ET
IMP. CAESAR. L. AVRELIVS
COMMODVS. AVG
GERMANICVS. SARMATIC
HOS. LIMIDES. CONSTITVI. IVSSE
RVNT
PROPTER. CONTROVERSIAS.
QVAE INTER. MERCATORES. ET.
MANCIPES *
ORTAE. ERANT. VTI. FINEM
DEMONSTRARENT. VECTIGALI
† FORICVLIARI. TE. ANSARII.
PROMERCALIVM. SECVNDVM
VETEREM. LEGEM. SEMEL. DVM
TAXAT. ** EXIGVNT

Utcumque erit; huic instituto sufficit, quod fiscus ex contractibus suis usuras accipit ab his qui tardius inferunt pecunias, etsi moram ex persona non faciant.

Cæterum recepto hoc jure, ambigi cœpit, si quis fundum emerit a fisco, & tardius solverit pretium, an usuras ei debeat, non quidem a tempore traditæ possessionis; (inde enim vel privato venditori usuras deberi, ante dixi) sed cum nulla adhuc traditio intervenit. quo casu etsi privato non debeantur usuræ; ut tamen fisco competant, forsan possit ejus privilegio consequens videri. Sed ratio patitur, suum fisco jus privilegii interpretatione servari: alienum autem illo colore ad eum transferri, non patitur. atque id futurum erit, si velimus, fisco deberi usuras pretii fundi nondum traditi. quæso enim, quo pertinent usuræ pretii venditi fundi, nisi ut habeant vicem perceptorum fructuum? horum igitur copiam si emptori fiscus fecit traditione possessionis, recte potest usuras, id est, eorum æstimationem, petere: sed si non fecit, magis injuriam habebunt usuræ, & ideo a fisco sine rubore non petentur. atque hoc voluit Paulus *l.* 16. §. 1. *D. de usuris*, his verbis. *Cum usuræ pretii fundi ab eo qui a fisco emerat, peterentur & emptor negaret traditam sibi possessionem, Imperator decrevit, iniquum esse usuras ab eo exigi qui fructus non percepisset.*

Illud quoque dignum quæri, an is qui experitur mandatis a fisco actionibus, hic fruatur fisci privilegio. finge, quæ est species *l.* 43. *D. de usuris:* fiscus successit Titio. in ejus hereditate erat nomen quod Mævius ei debebat sine usuris. debentur fisco usuræ ab eo tempore quo Titio successit. Sejus qui pro Mævio fidejussit, fisco solvit Mævii debitum, sub pacto, ut ei a fisco mandaretur actio adversus Mævium. fiscus ei cessit actionem. an potest Sejus, postquam solvit Mævii debitum, fisci jure & exemplo petere usuras temporis quod cessit, postquam fiscus percepit debitum? Sed non videtur: nam futuræ usuræ non erant fisco debitæ: & fisci privilegium non sequitur eum qui a fisco emit; nisi impetraverit, hoc in se transferri *l.* 3. *C. de privilegio fisci.* Et hoc Modestinus probat *d. l.* 43. maxime, si sic legatur, *Herennius Modestinus respondit, ejus temporis quod cessit, postquam fiscus debitum percepit, eum qui mandatis a fisco actionibus experitur, usuras quæ in stipulatum deductæ non sunt, petere non posse.* Florentiæ est, *petere posse:* sed Græci videntur legisse, *petere non posse:* sic enim transferunt eum locum, *Basilic. lib.* 23. *tit.* 3. *tom.* 3. *pag.* 387. *Si me solvente fisco quod tu ei debes, fiscus mibi cesserit nomen tuum, ejus temporis quod post solutionem a me factam præterit, usuras a te non petam, nisi eas mibi stipulanti spoponderis.* Et deinde, in *scbolio*, ait Cyrillus, pag. 452. *Nam privilegium fisci ego privatus habere non possum: nisi specialiter cessum sit.*

Est & in minorum persona receptum, ut re ipsa, & solo tempore tardæ pretii solutionis, mora fieri credatur in bonæ fidei contractibus, & fideicommissis, & legatis. meminerunt Impp. Diocletianus & Maximianus *l.* 3. *C. In quibus causis in integrum restitutio necessaria non est.* verba sunt *Impp. Diocles. & Maxim. AA. & CC. Decimo. In minorum persona re ipsa,* [&] *ex solo tempore tardæ pretii solutionis, recepto jure moram fieri creditum est: in bis videlicet quæ moram desiderant, id est, in bonæ fidei contractibus, & fideicommissis & legatis.* Sic illi. ac videtur id jus deberi Constitutioni *l.* 87. §. 1. *D. de legatis lib.* 2. & quidem Severi: nam huic adscribitur ab Ulpiano *l.* 26. §. 1. *D. de fideicommissariis libertatibus.* suasit autem hanc Imperatoris providentiam favor ætatis lubricæ & inconsultæ, denique vera sua commoda non intelligentis: & ideo sæpe vel non petentis quod debetur, vel serius petentis. Eam rationem indicant Diocletianus & Maximianus *l.* 5. *C. de actionibus empti & venditi:* cum Decimo sic rescribunt, *Curabit Præses provinciæ, compellere emptorem qui nactus possessionem fructus percepit, partem pretii, quam penes se habet, cum usuris restituere: quas & perceptorum fructuum ratio, & minoris ætatis favor (licet nulla mora intercesserit) generavit.* Proponitur Decimus minor quam quinque & viginti annis, vendidisse fundum, ejusque possessionem emptori tradidisse, tantum accepta ab eo pretii parte. quæritur, quid juris sit de parte quam emptor penes se habet. ajunt Imperatores, eum cogendum, & hanc partem Decimo restituere: at non solam, sed cum usuris. quæso, qua causa? quia & perceptorum fructuum ratio, & minoris ætatis favor, usuras generavit, licet nulla mora intercesserit. id vero valet, quod, ut mora non fuerit ex persona, tamen ex re nata est, cum ob fructus ab emptore perceptos post traditam possessionem, tum ob favorem minoris ætatis. volunt igitur Imperatores, Decimo deberi usuras partis pretii; non quia nulla intercessit emptoris mora: sed quia mora ex re accusatur *d. l.* 26. §. 1. *D. de fideicommissariis libertatibus:* quæ non vera mora est, sed quasi, & impropria, ac per similitudinem. Nec id in hoc saltem casu, sed in aliis quoque, evenit, ut quod improprium est, propter similitudinem eodem vocabulo comprehendatur. Senecam audi *lib.* 5. *De beneficiis c.* 13. verba Senecæ. *Quædam etiamsi vera non sint, propter similitudinem eodem vocabulo comprehensa sunt. sic pyxidem & argenteam & auream dicimus. sic illiteratum non ex toto rudem, sed ad literas altiores non perductum. sic qui male vestitum & pannosum vidit, nudum se vidisse dicit.* Similiter mora ex re non est vera mora, sed instar moræ, accipitur; atque ideo, si comparetur cum ea quæ ex persona fit, & vera ac propria mora est, non intelligitur mora: tantum quia non per omnia mora est, sed favore personæ, non in perpetuum, sed interim, dum major fiat, ad instar moræ accipitur; cum vera mora perpetua sit: ut pulchre observat Papinianus *l.* 87. §. 1. *D. de legatis lib.* 2. his verbis, *Usuras fideicommissi post impletos annos viginti quinque, puellæ, ex quo mora facta est, deberi respondi: quamvis enim* con-

* MVNICIPES
† al. FOVENCVLARII. ET ANS
** EXIGVNDVM.

constitutum sit, ut minoribus viginti quinque annis usuræ omnimodo præstentur, tamen non pro mora hoc habendum est; quam sufficit semel intervenisse, ut perpetuo debeantur. Sed de *d. l.* 5. vel nimis. nisi addendum adhuc; quod separata ab ea est *d. l.* 3. *C. In quibus causis in integrum restitutio necessaria non est:* cum olim ei cohæserit. est enim eadem utriusque Inscriptio; etiam idem utriusque tenor: imo est in posteriore ratio prioris. quid, si ex utriusque conjunctione facile ad certum accedit sensus, hactenus saltem probabilis. sed is liquebit facta utriusque loci conjunctione: cujus hoc apposui exemplum. *Impp. Dioclet. & Maxim. AA. Decimo. Curabit Præses provinciæ, compellere emptorem qui nactus possessionem fructus percepit, partem pretii quam penes se habet, cum usuris restituere: quas & perceptorum fructuum ratio, & minoris ætatis favor (licet nulla mora intercesserit) generavit.* quando *in minorum persona re ipsa (&) ex solo tempore tardæ pretii solutionis, recepto jure moram fieri creditum est: in his videlicet, quæ moram desiderant, id est, in bonæ fidei contractibus, & fideicommissis & legatis.* Hanc conjunctionem quæ est elegans, ipse non animadverti priore Operis hujus editione, sed eam debeo industriæ & humanitati Doctissimi Viri, Johannis Van de Water, Jurisconsulti Ultrajectini, auditoris quondam mei; qui eam mihi deinde in familiari sermone suggessit. quod reticere neque volui, neque debui.

Cæterum ex his intelligi quoque poterit sequens Papiniani locus in *l.* 1. §. 1. *D. de usuris. Si socius ideo condemnandus erit, quod pecuniam communem invaserit, vel in suos usus converterit, omnimodo, etiam mora non interveniente, præstabuntur usuræ.* Significat, socium, si communem pecuniam invaserit, vel in usus suos converterit, etsi a socio interpellatus non sit, ei ad usuras teneri. Justissime: quippe convenit distinctis dominiis, ut qui rescierit, quid ab alio ad se venisse, ei hoc ultro restituat. sed nec agit socius quod socii sit, volens sibi quod socio nolit; quia societas (ut ostendi *lib.* 1. *c.* v.) animorum æquatio est, & quædam veluti imago fraternitatis. Igitur quo tempore socius communem invadit pecuniam vel hanc lucrandi animo in usus suos convertit, & pro socio, & furti, tenetur. *l.* 45. *D. Pro socio.* ac, quamquam a socio non interpellatur, tamen & vi dominii, & societatis, id est, ipsa rerum veritate, in mora constituitur *l.* 8. §. 1. & *l. ult. D. de condictione furtiva*, *l.* 19. *D. de vi & vi armata*; denique omnimodo usuras præstabit, etiam mora non interveniente, id est, etiam sine personæ interpellatione, quæ proprie mora appellatur.

Idem vel simile in deposito esse, Gordianus auctor est; si depositarius re deposita usus sit, invito domino *l.* 3. & 4. *C. depositi vel contra.*

Caput XI.

Usque ad quem diem usuræ in bonæ fidei judiciis debeantur officio Judicis? sensus l. 1. §. 2. D. de usuris, & quorumdam aliorum capitum.

Ex his apparet, usuras in bonæ fidei judiciis officio Judicis plerumque ex mora deberi: interdum etiam omnimodo, mora non interveniente. quamdiu? usque in diem condemnationis. Quid, si condemnatus tardius pareat sententiæ? ait Papinianus *l.* 1. §. 2. *D. de usuris. Nec tamen judex judicii bonæ fidei recte jubebit interponi cautiones, ut si tardius sententiæ condemnatus paruerit, futuri temporis pendantur usuræ.* Papinianus significat, quod Judex datus in bonæ fidei judiciis, etsi reum condemnet in usuras præteriti temporis usque in diem sententiæ, tamen non potest eum cogere ad interponendam cautionem de præstandis usuris post tempora judicati. & utitur Papinianus ratione; ea ratio est, *quia in potestate actoris est, judicatum exigere.* sed ea levior ratio est, quam ut sufficiat. nam, quod potest actor sibi cavere, instituta actione rei judicatæ, non eo pertinet, ut propterea aliter sibi consulere non debeat. Utitur igitur Paulus *d. l.* 1. §. 2. alia ratione; cum in Notis subjicit, *Quid enim pertinet ad officium Judicis futuri temporis tractatus?* Erotesis est, frequens Veteribus: cujus sensus est, quod ad Judicem non pertinet futuri temporis tractatus. atque is sensus clarior erit: cogitantibus, quod usuræ in bonæ fidei judiciis currunt ad sententiam: post consistunt intra tempora judicati quæ reo humanitatis causa indulgentur *l.* 16. §. 1. *D. de compensationibus*, & ideo a mora eum excusant. his vero finitis, rursus currunt usuræ, at non veteres, sed novæ, atque ipsæ ex causa rei judicatæ, nec ante, quam si conventio facta, & post eam mora commissa, fit: ut paulo post ostendetur ex usu ejus seculi. quod si est; apparet, ad Judicem non pertinere futuri temporis tractatum: quia oportet eum, cum sententiam dicit, officio suo fungi circa usuras quæ in judicio fuere. hæ vero non aliæ sunt, quam quæ tum cucurrere. cæterum, si quæ post futuræ sperentur ex causa judicati, ad eas non potest ejus officium respicere; quia illæ in judicio non fuere; & cum existent, non erit Judex, ejus officio per sententiam jam finito, & in actione rei judicatæ deinde a Prætore alio Judice constituendo.

At enim Papinianus *l.* 41. *D. de judiciis* scribit, *In omnibus bonæ fidei judiciis, cum nondum dies præstandæ pecuniæ venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex justa causa condemnationem fieri.* Potest igitur ad officium Judicis pertinere etiam futuri temporis inspectio. Sed videamus, ne id obtineat in futuro tempore, quod ex præsente pendeat. loquitur enim Papinianus de obligatione in diem: cujus executio differtur; cum ipsa præsens sit *l.* 46. *D. de verborum obligationibus:* cessit enim in ea dies, sed nondum venit *l.* 213. *D. de verborum significatione:* ac non potest ex ea agi ante diem, ut solutio fiat; sed si non hæc petatur, sed cautio: recte existimat Papinianus *d. l.* 41. convenire officio Judicis bonæ fidei, obligationem cujus dies cessit, etsi nondum venit, cautionibus interpositis servare tempori quo executioni dari possit. cæterum, si quid futurum sit ita, ut non pendeat ex præsente tempore: (quod fit, si quæstio sit de futuris usuris post condemnationem) magis est, ut non videatur ejus tractatus ad officium Judicis pertinere: quia quod non debetur, non venit in judicium, etsi aliquando futurum sit, ut debeatur. nova igitur actione opus est, auctore Papiniano *d. l.* 1. §. 2. *D. de usuris*, sive nova interpellatione: ut Paulus & Javolenus loquuntur *l.* 23. & *l.* 35. *D. de judiciis*, & *l.* 14. §. *ult. D. de aqua & aquæ pluviæ arcendæ actione.*

Sed obstat *l.* 1. *C. de sententia quæ sine certa* quan-

quantitate profertur: in qua Severus & Antoninus sic rescribunt, *Cum judicem quoad pecunia condemnationis soluta fuisset, de pendendis usuris legem dixisse profitearis: non contra juris formam sententiam datam, palam est.* Volunt Imperatores, valere sententiam qua Judex jubet, pendi usuras pecuniæ in condemnationem deductæ, donec pecunia solvatur. volunt igitur, valere sententiam qua Judex de futuris usuris pronuntiat. Nisi proponitur ibi actum actione rei judicatæ: in eaque Judex a Prætore datus: qui Judex pronuntiavit, usuras rei judicatæ solvi, quoad soluta esset pecunia, actori priore judicio adjudicata: & quia in sententia non expressit aut pecuniæ, aut usurarum, quantitatem: quæritur, an valeat sententia? quod putant Imperatores. scilicet, quia ex priore sententia apparet quantitas condemnationis, eamque indigitat Judex hac sequente. certæ quoque sunt usuræ rei judicatæ definitione juris publici. certa est igitur sententia. At Judex pronuntiat de futuris usuris. Ne puta. magis pronuntiat de his quæ post tempus judicati debentur; facta jam conventione: quam fieri necesse erat tempore Severi & Antonini. quo nondum currebant usuræ rei judicatæ ipso jure, sed demum post actoris interpellationem. Nec verbis opus: respicit eo Papinianus *l.* 1. §. 2. *D. de usuris*; cum negat, Judicem judicii bonæ fidei recte jubere interponi cautiones; ut, si tardius sententiæ condemnandus paruerit, futuri temporis usuræ pendantur: & addit causam, quæ causa est, *quia in potestate actoris est judicatum exigere.* Similiter placuit Imppp. Gratiano, Valentiniano, & Theodosio *l. unic. Cod. Theod. de usuris rei judicatæ*, reum post tres menses a lata sententia ad duplices centesimas teneri: sed non alias, quam interpellatum. Quod notandum est: quia a Justiniano post mutatum *l.* 2. *&* 3. *C. eod. tit.* etiam olim in fisco non obtinuit ex Antonini Constitutione quæ est in *l.* 1. *C. eod. tit.* ut ostendo alibi.

CAPUT XII.

Usuras in stricti juris judiciis officio Judicis non deberi, ne a tempore quidem litis contestatæ.

Igitur in bonæ fidei judiciis, & si quæ eis comparentur, usuræ ex mora debentur officio Judicis, etsi non sint promissæ. in judiciis autem stricti juris quamquam ex stipulatu peti possint; si præcedente interrogatione promissæ sint: tamen, si non sint promissæ, ex mora non debentur officio Judicis: estque insignis error existimantium, (quamquam jam seculi moribus obtineat) usuras in stricti juris judiciis post litem contestatam, etiam non promissas, deberi. Scio, movet eos, quod vulgo receptum est, actori causam, post litem contestatam, præstari in eum diem quo sententia dicitur, quia quale est, cum petitur, tale dari debet, in his quoque judiciis quæ non sunt arbitraria, nec bonæ fidei *l.* 31. *D. de rebus creditis.* Verum hoc non ad usuras, sed ad fructus in primis, & pauca alia, refertur *l.* 2. *l.* 3. §. 1. *D. de usuris.* At enim Ulpianus *l.* 34. *D. de usuris* scribit, *Usuras vicem fructuum obtinere, & merito non debere a fructibus separari.* Et ita est: sed, si Ulpianum audimus, non ubique: sed *in legatis & fideicommissis, & in tutelæ actione, & in cæteris judiciis bonæ fidei servatur.* atque, ut supra dixi, id non eorum vi ac natura, sed Principum Constitutionibus, receptum. ad alia igitur in quibus constitutum non est, porrigendum non est. imo contra est in his servandum, quod ex vetere jure ait Pomponius *l.* 121. *D. de verborum significatione*, Usuram pecuniæ quam percipimus, in fructu non esse: quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est, nova obligatione. Ut autem clarior sit legis sensus, observandum est, desumptam esse ex Ulpiani lib. 15. Ad Edictum ex quo item *l.* 20. *l.* 25. *l.* 27. *&* *l.* 29. *D. de hereditatis petitione*: atque adeo respicere ad Senatusconsultum de hereditatis petitione, cujus verba exstant in *d. l.* 20. §. 4. neque aliud velle, quam hereditatis possessorem ex eo Senatusconsulto teneri, heredi æque usuras restituere, si quas ex pecunia hereditaria accepit, atque fructus ex rebus hereditariis perceptos: quam ob rem? quia usuræ obtinent vicem fructuum, & merito non debent a fructibus separari. idque confirmari eo, quod in legatis, & fideicommissis, & in tutelæ actione, & in cæteris bonæ fidei judiciis ita observatur post Constitutionem D. Pii: ut supra dictum. quid ni igitur in petitione hereditatis? Respondi primo argumento, quo decepti sunt homines docti. Venio ad alterum. quod petitur ex *l.* 35. *D. de usuris*: in qua Paulus ait, *Lite contestata usuræ currunt.* sic autem exponitur, quasi velit, lite contestata, usuras incipere currere: quo sensu ea vox accipitur ab ipso Paulo *l.* 40. *D. de rebus creditis*, & Ulpiano *l.* 7. §. 7. *D. de administratione tutorum.* At non est illa, etsi videtur, Pauli sententia, usuras, si ante litem contestatam non cucurrerint, post eam incipere currere: hæc est, usuras, si ante cucurrerint, post litem contestatam adhuc pergere currere: quomodo apud Persium *Sat.* 5. *vers.* 149. dicitur *pergere sudare*, pro sudare, in his verbis.

Quid petis? ut nummi quos hic quincunce modesto
Nutrieras, avidos pergant sudare deunces.

Quod Casaubonus ibi animadvertit. Impp. Severus & Antoninus, sub quibus floruit Paulus, *l.* 1. *C. de judiciis* sic pronuntiant, *Judicio cœpto, usurarum stipulatio non est perempta.* Et ante eos Pomponius *l.* 90. *D. de verborum obligationibus*, *Etiamsi*, inquit, *sortis obligatio in judicium sit deducta, adhuc tamen pœna crescit.* Hoc vero est, quod Paulus ait, *lite contestata, usuras currere*, sive, non desinere currere: pariter ut Marcellus *l.* 2. *D. Pro donato* ait, *Curret usucapio*, pro perget currere. Atque id expeditius erit, adhæc reputantibus, *d. l.* 35. esse partem *l.* 18. *D. de novationibus.* est enim utraque ex eodem Pauli *lib.* 57. *Ad Edictum*, ac fere sic conjungenda, *Novatione legitime facta, liberantur hypothecæ, & pignus, usurae non currunt: lite contestata, usurae currunt.* sensus est; novatione quidem quæ voluntate creditoris & debitoris legitime facta sit, & hypothecas liberari, & pignus, usuras quoque desinere currere; nempe, quia principali obligatione creditoris voluntate extincta, deinde nec ea quæ accessoria sunt, subsistunt. at si lis sit inter creditorem & debitorem contestata, etsi idem videri possit, quia & litis contestatione novatio fieri intelligitur: tamen non esse idem. scilicet, quia ea novatio fit necessitate, atque ideo ea plerumque melior fit actoris conditio, deterior non fit *l.* 29. *D. de novationibus.*

lite

lite igitur contestata usuræ currunt: id est, si ante cucurrerint, postea non desinunt currere; sed si ante non cucurrerint, propter litem contestatam, non incipiunt currere. quamquam post sententiam, si non solvatur res judicata intra tempus, quod condemnatis indulgetur, placuit, ejus usuras deinde incipere currere ex causa judicati *l.* 2. & 3. *C. de usuris rei judicatæ.*

Caput XIII.

In arbitrariis judiciis usuras officio Judicis numquam deberi quasi usuras, sed quasi id quod interest aliquando deberi. & cur? Ulpianus l. 29. §. 2. D. de Aedilitio Edicto explicitus.

Postquam dixi, quis usurarum usus sit in judiciis bonæ fidei & stricti juris; vult ordo, & arbitrariorum rationem paucis examinari. Pendent ea judicia (quod & nomen indicat) a Judicis arbitrio §. 31. *Inst. de actionibus.* Sed Constitutio quæ usuras officio Judicis introduxit, tantum fuit de bonæ fidei judiciis, deque legatis, ac fideicommissis, locuta: de actionibus autem arbitrariis locuta non fuit; non magis, quam de judiciis stricti juris. non igitur in arbitrariis usuræ officio Judicis debentur: quia in his neque ante eam Constitutionem obtinuere, neque per eam, aut aliam, post introductæ sunt. Possint tamen in his aliquando adjudicari; non quasi usuræ, sed quasi id quod interest: fere simili ratione qua usuras in bonæ fidei judiciis ante eam Constitutionem ex Labeonis auctoritate admissas fuisse, in antecessum ostendi ex *l.* 60 *D. Pro socio.*

Ne res exemplo egeret, Ulpiani verba adscripsi ex *l.* 29. §. 2. *D. de Ædilitio Edicto.* Ulpiani verba, *Condemnatio autem fit*, quanti ea res erit. *Ergo excedet pretium, an non, videamus? Et quidem continet condemnatio pretium accessionesque. An & usuras pretii consequatur, quasi quod sua intersit debeat accipere: maxime cum fructus quoque ipse restituat? Et placet consecuturum.* Ulpiani sermo est de restitutione pecuniæ quam venditor emptori, re redhibita, facere debeat. ea autem pecunia petitur actione empti *l.* 11. §. 3. *D. de actionibus empti & venditi*, quæ est bonæ fidei: etiam Ædilitia in factum, quam arbitrariam esse, apparet ex *d. l.* 29. *pr.* & §. *ult.* & *l.* 31. §. 9. & §. 13. *D. de Ædilitio Edicto.* utraque ad id quod interest competit. Sed Ulpianus *d. l.* 29. §. 2. agit de actione Ædilitia in factum arbitraria. in ea actione usuræ proprie non veniunt officio Judicis: quia id nulla placuit Constitutione. putat tamen Ulpianus, emptorem ea actione posse consequi usuras pretii, non quasi usuras, sed quasi id quod sua interest: ejusque rei hanc rationem esse, quod in arbitraria actione Judicis æstimatio est, quemadmodum actori satisfieri oporteat: &, cum emptor venditori in redhibitione non modo rem, sed & fructus ejus, restituat, vicissim æquo & bono convenire videtur, ut venditor emptori non modo pretium, sed usuras quoque, quasi id quod ejus intersit, restituat. præsertim, cum usuræ fructuum vicem præstent: nec æquitas patiatur, venditorem simul & rei, & pecuniæ fructus habere cum injuria emptoris.

Caput XIV.

Usuras tolli, sorte ipso jure sublata, ut solutione: sed futuras, non præteritas: maxime, si conventione debeantur. Quid, si veniant officio Judicis? Usuras etiam cæteris tolli modis quibus obligatio ipso jure exstinguitur: ut compensatione & novatione.

Superest, ut videamus, quibus modis usuræ deberi desinant: sunt autem plures. ex quibus primum ponam solutionem sortis. nam ea liberatur debitor obligatione ex qua usuras debet: sublato autem principali debito, non potest usuris, id est, accessioni, locus esse *l.* 178. *D. de regulis juris.* & hoc nulli dubium est, si quidem agatur de futuris usuris. nam, cum pro usu sortis debeantur, non possunt intelligi, sublato usu pro quo debentur. Ita causam habet danista, apud Plautum. cum negat sortem accipere; nisi prius soluto fœnore, *Mostellaria* 3. 1. his verbis.

TR. Sortem accipe. DA. imo fœnus. id primum volo.

Eodem respicit illud Artemidori *lib.* 4. *Oneirocritic. c.* 82. *Quidam filius sibi nasci cupiens, visus est sibi occurrere debitori, & debitum accipere, & debitori apochen, & receptæ debitæ pecuniæ testimonium dare, atque somnium quidem sic habebat. Narrat autem quod cum somniorum interpretes in Alexandria ipsum judicare non possent, dubius homo, quidnam somnium significaret, supplicaverit Serapidi, ut ipsi ænigma interpretaretur. Et sane visus est sibi, Serapin ipsi dicere, non erunt tibi filii: qui enim apochen exhibuit, usuram non accipit. appellatur autem Græcis omnis partus ac prognatus filius* τόκος, *qua voce etiam usura significatur.* De præteritis autem usuris si quæratur, distinguendum est, utrum ex conventione debeantur: an aliter. nam, si stipulatio, verbi gratia, intervenerit, quamquam sublata sorte, tamen usuræ debentur. quippe cum duæ sint obligationes, una sortis, altera usurarum *l.* 75. §. *pen. D. de verborum obligationibus*, *l.* 8. *D. de eo quod certo loco*: ex quibus illa, quæ sortis est, sublata; nil vetat, hanc, quæ usurarum est, existere; quia in ea usuræ non ut accessio principalis obligationis habentur; sed ut debitæ ex nova causa, id est, ex nova obligatione *l.* 121. *D. de verborum significatione.* Sic, si ex conventione veniant usuræ. at si aliter debeantur ex mora, contra dicendum est: quia tum non ex obligatione proficiscuntur, sed officio Judicis applicantur *l.* 54. *D. Locati conducti*: denique non duæ sunt obligationes: altera usurarum, ut in superiore casu: sed una obligatio sortis; qua per solutionem consumpta, nec actio, nec Judicis officium, nec usurarum petitio superest. Atque hoc Hermogenianus indigitat *l.* 49. §. 1. *D. de actionibus empti & venditi*: cum sic definit, *Pretii sorte, licet post moram soluta, usuræ peti non possunt, cum hæ non sint in obligatione, sed officio Judicis præstentur.* Idemque est: si, cum usuræ officio Judicis debeantur in bonæ fidei judiciis, Judex eas in condemnatione omiserit,

ferit, nec provocatio fequuta fit *l.* 4. *C. Depofiti vel contra. l.* 13. *C. de ufuris*: licet in illis quæ ftipulatu debentur, aliud jus fit *l.* 8. *D. de eo quod certo loco.*

Sed ufuræ non tantum fortis folutione defi-nunt, fed compenfatione quoque *l.* 4. *C. de compenfationibus*, & novatione, maxime ftipulatione facta: quæ cum contrahentium voluntate principalem tollat obligationem, & civilem, & naturalem; nil mirum, fi & accefforiam tollere videatur *l.* 18. *D. de novationibus.* Quid, fi litis conteftatione fiat novatio? fane ficut ftipulatione, fic judicio accepto, contrahitur, ita ut prior obligatio, fequuta poft condemnatione, in judicati obligationem transferatur *l.* 3. §. 11. *D. de peculio. l.* 16. §. 6. *D. de pignoribus.* Sed ea novatio a fuperiore diftinguitur. non enim, ut illa, fponte contrahentium, fed inter invitos, contingit *l.* 83. §. 1. *D. de verborum obligationibus*; ex neceffitate *l. ult. D. de feparationibus*, neque actoris caufam deteriorem facit; fed meliorem *l.* 29. *D. de novationibus.* proinde licet novatione, per ftipulationem facta, ufuræ ftatim definant currere *d. l.* 18. *D. eod. tit.* tamen fi litis conteftatione fiat novatio, ufuræ pergunt currere *l.* 35. *D. de ufuris* usque ad fententiam: poft inhibentur, & aliæ ex judicati caufa fuccedunt *l. ult. C. de ufuris rei judicatæ.*

CAPUT XV.

De oblatione, obfignatione, & depofitione, fortis & ufurarum, cum in mora eft creditor: deque ejus rei effectu. & quid, fi debitor recipiat pecuniam oblatam, obfignatam, & depofitam? an & quando, facta oblatione, nec fequuta obfignatione ac depofitione, principalis tollatur obligatio, & utrum ipfo jure, an ope exceptionis? Sabinianorum & Proculianorum diffenfio. Marcellus l. 72. D. de folutionibus liberatus malo quo hactenus laboravit. quid in ufuris ex mora debitis, five ex ftipulatu, five officio Judicis? Jacobus Cujacius & Antonius Faber refutati. fimul compofita infignis & molefta lis quæ huc usque diremit concordiam Papiniani l. 1. §. 3. D. de ufuris. Marcelli & Ulpiani l. 28. §. 1. D. de adminiftratione tutorum, demonftrato vario temporum ufu quibus illi floruere. in d. l. 28. §. 1. non apparere Triboniani manum aut culpam: etfi fufpicatus fit Antonius Faber. nec feliciorem effe ejus conjecturam de Paulo l. 73. D. de procuratoribus. extricatur locus Scævolæ impeditiffimus qui eft in l. 122. §. 5. D. de verborum obligationibus. antichrefin ex fententia clariffimorum hominum fola tolli oblatione. eam fententiam procul vero effe. Antoninus l. 11. C. de ufuris leviter emendatus & illuftratus. quid in ufuris frugum humidarum aut aridarum?

Tolluntur quoque ufuræ fortis ufurarumque oblatione, obfignatione, ac depofitione. finge; debitor ufurarius (fic enim vocatur *l.* 7. *D. de ufuris*) offert creditori fortem & ufuras. negat creditor accipere, motus non ratione, fed commodo ufurarum, & copia debitoris, (morem tangit Seneca *lib.* 2. *De benefic. c.* 17. his verbis, *Male audire folet fœnerator, fi acerbe exigit: aeque fi in recipiendo tardus ac difficilis moras quaerit*) fufficit debitori, pecuniam debitam cum ufuris obtuliffe, obfignaffe in facculo, & depofuiffe. non enim patitur ratio, per creditorem ftare, utrum liberetur debitor qui paratus eft ei quod debet folvere. igitur fi recufat creditor fine caufa, oblatam cum ufuris fortem accipere, & debitor confignatam deponit: etfi proprie nihil folvat; tamen, quia pro folvente habetur, ftatim liberatur a forte *l.* 9. *C. de folutionibus*, & ab ufuris *l.* 6. & *l.* 19. *C. de ufuris.* & hoc eft, quod Papinianus *d. l.* 7. ait, *Ex eo die ratio non habebitur ufurarum.* & ante eum Cicero *lib.* 6. *Ad Attic. epift.* 1. *Confiftere ufura debuit quae erat in edicto meo. deponere volebant.* Sed ut hoc jus fit, non fufficit, obfignatam & depofitam a debitore effe pecuniam; fed etiam creditori oblatam effe oportet *l.* 2. *C. de ufuris*, maxime teftibus præfentibus *l.* 6. *C. eod. tit.* five, (ut Imperator Philippus ait *l.* 19. *C. eod. tit.*) poft conteftationem. nempe ut, fi facta negetur oblatio, fint quibus probari poffit *l.* 2. *C. Debitorem venditionem pignoris impedire non poffe.* amplius debet creditori debitor totam fortem offerre, & totius ufuras, atque ipfas opportuno loco & tempore. nam fi alio loco, aut alio tempore, offerat, aut non omnes ufuras, aut tantum partes fortis, habet creditor caufam, cur recufet folutionis acceptionem; & ideo neque debiti liberationem fequi, neque ufurarum totius debiti præftationem retardari, verius eft *l.* 41. §. 1. *D. de ufuris. d. l.* 9. *C.* & *l.* 39. *D. de folutionibus.*

Sed ut non fufficit, fortem cum ufuris obfignatam ac depofitam effe, nifi ante fit oblata: fic nec oblatam effe fufficit, nifi & obfignata & depofita fit. id enim ad Marcellum notat Ulpianus *l.* 28. §. 1. *D. de adminiftratione tutorum.* idemque Papinianus requirit *l.* 1. §. *ult.* & *l.* 7. *D. de ufuris*, etiam Antoninus *l.* 6. & 9. *C. eod. tit.* & Philippus *l.* 19. *C. eod. tit.* debet autem depofita effe in loco tuto *d. l.* 28. §. 1. qualis eft publicus: eumque intelligi facratiffimas ædes, vel ubi competens Judex, fuper ea re aditus, eas deponi difpofuerit, definit Imp. Philippus *d. l.* 19. recte. nam & fani Cicero ea in re meminit *d. epift.* 1. *lib.* 6. *Ad Attic.* & pecunias in ædibus facris deponi ac publicitus cuftodiri folitas, indicat inter alios Plautus *Bacchid.* 2. 3. *verf.* 72. Publicus igitur locus Imp. Philippo hoc in cafu eft ædes facra. addit, vel ubi competens Judex fuper ea re aditus, eas deponi difpofuerit: & hujusmodi cafus eft in *l.* 56. §. 1. *D. Mandati vel contra.* Hæc, fi præfens creditor fit. quid, fi abfens fit? debet debitor Præfidem fuper hoc interpellare *d. l.* 6. *C. de ufuris.*

Igitur oblatio, fed quam fequuta eft obfignatio & depofitio, obligationem tollit ipfo jure: neque hanc tantum, fed ufuras quoque. ita fit, ut debitor, quamquam deinde interpelletur a creditore, neque moram facere intelligatur, neque ad fortem aut ufuras teneri. utique, fi deinde fortem cum ufuris non recipiat. nam, fi id fit, definit depofitio effe; & revivifcit prior actio, ante extincta: quamquam non directa; id enim fieri nequit, falvis regulis juris *l.* 66.

§. 1.

§. 1. *D. de legatis lib.* 2. *l.* 83. §. 5. *D. de verborum obligationibus*: sed utilis *l.* 19. *C. de usuris.* scilicet, quia causa liberationis cessante ex facto debitoris, & liberationem cessare necesse est. Unde consequens est, ut debitor, si deinde interpellatus a creditore non solvat quod debet, in mora sit *l.* 17. *D. de periculo & commodo rei venditæ:* priore mora per posteriorem purgata. debebit igitur debitor rursus ex eo tempore usuras ad quas ante depositionem & consignationem tenebatur. Atque hoc Papinianus vult *l.* 7. *D. de usuris*: sic respondens, *Debitor usurarius creditori pecuniam obtulit, & eam cum accipere noluisset, obsignavit ac deposuit: ex eo die ratio non habebitur usurarum. Quod si postea conventus, ut solveret, moram fecerit, nummi steriles ex eo tempore non erunt.* Sic Papinianus; sed quia subobscure, interpretatione adjuvandus erit. observandum autem, quod non ait, debitorem, si post oblatos depositosque nummos a creditore conventus, eos non solvat, moram facere; & ideo nummos non fore steriles: sed ait, si debitor pecuniam creditori obtulit, & eo non accipiente, consignatam deposuit, & postea conventus, ut solveret, moram fecit, ex eo tempore steriles non fore nummos. id vero non vult, usuras currere ex quo conventus post depositionem debitor, non solvit. id enim non ita est, si depositos nummos non recepit: non enim potest jure conveniri adversus quem actio non est: ubi autem deficit actio, etsi conventus debitor sit, tamen mora non est *l.* 88. *D. de regulis juris*: denique, non commissa mora, non potest debitor ad usuras teneri. Sed Papinianus vult, quod nummi steriles non erunt, non ex eo tempore ex quo, ut solvat, conventus est: sed ex quo conventus moram fecit; quod fit, si debitor nummos primum deposuit, deinde recepit, & postea conventus, ut solvat receptos nummos, non solvit. tum enim jure convenitur; & conventus, si cessat solvere, moram facit, & ideo ad usuras tenetur Sic, si oblatio, obsignatio, ac depositio, intervenerit.

Sed quid, si oblatio facta sit sine sequente obsignatione ac depositione? non liberatur debitor, quamdiu exstat res oblata: sed, si periit, liberatur; sive culpa ejus periit, sive sine culpa; modo si non dolus accusetur *l.* 9. *D. Soluto matrimonio. l.* 17. *D. de periculo & commodo rei venditæ.* liberatur vero non ipso jure, etsi existimavit Massurius Sabinus, probante Javoleno *l.* 105. *D. de verborum obligationibus*, sed ope exceptionis: quam maluisse videntur Proculiani; quorum obtinuit sententia, maxime in judiciis stricti juris *l.* 73. § *ult. D. de verborum obligationibus l.* 84. §. 3. *D. de legatis lib.* 1. nam in bonæ fidei judiciis debitor adhuc ipso jure liberatur. non, quod in bonæ fidei judiciis non eadem debitori competat doli mali exceptio: sed quod, cum eadem sit in utroque genere, aliter in bonæ fidei, aliter in stricti juris, judicio exercenda sit: propterea quod exceptio bonæ fidei judicio inest; stricti autem juris judicio non inest, in altero igitur judicio eam in jure contestari, & a Prætore formulæ inseri, oportet; ut post litem contestatam deinde usum inveniat apud Judicem. in altero eam in jure apud Prætorem contestari ac formulæ inseri nihil attinet; quia etiam omissa apud Prætorem, post litem contestatam usum invenit apud Judicem: ut ostendi *lib.* 1. *De jurisdictione & imperio c.* 13. Utrumque probat Marcellus *l.* 72. *D. de solutionibus.* verba Marcelli. *Qui decem debet, si ea obtulerit creditori, & ille sine justa causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa perdiderit: doli mali exceptione potest se tueri, quamquam aliquando interpellatus non solverit. etenim non est æquum, teneri pecunia amissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset. Quare pro soluto id in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse. Et sane si servus erat in dote, eumque obtulit maritus, & is servus decessit, aut nummos obtulit, eosque non accipiente muliere perdiderit: ipso jure desinet teneri.* Sic in omnibus exemplaribus editur. ausim tamen legere, *Qui decem debet, si ea obtulerit creditori, & ille sine justa causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea perdiderit, doli mali.* & reliqua. nam verba, *sine sua culpa*, quæ delevi, aliena sunt: ut alias (si Deus sinet) paulo uberius demonstrabo. igitur quamdiu exstat res oblata, debitorem non liberat nuda oblatio. idque adeo placet; ut, si creditor, qui sine causa recusavit debitum accipere, postea petat a debitore, quia jure petit, non solventem in mora constituat *l.* 17. *D. de periculo & commodo rei venditæ.* hoc vero indicio est, actionem nuda oblatione statim non fuisse exstinctam aut ipso jure, aut ope exceptionis. nam si hoc esset, non haberet creditor petitionem, saltem cum effectu: ea autem deficiente, non posset in mora esse debitor a quo non poterat peti *l.* 88. *D. de regulis juris. l.* 40. *D. de rebus creditis.* Sed ut sola oblatione debitor non liberatur a principali debito: sic nec ab usuris eum liberari, rationis est. utique, si ex die conventionis debeantur. tum enim proprie fœnus appellatur: nec respicit res ad reparationem damni ex mora facti: sed ad lucrum.

At quid, si ex mora veniant usuræ? sunt qui putent, eas sola oblatione tolli: inter quos familiam ducunt Jacobus Cujacius *ad l.* 122. §. 5. *D. de verborum obligationibus*, & Antonius Faber, *De erroribus pragmaticorum*, *decad.* 22. *error.* 5. maxime, si officio Judicis debeantur usuræ: & causam adferunt. ea causa est, præcedentem moram sequente oblatione purgari *arg. l.* 91. §. 3. *D. de verborum obligationibus.* quod si placet: idem erit in stipulatione qua usuræ ex mora promittuntur. at hoc nemo dixerit; quin Cujacius refellit & Faber. igitur nec, si officio Judicis debeantur, sola oblatione sistentur. Sed quid est? mihi longe aliter videtur. puto, usuras, sive ex stipulatu, sive officio Judicis jam incœperint currere ob moram, sola oblatione non sisti: sed si non cucurrerint ante oblationem, post eam non incipere currere. Argumenta cedo. accipe ex *l.* 1. §. 3. *D. de usuris*, *l.* 28. §. 1. *D. de administratione tutorum*, & *l.* 122. §. 5. *D. de verborum obligationibus*, ipsa vera & pulchra; sed plenius enarranda. sunt enim doctrinæ non publicæ, fere ignorantia historiæ usurarum. ea certe deceptus Vir prudentissimus, Antonius Faber, *d. error.* 5. *n.* 10. suspicatus est, in *d. l.* 28. §. 1. aut infelicem Ulpiani interpretationem esse, aut Triboniani interpolatione deformatam. quod cum non sit, utrumque, quantum potero, ea calumnia liberabo. Sed primum exponam verba *d. l.* 1. §. 3. *D. de usuris.* ea verba sunt, *Circa tutelæ restitutionem pro favore pupillorum latior interpretatio facta est: nemo enim ambigit hodie, sive judex accipiatur in diem sententiæ, sive sine judice tutela restituatur, in eum diem quo restituit, usuras præstari. Plane, si tutelæ judicio nolentem experiri, tutor ultro convenerit, & pecuniam obtulerit, eamque obsignatam deposuerit, ex eo tempore non præstabit usuras.* Cum ait Papinianus, quod *circa tutelæ restitutionem latior interpretatio facta est pro favore pupillorum*: significat, quod interpretatio laxior & benignior, quam in

in cæteris bonæ fidei judiciis, de quibus egerat *d. l.* 1. §. 2. *&* 3. facta est circa tutelæ actionem. sic enim accipienda *tutelæ restitutio*: ut in *l.* 28. §. 1. *D. de administratione tutorum.* instituitur enim tutelæ actio post pubertatem: & hoc tempore dicitur pupillus in suam tutelam venire *pr. Inst. de pupillari substitutione*, *l.* 39. *D. de vulgari & pupillari substitutione*, & suam tutelam recipere: ut apud Suetonium, *Claudio c.* 2. cum ante non in sua, sed in tutoris, tutela esset. Igitur circa tutelæ actionem facta est interpretatio latior, id est, remissior, & benignior, quam in actione pro socio, & cæteris bonæ fidei judiciis. quid ita? quia postulabat pupillaris ætatis favor, ut usuræ in tutelæ actione ipso jure deberentur sine personæ interpellatione: sive tutor invaserit, aut in usus suos converterit pupilli pecuniam: sive eam neque invaserit, neque in usus suos converterit: quod in actione pro socio non est. & hoc *hodie* certum esse, Papinianus *d. l.* 1. §. 3. ait. *hodie* autem est post Severi Constitutionem de qua alibi monui ex. *l.* 26. §. 1. *D. de fideicommissariis libertatibus.* Satis de prima Papiniani quæstione: quæ est, ex quo die currant pupillares usuræ. Sequitur altera, usque ad quem currant. in ea sic distinguit; aut accipitur Judex tutelæ, aut tutela sine Judice restituitur. primum, si Judex accipitur, id est, si tutelæ agitur, ut ratio reddatur & reliqua solvantur; ait Papinianus, usuras deberi in diem sententiæ. Paulus *l.* 46. §. 3. *D. de administratione tutorum* ait, in diem *accepti judicii.* sed hunc accipe, diem sententiæ. quo sensu sumitur *l.* 1. *C. Si adversus rem judicatam*, *& in l.* 29. §. 3. *D. de legatis lib.* 3. *junct. l.* 29. §. *ult. D. de evictionibus*; etsi alias diem litis contestatæ significet. Hoc, si judex tutelæ accipitur. quid, si sine eo restituatur tutela? ait Papinianus, usuras præstari in eum diem quo tutela restituitur: id est, quo ratio redditur, & reliqua solvuntur. quod Ulpianus probat *l.* 7. §. *ult. D. de administratione tutorum.* atque hæc certa sunt Papiniano *d. l.* 1. §. 3. nisi tutor nolentem tutelæ judicio experiri ultro convenerit, & pecuniam ei obtulerit, eamque obsignatam deposuerit. nam, si hoc sit, existimat, tutorem ex eo tempore non præstare usuras: aliter ac si obtulerit quidem pecuniam, non autem consignatam deposuerit. tum enim verius est, post Imp. Severi Constitutionem de qua dixi, adhuc ad usuras eum teneri: quia ea Constitutione placuit, in tutela usuras ipso jure currere sine interpellatione: ut autem sistatur iter jam currentium usurarum, pecunia vel naturaliter solvi, vel alioquin offerri, & obsignari, & deponi, debet: sola autem oblatione, non sequente obsignatione & depositione, non desinunt usuræ currere quæ ante cucurrerunt. sic post Severi Constitutionem. Cæterum ante hanc non ita fuit. auctor Marcellus *l.* 28. §. 1. *D. de administratione & periculo tutorum.* verba ejus loci. *Tutor qui post pubertatem pupilli negotiorum ejus administratione abstinuit, usuras præstare non debet, ex quo obtulit pecuniam: quin etiam justius mihi videtur, eum per quem non stetit quo minus conventus restitueret tutelam, ad præstationem usurarum non compelli. Ulpianus notat, Non sufficit obtulisse, nisi & deposuit obsignatam tuto in loco.* Marcellus recte & convenienter usui sui temporis negat, tutorem, si post finitam tutelam ejus administratione abstinuit, ad usuras teneri, ex quo pecuniam obtulit. nempe, quia tutor usuras Marcelli tempore tantum ex mora debebat; ipso jure sine mora non debebat: & quamquam sola oblatione non possent tolli currentes usuræ; poterat tamen fieri, ut quæ nondum cucurrerant, non inciperent. Sed quod Marcellus de sui temporis usu verissime scripsit; non ita fuit florente Ulpiano, postquam Severo visum fuit, usuras pupillo deberi non solum ex mora, sed etiam ante moram ipso jure; & ideo is, *Notis ad Marcellum*, recte observat, *non sufficere* (tutori) *obtulisse*, *nisi & deposuit obsignatam tuto in loco.* scilicet, quia usuræ, jam ipso jure currentes ex Severi Constitutione ante moram, non videbantur tolli pecuniæ oblatione: nisi sequuta demum obsignatione & depositione. atque hoc si est: apparet, ab Antonio Fabro V. CL. *d. error.* 5. *decad.* 22. *n.* 10. neque Ulpianum, neque Tribonianum, ullo castigari jure; non animadversa juris mutatione tam notabili. Sed neque felicior ejus conjectura est circa hæc Pauli verba *l.* 73. *D. de procuratoribus. Sed hoc constat, ut ante litem contestatam Præses jubeat in æde sacra pecuniam deponi: hoc enim fit & in pupillaribus pecuniis.* Quod enim de pupillaribus pecuniis dicitur, Faber non Pauli, sed Triboniani, esse opinatur: cum in his Triboniani neque culpa, neque manus, sit. sed & hic Fabrum fugit usus juris, Severi Constitutione inclinati, & Pauli atque Ulpiani tempore valentis. Dixi de judicio bonæ fidei.

Venio ad judicium stricti juris. de eo Scævola (sic enim censeo; quicquid dicat Vir Illustris, Jacobus Cujacius) *l.* 122. §. 5. *D. de verborum obligationibus.* verba Scævolæ. *Seja heres unius tutoris cum herede pupillæ transactione pacto solo facta, majorem partem solvit, residuam cavit: sed illico negavit heres se transactionem servare: & apud judicem tutelæ egit, & victus provocavit ad competentem judicem, & ab eo quoque ad Principem idem provocavit: & injusta hæc quoque provocatio ejus pronuntiata est. quæsitum est, cum per heredem pupillæ mora intercesserit, quo minus pecunia in stipulationem deducta ab herede tutoris solveretur, nec unquam petierit: an ei hodie debeantur usuræ ab herede tutoris? Respondit, si Seja non cessasset ex stipulatione pecuniam offerre, jure usuras non deberi.* Thema hoc est. Seja heres tutoris, heredi pupillæ tenetur actione tutelæ. inter eos cum metueretur lis, facta est transactio solo, id est, nudo, pacto. ejus transactionis lex fuit, ut pupillæ heres, accepta certa summa, a lite desisteret. Seja majorem ejus summæ partem solvit, & reliquam cavit: id est, promisit per stipulationem. sic enim accipiendum id verbum: ut apud Paulum *l.* 17. *D. de usuris*: & in illo Sidonii Apollinaris *lib.* 4. *epist.* 24. *Ut chirographo facto docetur, cauta centesima est fœneratori.* igitur Seja, soluta majore ejus summæ parte, residuam stipulatione promisit; ac, si quo post solveret, usuras. quod etsi palam non dicatur, arguit tenor loci. deinde egit pupillæ heres non actione ex stipulatu, sed tutelæ. erat enim transactio facta nudo pacto, neque hanc sequuta erat Aquiliana stipulatio, neque acceptilatio, sed simplex stipulatio. ipso igitur jure supererat tutelæ actio; sed, quia poterat elidi pacti exceptione, & hæc inerat tutelæ actioni, id est, bonæ fidei judicio, perinde erat, si ad effectum respiceretur, ac si ipso jure nulla esset actio. egit igitur pupillæ heres actione tutelæ; ac, cum litem amitteret, provocavit ad superiorem Judicem. a quo confirmata priore sententia, postremo Principem appellavit. sed & hic injusta ejus provocatio pronuntiata est. igitur, cum alia non esset provocatio, quæsitum fuit, an usuræ deberentur a tutoris herede. quærendi causa erat, quod usuras stipulatione promiserat ex mora. at non per eam, sed per heredem pupillæ, facta videbatur mora. ipse

ſe ſane pecuniam ex ſtipulatu numquam petierat: ſed tutelæ egerat. reſpondetur autem, ſi Seja non ceſſaſſet pecuniam offerre, jure non deberi uſuras. Inde colligit Jacobus Cujacius, uſuras officio Judicis debitas in actione bonæ fidei, qualis eſt tutelæ actio, oblatione ſiſti; etſi nulla ſecuta obſignatione & depoſitione. Male. nam quod Cujacius vult, non vult Scævola. non enim proponuntur ei uſuræ, officio Judicis debitæ in actione tutelæ: ſed proponitur ei nudo pacto eſſe transactum de actione tutelæ: & cum major pars, transactione debita, eſſet ſoluta, reſidua eſſe cauta, id eſt, ſtipulatione promiſſa, adjecta pœna, ſi in ſolutione ceſſatur: (ſic enim ſuſpicor, & patitur tenor loci) & ideo, ſi ſiſtantur uſuræ nuda oblatione, non ſiſtuntur in actione tutelæ, ſeu bonæ fidei, debitæ officio Judicis; quæ Cujacii ſententia fuit: ſed ex ſtipulatu debitæ jure obligationis in judicio ſtricti juris. hæ quoque uſuræ Scævolæ non proponuntur cucurriſſe jam ex mora, & deinde interveniente oblatione deſiiſſe currere. minime. ſed proponitur Seja heres tutoris, cum pupilli heres pecuniam peteret actione tutelæ, ex qua non debebantur, eam in jure obtuliſſe ex cauſa ſtipulationis: ex qua poterant ei deberi; ſi Seja in mora fuiſſet. jam vero ea nulla intervenit. primum enim non fuit conventa actione ex ſtipulatu. ſed actione tutelæ. deinde, cum fuit conventa, quamquam male, tamen non ceſſavit ex ſtipulatu pecuniam offerre. non igitur Seja, heres tutoris, proponitur in mora fuiſſe; ſed heres pupillæ: & ideo placet, ad uſuras non teneri Sejam, quaſi deficiente conditione ſub qua eas promiſerat. atque id Scævola vult, cum ait, *ſi Seja non ceſſaſſet ex ſtipulatu pecuniam offerre.* ſic enim accipi debet, quaſi dicat, uſuras a Seja non deberi; ſi, cum tutelæ conveniretur, non neglexerit, pecuniam ex ſtipulatu offerre: quia non proponitur fuiſſe in mora, ex qua uſuras promiſerat. utique, ſi pupilli heres oblatam pecuniam numquam deinde petiit ex ſtipulatu qua actione debebat petere. nam, ſi petiit & Seja non fuit parata ſolvere, adhuc videtur ceſſaſſe, & hac re moram commiſiſſe *l.* 3. §. *ult. D. de actionibus empti & venditi.*

Hæc igitur obtinent non in præſente, ſed futura, uſurarum obligatione. utrumque indigitat in primis ſpecies quam Antoninus tractat *l.* 9. *C. de uſuris.* ſpecies Antonini. Titius accipit mutuam pecuniam, & creditori per ſtipulationem promittit minores uſuras, & ſi has ſua die non ſolverit, majores. placet, minoribus ſua die oblatis, ſi eas declinet creditor, oblationem pro præſtatione haberi: etſi nulla ſequatur conſignatio aut depoſitio. eſt enim hujus ſtipulationis, ſi minores ſua die non ſolvantur, majores dari, ſenſus ille, ut majores non debeantur, ſi minores ſua die ſolvantur *l.* 40. §. 2. *D. de conditionibus & demonſtrationibus.* ea vero conditio pro impleta habetur, ſive debitor minores ſolvat, ſive per eum non ſtet, quo minus ſolvat: quod tum fit, cum minores offert, & creditor negat, eas accipere. receptum enim eſt, quoties per eum cujus intereſt conditionem non impleri, fiat, quo minus impleatur, perinde haberi, ac ſi impleta conditio fuiſſet *l.* 161. *D. de regulis juris.* unde conſequens eſt, ut oblatio, quamquam ſola non ſiſtit curſum debitarum uſurarum, obſtet tamen, quo minus futuræ incipiant. ſed utrumque clare Antoninus *l.* 9. *C. de uſuris.* verba Antonini. *Si per te non ſtat, quo minus intra tempora præfinita pecuniam minorum ſolveres* [*uſurarum,*] *ſed per tutores filiorum creditoris, qui eam accipere noluerunt, idque apud judicem datum probaveris: ejus temporis, quo per te non ſtetiſſe apparuerit, uſuræ majores non exigentur. Quod ſi etiam ſortem depoſuiſti, exinde ex quo id factum apparuerit, in uſuras non convenieris.*

In antichreſi tamen Antoninus ita reſcripſit *l.* 11. *C. eod. tit. Ex prædiis pignori obligatis creditor poſt oblatam ſibi jure pecuniam quam non ſuſcepit, ſi fructus accepit, exonerari ſortis debitum, certum eſt.* Atque hinc putant eruditiſſimi Interpretes, in antichreſi uſuras ſola ſiſti oblatione. Quod mihi non videtur: & jam ſupra oſtendi, *oblatam jure pecuniam* Antonino eſſe, pecuniam non ſimpliciter oblatam, ſed ut jus præſcribit, id eſt, ſubſecuta conſignatione & depoſitione. ſic enim jus, ut exoneretur ſortis debitum, vult offerri pecuniam; niſi in jure, aut in judicio, fiat oblatio. tum enim ſola ſufficit: Ulpianus certe *l.* 30. *D. de ſolutionibus* ait, *Si debitor offerret pecuniam quæ peteretur, creditor nollet accipere: Prætor ei denegat actiones.* Et ideo neſcio, an in *d. l.* 11. ſic legi præſtet, *poſt oblatam ſib In jure pecuniam:* ut ſit, *poſt oblatam ſibi in jure pecuniam.* nam *in jure* eſt, apud Prætorem: Sic mihi videtur; eo verius, quia conſentiunt manuſcripti libri: in quibus eſt, *in jure*: præterea non eſt probabilis ratio, cur antichreſis a communi jure exciperetur. nam quod hoc fieri putant, quia antichreſis non conſiſtit intra modum legitimarum uſurarum; & ideo facilius finiri debuit, id falſum eſſe, ſupra oſtendi.

In frugibus tamen conſtituit Imp. Conſtantinus *l.* 1. *Cod. Theod. de uſuris*: ut, ſi creditor a debitore interpellatus, nolit accipere ſortis uſurarumque ſolutionem; ſola conventio ſive oblatio uſuras ſiſtat, & ſortis obligationem tollat. Sed hoc ſingulari jure receptum, ad conſequentias trahendum non eſſe, ipſa Conſtantini verba indigitant. verba hæc ſunt. *Quicunque fruges (humidas vel arentes) indigentibus mutuas dederint, uſuræ nomine tertiam partem ſuperfluam conſequantur: id eſt, ut ſi ſumma crediti in duobus modiis fuerit, tertium modium amplius conſequantur. Quod ſi conventus creditor, propter commodum uſurarum, debitum recuperare noluerit, non ſolum uſuris, ſed etiam debiti quantitate privandus eſt. Quæ lex ad ſolas pertinet fruges. nam pro pecunia ultra ſingulas centeſimas creditor vetatur accipere.*

Caput XVI.

Quid, ſi obligatio tollatur præſcriptione temporis? Quid, ſi uſuræ pacto convento, ſive expreſſo, ſive tacito, remittantur?

Quid, ſi obligatio non ipſo jure tollatur, ſed exceptione, verbi gratia, triginta annorum? quid dicemus, uſuras finiri? non enim omnium menſium annorumve quibus promiſſæ ſint uſuræ, una eſt ſtipulatio, ſed ſingulorum menſium annorumve ſingulæ ſtipulationes ſunt, conceptæ ſub conditione, niſi ſingulis menſibus annisve ſoluta fuerit ſors capitalis *l.* 40. *D.*

D. de rebus creditis. nascitur igitur pro his ex stipulatu actio, non statim, nec semel, sed singulis mensibus annisve quibus debitor cessat sortem solvere: & ideo creditor, si post primi mensis annive lapsum ejus usuras non petierit intra triginta annos, deinde non potest ejus anni usuras petere, resistente triginta annorum præscriptione: sed sequentium annorum usuras exigere non prohibetur; quia ea præscriptio usuris non nocet; nisi petitæ non sint intra triginta annos: qui non videntur labi; nisi a die quo nata fuit ex stipulatu actio. nata autem fuit non semel, nec primo mense, sed singulis insecutis mensibus. Nec obest, quod cum principalis obligatio tollitur spatio triginta annorum, vix causa sit, cur non idem de usuris jus sit. Nam si usuræ stipulatione sint promissæ; etsi sortis solutione principalis tollatur obligatio, ea tamen usurarum obligatio non æque tollitur: quia usuræ ea in specie non ut accessio principalis obligationis habentur, sed ut debitæ ex nova causa, id est, ex nova obligatione *l.* 121. *D. de verborum significatione. l.* 8. *D. de eo quod certo loco.* ac sicut sortis solutione tolli quidem intelligitur personalis actio, sed usurarum obligatio non intelligitur tolli: ita sublata personali actione triginta annorum præscriptione, non utique sublata intelligitur actio usurarum: quia triginta anni elapsi ratione sortis, non sunt etiam elapsi ratione usurarum: & ita olim obtinuit ex *l.* 7. §. *ult. C. de præscriptione triginta annorum.*

Sed aliter visum fuit Justiniano *l.* 26. *C. de usuris.* voluit enim, usuras tolli non tantum primi mensis annive, sed etiam sequentium omnium: modo, si post primum mensem annumve præterierit spatium triginta annorum, neque interea sors cum usuris petita sit. quia enim principalis obligatio tollitur eo tempore, ipsa in totum, etiam ea quæ usurarum est, finiri videtur: non quasi præscriptio eam sustulerit, singulis mensibus; sed quasi desierit accessio esse ex quo principalis obligatio defecisse intelligitur.

Tolluntur igitur usuræ sublata sorte. An & manente? fac, pactum non de sortis, sed de usurarum, remissione intervenisse: debetur sors, & peti potest. sed de usuris quid dicemus? & si ex stipulatu debeantur, quantum ad subtilitatem juris attinet, peti possunt: sed si petantur; repelletur actio pacti exceptione: quo facto, nihil interest, utrum ab initio nulla competat actio, an competat, sed per exceptionem elidatur. atque id certum est, si pactum vel verbis, vel literis, vel per nuntium, intelligatur. sed quid, si non sic exprimatur? pone: creditor majores usuras stipulatus est, sed per certos annos minores consecutus: deinde majores petit ex stipulatu. an recte? & non puto. nam etsi palam non consenserit in minores usuras, tamen si per plures annos ultro minores acceperit, cum posset majores petere, in minores consensisse videtur. neque enim opus est, ut pactum conventum videatur, utique palam consensum esse verbis, aut literis, aut per nuntium; sed si nihil horum sit, sufficit, consensum rebus & factis intelligi *l.* 2. *D. de pactis.* & hoc Severus & Antoninus voluerunt *l.* 5. *C. de usuris*; cum sic ajunt, *Adversus creditorem usuras majores ex stipulatu petentem, si probetur per certos annos minores postea consequutus; utilis est pacti exceptio.* Nec hi tantum, sed & Scævola *l.* 13. *D. eod. tit.* verba Scævolæ. *Qui semisses usuras promisit, per multos annos minores præstitit: heres creditoris semisses petit. cum per debitorem non steterit, quo minus minores solvat, quæro, an exceptio doli vel pacti obstet? Respondi, si solvendis ex more usuris per tanta tempora mora per debitorem non fuit, posse secundum ea quae proponerentur, obstare exceptionem.* Sic Scævola: sed tollenda levis menda. ait, *cum per debitorem non steterit, quo minus* minores *solvat.* sed scribendum, *quo minus* majores *solvat.* quod animadvertit P. Faber, V. CL. *lib.* 2. *Semestr. c.* 25. Ita igitur est, si creditor minores usuras acceperit, cum ei majores deberentur. Sed quid, si non minores, sed nullas, acceperit per longi intervallum temporis, atque ut gratior apud debitorem esset? ea est quæstio *l.* 17. §. 1. *D. de usuris*: in qua ait Paulus, *Divum Pium ita rescripsisse: Parum juste praeteritas usuras petis, quas omisisse te longi temporis intervallum indicat, qui eas a debitore tuo, ut gratior apud eum videlicet esses, petendas non putasti.* Unde intelligimus; creditorem non posse præteritas usuras petere, sed futuras petere posse: & ratio est; quia ex facto fit conjectura, eum omisisse, id est, remisisse, præteritas usuras. cedo, ex quo facto? quia hoc egit creditor, ut gratior apud debitorem esset. Græci, *lib.* 23. *Basilic. tit.* 3. *ad. d.* § 1. *l.* 16. *lit. D. pag.* 426. *tom.* 3. sic notant, *Qui longo tempore usuras non petiit, usuras praeteriti temporis non recte petit propter liberalitatem: id est, ex praesumptione videtur eas liberaliter remisisse.* Sed falluntur Græci; si hoc indistincte volunt. nam si non apparet remissionis causa; sed tantum ponitur quis longo tempore non petiisse usuras; magis erit, ut non præsumantur remissæ: quia nulla est ejus præsumptionis causa *l.* 18. §. 1. *D. de alimentis legatis.* cæterum, si hæc facti species sit, in qua fieri possit conjectura donationis, aliter dicendum est: ut, si egerit creditor, non petitis usuris, ut gratior esset apud debitorem: qui est casus *d.* §. 1. *l.* 17. vel si quid simile sit, ut in *l.* 54. *D. de donationibus inter virum & uxorem.* atque id non in usuris tantum, sed & alias, obtinet *l.* 26. *D. de probationibus.*

CAPUT XVII.

Usuras tolli, si ad duplum sortis perveniant. Quomodo accipiendum sit duplum. *Usuras, non solutas, sed solvendas, ad dupli computationem profuisse. Id jus facile delusum fuisse interpretatione renovationis; & necessariæ, & voluntariæ. Etiam pignore creditori dato. Hoc displicuisse Justiniano. Eum quoque noluisse, interesse, utrum usuræ per intervalla solutæ sint, an non sint. An & in annuis reditibus? Justinianum negare Novell.* 160; *ac sub colore annui reditus ex facto anteriorem mutasse Constitutionem.*

Postremo placet, usuras tolli, simul ac modum sortis ad duplum adducunt: usque adeo, ut ultra nec in stipulatum duci, nec exigi, posse, Ulpianus scribat *l.* 26. §. 1. *D. de condictione indebiti.* Sicut enim humanæ conveniebat societati, usuras solvi pro usu sortis; sic utile erat, eas aliquando finiri: poterat enim creditor, ne ea re damnum pateretur, sibi con-

fulere matura fortis repetitione: ac fi æternum currerent ufuræ, poterat metus effe, ne facile debitor (quod ille apud Livium *lib.* 6. *c.* 14. clamat, fibi accidiffe) multiplice jam forte exfoluta, mergentibus femper fortem ufuris, ære alieno obrueretur fœnore. voluerunt igitur Veteres, ufuras currere, usque dum attingant duplum fortis: deinde confiftere, non quafi iniquas, fed quafi non neceffarias: ac, fi ultra folutæ fint, fortem minuere. Et hac arte Lucullum, cum Afiæ præeffet, provinciam fœnore quo laborabat, liberaffe, Plutarchus refert, *vita Luculli.* idemque Ægyptiis fediffe, ex Diodoro Siculo, *lib.* 2. obfervat Sirmondus, ad Sidonium Apollinarem *lib.* 4. *epift.* 24. & ante eum Cujacius *lib.* 5. *Obferv. c.* 38.

Duplum autem, quod minus recte computat V. CL. Gulielmus Budæus, *Annotation. reliq. ad Pand. pag.* 22. puto, optime interpretatur Molinæus *Tract. commerc. & ufur. n.* 47. effe is *duplum* exiftimat; fi centum creditis fub ufuris, ufuræ ad fummam centum adfcendant. finge, ut exemplo rem demonftrem: centum crediti funt, & promiffæ ufuræ centefimæ, fed non funt folutæ intra fpatium octo annorum & quatuor menfium: centum debentur ufuræ nomine. duplum igitur attingit ufura. Nolo, hoc mihi credas, fed Sidonio Apollinari *lib.* 4. *epift.* 24. his verbis, *Cauta eft fœneratori centefima quae per biluftre producta tempus, modum fortis ad duplum adduxit.* Sidonius rotundo numero vocat tempus biluftre, quod eft fpatium octo annorum & quatuor menfium, quo fpatio centefima æquat fortem: five, ut Sidonius ait, modum fortis ad duplum adducit: ut oftendi *lib.* 2. *c.* 2. Noftri id *duplum* vocant *alterum tantum*; atque eo fortem complectuntur in *l.* 9. *D. de ufuris*: quam explicui *lib.* 2. *c.* 13. Jam Antoninus *l.* 10. *C. eod. tit.* *Ufurae*, inquit, *per tempora folutae non proficiunt reo ad dupli computationem. Tunc enim ultra fortis fummam ufurae non exiguntur, quoties tempore folutionis fumma ufurarum excedit eam computationem.* Antoninus fignificat, ufuras duplum egredi, fimul ac fummam fortis excedunt; atque ultra exigi eas negat.

Non tamen id tum jus effe vult, fi per tempora folutæ fint ufuræ: verum fi folvendarum ufurarum fumma duplum excedat tempore folutionis. Sed neque fic magni res ufus fuit. quam enim facile potuit a diligente fœneratore eludi interpretatione renovationis, & neceffariæ, & voluntariæ? atque ita ufu veniffe, intelligitur ex Imppp. Gratiano, Valentiniano, & Theodofio *l.* 1. *Cod. Theod. de ufuris rei judicatæ*, in qua fic ajunt, *Diftinguendum vero hoc quoque arbitrati fumus, ut fi contractus debiti ex ftipulatione defcendit, & cafu ufuræ per annorum curricula fummam capitis impleverint (fcilicet, ut quantitas fortis quantitati fœnoris adæquetur) poft fententiam ufuræ duplices non utriusque debiti currant, fed capitis quidem duplæ, ufurarum vero fimplæ.* Sed non tantum Imperatores hoc probant, fed Ambrofius quoque. verba Ambrofii, *De Tobia c.* 13. hæc funt. *Multa funt animantia quæ cito generare incipiunt, fed cito etiam generare defiftunt. Sors cito generat, & nunquam definit: imo cum exordium crefcendi acceperit, in infinitum extendit augmentum. omne deinde quod crefcit, cum ad naturæ fuæ formam atque menfuram magnitudinemque perveniat, vacat incremento: fed fœneratorum pecunia tempore femper augetur, & ultra formam maternæ fortis fe extendens, modum non tenet. Pleraque etiam animantium, cum cœperint ea quæ ex his orta funt generare, tanquam effœtis viribus ufum generationis amittunt: fors autem fœnoris cum fuerit crefcentibus exæquata centefimis, & vetuftatem fui renovat, & partus folutos adjunctione multiplicat.* Sic Ambrofius. etiam Bafilius, *Homil. in. Pfalm.* 14. *pag.* 139. *tom.* 1. *Semina*, inquiens, *omnia fuo tempore nafcuntur, animalia quoque tempore præftituto fuos edunt fœtus. Fœnus vero hodie nafcitur, bodie parere incipit. Animalia item quæ cito pariunt, cito etiam a partu defiftunt. Pecuniæ vero cum aviditate plus æquo habendi volucrem trahant originem, infinitam acceffionem tanto progredientum ulterius recipiunt. Unumquodque crefcentium, ubi ad juftæ fibique convenientis ftaturæ magnitudinem pervenit, definit augeri: argentum vero avari omni tempore augefcit. Animalia ubi fuæ foboli cefferunt pariendi vices, non jam ulterius imprægnantur: fœnori tradentium pecuniæ & quæ fuccreverint ftatim pariunt, veteresque renovantur.*

Præter novationem fuit & alia ratio circumveniendi hujus juris per pignus creditori datum in fecuritatem debiti. nam tum licebat ei ufuras exigere ultra duplum: quia ut non haberet actionem ultra duplum; tamen fi pignus pro ufuris obligatum effet, habebat retentionem, permittentibus quibusdam veteribus legibus. Sed hoc cum durius videretur Juftiniano, & ad eludendam juris benignitatem pertinere; vetuit, ufuras ultra duplum procedere: non modo fi pignora nulla, fed etiam fi aliqua, creditori data fint *l.* 27. §. 1. *C. de ufuris.*

Amplius conftituit Juftinianus *Novell.* 121. & 138. ut etiam minutim & per intervalla folutæ, cum duplo compenfarentur: etfi non utique univerfæ fimul folverentur. nempe, ne melioris conditionis foret debitor propter fruftrationem, quam fi ufuras fuo tempore ex fide folviffet. fic in ufuris.

At fi quæ magis ad annuum reditum, quam ad ufuram, accedant: in his noluit Juftinianus dupli computationem obfervari *Novell.* 160. proponitur autem ei in *præfatione* quidam eorum qui in republica Aphrodifienfium cum poteftate erant, auri fummam quæ civitati relicta erat, collocaviffe: ea lege, ut quamdiu id auri refideret apud eum qui fufcepiffet, tamdiu is quoquo anno pro eo civitati dependeret, quantum ferre civitatem æquum effet. vides fpeciem, in eaque fœnus five ufuram: fi vera fectamur vocabula. at Juftinianus reditum effe ait *cap.* 1. ut fub colore atque imagine reditus civitati confuleret adverfus leges fuas: quibus vetuerat, ufuras excedere duplum. mutavit igitur hac in fpecie, favore civitatis Aphrodifienfium, jus anterius: etfi palam noluit videri mutare.

FINIS.

BREVIS CAPITUM OPERIS
DE
FOENORE ET USURIS.

LIBRI PRIMI.

LIBRI SECUNDI.

LIBRI TERTII.

GERAR-

GERARDI NOODT,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

DIOCLETIANUS
ET
MAXIMIANUS,

SIVE

DE TRANSACTIONE
ET
PACTIONE CRIMINUM

LIBER SINGULARIS.

EDITIO QUARTA.

GERARDI NOODT,

Jurisconsulti & Antecessoris,

DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS,

SIVE

De Transactione & Pactione Criminum

LIBER SINGULARIS.

Caput I.

Transactionem inter accusatorem & reum factam de omittenda cujuscunque criminis, sive capitalis, sive alterius, accusatione, legibus Pandectarum & Codicis neque valere, neque probari. quin crimine censeri: tantumque reo, si in sanguine fiat, ejus veniam dari.

Digna res est animadversione omnium quibus est studium, Jurisprudentia paulo castiore ad ingenii lumen procedere, quid sibi velint Imperatores, Diocletianus & Maximianus; cum in *l.* 18. *C. de transactionibus* Valenti in hæc rescribunt verba.

Impp. Diocletianus & Maximianus AA. & CC. Valenti.

Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, probibitum non est: in aliis autem publicis criminibus, quae sanguinis pœnam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem. S. 3. calend. Septemb. AA. Coss.

Non est enim, opinor, quisquam hodie Jurisconsultus, maximus, minimus; quin, si incidat in hoc Diocletiani & Maximiani Caput, sibi aliisque persuadeat, dari communi humanitatis affectui, ad sui conservationem egregie inclinanti, ne prohibeatur fieri transactio inter accusatorem & reum de admissis ante criminibus, non quidem omnibus, sed mortis naturalis pœnam ingerentibus: &, si fiat, ut inter eos qui transegere, (quamquam fuere quoque qui longius porrigerent miserationem) optimo jure servetur. Tantum ambigitur, utrum ea transactio accusatori (nam de reo numquam dubitatum) etiam ante delatum rei nomen factamque in crimen subscriptionem competat; an demum, postquam utrumque factum est.

Sed ego Imperatorum, Diocletiani & Maximiani, verba, & quæ præterea pro se quisque attulit, multum attenteque consideravi: neque tamen potui umquam a meo genio impetrare, uti existimarem, transactionem, quandocumque inter accusatorem & reum factam de omittenda in causa sanguinis accusatione, Civili Jure valere: imo semper credidi, eam, quamvis maxime de capitali crimine, atque ante, vel post, delatum rei nomen, secutamque in crimen subscriptionem, intervenerit, non magis transactionem haberi, quam si facta sit de crimine non capitali: postremo, tantum abesse, ut umquam legibus censeatur transactio de qualicumque interposita crimine; ut è contrario his non modo numquam approbari, sed neque peccato vacare, intelligatur; ac saltem Principum humanitate assequatur, ut, si eo contingat in crimine quod naturali morte vindicetur, non perinde in reo, atque in accusatore, puniatur. Hoc Veteribus sedisse Jure Pandectarum & Codicis, multis rebus cognovi: neque mihi occurrit, cur ab his excipi Diocletianum & Maximianum oporteret. Proinde sicut non facile huc devenerim, ut mihi transactio pactiove, si quando fiat de capitali crimine, vel illorum Imperatorum verbis adjuvari videatur: ita esse pretium operæ existimavi, veteris, sed pulchræ, nec satis extricatæ, quæstionis, in tanto Doctissimorum hominum dissidio, argumenta quæ habeo, aliqua cum cura & diligentia adscribere: simul Studiosis artium principis planam monstrare viam qua tandem liceat ad veram *d. l.* 18. *C. de transactionibus*, id est, loci toto Jure celeberrimi, sententiam bona fide evadere.

CAPUT II.

Non esse in l. 18. C. de transactionibus Constitutionem *Imperatorum, Diocletiani & Maximiani, sed* Subscriptionem, *aut* Rescriptum, *ad cujusdam Valentis* Epistolam *aut* Libellum. *Et quid ea inspectio conferat ad intellectum d. l. 18.*

Sed prius quam ad ipsius expositionem loci progrediar, non abs re fuerit, pauca de ejus Inscriptione præfari. Ea Inscriptio in *l.* 18. *C. de transactionibus* forma hac est. *Impp. Diocletianus & Maximianus AA. & CC. Valenti.* Nisi autem fallor, ostendit, eos Imperatores neque novam, neque generalem, facere Constitutionem: sed saltem respondere Libello aut Epistolæ cujusdam Valentis, hominis privati, a quo de jure, etsi alioquin certo, erant consulti. nam hoc sequentia suadent Rescripti verba, *Prohibitum non est*, & *Non licet:* quæ non novi, sed certi & pervulgati, juris indicium præbent. Nec opus est, ut addam, solitos fuisse Veteres, non Magistratus modo, sed privatos quoque, cum de jure aut incerto, aut etiam certo dubitarent, Principem per Libellum aut Epistolam adire: eumque invicem consuevisse consulentibus vel Subscriptione, vel Epistola, respondere. id enim ex Ulpiano *l.* 1. §. 1. *D. de Constitutionibus Principum* infinitisque Codicis & Pandectarum locis cognoscitur. Potius monebo, quod ad nostri intellectum Capitis pertinet, ea Rescripta, sive Subscriptiones, etsi cum Constitutionibus ab Ulpiano *d. l.* 1. §. 1. confundantur, tamen ab eo *l.* 1. §. 19. *D. de quaestionibus*, etiam a Diocletiano & Maximiano *l.* 3. *C. Si minor se majorem dixerit*, a Constitutionibus separari, atque ita, ut hi Imperatores id quo de agunt, *& sacris Constitutionibus & Rescriptorum auctoritate* statutum esse perhibeant. Ejus vero causam distinctionis ego hanc esse semper arbitratus sum, quod Constitutiones plerumque & directo & generaliter jus facerent: (quippe cum hoc animo, ut pro legibus observarentur, a Principibus fierent) Rescripta autem, quamquam similiter auctorem haberent Principem, tamen non hoc fiebant animo, ut pro generali lege cederent: sed fere ad Magistratus, aut etiam ad privati hominis, Consultationem ex facto interponebantur: atque adeo ea quidem in specie in qua a Principe rescribebatur, juris vim obtinebant; sed in cæteris, licet similibus, casibus eam non habebant, nisi per consequentiam auctoritatis Principis: qui fortunæ excellentia supra gratiam & odium positus, in simili causa semper idem rescripturus videbatur. Præter hanc autem Constitutionis & Rescripti differentiam est & alia, ipsa ex superiore profluens. Ea differentia est, quod in Constitutionibus, si quæ subnascatur difficultas, quid voluerit, senseritque Princeps, non modo ex manifestis ejus verbis, sed etiam argumento a contrario, itemque a consequentia, intelligi potest: scilicet, quia in Constitutionibus non fuit Principi negotium ad alterius Consultationem, neque ad unum factum, verba definitionemque dirigere; sed generale jus suo arbitrio, suisque verbis, ad communem utilitatem componere. At in Rescriptis contra est. cum enim minime in his ageret Princeps, ut legem ferret, utve in commune consuleret, sed ut ad propositam ei facti speciem responderet: apparet, si quæ Rescripti interpretatio quæreretur, argumenta a contrario, atque a consequentia, sæpe inepte, aliquando etiam periculose, adhiberi: propterea, quod si quid verbis in Rescripto expressum non esset, non utique exclusum esse videretur: quippe, cum facile fieret, ut de eo idcirco rescriptum non esset, quod de eo in Libello non esset quæsitum. sed & si latissime paterent Rescripti verba, non tamen semper sua amplitudine æstimari, sed plerumque finibus propositæ Consultationis coërceri, oportere.

Id vero cum in hujus Operis progressu aliquam forsan lucem allaturum sit ad intellectum *d. l.* 18. *C. de transactionibus*, in ejus limine omittendum non fuit. Liquet enim, id Caput non proprie Constitutionem, sed Subscriptionem, Rescriptumve, esse; denique respicere ad cujusdam Valentis Consultationem de jure tum non ambiguo, sed certo & recepto; ac proinde non ad modum generalis novæve Constitutionis, sed specialis Rescripti, & quod ad Consultoris Libellum, simul ad juris olim vulgati demonstrationem, spectet, & cum utroque ut intelligatur, comparari debeat, explicandum esse. Id tamen cum a Doctissimis hominibus in hujus interpretatione Rescripti parum observatum esset, causam compluribus, & gravibus, dedit erroribus: sed qui, spero, evanescent, si ad Imperatorum, Jurisque veteris, rationem eo quo dixi modo, tum in primis ad Valentis quoque Consultationem, paulo curiosius examinentur. Dixi de Rescripti Inscriptione. Monet tempus, ut ad verba transeam.

CAPUT III.

Verba hæc, Transigere vel pacisci, *in l.* 18. *C. de transactionibus pro iisdem accipi: etsi alias distinguantur. De quibus rebus pactio & transactio jure fiat? Et quis sit effectus pactionis ac transactionis quæ jure valeat?*

Ajunt Imperatores *d. l.* 18. *C. de transactionibus, Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est: in aliis autem publicis criminibus quae sanguinis pœnam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem.* Est autem *pacisci*, ut hoc obiter addam, & generis & speciei vocabulum: definitur enim pactum, duorum pluriumve in idem placitum & consensus *l.* 1. §. 2. *D. de pactis*: eo vero vel res certa & indubitata liberalitate remittitur; vel rei dubiæ litisve incertæ pars promittitur, daturve; ut pars retineatur: alterum transactio, alterum donatio *l.* 15. §. 4. *D. Locati conducti*, *l.* 3. *C. de repudianda vel abstinenda hereditate*, vel in specie pactum vocatur. Hoc sensu Ulpianus *l.* 1. *D. de transactionibus*, *Qui*, inquit, *transigit, quasi de re dubia & lite incerta neque finita transigit. Qui vero paciscitur: donationis causa* rem

rem certam & indubitatam liberalitate remittit. Significat Ulpianus, *pactum* quidem in specie sic dici; cum res certa & indubitata liberalitate, sive (ut Imperatores, Diocletianus & Maximianus, loquuntur *l. 25. C. eod. tit.*) donationis causa sine aliqua conditione remittitur: transactionem vero appellari; cum incertum rei litisve finitur (ut Scævola ait *l. 14. D. eod. tit.*) certa lege; sive (ut iidem loquuntur Imperatores *d. l. 3. C. de repudianda vel abstinenda hereditate*, cujus pars est *l. 38. C. de transactionibus*) aliquo dato, retento, aut promisso. At hæc verborum *Transigere vel pacisci* nota omnibus significatio est.

Non æque claret, quæ eorum in hoc Rescripto vis sit. Sed non erravero, si ea pro iisdem accepero; totumque adeo Imperatorum sermonem magis ad transactiones, quam ad gratuitas pactiones, referri dixero. Non longe petam meæ fidem sententiæ: suffecerit posterior Rescripti versus: in quo etsi eadem continuetur quæstio quæ in priore tractatur versu; tamen tantum *transactionis*, non etiam *pactionis*, mentio fit. Ac ne quis hoc, *pacisci*, posteriore in versu ex priore subaudiri postulet, ut alibi fieri memini; in ejus honorem addam, quod in posteriore versu reus, (nam de eo, non de accusatore, accipiendum esse Rescriptum, in inferioribus apparebit) si transigat de crimine non capitali, dicitur falsi accusatione teneri. Ea autem accusatio potest circa transactionem cadere, corrupto pecunia adversario: sed in pactione, gratis remissa accusatione; quem usum habet? Dabo tamen elegantiæ quæstionis, ut non modo quid in transactione, sed quid in pactione quoque, de criminibus jus sit, suo loco demonstrem.

Nunc interim sequentia Rescripti verba examinabo. Ajunt Imperatores, *Transigere vel pacisci de crimine capitali prohibitum non esse*: & addunt, *in aliis autem publicis criminibus quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere non licere, citra falsi accusationem.* Verissime procul dubio: sed quo sensu, quoque effectu; id est, quod quæritur. Pactum enim sive donandi, sive decidendi, causa fiat, quia nil indigitat, nisi duorum pluriumve consensum de juris certi vel ambigui remissione in totum vel pro parte, demum valet; cum de re privata & familiari fit. cæterum si de re aliena aut publica fiat, non valet: alterum privatæ paciscentium, alterum publicæ omnium, utilitati convenire, & ratio evincit post distincta dominia, & Ulpianus *l. 7. §. 14. D. de pactis*, ac Paulus *l. 27. §. 4. D. eod. tit.* attestantur.

Sed nec illud omittendum, quod, cum valere dicitur pactum, Jure nostro nihil aliud significatur, quam pactum, cum pergit ad gratuitam litis certæ & indubitatæ remissionem, plerumque pacti exceptione, interdum ipso jure, servari: idemque in transactione esse, etsi certa lege fiat; modo si stipulatio eam sequuta non sit, neque datio aut factum in ea intervenerit: si vero subjecta ei stipulatio sit, aut in ea quid datum factumve proponatur, actionem ex stipulatu, aut præscriptis verbis, competere *l. 6. l. 7. §. 4. l. 17. §. 1. D. & l. 21. C. de pactis. l. 6. l. 28. l. 33. C. de transactionibus.*

CAPUT IV.

Civiles actiones quæ pro delicti privati executione competunt jure ordinario, ante commissum delictum non recipere actoris & rei pactionem: post commissum delictum accipere. Et quomodo?

Sed quid est? omne maleficium (paulo enim altius repetenda res est) quod legibus coërcetur, bifariam dividitur. nam aut privatum delictum, aut publicum crimen, appellatur. privati autem delicti conditio, si jure & ordine agatur, ea est quam Cicero suo tempore obtinuisse indicat, *Divinat. in Verrem cap. 5. Civibus*, inquiens, *cum sunt ereptae pecuniae, civili fere actione & privato jure repetuntur.* Sed utilitas vindicandæ disciplinæ deinde actioni civili & ordinariæ extraordinariam criminis animadversionem adjecit. Inde cœpit ex privato delicto cum civiliter apud Prætorem jure ordinario, tum criminaliter apud Præfectum Urbis extra ordinem, agi *l. ult. D. de privatis delictis. l. ult. D. de furtis.* alteri enim mixtum imperium *l. 1. §. ult. l. 2. D. de suspectis tutoribus*, alteri merum, competit *l. 1. pr. & §. 4. D. de officio Præfecti Urbi.* Porro, ubi civiliter agitur, is qui petit, non de publica omnium, sed de privata, utilitate experitur, denique sibi, non reipublicæ, petit. Auctor Paulus *l. 9. §. 5. D. de publicanis.* etiam Cicero, *Divinat. in Verrem d. loc.* Proinde, si de civili, & pecuniaria actione quæ ex delicto ei competat, sive donandi, sive decidendi, causa paciscatur, jure pacisci intelligitur: quia non de re publica, sed de sua, paciscitur. quod omnibus ad quos res pertinet, licere, & dominio, & libertati, consequens est.

Nec me confundit, quod qui de actione ex delicto, licet civili, paciscitur, adversus legem qua ea actio proponitur, pacisci videtur; & quod Prætor *l. 7. §. 7. D. de pactis* promittens, servare pacta conventa, negat, se servaturum ea quæ sint adversus leges facta. Nam ita est, si Prætoris verba, non si ejus sententiam, teneamus. placuit certe Veteribus, perinde accipere Prætorem, ac si improbet demum pacta quæ sic legibus adversantur, ut simul publicæ utilitati officiant: verum ea quæ legibus quidem contraria sint, sed tantum privatum paciscentium commodum attingant, non improbet *d. l. 7. §. 14.* idque convenienter menti legum: quibus jurisdictione sua atque imperio servit Prætor. student enim leges societati humani juris: nec minus communi omnium libertati. ita fere cavent, ne alterius causæ alterius pactione noceatur. cæterum sinunt, suo jure, suisque beneficiis, uti omnes qui velint; neminem cogunt, eis uti qui nolit. Eam legum viam, si cui quæstioni sit, commode observat Quintilianus, *Declam. 7. cap. 4.* simul exemplis illustrat, *Omnium*, inquiens, *beneficiorum ista natura est, ut non sit necessitas, sed potestas. quidquid in honorem alicujus inventum est, desinet privilegium vocari posse, si cogas. cuncta, si videtur, jura percurrite; nusquam adeo pro nobis sollicita lex est, ut quod praestat, extorqueat. Dedit cœco talionis actionem, non manus recusantis impellit. Injuriarum, caedis, agere permisit, sed non cogit invitos. Adeo pene levius est, ultionem perire, quam potestatem. Genus servitutis est coacta libertas, & eadem iniquitas, quidquid de invito homine facias.* Sic Quintilianus, optime probans pactum, Ne agatur injuriæ aut cædis

jam admissæ. Atqui infringit vim legis Duodecim Tabularum, aut Aquiliæ, quibus proposita est injuriarum aut cædis actio. Sed factum est de privato actoris jure: nec igitur invita hac aut illa lege. neutra enim jubet, eum cui actionem dat, civiliter agere; sed, si velit agere, ei permittit agere; si nolit agere, eum non cogit agere. imo, si Festum audimus, verbo *Talionis*, Lex sic dixit, *Si membrum rupserit, ni cum eo pacit talio esto.* Idem de furto dici potest *l.* 54. §. *ult. l.* 56. §. 4. *D. de furtis:* nam de hoc quoque Lex pacisci permittit, Ulpiano teste *d. l.* 7. §. 14. *D. de pactis.* Nempe, quia sufficit, Legum pœnas timeri, nondum admisso delicto, ne fiat quo civilis conjunctio interpelletur. At hoc facto, quid interest reipublicæ, furti, injuriarum, cædisve, agi ex Duodecim Tabulis, aut ex Lege Aquilia, si quis nolit agere? non enim quod factum est, vel sic infectum fieri potest. præterea qui furti, cædis, aut injuriarum, agit, sibi, non reipublicæ, petit: magis interest reipublicæ, eum cui competat civilis ex delicto actio, ab ea desistere; sive precibus sibi satisfieri patiatur, sive pretio: quia utroque pacto tantum a suo jure decedit; & peræque procurat vim humanæ societatis quam Lex intendit proposita civili actione. Id vero cum ad probabile accedat; quid æquius est, aut legibus convenientius, quam & pactionem & transactionem, etsi adversus leges factam de tollenda privata & civili ex delicto actione, reo quidem vel ipso jure, vel ope exceptionis servari; actori vero, si stipulatio, aut datio, factumve, intervenerit, ex stipulatu, aut præscriptis verbis actione? Sed de jure pacti, Ne ex privato delicto civili actione & privato jure agatur, quatenus ad actorem & reum attinet, vel nimis.

Reliquum est, ut ad Rempublicam veniamus. nam vel ejus aliqua esse hic inspectio possit: etsi non, ut infirmet pactionem; sed ut paciscentis improbitatem, si quæ sit, existimationis imminutione compescat. Igitur nec semper, cum de delicto pactum fit, ea obtinet pœna. Nam si conveniat, *Ne Lege Aquilia agatur;* nulla Reipublicæ indignatio est. si enim ad actorem spectamus: quam meretur infamiam, qui non de alieno, sed de suo, jure tollendo pactus est non malo more? sed nec reus infamia notatur; si precibus impetraverit, *Ne ea lege agatur.* Verum finge, hoc pactum esse pecunia data. an infamis erit? forsan dices: quia confessus videtur. at ne damnatus quidem Lege Aquilia infamis est: quia non utique ob dolum malum & lædendi propositum ea Lege damnatur; sed ob damnum injuria datum: id est, etiam ob culpam vel levissimam *l.* 5. §. 1. & *l.* 44. *D. Ad legem Aquiliam.* Igitur si pactus sit, quamvis pretio, ne Lege Aquilia agatur: quemadmodum infamis erit? ut enim maxime confiteri intelligatur, se damnum injuria dedisse: non tamen ideo se id dolo malo dedisse, confiteri existimatur. Ita in Lege Aquilia. De actione furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, & de dolo ac fraude, videamus. Et si de his gratis pactum conventum est; adhuc suasit humanitas, aliquem veniæ locum relinqui *l.* 6. §. 3. *D. de his qui notantur infamia.* Sed quid, si transactum sit? nulla quidem actor infamia punitur: quæ enim fuerit causa notandi eum qui non peccavit: & ubi pecuniam ex transactione accepit, saltem a suo jure, nec malo exemplo, recessit? At reus Edicto Prætoris non evitat infamiæ notam *l.* 1. & *l.* 6. §. 3. *D. de his qui notantur infamia*: non, quod eo pacto non liberetur ab actione: (quid ni enim actori liceat vel parte contentum esse? sed quod pecuniam dans, *Ne furti conveniatur*, furtum confiteri videtur *l.* 5. *D. eod. tit.* non enim creditur, fuisse daturus pecuniam, nisi urgeretur conscientia commissi criminis *l.* 18. *C. eod. tit.* Igitur vix est, ut non habeatur improbus qui actorem in famoso corrumpens judicio, rebus confitetur, se scientem volentemque furto, aut injuria, aut similiter, humanam læsisse societatem; etsi ab actore qui suo renuntiavit juri, amplius conveniri privata actione nequeat. Et tamen, si auctore Prætore transegit, nondum infamem esse, Ulpianus observat *d. l.* 6. §. 3. *D. eod. tit.* Atqui & tum pactus est data pecunia. Verum, quia non ultro pactus est; sed quod oporteret eum Prætoris imperium sequi, a delicti confessione parendi necessitate excusatur *l.* 167. §. 1. *l.* 199. *D. de regulis juris.* Sic, si post commissa delicta fiat pactum, Ne agatur aut furti, aut cædis, aut injuriarum, aut similiter.

At si ante fiat pactum, non valet: quia jam turpem habet causam: quippe fit non modo adversus legem quæ vetat, furtum, aut rapinam, aut cædem, aut injuriam, fieri; sed etiam adversus rempublicam. tollit enim pœnæ metum; cum expediat reipublicæ, legum pœnas timeri *l.* 27. §. 4. *D. de pactis.* Hactenus de privatis delictis; cum ex his civili & privato jure agitur.

CAPUT V.

Criminum persecutionem non ad privatam, sed ad publicam, utilitatem spectare; nec accusatoris & rei pactionem transactionemve admittere: ac, si transactum inter eos sit, non transactionem, sed corruptionem videri. Eam transactionem haberi turpem: nec palam, sed clanculum, fieri solitam.

Sequitur, ut de criminibus disputemus. Ea crimina dupliciter dividuntur: aut enim publica sunt aut privata. quamquam Imperatores, Diocletianus & Maximianus *l.* 18. *C. de transactionibus* non privata, sed publica, attingunt: nec tamen aliam ob causam, quam quia tantum de his, non etiam de illis, consulti a Valente fuerant. Sed hoc in inferioribus ostendam. interim de utrisque videbimus.

Primum, quod ad publica crimina attinet, sic censeo, pactum, sive ad donationem spectet, sive ad transactionem, quandocumque de his fiat, adversus leges, atque adversus publicam utilitatem, fieri. Prohibentur enim publica crimina legibus publicorum judiciorum: ac, si admittantur, adversus populum, vel, ut Arcadius & Honorius loquuntur, in omnium injuriam, admitti intelliguntur *l.* 4. §. 1. *C. de Haereticis & Manichaeis.* Inde (ut Justinianus ait §. 1. *Inst. de publicis judiciis*) executio (sive accusatio: *exequi* enim Veteres pro *accusare* dixerunt, auctore Lipsio, ad Senecam, *De constantia sapientis c.* 10. *n.* 93.) est uniuscujusque de populo. Id vero quid efficit, nisi, ut legibus nulli

jus

jus sit, de publico crimine pacisci vel transigere: quia legibus nulli licet de re publica pacisci vel transigere *l.* 7. §. 7. *&* 14. *item l.* 27. §. 4. *D. de pactis?* Atque huc Tertullianus respicit, *De fuga in persecutione c.* 12. cum, *Miles*, inquit, *me vel delator, vel inimicus concutit, nihil Cæsari exigens, imo contra faciens, cum Christianum legibus humanis reum, mercede dimittit.* Sic in publicis criminibus.

Quid in privatis? idem vel simile: modo de his criminaliter agatur. nam etsi ea nec sic publica fiant crimina *l. ult. D. de furtis:* non tamen jam privata vertitur utilitas; (quod in civili & ordinario judicio fieri, superiore ostendi capite) sed hoc agitur, (quod Paulus observat *l.* 9. §. 5. *D. de publicanis*) uti publicæ vigor disciplinæ extra ordinem vindicetur. Quod cum ad exemplum spectet, id est, ad publicam utilitatem: (uti optime ostendit Tryphoninus *l.* 31. *D. Depositi*, & præter hunc Donatus, ad Terentium, *Eunucho*, 5. 5. *vers.* 4. cum sic scribit, *Graves pœnæ quæ possunt cæteris documento esse, exempla dicuntur*) apparet, pactum, qualecumque fiat de privatis delictis, cum ex his criminaliter agitur, numquam valere: quia legibus nulli conceditur de publica utilitate pacisci.

Nec tamen id eo pertinet, ut quis nolens accusare, magis accusare, quam agere, cogatur. Non enim ita est: & clare Imp. Diocletianus, *Invitus*, inquit, *agere vel accusare nemo cogatur l. unic. C. Ut nemo invitus agere vel accusare cogatur.* Sed huc spectat, ut pactum, si quod fiat, *Ne crimen accusetur*, nullius momenti esse intelligatur: scilicet, quia pacti de aliena re facti ab eo cui non est paciscendi facultas, non est probabilis causa. potius turpis dicenda est: præsertim, si fiat, pecunia data, aut promissa, aut retenta; quippe, cum jam manifesta corruptio sit.

Eique rei etiam hoc indicio esse potest, quod qui de criminibus transigerent, ejusmodi pacta non palam, ut hæc quæ honesta & licita essent, sed clanculum & furtivum in modum, facerent. Donatum audi ad illud Terentii, *Phormione* 4. 3.

Soli sumus nunc hic, inquam, eho! dic, quid velis dari
Tibi in manum, ut herus his desistat litibus?

Sic enim ait, *Datur ei in manum qui furtim accipit sine arbitro, aut interprete, ut prævaricator aut judex corruptus.* Donato jungam Tertullianum, *lib. De fuga in persecutione c.* 12. Verba Tertulliani. *Tu autem pro eo pacisceris cum delatore, vel milite, vel furunculo aliquo Præside sub tunica & sinu quod ajunt furtivo.* Symmachum quoque *lib.* 2. *Epist.* 75. Verba Symmachi. *Cum in judicio Præfecturæ famosa causa penderet; Discolius qui furti detulerat actionem, multosque nostri ordinis varia criminatione perstrinxerat, occulte cum reis inita pactione non sine disceptatoris invidia elusit examen.* Est igitur omnis quidem pacti, sed transactionis in primis, cum de crimine fit, illicita aut turpis causa: sive reum, sive accusatorem, spectes: quia uterque de re publica malo exemplo paciscitur. quippe alter adversario, ne læsam vindicet disciplinam, pecuniam dat in manum, motus conscientia criminis; nec daturus, si ea non moveretur *l.* 34. *D. de jure fisci:* alter publicam prodit causam quam se ulcisci velle profitetur; & ut prodat, patitur, se pecunia corrumpi. Numquam igitur valet pactio aut transactio de publicis aut privatis criminibus ex quibus criminaliter agitur: quia plerumque turpiter, semper de re publica, fit. Atque hoc nescio an Paulus significet *lib.* 1. *Sentent. tit.* 1. §. *ult.* cum, *De criminibus*, inquit, *propter infamiam nemo cum adversario pacisci potest.*

CAPUT VI.

Accusatori nullam ex transactione de crimine esse petitionem: etsi quid a reo stipulatus sit. Imperatores, Diocletianus & Maximianus, expositi l. 9. *C. de contrahenda stipulatione. Etiam Valerianus & Gallienus l.* 3. *C. Ad Senatusconsultum Turpilianum.*

Neque id Paulus tantum testatur; sed Diocletianus quoque & Maximianus quorum sententiam investigamus: hoc amplius volunt illi Imperatores, accusatori qui de crimine transegit, nullam ex transactione esse petitionem; ne si ob omittendam quidem accusationem quid a reo stipulatus sit. Verba Diocletiani & Maximiani, si quis inspicere velit, apposui ex *l.* 9. *C. de contrahenda stipulatione.* ea verba sunt.

Si quidem Zenoni stipulanti mortis vel cruciatus corporis territus timore spopondisti: adversus experientem exceptione proposita defendi potes. Sin vero nihil tale probetur: accusationis institutæ vel futuræ prætextu, non ob turpem, sed probabilem causam habita stipulatione, promissio non infirmatur. Sin autem ob non instituendam accusationem criminis pecunia promissa sit, cum de hujusmodi causis pacisci non liceat, petitio denegatur.

Facta in hac lege transactio inter Zenonem & Capitonem de delicto ex quo poterat civiliter & criminaliter agi: quod multis in casibus contingere, docet nos *l. unic. C. Quando civilis actio criminali præjudicet.* Cum vero de jure ejus pactionis dubitaretur, consulti a Capitone Imperatores, ei sic rescripserunt: si tibi, Capito, metu mortis vel cruciatus corporis extorta a Zenone sit promissio: es quidem subtili jure obligatus; sed adversus bonos mores. potes igitur te, si conveniaris, defendere proposita exceptione, Quod metus causa. quod si id non sit; sed te probabilem ob causam obligasti, cum transigeres de civili & pecuniaria ex delicto actione: recte teneris; nec poteris te, si conveniaris, ea exceptione tueri; etsi velis uti prætextu accusationis institutæ vel futuræ quam metueris: quia non ob causam eam turpem atque improbabilem habita stipulatio est; sed ne civili & pecuniaria actione convenireris: quod nullo jure improbatur. Quid, si pecuniam stipulanti promiseris, ne adversus te criminis accusationem instituat? jam denegabitur ei ex stipulatu actio: quia de hujusmodi causis, qualescumque sint, pacisci non licet; cum non sit probabilis, sed turpis & illicita, pacti causa. Non igitur valet transactio de omittenda criminis publici aut privati accusatione; neque ex ea quid, etsi sequuta stipulatione, exigi potest. ac verissime Ulpianus *l.* 7. §. 16. *D. de pactis*, *Generaliter*, inquit, *quoties pactum a jure communi remotum est, servari hoc non oportet: nec legari: nec jusjurandum de hoc adactum, ne quis agat,*

ser-

servandum, *Marcellus libro secundo Digestorum scribit: & si stipulatio sit interposita de his pro quibus pacisci non licet, servanda non est, sed omnimodo rescindenda.*

Nec est, quod metuam, ne pergentem hoc itinere detineant Imperatores, Valerianus & Gallienus, *l.* 3. *C. Ad Senatusconsultum Turpilianum*; cum ajunt.

Quamvis eum ordinem scriptura contineat, ut primo abolitio criminis posceretur, & tunc dehinc omnibus placitis obtemperaretur, non observantibus tamen adversariis pactorum fidem, instaurare actionem minime potes, a qua ipse destitisti. Facile enim molestiam quæ primo apparet adspectu, discutit Rescripti species: ea species est. Ego accusavi aliquos. hi mox pacti mecum sunt, ut ego peterem abolitionem; & ipsi deinde aliqua mihi præstarent. ego impetrata abolitione destiti a crimine. illi non servant pacti fidem. Non hæc quæstio est, an possim exigere quod rei promisere, (nam de ea altum est silentium) sed an possim redire ad accusationem a qua destiti. Hoc vero negant Imperatores: rectissime. nam & Papinianus *l.* 4. §. 1. *D. eod. tit. Post abolitionem*, inquit, *idem crimen ab eodem in eundem instaurari non potest.*

CAPUT VII.

Accusatorem & reum puniri ideo quod de omittenda criminis accusatione transegerint.

At non tantum nulla est pactio transactioque, cum de omittenda accusatione fit: sed & coërcendi accusatoris ac rei causam habet. Adeo tantum abest; ut jure ac legibus juvetur; ut e contrario prope peccatum consistere; nec a pœna vacua esse intelligatur. Auctor Tacitus *lib.* 14. *Annal. c.* 41. *Pari*, inquiens, *ignominia Valerius Ponticus afficitur, quod reos, ne apud Præfectum Urbis arguerentur, ad Prætorem detulisset, interim specie legum, mox prævaricando ultionem elusurus. Additur Senatusconsultum, Qui talem operam emptitasset, vendidissetve, ut perinde pœna teneretur, ac si publico judicio condemnatus.* Et *lib.* 6. *Annal. c.* 30. *Accusatores, si facultas incideret, pœnis adficiebantur: ut Servilius Corneliusque perdito Scauro famosi, quia pecuniam a Vario Ligure omittendæ delationis ceperant, in insulas interdicto igni atque aqua dimoti sunt.* Sed & Macer *l.* 8. *D. de accusationibus* ait, eos qui nummos acceperint ob non accusandum, accusare prohiberi ob turpem quæstum. Et in *l.* 2. *D. de concussionibus.* Senatusconsultis, inquit, jubentur pœna Legis Corneliæ teneri qui ob non accusandum pecuniam acceperint. Quid? quod idem Macer *d. l.* 2. præterea concussionem esse dicit, si ideo quis pecuniam accepit, quod crimen minatus sit. Atque hunc pacti illius exitum etiam Tertullianus indicat, *De fuga in persecutione c.* 12. sequentibus verbis. *Quid enim dicit ille concussor? Da mihi pecuniam. certe ne eum tradat: siquidem non aliud venditat, quam quod præstaturus est præmio tuo.* Ne addam nunc, accusatorem qui ab accusatione citra abolitionem desistat, Senatusconsulto Turpiliano puniri *l.* 1. § 7. *D. Ad Senatusconsultum Turpilianum* pœna infamiæ & quinque librarum auri *l.* 6. §. 3. *D. de Decurionibus*, & *l.* 3. §. *ult. D. de prævaricatione*, tum alia extra ordinem pro motu Judicis infligenda *l.* 2. *C. Ad Senatusconsultum Turpilianum*; utique, si jam detulerit crimen judicii publici *d. l.* 6. §. 3. & causa criminis ordinata, (id est, inscriptionibus depositis, & fidejussore de exercenda lite præstito) eoque qui accusatur, sub custodia Officii facto, non impetrata abolitione ab executione criminis destiterit *l.* 1. *C. Ad Senatusconsultum Turpilianum.* Id vero si ita est: nil verius est, quam eum qui de instituta criminis accusatione transegerit, Senatusconsulto Turpiliano coërceri. nam (si Paulo fides *l.* 6. *D. eod. tit.*) *Ab accusatione destitit qui cum adversario suo de compositione ejus criminis quod intendebat, fuerit loquutus.* Paulus autem *compositionem* pro transactione dixit: & *de compositione criminis loqui*, pro, *transigere* de crimine, sive accusatione. Proinde apparet, eum qui transegerit de crimine judicii publici, in Senatusconsulti Turpiliani pœnas incidere. Cæterum (quod commode observat Ulpianus *l.* 7. §. 1. *D. eod. tit. Si stellionatum quis objecerit, vel expilatæ hereditatis crimen, & destitit: pœnam Senatusconsulti Turpiliani non subibit: sed officio judicis culpa ejus coërcebitur.* Nec sat scio, an huc respiciat hoc Symmachi *lib.* 2. *Epist.* 75. *Cum in judicio Præfecturæ famosa causa penderet; Discolius qui furti detulerat actionem, multosque nostri Ordinis varia criminatione perstrinxerat, occulte cum reis inita pactione, non sine disceptatoris invidia elusit examen. Ad hujus investigationem missus apparitor, si Prætorianorum adminiculum sortiatur, proclivior ei facultas retrahendi accusatoris eveniet. Interest publicæ disciplinæ, simulque ad famam pertinet cognitoris, ut eum summo studio conquisitum reduci in judicium sub custode præcipias, ne innocentiam senatorum obnoxia rumoribus suspicio decoloret.* Verum de accusatore res nimis manifesta est.

Nec minus in reo claret ex Taciti loco quem supra attuli ex *lib.* 14. *Annal. c.* 41. Præterea scribit Ulpianus, *lib.* 8. *Disputationum*, in eum qui delatorem corrupit in fiscalibus causis, sive in criminibus ex quibus fisci quæstiones nascuntur, constitutam esse hanc pœnam, ut pro victo habeatur *l.* 29. *D. de jure fisci.* quis autem magis delatorem corrumpit, quam qui cum delatore transigit, denique pretio dato cum eo pacisci tur, *Ne accuset?* Atque id adeo exploratum est, ut Ulpianus qui in *d. l.* 29. dixit, *Ejus qui delatorem corrupit, eam conditionem esse, ut pro victo habeatur. nam in fiscalibus causis id constitutum esse*, hoc sic exprimat *l.* 4. *D. eod. tit. In fisci causis pacti cum delatoribus pro confessis habentur, si modo pretium vel modicum dederunt.* Illud tamen observandum, quod Ulpianus *d. l.* 29. *D. de jure fisci* ait, hanc confessi pœnam adversus ipsum quidem qui delatorem redemit, locum habere; sed non debere adversus ejus heredem transire: & addit, quod non exinde perit causa ex quo redempta est, vel actio perimitur, vel condemnatio facta videtur; verum oportet constare prius, & de crimine pronuntiari. Superioribus pœnis addam falsi accusationem: nam vel hanc, si de crimine transigitur, æque reo, atque accusatori, imminere, capite penultimo hujus libri apparebit. Sed ostendi, tantum abesse, ut de criminibus jure transigi possit, ut e contrario ea transactio jure prohibeatur; ac, si fiat, improbari, denique in crimen cadere; nec a pœna libera esse, intelligatur.

CAPUT VIII.

Reo quidem, si cum accusatore transegerit de crimine quod mortis pœnam contineat, transactionis veniam dari: sed nihilominus nullam esse transactionem. Ulpianus l. ult. D. de prævaricatione, & l. 1. D. de bonis eorum qui ante sententiam mortem sibi consciverunt, expositus. Imperatores quoque, Severus & Antoninus, apud Macrum l. 2. D. eod. tit.

Una, inquies, ab hac Regula exceptio, *In sanguine:* quam observat Ulpianus *l. ult. D. de prævaricatione.* Nempe is *lib.* 4. *De Censibus*, ex quo ea lex est, disputabat de crimine fraudati census: (sic vocatur *l.* 1. *C. de quaestionibus*) cumque occurreret quæstio de jure transactionis, *Ne fiat accusatio fraudati census;* negabat, videri transactionem pactionemve quæ de crimine fieret. corruptionem esse, existimabat. quin addebat, *In omnibus causis, præterquam in sanguine, qui delatorem corrupit, ex Senatusconsulto pro victo haberi.* Est ergo in criminum transactione hæc insignis exceptio, *Præterquam in sanguine.* Sed quæ ejus vis ac potestas sit, nondum liquet. Nec tamen intercedo, quo minus ita exponatur, *Præterquam in crimine cujus pœna sit mors naturalis.* Illud non æque patiar, etsi omnes suadeant, eam perinde exaudiri; ac si velit, transactionem quæ in sanguine fiat, inter accusatorem & reum valere, quasi legibus approbatam, aut non prohibitam. id enim verum non est; neque Ulpiani verbis congruit. ait is, reum in causa sanguinis, ob transactionem, si quam fecerit, non haberi pro victo, id est, ob eam ex Senatusconsulto non puniri: nihil præterea. Postremo ista mihi suspicio est, pœnam corrupti delatoris apud Ulpianum in *d. l. ult.* Senatusconsulto adscribi; sed exceptionem, *Praeterquam in sanguine*, non Senatusconsulto deberi; sed Decreto Principum: quibus deinde visum in Cognitione fuit Senatusconsulti rigorem in causa sanguinis laxare. Intererit, hæc paucis confirmasse: quia facile evincunt, quod dixi, transactionem de capitali crimine illa exceptione, *Præterquam in sanguine*, apud Ulpianum in *d. l. ult.* non approbari. Cujus autem potius utar testimonio, quam Ulpiani cujus sententia quæstioni est? is vero in *l.* 1. *D. de bonis eorum qui ante sententiam mortem sibi consciverunt*, (quæ est ex *lib.* 8. *Disputationum*, ex quo est quoque *l.* 29. *D. de jure fisci*, de qua superiore monui capite) *In capitalibus*, inquit, *criminibus à Principibus decretum est, non nocere ei qui adversarium corrupit: sed in his demum quæ pœnam mortis continent. nam ignoscendum censuerunt ei qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluit.* Sic Ulpianus; tria illa quæ attuli pro expositione *d. l. ult.* clare demonstrans. Primum enim negat, reo nocere, si adversarium corruperit, id est, si cum eo transegerit, sive, si aliquo dato, vel promisso, cum eo pactus sit, *Ne se accuset in capitali crimine*: nec tamen semper atque indistincte; *sed demum, si mortis pœnam*, quam & *sanguinem* vocat, comprehendat. Hæc prima nostra ad *d. l.* 1. observatio: eaque illud, *in sanguine*, in *d. l. ult. D. de prævaricatione*, item *sanguinis pœnam*, & *capitale crimen* in *l.* 18. *C. de transactionibus*, tantum naturalem indigitari mortem, tam manifeste apparet, ut nil necesse sit, pluribus demonstrare, crimina quæ summo supplicio vindicantur, si quæ in his transactio, seu corruptio, a reo facta dicatur, in *d. l. ult.* a Senatusconsulti severitate excipi.

Dabo tamen honori Imperatorum, Severi & Antonini: ut ex eorum Rescripto quod a Macro adfertur *l.* 2. *D. de bonis eorum qui ante sententiam*, tollam scrupulum: qui neglectus, forsan male haberet Studiosos Juris. Verba hæc sunt. *Imperatores Severus & Antoninus Julio Juliano. Eos qui a latronibus nominati corruptis accusatoribus diem suum obierint, ut confessos de crimine, non relinquere defensionem heredibus, rationis est.* Ita Florentiæ editur. Sed probo conjecturam V. CL. Jacobi Cujacii, *lib.* 6. *Observ. c.* 24. legentis, *rationis non est.* sic enim convenit Severo & Antonino cum Ulpiano *l.* 29. *D. de jure fisci*, qui sub illis floruit. Thema hoc est. proponuntur latrones capti, &, ut fit, interrogati, alios nominasse: qui deinde ab aliis, quibus jus accusandi erat, accusati, diem suum obierint, postquam pecuniam accusatoribus dedere; ea lege, ut ab accusatione desisterent. quæsivit Julius Julianus, an confessi pœna, quæ reos tenet qui accusatores suos corruperunt, reis mortuis, ad eorum heredes pertingat. Imperatores autem id rationis esse negarunt. nimis secure: nisi putarunt; reos ob transactionem, vel in sanguine factam, confessi pœna teneri; cum præsertim latrocinium de quo interposita ea transactio est, naturali morte vindicetur *l.* 28. §. 15. *D. de pœnis.* Tantum de loci asperitate. Nunc age, eam molliamus expositione usus legis Corneliæ de sicariis. nam ea latrones puniri, ostendi *lib.* 4. *Probabilium cap.* 7. Nec tamen par erat latronum ratio, utique Severi & Antonini tempore: sed alii altiore, alii secundo, alii infimo, consistebant gradu. porro in altioribus obtinuisse legis Corneliæ pœnam, Marcianus auctor est *l.* 3. §. 5. *D. Ad legem Corneliam de sicariis*: eamque pœnam tum fuisse deportationem cum omnium bonorum publicatione: in cæteris mortem placuisse. nam qui secundi erant loci, solitos capite puniri: qui infimi, cruci affigi, vel bestiis objici. Id probavi pluribus *d. cap.* 7. nec jam dubito, quin facile expediatur difficultas *d. l.* 2. si fingamus, latrones qui in ea diem suum, corruptis accusatoribus, obiere, altiores fuisse. Non enim hi aliter, quam deportatione, & omnium bonorum amissione coërcebantur. ob hujus autem metum pœnæ non dabatur reis venia transactionis *d. l.* 1. *D. de bonis eorum qui ante sententiam.* igitur poterat a Julio Juliano quæri; utrum latrocinii accusati primi ordinis latrones, cum suos corruperunt accusatores, tantum ipsi confessi pœna tenerentur; an ea pœna, iis mortuis, quoque adversus eorum heredes transiret. Isthæc res est. Si quidem in Severi & Antonini verbis fieret honestiorum mentio latronum: at nusquam facta. Ita est; sed nec opus erat fieri: quippe cum rescriberent Imperatores ad Libellum Julii Juliani, in eoque proponi latronum conditionem sufficeret. Nunc vero ut in Rescripto nulla appareat; tamen quia nec contraria indicatur, & interim solet factum in Libellis enarrari, & si alicubi quid sit neglectum, reprehensio est, ut in *l.* 8. *C. de impuberum & aliis substitutionibus*, & *l.* 3. *C. de duobus reis stipulandi;* quid impedit, quo minus, quod Rescripto deest, ex recepto jure conjiciam: exemplo Ulpiani, qui in *l.* 23. §. 1. *D. de condictione indebiti* similem tenuit viam ad eorumdem Imperatorum intellectum.

Sed revertamur ad *d. l.* I. *D. de bonis eorum, qui ante sententiam.* in ea lege negat Ulpianus, reo nocere, si adversarium corruperit in criminibus mortis naturalis pœnam continentibus; eaque negatione primam, quam feci, observationem ad *l. ult. D. de prævaricatione* confirmat. Idem dicam de secunda. non enim ait Ulpianus in *l.* I. reo vel in sanguine concedi transigendi facultatem; utique, ut transactio legibus fieri, atque his effectum habere intelligatur. minime. saltem ait, reo, si transegerit, ignosci, ne ei noceat, quod adversarium corrupit. Significat igitur, reum, facta, quamvis in sanguine, transactione, peccasse adversus leges quibus transactio de criminibus prohibetur, atque etiam pœnam meritum; sed a pœna excusari: cæterum de transactionis vi atque effectu verbum non addit. proinde quid verius est, quam eam, licet a pœna liberetur, tamen nullius momenti manere? quod similiter his quæ supra monui ex *d. l. ult.* convenit. Postrema nostra observatio Ulpianum sic accepit in *d. l. ult.* quasi is corrupti accusatoris pœnam Senatusconsulto adscribat: exceptionem, præterquam in sanguine, non æque. Verum hanc quoque observationem idem juvat Ulpianus in *d. l.* I. Non enim exceptionem eam Senatusconsulto imputat, sed Principum Decreto, postea insecuto: ejusque Decreti rationem adfert sane elegantem. Ea ratio est, quod Principes, moti miseratione humani affectus, ad sui conservationem inevitabili necessitate inclinantis, benigne interpretati sunt, pecuniam quæ, ob omittendam in sanguine accusationem, accusatori a reo datur, non criminis conscientia dari; sed ut vitam suam qualicumque ratione redimat a periculo mortis qua nihil homini terribilius sit. Sed de usu juris, exceptionisque circa criminum transactionem pactionemque satis.

CAPUT IX.

Imperatores, Diocletianus & Maximianus, declarati in l. 18. *C. de transactionibus.*

Tantum superest, ut ostendam, quid significent Impp. Diocletianus & Maximianus *l.* 18. *C. de transactionibus*: quia vereri quis possit, ne sit alia eorum, quam nostra, de his sententia: cum sic scribunt, *Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est: in aliis autem publicis criminibus quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem.* Ecce, Diocletianus & Maximianus negant, prohibitum esse, transigere vel pacisci de capitalibus criminibus. quæ igitur invidia est, non pati, valere transactionem quam illi legibus impediri negant? Verum succurramus Jurisprudentiæ, expulsa caligine ei perquam molesta. Sic autem censeo, atque idem probavi hujus Operis capite secundo, Imperatores non facere Constitutionem proprie dictam: non etiam mutare quid ex recepto & solemni jure: sed rescribere ad Libellum Valentis, ipsos pro ejus seculi more de Jure consulentis. proinde nolim, hoc eorum Caput ad modum Constitutionis novæ aut generalis explicari; sed quasi speciale Rescriptum, atque ex usu juris certi, denique convenienter propositæ Valentis Consultationi, accipi. Multo minus eos exaudiam, quasi velint, competere accusatori & reo transactionem de capitalibus criminibus: ita ut, si fiat, lege non prohibente fieri, & optimo jure sustineri, intelligatur. Cum enim jam liqueat, qualemcumque de criminibus transactionem legum severitate prohiberi; tum factam improbari: amplius, pro peccato puniri; ac, si de sanguine fiat, reo saltem Principum lenitate remitti: profecto longe est, ut, quod creditur, esse negotium Diocletiano & Maximiano possit ullo modo. Abit enim a solemni jure de quo illi se rescribere profitentur. Sed nec Valens is ad quem rescriptum est, quæsivit, quæ transactio de criminibus nulla sit, aut valeat: sed quæ evitet falsi accusationem; aut sub ea relinquatur. Itane? senties, si mentem animi ad priorem & posteriorem Rescripti versum, tum ad utriusque connexionem, paulo intentius advertis. Proinde quid cesso, opinari, unum atque optimum esse hujus Rescripti sensum: *S*cire debes, Valens, quod, postquam Principum Decreto placuit, non nocere reo transactionem, corrupto in capitalibus criminibus adversario, deinde non potest ei prohibita iis in criminibus censeri transactio; utique, ut falsi accusationem metuat: quia, etsi legibus fieri prohibeatur, & facta pro falsi crimine habeatur; tamen reo Principalis humanitate Decreti ignoscitur. Aliter atque in criminibus quæ sanguinis pœnam non ingerunt: in quibus non potest reus transigere, quin in falsi accusationem incidat: quia non est visum Principibus, reo in his quæ non continent sanguinis pœnam, transigenti, sive transactionis, sive corruptionis, id est, peccati, veniam dare. Exposui *l.* 18. *C. de transactionibus*; simul rationem atque effectum transactionis de capitalibus criminibus.

CAPUT X.

Reum publici criminis ab accusatore cum quo transegit in causa sanguinis, non posse repeti: quamquam non vi transactionis; sed quia accusator qui nummos accepit, ne accuset, amplius accusare prohibetur.

Alius enim exitus non est: nisi quis cum Græco Scholiaste, *lib.* XI. *Basilic. tit.* 2. *Scholio ad l.* 18. *C. de transactionibus, lit. B. pag.* 810. *& seq. tom.* I. ne de aliis dicam, hunc, quoque esse effectum putet, ne reus ab eo cum quo transegit in publico crimine, repetatur, resistente pacti exceptione quam in Edicto promittit Prætor *l.* 7. §. 7. *D. de pactis.* Sed mihi religio fuerit, eis qui hoc censeant, accedere. Non enim transactio est quæ creditur, sed corruptio; nec legibus firmatur; sed reo, ne ei noceat, Principum lenitate donatur. Non igitur potest transactio quæ legibus adversatur, pacti exceptione adjuvari. An quid verius est, quam quod Prætor in Edicto servat pacta, non omnia; sed ea quæ neque dolo malo, neque adversus leges, aut in fraudem legum, facta fuerint *d. l.* 7. §. 7. Quid, si nec ratio patitur, Edictum quo Prætor promisit, pacta servare, aliis applicari pactis, quam de quibus cogitavit Prætor? Atqui non potuit cogita-

re, nisi de pactis quæ sint de privatis & civilibus actionibus: quia hæ solæ ad ejus jurisdictionem atque imperium pertinebant, ac proinde, si de his facta essent pacta, poterat ea Prætor, institutis deinde apud se actionibus, pacti exceptione servare. Non idem erat; si quod de publico crimine interpositum esset pactum. Quid enim Prætori cum criminibus de quibus nulla ei cognitio erat? An potuit promittere, se servaturum pacta de criminibus quorum accusatio non apud eum, sed olim apud suum Quæsitorem, & deinde apud Præfectum Urbi, instituebatur? Sed certa res est, si quæ de crimine facta esset pactio transactiove inter accusatorem & reum, deque eo rursus agere vellet accusator, Prætorem non potuisse reo adversus accusatorem pacti exceptionem dare; vel quia ratio resistit, ne quis de re publica, id est, aliena, paciscatur; vel quia accusatio non apud Prætorem instituebatur, sed, ut dixi, olim apud suum Quæsitorem, & postea apud Præfectum Urbis. Simili plane collectione qua Ulpianus *l.* 63. *D. de Ædilitio Edicto*, postquam quæsiverat, cur ab Ædilibus nihil edicatur de locationibus: *Hæc tamen*, inquit, *ratio redditur: vel quia numquam istorum hac de re fuerat jurisdictio, vel quia non similiter locationes, ut venditiones fiunt.*

Atqui non potest accusator, postquam semel agere destitit, amplius accusare in publico judicio. Quis negat? sed non ideo hoc fit, quod eum reus pacti exceptione repellit. habet ea res causam longe aliam, nec ab Edicto Prætoris, ejusve exemplo, proficiscentem; sed ab infamia qua eum qui citra veniam abolitionis publici judicii quæstionem deseruerit, ex Turpiliano Senatusconsulto notari, exemplo ejus qui calumniæ causa judicio publico damnatus sit, Papinianus observat *l.* 6. §. 3. *D. de Decurionibus.* Eam igitur ob causam hæc ei pœna imponitur, ne accuset: perinde quasi indignus ea libertate sit qui Legem prodidit. Id Paulus indigitat, *lib. sing. De pœnis omnium Legum*, sequentibus verbis, *Qui destiterit agere, amplius & accusare probibetur l.* 2. *D. Ad Senatusconsultum Turpilianum.* Venulejus quoque Saturninus probat *l.* 5. *D. de prævaricatione*, *Accusator*, inquiens, *in prævaricatione convictus postea ex lege non accusat.* Venulejo accedit Macer *l.* 8. *D. de accusationibus*; cum ait, *Alios* (prohiberi accusare) *propter turpem quæstum, ut qui duo judicia adversus duos reos subscripta babent, nummosve ob accusandum, vel non accusandum, acceperint.* Atque hoc non tantum in capitalibus criminibus jus est; sed in his quoque quæ non sunt capitalia utique, ut omittam hæc quæ jam attuli testimonia, de adulterio Ulpianus *l.* 2. § 1. *D. Ad legem Juliam de adulteriis*, *Marito* (inquit) *jure mariti accusanti illa præscriptio objicitur, Si Legem prodidisse dicatur ob boc, quod aggressus accusationem adulterii destitit.*

CAPUT XI.

Reum, postquam cum accusatore transegit in sanguine, ab aliis accusari posse. Sed nec Magistratum prohiberi, inquisitione uti, si velit, nullo existente accusatore.

Igitur publici reus criminis, si in sanguine transigat, ab eo cum quo transegit, non vi pactionis, sed in ejus pœnam, liberatur. An & a cæteris? finge, privatos accusare in publico crimine; finge, Magistratus inquisitione uti velle, nullo existente accusatore. Censent egregii Jurisconsulti, cum Latini, tum Græci, *Basilic. lib.* 60. *tit.* 34. *Scholio ad l.* 6. *C. de bis qui accusare non possunt lit. L. pag.* 579. Sed metuo, ne errent. non enim transactio est quæ dicitur, sed corruptio; neque adeo juvatur jure; neque delet criminis obligationem: tantum accusatori, quasi indigno, aufert accusationem. Porro quis ferat, alterius peccato & pœna alieno juri, denique publicæ utilitati, præjudicium fieri? Atque hoc ratione intelligitur. Sed nil vetat, idem quoque auctoritate demonstrari: nec defugiet eam Marcianus *l.* 5. § *ult. D. Ad legem Juliam de vi publica;* ait certe, Qui vacantem mulierem rapuit, vel nuptam, ultimo supplicio puniri; &, si pater injuriam suam precibus exoratus remiserit, tamen posse extraneum sine quinquennii præscriptione reum postulare. Scio, loquitur Marcianus de gratuito pacto: sed, si in eo id jus est, quanto magis in transactione obtinebit? Quamquam argumentum mitto: quid enim eo opus? clare Tertullianus, *De fuga in persecutione c.* 14. *Esto* (inquiens) *sapientia, non præmio, cautus. Neque enim statim & a populo eris tutus, si officia militaria redemeris.* Constantinus quoque *l.* 1. *Cod. Theod. de abolitionibus* ex qua descripta est *l.* 2. *C. eod. tit.* Verba Constantini. *Si post strepitum accusationis exortæ abolitio postuletur, causa novæ miserationis debet inquiri, ut si citra depectionem id fiat, postulata bumanitas præbeatur: sin aliquid suspicionis extiterit, quod manifestus reus depectione celebrata, legibus subtrabatur, redemptæ miserationis vox minime admittatur, sed adversus nocentem reum inquisitione facta pœna competens exeratur.* Sed nec illud omittendum, quod idem Constantinus *l.* 3. *C. Pro quibus causis servi pro præmio libertatem acceperunt* constituit, ut *Si quis servus Raptus* [*virginis*] *facinus dissimulatione præteritum, aut pactione transmissum, detulerit in publicum; libertate donetur.* Non igitur nocet reo transactio in sanguine.

CAPUT XII.

An ut reo, sic accusatori, ignoscitur, si in sanguine transegerit? velle Doctissimos Viros; sed nullo jure: nec referre, utrum facta sit transactio ante, an post, delatum rei nomen, factamque in crimen subscriptionem. Impp. Diocletianus & Maximianus expositi l. 18. *C. de transactionibus.*

Quid de accusatore dicemus? nec ei nocere transactionem; si quam capitali fecerit in crimine? Sic placet Doctissimis Viris. iisque facere videntur Diocletianus & Maximianus in *l.* 18. *C. de transactionibus* sic generaliter rescribentes, *Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, probibitum non est.* Cum enim non separant Imperatores a reo accusatorem; quæ-

quæso, quid volunt, nisi transactionem pactionemque de capitali crimine utrique permitti: quia neutrum prohibent, de capitali crimine transigere vel pacisci? Sed vereor, ne sic perperam colligatur. Non enim continetur Diocletiani & Maximiani verbis generalis Constitutio, circa cujus interpretationem argumentum probe fiat a verborum latitudine ad consequentiam juris ea definiti. Magis Rescriptum fuit ad Valentis, id est, ad cujusdam privati hominis, Libellum: ut ex Capitis Inscriptione in antecessum ostendi. Hoc amplius censeo, ne quæsivisse quidem Valentem, utrum tantum reo, an etiam accusatori, de crimine capitali impune transigere vel pacisci liceret; sed, cum certum esset, tantum reo licere sine pœna transigere, accusatori non licere; saltem quæsivisse Valentem, an reo æque de publicis criminibus quæ infra mortis pœnam consisterent, ac de his quæ in eam caderent, impune transigere vel pacisci liceret. Atque huic meæ sententiæ quod fortius adferam argumentum, quam ipsius summam Rescripti? in quo Imperatores tantum unam finiunt quæstionem quæ circa criminum genera movebatur; sed alteram quæ poterat ad paciscentium personas pertinere, non attingunt. sic sane ajunt, *Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, probibitum non est: in aliis autem publicis criminibus quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem.* Nulla in hoc Rescripto accusatoris, nulla rei, mentio: nec aliam ob causam; quam quod a Valente non de paciscentium personis fuit quæsitum; sed de genere criminis de quo pactio transactioque fieret sine falsi pœna: oportere enim Rescriptum propositæ respondere quæstioni, quis tam ineptus est, ut non intelligat? Non igitur potest, quod volunt Doctissimi Viri, ex hoc ostendi Rescripto, transactionem de capitalibus criminibus æque accusatori, ac reo, indulgeri: quia id Imperatoribus in eo minime propositum fuit.

Ac si Veterum testimonia quærimus: ejus sententiæ nullum vel apud ipsos vestigium. quippe ajunt quidem, a Principibus decretum esse, ne reo noceat; si adversarium in capitali causa corrumpat *l.* 1. *D. de bonis eorum qui ante sententiam*, juncta *l. ult. D. de prævaricatione:* sed de accusatore nihil addunt. Non igitur potest, quod reo Principum humanitate indulgetur, ad accusatorem cui ea humanitas non exhibetur, quali quali interpretatione porrigi. quin verius dixerim, quia reus specialiter excipitur a Regulis Juris, accusatorem qui non excipitur sub Juris Regulis relinqui.

Nec interest, utrum nondum detulerit rei nomen, neque in crimen subscripserit, an jam utrumque fecerit. Numquam enim accusatori ignoscitur. Saltem, si non instituta adhuc accusatione, non dicam, gratis pactus sit: (id enim tum impune ei fuit) sed si transegerit, hoc est, pecuniam acceperit, ne accuset; locus fit Legi Juliæ Repetundarum *l.* 6. §. 2. *D. de lege Julia repetundarum*, & actioni in factum de calumniatoribus *l.* 1. §. 1. *D. de calumniatoribus*: etiam pœnæ Concussionis: tum Senatusconsultis quibus pœna Legis Corneliæ teneri jubentur qui ob accusandum, vel non accusandum, pecuniam acceperint *l.* 2. *D. de concussionibus.* Repones, sat video, id demum jus esse; si accusator, *Ne accuset*, pecuniam in re certa a reo innoxio accipiat dolo malo & vexandi concutiendique animo: non, si aliquo dato aut promisso in re dubia atque ambigua cum reo bona fide decidat. Verum videamus, ne ea responsio minime deceat seriæ gravitatem disputationis. Quem enim habet sensum? An umquam bona accusatoris fides qui de crimine transigit? An ei jus accipiendi stipulandive pecuniam, ut reo parcat, etsi in re dubia? Cave, putes. interest disciplinæ publicæ, (quod observat Plinius, *Panegiric. c.* 36.) non delatores, sed leges, timeri. ita si sentit accusator quam parat reo delationem, nullo aut ambiguo jure niti: quam habet causam deferendi hominis innocentis? non enim cogitur, si nolit, accusare: nec si velit, per leges debet, nisi manifesto crimine, facere *l.* 7. *D. de accusationibus. l. ult. C. de probationibus.* Mitto, quod rei delatione non agit, ut privato jure quod sua intersit persequatur; sed ut publico nomine læsam vindicet disciplinam. igitur si fore putet, ut adversus reum aut nullo aut dubio jure insurgat: non oportet eum, ne accuset, pecuniam ab insonte reo pacisci aut accipere. contra debet sponte omittere quem non speret convincere. quod si non faciat, præterquam data aut promissa pecunia: quid causæ habet, quo minus ea dolo malo & calumniandi concutiendique animo ab innoxio reo turpiter pacisci aut accipere intelligatur?

Nocet igitur accusatori ante institutam accusationem non quidem gratuita pactio, sed transactio. At post institutam & transactio ei nocet, & gratuita pactio. quippe, cum constet, eum prohiberi, a cœpta accusatione citra abolitionem desistere: ac, si contra faciat, vel ex Senatusconsulto Turpiliano, vel officio Judicis, puniri *l.* 1. §. 7. & *l.* 7. §. 1. *D. Ad Senatusconsultum Turpilianum.*

CAPUT XIII.

Argumenta quibus videtur transactio de capitalibus criminibus accusatori indulgeri, diligenter proposita, & dejecta.

Dices, ita esse, nisi accusator cœptam capitalis criminis accusationem facta transactione omittat. Audio; sed dabis veniam non credenti sine pignore. quærimus enim fidem vetusti moris; non privatæ prærogativam sententiæ. Ac, si rem recta putamus via, qui potest accusator ob transactionem habere jus ab accusatione desistendi sine abolitione? Primum enim non vertitur in criminis accusatione privata accusatoris & rei causa, ut transactio esse eorum juris atque arbitrii videatur; sed publicæ utilitas vindictæ quæ privatæ pactionis mediocritatem egreditur. Altera ratio est, quod accusator a Judice cujus cognitio est, non admittitur ad accusationem; nisi ante in crimen subscribat, atque insuper caveat, objecturum se reo crimen, & in eo perduraturum usque ad sententiam *l.* 7. *pr.* & §. 1. *D. de accusationibus.* id vero si fecit: nullo potest colore publicam causam quam apud Judicem recepit publico ulcisci jure, deinde privata pactione sine Judicis auctoritate deserere. Atque id certum est; si ab accusatione gratis desistat: quia errorem suum animadvertit, aut juvenilem sentit calorem, aut rei miseratione movetur. Multo igitur minus poterit desistere, quia transegit: hoc est, quia pecunia corruptus est, non desiturus, nisi corruptus

ptus fuisset. At non modo ratio id evincit: sed Veterum quoque auctoritas. Nam ut Marcianus *l.* 1. §. 7. *D. Ad Senatusconsultum Turpilianum* ait, puniri qui a cœpta accusatione citra abolitionem destiterit: ita Paulo *l.* 6. *D. eod. tit.* videtur ab accusatione desistere qui cum adversario suo de compositione ejus quod intendebat, fuerit loquutus. *De compositione* autem *loqui* Paulo quid est, nisi transigere? id enim *componere*, a quo *compositio*, designat: ut in illo Suetonii, *Caligula c.* 40. *Pro litibus atque judiciis ubicunque conceptis, quadragesima summæ de qua litigaretur: nec sine pœna, si quis composuisse vel donasse negotium convinceretur.* Res certa: sive enim juris rationem spectemus, sive Veterum auctoritatem; neutra patitur, accusatorem transactione accipere facultatem ab accusatione desistendi sine abolitione. Hoc plus dicamus, eum, si transegerit, ne abolitionem quidem petere posse. non enim facile impetratur abolitio *l.* 14. §. 2. *D. de bonis libertorum*: utique de plano; sed demum pro tribunali justa ex causa *l.* 1. §. 8. *D. Ad Senatusconsultum Turpilianum*: a qua depectionem, seu transactionem, quasi turpem atque improbam, removeri, certus auctor est Constantinus *l.* 2. *C. de abolitionibus*, verbis sequentibus. *Abolitio præsentibus partibus causa cognita non a Principe, sed a competente judice, postulari debet: id est, si per errorem, seu temeritatem, seu calorem, ad accusationem prosiluerit: hoc enim accusator explanans abolitioni locum faciet. Sin autem per depectionem, vel pecuniis a reo corruptus ad postulandam abolitionem venit: redemptæ miserationis vox minime admittatur: sed adversus nocentem reum inquisitione facta, pœna competens ingeratur.* Sic Constantinum restitue. Vulgo editur, *deceptionem.* sed legendum, *depectionem*, ex *l.* 1. *Cod. Theod. de abolitionibus*: ut a Jacobo Gothofredo, *Notis ad eum locum*, & ante a Jacobo Cujacio, *lib.* 2. *Observ. c.* 15. recte est animadversum. Addit mox Constantinus, quod *Hi qui suam suorumque injuriam defendunt, & qui cognatos suos in accusationem deducunt: omnimodo abolitionem petere non prohibentur.* Hoc autem *omnimodo*, ne quis erret, Constantino non est, etsi transegerint vel turpiter depecti sint de quibus sermo est; quod primo adspectu videtur: sed significat, etiam de plano, non modo pro tribunali causa cognita. Verius enim est, vel hoc, si pecunia corrupti, ad petendam abolitionem veniant, eam ne de plano quidem petere posse. Et est similiter a Papiniano traditum *l.* 4. *D. Ad Senatusconsultum Turpilianum*, mulierem, si, cum suam suorumve injuriam persequitur, non petita abolitione desistat, non teneri Senatusconsulti Turpiliani pœna: idque a Marciano confirmatur *l.* 1. §. 10. *in fin. D. eod. tit.* Nec tamen hoc aliter obtinet, quam si ultro destiterit mulier, non interveniente turpi depectione. nam si ea cum adversario contra vetitum facta, destitisse dicatur, adhuc magis est, ut in Senatusconsultum Turpilianum incidat *l.* 5. *C. eod. tit.* Sed longior sum, & nimis claret, Veteres, etsi voluerint, impunitam reo esse de capitalibus criminibus transactionem, tamen accusatori impunitam esse, non voluisse.

Non me fugit, esse qui conentur, rem aliquo verborum temperamento expedire: arbitrati, Juris capita quibus puniri dicitur accusator, cum a cœpta desistit accusatione, ad crimina non capitalia restringi. Atque ea, fateor, tolerabilis esset interpretatio; si quæ ratio certi juris ad eam duceret, absurditatis ex verborum amplitudine evitandæ gratia. Sed nunc frustra adhibetur. non enim rationi debetur; sed errori: cui causam præbuit sententia minime vera; quamquam pro vera eam jactant Doctissimi Interpretes. Sic se res habet. opinantur enim, reo Principum Decreto fieri jus transigendi de capitalibus criminibus: ex eaque sententia vana atque inani deinde consequentias ducunt, etsi non veras, tamen ex falsis principiis optime sequentes. Eæ consequentiæ sunt: lubet enim earum exemplum apponere. Si Principes reo fecerunt jus transigendi de capitalibus criminibus: dubium non est, quin accusatori quoque fecerint jus de capitalibus criminibus transigendi: quia ubi reo id dederunt jus; reo omnia dederunt sine quibus is suum adsequi jus omnino nequeat: pari fere ratione qua qui jurisdictionem aut usumfructum concedit, omnia concedit sine quibus jurisdictio explicari aut usufructus percipi omnino nequeat *l.* 2. *D. de jurisdictione*, & *l.* 1. §. 1. & *seqq. D. Si ususfructus petatur.* Jam quis reus potest de capitalibus criminibus transigere; nisi accusatori jus sit, de his transigere? Proinde, si Principes accusatori dederunt jus de capitalibus criminibus transigendi, quia reo dederunt; videtur ratio velle, ut accusatori, si transegerit, concedatur, ab accusatione impune desistere. Principis enim permissu desistit: & qui eo permittente ab accusatione desistit, potest ab ea sine pœna desistere *l.* 13. §. 1. *D. Ad Senatusconsultum Turpilianum*: nec refert, utrum Princeps ei id palam, an per consequentiam, permittat. Sic illi.

Bellissime: si quidem verum foret, reum in capitalibus criminibus jus transigendi habere: sicut Magistratus cui jurisdictio data est, jus cognoscendi, & fructuarius cui concessus est ususfructus, jus utendi fruendi, habet. Sed si hoc procul vero est; apparet, omnia quæ ex eo principio ducuntur, a vero amoveri. At reum habere jus transigendi de capitalibus criminibus, Veterum nemo arbitratus est. Tantum dixerunt, reo, si transegerit, id est, si adversarium corruperit, in capitali crimine, transactionis veniam dari *l.* 1. *D. de bonis eorum qui ante sententiam*: nihil præterea. Multum porro interest, utrum reo detur jus transactionis; an, si transegerit, ei ignoscatur: utrum ab initio transigat jure suo, an quod transegerit, excusandus sit. altero casu ei data intelliguntur adminicula sine quibus transactio haberi nequit; altero non sunt data. Igitur, ut non negem, reo, si ei datum foret jus transigendi de capitalibus criminibus, omnia data fore sine quibus ea transactio fieri non posset: non tamen in proposito dixerim, accusatori qui transegerit in capitalibus causis, transactionis veniam dari, quia reo datur.

At enim, si humanitas suadet, transigenti ignosci reo, quia sanguinem suum transactione redimit: quid ni postulet similitudo rationis, ut & accusatori transigenti ignoscatur? An cui dubium est, quin ut reus, sic accusator, transigens de capitali crimine, suum redimat sanguinem, saltem post subscriptionem in crimen? Atqui inde, si non convincat reum, tenetur ad supplicium quod illi intendit *l. ult. C. de accusationibus. l.* 7. *D. eod. tit.* Sed neque hoc argumentum nostram onerat sententiam. Ut enim maxime concedam, eamdem in proposito esse accusatoris & rei conditionem; qui tamen concedam, idem utriusque jus esse? nam transactio reo in capitalibus criminibus non communis juris regulis in quibus æquitas a simili ad simile

mile procedi patitur *l.* 10. 11. 12. & 13. *D. de legibus*, sed adversus eas Principum benignitate indulgetur *l.* 1. *D. de bonis eorum qui ante sententiam*: quod autem contra rationem juris, etsi probabilem, tamen singularem, ob causam constituitur; hoc qui potest ad consequentiam produci *l.* 14. & 15. *D. de legibus?* Nec tamen deest differentia, atque ea notabilis, quæ transigenti parcat reo, accusatori non parcat. Nam primum accusator, cum se subscriptione in crimen obligat ad similitudinem supplicii, sua voluntate in vitæ periculum deducitur; quippe cum accusare invitus non cogatur *l. unic. C. Ut nemo invitus agere vel accusare cogatur*: reus vero, ubi accusatur capitalis criminis, non sua voluntate periclitatur: (quis enim volens capitis accusatur?) sed adversarii delatione invitus vitæ periculo objicitur. Est igitur, cur reo detur transactionis venia; accusatori non detur: quia habet accusator quod sibi imputet; reus non habet. Ad hanc differentiam accedit altera; quod reus quidem, ut se liberet capitis periculo in quo est, accusatori pecuniam de suo dat, & magna causa: verum accusator, ut desistat a criminali judicio, reumque liberet, quo jure, aut colore, ab eo pecuniam petit neque suam, neque sibi debitam? Inquies, uti transactione quæ demum fit aliquo dato, aut retento, aut promisso, vitæ periculo liberetur, exemplo rei. Sed primum quæ causa ei exigendæ sibi pecuniæ ex causa non sua, sed publica. Deinde quis metus, ne reus non æque consensurus ei sit ab accusatione desistenti, nulla exacta pecunia? Non igitur ea ratio est exigendæ in proposito pecuniæ quæ est dandæ: ac si, quod res est, dicam, numquam accusator, cum transigit de capitali crimine, accipit a reo pecuniam probabili ex causa; multoque minus, ut suum redimat sanguinem: quin, ut reum concutiat, aut certe, ut leges ei prodat, eam inhumane, injuste, ac turpiter, ei extorquet: hoc amplius, cum potest a Judice, petita aliquando fine, plerumque ex, rei consensu abolitione, vinculo subscriptionis solvi, & impune desistendi ab accusatione facultatem accipere *l.* 3. *C. de abolitionibus*; si non fallaciter, sed sincera mente, per errorem, seu temeritatem, seu calorem, ad accusationem prosilierit; nec depectio ac pecuniæ corruptio appareat; nam hoc in *l.* 2. *C. eod. tit.* desideratur: in eaque *depectionem* pro *deceptionem* legi oportere, alibi monui. Possint igitur quas dedi, sufficere differentiæ ad demonstrandum, non esse eam quæ creditur, accusatoris & rei similitudinem; & ideo recte alterum miseratione dignum haberi, volente humanitate; alterum publicum mereri odium, ob improbitatem. Si tamen gravis non ero; addam & tertiam differentiam: quæ est, quod reus, probata in capitali judicio accusatoris intentione, plerumque morte sine cunctatione afficitur: verum accusator, absoluto reo, non alias punitur similitudine supplicii; quam si causa cognita judicatum fuerit, scientem calumniatum esse. Ita est: absoluto enim reo, demum incipit Judex de accusatoris consilio quærere, qua mente ductus ad accusandum processerit: &, si quidem justum ejus errorem repererit, eum absolvit: sin in evidente calumnia deprehenderit, legitimam ei pœnam irrogat *l.* 1. §. 3. *D. Ad Senatusconsultum Turpilianum.* Ea vero re si videbitur accusator in capitis periculum venire; licebit ei transigere: sed jam jure rei, atque ut sanguinem suum redimat; non jure accusatoris, & ut reum concussione vexet, aut ei leges prodat, dum ejus causam pessimo exemplo adjuvat.

CAPUT XIV.

Ulpianus expositus loco admodum obscuro & intricato qui est in l. 1. §. 3. D. de calumniatoribus.

Sed Ulpianus reclamat verbis sequentibus ex *l.* 1. §. 1. & 3. *D. de calumniatoribus.*

§. 1. *Hoc autem judicium non solum in pecuniariis causis, sed ad publica crimina pertinere Pomponius scribit: maxime cum & Lege Repetundarum teneatur, qui ob negotium faciendum, aut non faciendum per calumniam pecuniam accepit.*

§. 3 *Sed & Constitutio Imperatoris nostri quæ scripta est ad Cassium Sabinum, probibuit, judici, vel adversario, in publicis, vel privatis, vel fiscalibus causis pecuniam dare: & ex hac causa litem perire jussit.* † *Nam tractari potest, si adversarius, non per calumniam, transigendi animo accepit, an Constitutio cessat? Et puto cessare: sicuti hoc quoque judicium: neque enim transactionibus est interdictum, sed sordidis concussionibus.*

Ulpianus exponens Edictum de Calumniatoribus quo qui pecuniam, ut negotium alicui faciant, vel non faciant, accepisse dicuntur, intra annum in quadruplum, post annum in simplum, tenentur *d. l.* 1. *pr.* atque indistincte, sive pecuniaria causa sit, sive crimen publicum *d. l.* 1. §. 1. primum inserit ejus Edicti interpretationi Legem Juliam Repetundarum, etiam Constitutionem Imperatoris, Antonini Caracallæ; atque ait, illa teneri qui ob negotium faciendum, aut non faciendum, pecuniam per calumniam accepit: hanc vero prohibere, Judici vel adversario pecuniam dari in privatis, vel publicis, vel fiscalibus, causis; & ex hac causa litem perire, jussisse: deinde subjicit, non esse transactionibus interdictum, sed sordidis concussionibus: denique, facta transactione, & eam cessare Constitutionem, & actionem de calumniatoribus. Videntur igitur transactiones æque actori ac reo permitti in causis cum publicis, tum privatis & fiscalibus.

Quid dicimus? non perinde accipiendum Ulpianum, ac si in toto §. 3. peræque loquatur de publicis, & privatis, & fiscalibus, causis alioquin pateretur, transigi non modo de criminibus sanguinis pœnam ingerentibus; sed de cæteris quoque criminibus quæ eam non inferant. quod & certo jure, & auctoritate Impp. Diocletiani & Maximiani *l.* 18. *C. de transactionibus* refellitur. Non sic quoque accipiendus Ulpianus, quasi ejus ratio sit, disquirere, de quibus causis unicuique liceat, vel non liceat, transigere: sed tantum voluit docere, quod in causis in quibus unicuique licet transigere, non est interdictum transactionibus bona fide factis, sed sordidis concussionibus. Quod verissimum est; & ex *l.* 65. §. 1. *D. de condictione indebiti*, etiam ex verbis *d. l.* 1. §. 3. liquet: maxime, si in his legas, *Neque enim transactionibus* licitis *est interdictum.*

dictum. quomodo in omnibus extat exemplaribus, uno excepto Florentino; in quo illud, *licitis*, desideratur. Scribo igitur in *d.* §. 3. *l.* 1. *Neque enim* transactionibus licitis *interdictum*: ut in illo Hermogeniani *l.* 16. *D. de transactionibus*, *Qui fidem* licitæ transactionis *rupit.* Et recte: quæ enim licitæ sunt transactiones, demum habentur transactiones: quæ vero illicitæ sunt, jure non videntur transactiones. Postremo nec hoc omiserim, quod vocula, *Nam*, in *d. l.* 1. §. 3. non habet vim causæ, sed vim incipiendi; denique sumitur pro *cæterum*, vel simili: ut in *l.* 2. §. 1. *D. Vi bonorum raptorum*, & *l.* 6. *D. de rei vindicatione.* Ita Ulpiani sensus, ille durus & asper, optime attemperabitur: quasi velit, actionem in factum de calumniatoribus non solum in pecuniariis causis obtinere, sed ad publica quoque crimina pertingere: eamque (quæ, Pomponii est) interpretationem & Lege Julia Repetundarum, & Imperatoris Antonini Constitutione ad Cassium Sabinum adjuvari. nam Lege Julia teneri qui ob negotium faciendum aut non faciendum per calumniam, sive (ut Venulejus Saturninus loquitur *l.* 6. §. 2. *D. de lege Julia Repetundarum*) ob accusandum vel non accusandum pecuniam accepit: & Antonini Constitutionem prohibuisse, Judici vel adversario in publicis vel privatis vel fiscalibus causis pecuniam dari; & ex hac causa litem perire, jussisse. Inde vero effici; ut, si pecunia detur, accipiaturve, iis in causis in quibus licita legibus non sit transactio, non sit absonum a juris ratione, actione in factum de calumniatoribus teneri qui, ne negotium alicui faceret, ab eo pecuniam acceperit. Cæterum, si adversarius in causa in qua licet transigere, a reo non per calumniam, sed transigendi animo, pecuniam acceperit, aliter dicendum esse. non enim perire reo litem in transactionibus quæ jure licito fiant, cessante in his Antonini Constitutione. Atque hoc si est: nihil esse, cur non jam cesset quoque judicium de calumniatoribus adversus eum qui ex licita transactione sine calumnia pecuniam accepit, ut desisteret a lite quam reo bona fide movit. Finge; ut res exemplo demonstretur: agit quis de re privata & sua civili & privata actione: dubium non est, quin legibus licita sit, ne agatur, pecuniæ datio acceptioque; quia legibus licita est transactio, finge; agit quis de publico aut fiscali jure, verbi gratia, ex crimine non capitali: non est licita inter accusatorem & reum, ne agatur, pecuniæ datio, acceptioque: quia licito jure jam non fit transactio: denique non est transactio; magis concussio ac corruptio videtur, idemque est; si de capitali crimine transigatur: nam ne de hoc quidem crimine legibus licita transactio est. quamquam, quia in capitali crimine a Principibus decretum est, non nocere ei qui adversarium corrupit *l.* 1. *D. de bonis eorum qui ante sententiam*; prope est, ut in reo quidem, si adversario dederit pecuniam, ne se accuset capitalis criminis, cesset Antonini Constitutio, sed in persona accusatoris qui pecuniam accepit, ne accuset, magis est, ut non cesset actio de calumniatoribus *d. l.* 1. §. 3. *D. de calumniatoribus*: quia verum est, neque licitam ei esse transactionem de crimine, quamquam capitali, neque eam, si facta sit, ei ignosci. Vici difficultatem *d. l.* 1. §. 3. hactenus insuperabilem. Nec tamen nego, adhuc quæri posse, quid in ea Antonini Constitutione sit, *Litem perire ei qui judici vel adversario pecuniam dederit.* Et puto, si actor sit, qui pecuniam judici vel adversario dederit, eum a petitione removeri: sin reus, pro confesso haberi. At nec hoc videtur extra omnem jacere difficultatem. quem enim Antoninus in proposito vocat *adversarium?* Et sane in causa publica, vel fiscali, facile potest res habere exitum; quia utique ab alio quem causa concernat, potest detegi corruptio. in privata quoque causa si judex ab uno litigantium corrumpatur, adversarii detectio est. Sed corruptus ipse si sit adversarius; quis deteget corruptionem? Proinde, placet mihi Græcorum sententia, qui *Basilic. lib.* 60. *tit.* 1. *pag.* 12. *Scholio ad d. l.* 1. §. 3. in privata causa id negant procedere: nisi *adversarii* appellatione non principalem adversarium, sed ejus procuratorem, vel socium, vel similem accipiamus. Quod & Russardo placet, *Notis marginalibus*, & Jacobo Cujacio, *ad l.* 7. *D. de dolo malo* non improbatur.

CAPUT XV.

Adulterium a Diocletiano & Maximiano in l. 18. *C. de transactionibus non recte excipi a capitalibus criminibus. Quando cœperit adulterium in Magistratuum cognitione puniri capite? An sub Augusto Lege Julia? An sub Principibus sub quibus vixere Jurisconsulti quorum Fragmenta extant in Pandectis? Neutrum videri.*

Exposui regulam quæ in criminum transactione placuit Civili Jure: simul exceptionem quam ab ea fecerunt Principes. Illud non omiserim, quod ea exceptio apud Diocletianum & Maximianum *l.* 18. *C. de transactionibus* speciem regulæ, regula exceptionis, induit. sic enim scribunt. *Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est.* An vere, videamus. Sed vix puto. non enim potuit adulterium a Diocletiano & Maximiano excipi a capitalibus criminibus; cum adulterium Diocletiani & Maximiani tempore non fuerit capitale crimen. Nec tamen ignoro, adulteros, etiam ante eos, aliquando *graviore pœna*, id est, morte aut exilio, punitos esse. id enim ex sequentibus Suetonii verbis intelligitur quæ sunt in *Octavio c.* 5. *Ut Senatus Actis continetur, cum C. Lectorius adolescens patricii generis, in deprecanda* graviore adulterii pœna, *præter ætatem atque natales hoc quoque patribus conscriptis allegaret.* Sed Suetonius, cum meminit *Patrum Conscriptorum*, & *Actorum Senatus*, ostendit, *graviorem adulterii pœnam*, quam esse dixi mortem aut exilium, adulteris non a Magistratu communi jure de quo noster hic sermo est, sed a Principe aut Senatu extra ordinem, denique contra leges, illatam fuisse. Nec multis opus: clare Tacitus, *lib.* 2. *Annal. c.* 50. & *lib.* 3. *Annal. c.* 24. quamquam suffecerit, posteriorem locum adscripsisse. ejus loci verba sunt. *Ut valida divo Augusto in rempublicam fortuna; ita domi improspera fuit, ob impudicitiam filiæ ac neptis, quas urbe depulit, adulterosque earum morte aut fuga punivit. nam culpam inter viros ac fœminas vulgatam gravi nomine læsarum religionum ac violatæ majestatis appellando clementiam majorum suasque ipse leges egrediebatur.*

Idem aut simile observat Dion Coccejanus in *Excerptis ex Collectaneis Constantini Augusti Porphyrogenetæ*, quæ Parisiis edidit Henricus Valesius: cum de Imperatore Antonino Caracalla sic scribit *pag.* 755. *Cum ipse omnium mortalium notissimus adulter, quoad habilis fuit ad Venerem, extitisset, alios tamen ejusdem criminis reos & oderat & præter jus ac morem capite plectebat.* Notabilis hic Dionis locus; ac, quod miror, adhuc a nullo adductus. Pœna igitur adulterii neque Augusto, neque Antonino Caracalla, imperante, capitalis fuit: ac, si cui a Principe aut Senatu imponeretur; contra jus ac morem imponebatur: & ideo in Magistratuum cognitione de qua hic agimus, ad exemplum trahi non debebat *l.* 1. §. 2. *D. de Constitutionibus Principum.* Sed hoc citra omnem dubitationem est apud Veteres Jurisconsultos ex quibus collecti sunt Pandectarum libri. Ex his enim Paulus *lib.* 2. *Sententiarum*, *tit.* 26. §. 13. *Adulterii*, inquit, *convictas mulieres dimidia parte dotis & tertia parte bonorum ac relegatione in insulam placuit coërceri: adulteris vero viris pari in insulam relegatione dimidiam bonorum partem auferri, dummodo in diversas insulas relegentur.* Pœna igitur adulterii neque Lege Julia, neque Pauli tempore, capitalis fuit; sed fuit relegatio & amissio partis dotis & partis bonorum. Amplius scribit Paulus *l.* 18. *D. de testibus*, quod Lex Julia de adulteriis prohibet, testimonium dicere condemnatam mulierem. Ulpianus quoque *l.* 29. §. 1. *D. Ad Legem Juliam de adulteriis* ait, Lege Julia caveri, ut, si quis adulterii damnatam sciens duxerit uxorem, ea Lege teneatur. Quid, si eam non uxorem duxerit; sed in concubinatu habuerit? ait Ulpianus *l.* 1. §. 2. *D. de concubinis*, *Qui damnatam adulterii in concubinatu habuit, non puto Lege Julia de adulteriis teneri: quamvis si uxorem eam duxisset, teneretur.* Igitur pœna adulterii neque Pauli & Ulpiani tempore, neque Lege Julia, capitalis fuit. alioquin quid utile fuit, nominatim prohibere ea Lege, ne mulier adulterii damnata, testimonium dicat; neve quis adulterii damnatam uxorem ducat. Superioribus accedit Marciani testimonium *l.* 5. *D. de quæstionibus*: qui ait, eum qui duplex crimen commisisse dicitur, nempe incestum & adulterium, esse in insulam deportandum. Ea vero deportatio est pœna incestus, atque ipsa gravior pœna adulterii: ut Paulus docet *d. tit.* 26. §. 13. & 14. Idem intelligi potest ex Arrio Menandro *l.* 4. §. 7. *D. de re militari.* negat enim, adulterii vel aliquo judicio publico damnatos, inter milites esse recipiendos. Nonne inepte: nisi ei liqueret, ejus tempore damnatos adulterii, non fuisse affectos pœna mortis? Mitto, quod Papinianus *l.* 13. *D. de his quæ ut indignis* ait, Mævium, in adulterio Semproniæ damnatum, eamdem Semproniam, non damnatam, duxisse uxorem; eumque morientem heredem eam reliquisse. Id vero quid vult, nisi adulterum, etsi adulterii damnatum, tamen non fuisse damnatum ad capitalem pœnam? Pœna igitur adulterii neque Lege Julia, neque Antonino Caracalla Principe, neque adeo Pandectarum Jure, capitalis fuit.

CAPUT XVI.

Imp. Alexandrum l. 9. C. ad legem Juliam de adulteriis videri inquinatum inepti hominis interpretatione. Ejus loci verus & clarus sensus.

At obstrepit Alexander *l.* 9. *C. Ad legem Juliam de adulteriis.* Verba Alexandri.

Castitati temporum meorum convenit, lege Julia de pudicitia damnatam in pœnis legitimis perseverare. Qui autem adulterii damnatam, si quocunque modo pœnam capitalem evaserit, sciens duxerit uxorem [vel reduxerit] eadem lege ex causa lenocinii punietur.

Quid dicimus? adventitia esse hæc verba, *Si quocunque modo pœnam capitalem evaserit?* Sunt qui negent Doctissimi Viri. esse quoque video qui affirment. Sed neutri quod volunt, probant. Ita nihil promovit industria in alteram partem; &, cum multum pro utraque sudaverit, adhuc incertum relinquit, quid in summa agat Imperator, Alexander. Nihil tamen verius est, si me audies, quam interpolatum esse hoc ejus Rescriptum; atque inepte. Hoc enim, si patieris, addam: ac, si dubites, rem tibi auctorem dabo; si primum dixero, quid apud Alexandrum sit, Convenire temporum castitati, mulierem Lege Julia damnatam, *in pœnis legitimis perseverare.* Puto autem, hoc velle, convenire temporis castitati, pœnas quæ damnatæ mulieri Lege Julia sint inflictæ, in ea non desinere: sive convenire, mulierem Lege Julia damnatam, non liberari pœnis quas ea ex Lege patiatur; sed in iis perdurare. *Perseverare* enim, si verbi proprietatem sequimur, est *perdurare*: ac *perseverat* id quod cœpit, cum non definit. Eo sensu Ulpianus *l.* 14. §. 5. *D. de Ædilitio Edicto*, *Ego*, inquit, *puto, si morbus desinit, non esse redhibitioni locum: sin autem vitium perseveret, redhibitionem locum habere.* Et in *l.* 7. §. 1. *D. de accusationibus.* Verba Ulpiani. *Cavent itaque singuli, quod crimen objicient, & præterea perseveraturos se in crimine usque ad sententiam.* Papinianus quoque *l.* 15. §. 1. *D. de inofficioso testamento*, *Heredi*, inquiens, *ejus qui post litem de inofficioso præparatam, mutata voluntate, decessit, non datur de inofficioso querela: non enim sufficit litem instituere, si non in ea perseveret.* Igitur si Alexandri sensum verborum quibus usus est, potestate æstimabimus: (quod bonum decet Interpretem) apparet, quod dixi, pulchrum atque elegans hoc caput stultissima adjectione esse deformatum ab Interprete non satis provido. Itane? nisi potest tibi sanus videri Alexander; dum ait, convenire temporum suorum castitati, mulierem, Lege Julia de pudicitia damnatam, perseverare, sive perdurare, in legitimis pœnis, id est, in capitali seu mortis pœna qua ex Lege affecta sit: ac si hanc pœnam, postquam occisa est, quocumque modo evaserit, eamque sciens quis uxorem duxerit, vel reduxerit: eum qui id fecerit, eadem Lege ex causa lenocinii puniri. Is & non alius est, si retinemus verborum significationem, vulgatæ sensus lectionis sed non convenit sano homini, nedum sapienti & egregio Principi. Quis enim umquam dubitavit, utrum mulier affecta mortis pœna, in ea perseverare debeat? an eam evadere, id est, an occisa revivifcere, & nubere, possit? Igitur quod res postulat, scribendum.

Castitati temporum meorum convenit, lege Julia de pudicitia damnatam in pœnis legitimis perseverare.

rare. Qui autem adulterii damnatam sciens duxerit uxorem [vel reduxerit] eadem lege ex causa lenocinii punietur.
Quid jam vult Alexander? quod vult ratio & usus juris, eo Principe. Ait, convenire temporis sui disciplinæ, ut mulier adulterii damnata Lege Julia de pudicitia, in legitimis pœnis perseveret: id est, ne liberetur pœnis quæ ei Lege Julia sint inflictæ. Eæ vero pœnæ inter alias sunt relegatio, & amissio partis bonorum ac dotis, tum ut innupta sit; ut ex ante dictis constat. Igitur Alexander, oportere, inquiens, mulierem, adulterii damnatam Lege Julia, in pœnis legitimis perseverare, significat, oportere mulierem quæ ex Lege Julia damnata & punita sit, cum in cæteris Legis pœnis, tum sine matrimonio, manere. Addit Alexander, eum qui sciens eam uxorem duxerit, vel reduxerit, eadem Lege Julia ex causa lenocinii puniri. Dedi Rescripti sensum. Addamne causam? addam: sic clarior res fiet. Ea causa fuit, quod Proculus, ad quem rescripsit Alexander, volebat, uxorem ducere vel reducere mulierem, Lege Julia de pudicitia damnatam. quod cum facere ea Lege prohiberetur; obtulit Alexandro Libellum: quo Libello cum rogavit, ut ea mulier ejus indulgentia reciperet jus connubii quod amiserat severitate Legis Juliæ; utque sibi liceret, eam uxorem ducere vel reducere. Rescripsit Alexander, convenire suorum temporum castitati, mulierem Lege Julia de pudicitia damnatam, Principis indulgentia non solvi pœnis quas ex Lege Julia de pudicitia patiatur: eum autem qui adulterii damnatam sciens uxorem duxerit, vel reduxerit, eadem Lege ex causa lenocinii puniri: nec apparere, cur in proposito ab hac quoque legis parte recedendum sit. Explicui Libelli, simul Rescripti, sententiam, illam planam ac certam, nec forte dissimilem ei quam in re alia Marcianus exhibet *l. 16. D. de interdictis & relegatis.* Ejus verba, quia proposito nostro inserviunt, apposui. Verba Marciani. *Cum Ulpianus Damascenus rogasset Imperatorem, ut sibi permitteret, matri relinquere ad victum necessaria, & mater per libertum, ut quædam sibi liceret filio deportato relinquere, Imperator Antoninus eis rescripsit in hunc modum: Neque hereditas, neque legatum, neque fideicommissum contra mores & jus publicum hujusmodi personis relinqui potest, nec conditio harum personarum mutari debet.* Quod Marcianus ait, Antoninum rescripsisse, *conditionem deportatæ personæ mutari non debere*, respondet huic Alexandri *d. l. 9. convenire, lege Julia de pudicitia damnatam in pœnis legitimis perseverare*: id est, pœnis legitimis non solvi indulgentia Principis. Exposui Alexandri sensum: nec dubito, quin verum, & Legi Juliæ, ac seculo Alexandri, convenientem. qui si placet; simul ostendi, versiculum, *Si quocumque modo pœnam capitalem evaserit*, non Alexandri, sed Interpretis, esse; atque ab eo Alexandri verbis plane inepte misceri.

CAPUT XVII.

Adulterium nec sub Valeriano & Gallieno capitale fuisse.

Sed hoc certissimum est, cogitantibus, jus Legis Juliæ quod Alexandri tempore fuisse dixi, deinde adhuc sub Valeriano & Gallieno obtinuisse, eorumque Rescripto repræsentari *l. 17. C. Ad legem Juliam de adulteriis.* Verba hæc sunt. *Sine metu legis Juliæ de adulteriis coërcendis revocare uxorem in matrimonium potes: cum nihil amplius, quam libellos accusationis obtulisti: quia postea comperisse te affirmas, quod vana indignatione ad accusationem incitatus fueris. Is enim committit in pœnam quam lex certo capite denunciat, qui vel publice adulterio damnatam habet, vel adulteram sciens, ut ignorantiam simulare non possit, retinet uxorem.* Species hæc est. Victorinus, ad quem rescriptum est, uxorem suam suspectam adulterii demisit; eamque libello accusationis detulit ad Magistratum cujus ea cognitio erat. Deinde is Victorinus insontem esse uxorem suam intellexit; seque vana indignatione ad accusationem prosiluisse. Igitur eum pœnituit imprudentis accusationis: hoc plus voluit, suam uxorem in matrimonium de quo eam demiserat, revocare. Sed, cum metueret pœnam quam Lex Julia ei qui adulterii publice damnatam uxorem habet, adulteramve sciens, ut ignorantiam simulare non possit, retinet, certo capite denunciat; adiit Imperatores, Valerianum & Gallienum, per Libellum; eoque eos rogavit, liceretne sibi per severitatem Legis Juliæ, uxorem in matrimonium revocare. Et affirmant Imperatores. Quam ob causam? duplicem: una est, quod is uxorem quidem adulterii accusavit; sed non publice damnavit: altera causa est, quod eam postea insontem esse comperit: seque vana indignatione ad accusationem incitatum esse. porro is demum incurrit in Legis Juliæ pœnam, qui vel publice damnatam adulterii habet, vel adulteram sciens, ut ignorantiam simulare non possit, uxorem retinet. Vides Rescripti sensum: qui si verus est, tantum abest, ut olim sub Alexandro morte vindicatum fuisse adulterium videatur: quod volunt Docti Viri ex *d. l. 9. C. Ad legem Juliam de adulteriis*: ut e contrario appareat, Legem Juliam adhuc sub principatu Valeriani & Gallieni viguisse: atque adeo adulteros ne ea quidem tempestate summo supplicio fuisse affectos.

CAPUT XVIII.

Arnobii testimonio non liquere, fuisse adulterium sub Diocletiano & Maximiano morte punitum.

Postea, fateor, mulctati morte sunt adulteri; non tamen sub Diocletiano & Maximiano. Nisi quem movet, quod Arnobius qui sub his floruit, jam meminit *capitalium pœnarum* quibus afficiantur adulteri; cum *lib. 4. Adversus gentes* ita scribit. *Ad libidinem homines proni atque ad voluptatum blanditias naturæ infirmitate proclives, adulteria tamen legibus vindicant, & capitalibus afficiunt eos pœnis quos in aliena comprehenderint fœdera genialis se lectuli expugnatione jecisse.* Sed leve est Arnobii testimonium: quia sive Juris artem, sive Latini sermonis usum, spectes, ambigua est

capitalium pœnarum significatio: apud Jurisconsultos enim *capitalis pœna* non naturali finitur morte; verum eam quoque quæ civilis est, complectitur: nec tamen se ad infamiam aut cæteras leviorum coërcitionum species dimittit *l.* 2. *D. de publicis judiciis. l.* 2. *D. de pœnis.* at Latine loquentibus non modo mortis naturalis aut civilis, sed omnis quoque causa existimationis, capitalis intelligitur *l.* 103. *D. de verborum significatione.* Quo igitur sensu exaudiendus Arnobius? non videtur per *capitales pœnas* significare naturalem mortem, de qua quærimus, imo ne civilem quidem: sed infamiam, cum cæteris Legis Juliæ pœnis. Sic censeo: atque eo magis; quia hæc interpretatio & Legi Juliæ convenit, & sequentibus Arnobii verbis: quæ verba sunt. *Subsessoris & adulteri persona cujus esset turpitudinis, notæ cujus, regum maximus nesciebat, & speculator ille (ut fama est) bene meritorum ac pessime, quidnam deceret se velle, rationibus pectoris non perspiciebat amissi.* Quæ, ut vides, non ad mortis, sed ad infamiæ, pœnam respiciunt. Igitur Arnobii testimonio minime apparet, adulterium Diocletiani & Maximiani tempore coërcitum summo supplicio fuisse.

CAPUT XIX.

Adulterium jure Codicis Hermogeniani & Gregoriani non fuisse capitale, sed sub Constantino esse cœpisse: quamquam non ex l. 30. §. 1. *C. Ad Legem Juliam de adulteriis: nec ex l.* 4. *Cod. Theod. Quorum appellationes non recipiuntur. Lactantius explicitus, De mortibus Persecutorum. Verba hæc,* Excepto adulterio, *Diocletiano & Maximiano l.* 18. *C. de transactionibus videri adscripta ex l.* 10. *C. Ad Legem Juliam de adulteriis.*

Verum quid hæremus? imo quid ni signamus responsum? est enim certus auctor Scholiastes Græcus, *Basilic. lib.* XI. *tit.* 2. *Scholio ad l.* 18. *C. de transactionibus, lit. B. pag.* 811. *tom.* 1. adulterium secundum Leges Veteres, & secundum Constitutiones Codicis Hermogeniani & Gregoriani, neque fuisse capitale, neque hic a capitalibus criminibus excipi. Verba Scholiastæ, quia notabilia sunt, addenda credidi. Sunt autem hæc ex versione Fabroti. *Atqui adulterium neque pœnam sanguinis ingerit, neque capitalis ejus coërcitio est, ut passim didicimus: sed adultero aufertur tantum pars bonorum dimidia. quomodo igitur Constitutio hæc agens de criminibus quæ pœnam sanguinis inferunt excipit adulterii crimen? disce secundum leges veteres, & secundum constitutiones Codicis Hermogeniani & Gregoriani, adulterium non fuisse capitale. recte dicis. Verum hodie ex Constitutione Constantini quæ sita est lib.* 9. *Codicis tit.* 9. *const.* 30. *capitale est.* Sic ille: eique accedit Imp. Justinianus, *Novell.* 134. *c.* 10. nam & is novam pœnæ formam, quam gladii ejus tempore fuisse constat §. 4. *Inst. de publicis judiciis*, Constantino adscribit. Præterea sic extat *l.* 30. §. 1. *C. Ad legem Juliam de adulteriis*, quæ lex Constantini est, *Sacrilegos nuptiarum gladio puniri oportet.* Sed, quod mireris, ea pars deest *l.* 2. *Cod. Theod. eod. tit.* ex qua descripta est *d. l.* 30. Adeo vereri possis, ne ea a Triboniani manu sit; nec gladii pœna in adulterio Constantino debeatur; quamquam velit Imp. Justinianus *d. Novell.* 134. *c.* 10. Atque hoc Jacobo Cujacio videtur, *lib.* 6. *Observ. c.* XI. putat enim, pœnam gladii cujus mentio fit in §. 1. *d. l.* 30. desumptam esse ex *l.* 4. *Cod. Theod. Quorum appellationes non recipiuntur* quam Constantii & Constantis esse, ejus Inscriptio indicat; eaque Cujacii sententia eruditis hominibus probatur. Sed mihi displicet: quia Constantius & Constans in *d. l.* 4. adultero non gladii, sed parricidii, pœnam imposuere. sic enim loquuntur. *Cum pari similique ratione sacrilegos nuptiarum tanquam manifestos parricidas insuere culleo vivos vel exurere oporteat.* Ajunt, sat scio, Doctissimi Viri, ultimum *d. l.* 30. versum a Triboniano esse, & ab eo ex *d. l.* 4. concinnatum, substituta pro *culleo & exustione gladii* pœna. Sed ignoscant mihi, existimanti, non pro dignitate sua sic conjicere, non enim ad verisimile accedunt: atque eo minus; quia adulteros vel ante Justinianum, & nominatim sub Valentiniano, gladio punitos fuisse, Ammianus Marcellinus refert, *lib.* 28. *cap.* 1. *Cethegus*, inquiens. *Senator adulterii reus cervice periit abscissa.* Quid, si addam, apparere ex *d. l.* 4. adulterii pœnam non ea primum lege fuisse capitalem factam; sed capitalis pœnæ severitatem quæ ante obtinuerit in adulterio, ea lege auctam, & in parricidii pœnam conversam esse? verissime dixero: nec opus argumentis; quamquam alioquin id vel eo adjuvari possit, quod adulterium jam sub Constantino, atque ante *d. l.* 4. capite punitum fuisse, ipso auctore discimus Constantino *l.* 16. *C. de pœnis*, & *l.* 1. *Cod. Theod. eod. tit.* Proinde assentior Imp. Justiniano qui gladii pœnam Constantino adscribit in *d. Novell.* 134. *c.* 10. Etsi dubitari possit, utrum ea gladii pœna *d. l.* 30. §. 1. debeatur, an profecta sit ex alia Constantini lege quæ perierit injuria temporum. Sed, puto, profecta est ex alia, ipsa lata circa initia imperii Constantini: atque inde transiit in *d. l.* 30. §. 1. Nam ita observatum aliquando a Triboniano in Codicis Justinianei confectione, uti duas, etiam diversorum Imperatorum, Constitutiones confunderet: & exemplum in *l.* 2. *C. de infantibus expositis* de qua dixi in *Julio Paulo, sive de partus expositione & nece cap.* 6. Hoc vero in proposito contigisse, non temere conjicio; quia ex Subscriptione *d. l.* 30. §. 1. apparet, scriptam esse a nato Christo anno 326. cum *d. l.* 16. & *d. l.* 1. jam ante scripta sit anno 314. Accedit, quod Lactantius, *De mortibus Persecutorum c.* 39. & 40. referens Acta anni 312. similiter meminit capitalis adulterii pœnæ, quam instigante in primis Maximiano, Præses Eratineus clarissimis quibusdam feminis, etsi insontibus, inflixerit. De viro quoque adulterii confesso sic ait Lactantius, *Nec adultero impunitas promissa persolvitur; sed patibulo adfixus.* Sed hoc ita accipiendum, ne indigitetur pœna quæ fuerit debita personæ adulteri. non enim hæc Lactantio ratio fuit: & aliter se res habuit. Erat quippe qui patibulo adfixus dicitur, ante quam falso confiteretur adulterium, aliorum reus facinorum; promissaque eorum impunitate induci se passus fuerat, ut admisisse se adulterium cum innoxiis illis feminis mentiretur. ita illæ etsi injuste, tamen quasi convictæ, pro adulteris necatæ sunt. nec imaginario illi adultero servata promissæ fides impunitatis; sed patibulo adfixus est: (non ob adul-

te-

terium quod falso confessus fuit: numquam enim patibuli adfixio adulteri pœna fuit) sed ob alia, &, ut videtur, graviora scelera: quorum veniam sibi stipulatus erat, si confessus foret adulterium. Nec vero quid novum; evenisse, quod solet, ut plurium reus facinorum ob id quod gravius esset, non quod levius, puniretur: sicuti in *l.* 5. *D. de quæstionibus* incesti & adulterii reus, non adulterii, sed incesti, id est, ut alibi demonstravi ex Paulo *lib.* 2. *Sentent. tit.* 26. §. 13. *&* 14. graviore pœna adficitur.

Verum ut ad Diocletianum & Maximianum revertamur; constat, hæc verba, *Excepto adulterio*, quæ sunt in *d. l.* 18. *C. de transactionibus*, non esse eorum Imperatorum: (quia capitalis adulterii pœna, etsi prope accedat ad eorum tempora; tamen his Principibus nulla fuit) sed aut Triboniani, aut alicujus Veteris Interpretis. Nam & Græci, *Basilic. lib.* XI. *tit.* 2. *pag.* 788. *tom.* I. in ipsius Legis paraphrasi ea adgnoscunt verba: quamquam ita, ut Scholiastes (quod summopere notandum) deinde scribat *pag.* 811. adulterium ex Legibus Veteribus & secundum Codicis Hermogeniani & Gregoriani Constitutiones non fuisse capitale; neque hic a capitalibus excipi criminibus. Non igitur illa adulterii exceptio est Imperatorum, Diocletiani & Maximiani, in *d. l.* 18. ac, si quid valeo conjectura, ab alio, quisquis is fuit, deinde adscripta ex *l.* 10. *C. Ad legem Juliam de adulteriis*: in qua Imperator, Alexander, ita infit. *De crimine adulterii pacisci non licet, & par delictum est accusatoris prævaricatoris, & defugientis* (Jacobus Cujacius, V. CL. *lib.* 6. *Observ. c.* XI. ingeniose corrigit, *& rei fugientis*) *veritatis inquisitionem. Qui autem pretium pro comperto stupro accepit, pœna legis Juliæ tenetur.* Sic Alexander: & verissime. scilicet, quia eo imperante, nondum capitale erat adulterium, atque ideo tum ne rei quidem transactionem recipiebat.

CAPUT XX.

Non esse causam, cur adulterium; postquam capitale factum est, magis a transactione excipiatur, quam cætera capitalia crimina.

Cæterum, postquam capitale factum est adulterium, videamus, an in *d. l.* 18. *C. de transactionibus* debuerit a capitalibus criminibus excipi. Sed non puto. est enim generalis ratio Principum, veniam dantium transactioni in capitalibus criminibus, ignoscendum esse ei qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluerit *l.* 1. *D. de bonis eorum qui ante sententiam*: ea vero ratio æque in adultero valet, atque in aliis qui morte puniri possint. Nec me turbant quæ e diverso adferuntur argumenta a frequentia & atrocitate adulterii. Sunt enim inania. Nam ut grave sit adulterium atque etiam frequens illis temporibus fuisse dicatur; ad rem quid confert? non enim gravius homicidio aut veneficio adulterium est. Sed nec eo spectare debuit sceleris aut atrocitas aut frequentia, ne reo daretur venia transactionis, si quam cum accusatore fecerit sui conservandi causa; sed ut adversus convictum condemnatumque supplicii severitas intenderetur. At transactio, cum de adulterio fit, speciem lenocinii habet. Sed non ex parte rei de quo nostra hæc disputatio est: non enim is accipit, sed dat, pecuniam; nec aliam ob causam dat, quam ut sanguinem suum redimat. quod a lenocinio longe abest. Aliter, ac si accusatorem spectes: is enim pecuniam ab adultero accipit, ut conniveat, vel certe, ne accuset: in quo lenocinii speciem esse, quis non videt? de accusatore vero hic sermo non est: quia ei in nullo criminali judicio, sive capitali, sive alio, transigere licet. Solet & illa ratio pro adulterii exceptione adferri a Doctissimis Viris, quod Lege Julia, cum nondum capitale esset adulterii crimen, nominatim vetitum fuit; ne accusator cum reo de adulterio pacisceretur *d. l.* 10. *C. Ad legem Juliam de adulteriis*: & quamvis postea a Principibus capitale factum sit adulterium; & adeo jam cesset Legis Juliæ ratio: nulla tamen effectum est Constitutione, ut abrogata Legis Juliæ prohibitione, de adulterio transigere vel pacisci liceret. Valet igitur adhuc Lex Julia; ubi ei derogatum non est. Sed & hæc ratio æque frustra adfertur. non enim quæstio est, an accusatori liceat de adulterio transigere, id est, pecuniam accipere, ne accuset: sed an reo liceat, ne accusetur, pecuniam dare. Lex autem Julia de accusatore locuta fuit, ne accipiat; quia ea res lenocinii imaginem habet: atque ita placuit, cum nondum capitale esset adulterium, non esse accusatori de adulterio transactionem. Idem est, postquam capitale esse occœpit: quia non apparebat adhuc, aut Legem mutatam esse, aut ejus rationem. Atqui jam capitale erat adulterium. Scio; sed non ideo desiit ea transactio lenocinii speciem habere. præterea ubi impunita accusatori est transactio in capitalibus criminibus? opinor, nusquam. cur igitur in adulterio erit, etsi tandem capitale esse occœperit? Sic in accusatore. In reo quid dicemus? nec ei licitam olim de adulterio fuisse transactionem: quia ab eo fiebat adversus leges, etiam adversus publicam utilitatem. Non igitur poterat reus de adulterio jure transigere. Sed quid, si transegisset; an poterat ei dari venia transactionis? non videtur. quia enim non erat capitale crimen, non erat ratio, cur ei ignosceretur. sic olim. At hodie? contra est: postquam placuit, adulterium morte puniri. nam etsi reus ne nunc quidem de adulterio transigere jure possit; ac, si transegerit, non valeat transactio; tamen humanitati convenit, transactionis veniam dari ei qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluerit.

CAPUT XXI.

An possit impune transigi de crimine Raptus Virginis, & Perduellionis?

Profligata adulterii exceptione quæ a Diocletiano & Maximiano in *d. l.* 18. *C. de transactionibus* creditur fieri; possem ulteriori parcere labori: nisi essent qui a Virginum quoque Raptu amoveri transactionem pactionemque existimarent: propterea quod Imp. Justinianus *l. unic.* §. 2.

§. 2. *in fine C. de Raptu Virginum* jubet, *Parentes quorum maxime vindictæ intererat, si patientiam præbuerint, ac dolorem remiserint, deportari.* Nec tamen desunt qui ne hanc quidem ferant exceptionem: quod putant, aliud esse, *pacisci* vel *transigere* super accusatione Raptus: aliud, dolore quem Raptus attulit, remisso, permittere, ut rapta cum raptore maneat, eique nubat. Sed metuo, ne qui sic sentiunt, pro vero nebulas amplectantur: & jam visum Arnoldo Vinnio, V. Cl. *De Transactionibus cap.* VII. §. 19. hanc parvi pendere responsionem, magisque putare, improbari quidem a Justiniano transactionem pactionemque, si quam puellæ parentes cum ejus raptore faciant: sed id nil obstare, quo minus extraneus accusator cum raptore adhuc transigere vel pacisci recte possit. At quod sentio dicam: nihil mihi placet ex his quæ pro hac, aut illa, adferuntur parte. quin contra puto, verba *d. l. unic.* §. 2. *in fine* ad quæstionem qua de agimus, minime pertinere. Non enim nunc quærimus, an accusator de capitali crimine, quale est Raptus Virginum, impune transigere vel pacisci possit; sed an id reo permittatur. At in *d. l. unic.* §. 2. *in fine* non quæritur, an reus qui est raptor, possit impune transigere vel pacisci, *Ne accusetur*: verum agitur de raptæ puellæ parentibus qui accusatores sunt, aut esse possunt: eos vero non vult Justinianus, raptori patientiam præbere ac dolorem remittere; &, si contra faciant, deportari. Non igitur resistit Justinianus *d. l. unic.* §. 2. *in fine*, quo minus adhuc raptor, id est, reus, de crimine Raptus transigere vel pacisci possit. Non enim hoc ei aut eo in loco, aut alibi, interdicitur: atque interim Principibus sine distinctione placet, ignoscendum esse reo: qui cum adversarium corrumpit, sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluerit.

Præter superiores exceptiones adfertur & tertia a capitalibus criminibus exceptio. Ea est in perduellione: nam hoc crimen ultimo supplicio vindicari, apparet ex *l.* 5. *C. Ad legem Juliam majestatis*: nec tamen placuit, in eo indulgeri transactionem pactionemve. An aliud volunt Impp. Arcadius & Honorius §. 6. *d. l.* 5. cum, *Id*, inquiunt, *quod de perduellibus eorumque filiis cavimus, etiam de satellitibus conscius ac ministris filiisque eorum simili severitate censemus.* Sed vereor, ne eos qui sic colligunt, fortuna judicii destituat. quod enim in *d.* §. 6. conscii, non detecta perduellione, æque ac perduelles puniuntur; non reum, sed delatorem, impedit, quo minus de perduellione transigat. Nostra autem quæstio non est, an delatori, sed an reo, transactio pactioque non æque hoc in crimine, ac in aliis capitalibus criminibus, indulgeatur. ea vero cum reo neque in *d. l.* 5. §. 6. neque alibi interdicatur; magis puto, eam ne in perduellione quidem reo nocere.

CAPUT XXII.

In l. 18. *C. de transactionibus nihil de privatis criminibus definiri. Sed nec de accusatore agi, verum de reo. Et quid in posteriore ejus Rescripti versu velint hæc verba*, In aliis autem publicis criminibus quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem.

Explicui priorem partem *l.* 18. *C. de transactionibus*; etiam posteriorem. sed, quia in hac restat difficultas una, aut altera; non pigebit me, etiam ei, si quod possim, remedium dare. Verba posterioris partis hæc sunt.

In aliis autem publicis criminibus quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem.

Cum ajunt Imperatores, *In aliis autem publicis criminibus*; satis liquet, eos nihil definire de privatis criminibus; sed tantum loqui de publicis: non, quod velint, aliud in his, aliud in illis, obtinere; sed, quod a Valente ad quem rescriptum est, saltem fuerant de publicis, non etiam de privatis, criminibus consulti. Proinde si quis sustineat, ex his verbis a contrario argumentari sensu: viderit. non enim quid velint Impp. Diocletianus & Maximianus, enarrabit; sed, quid sibi sedeat, illis imprudenter affinget: fere quia ad Rescripti rationem, Jurisque principia, & usum Veterum, parum curiose attendit.

Deinde ajunt Impp. Diocletianus & Maximianus, *Transigere non licet, citra falsi accusationem.* Præpositio, *citra*, ab Imperatoribus pro *fine* accipitur: ut in *l.* 21. *C. de procuratoribus*, *l.* 10. *l.* 24. *C. de rei vindicatione*, & infinitis aliis locis quæ ipsorum sunt. Integer vero is versus sic exponendus, quasi significet, si alia sint publica crimina, quam quæ adscendant ad sanguinis, sive mortis naturalis, pœnam, reum de his transigere prohiberi: ac, si transegerit, falsi teneri. Sed plerisque aliud placet: quod putant, eam vocem non pro *fine*, sed pro *præter*, usurpari: atque adeo hunc esse Imperatorum sensum: quod in aliis publicis criminibus transigere non licet, præterquam in falsi accusatione. Prorsus, ut in priore Rescripti parte *adulterium* a publicis criminibus quæ sanguinis pœnam inferant, in posteriore *falsum* a cæteris, excipiatur. Neque negari potest, *citra* pro *præter* a Justiniano sumi *l. unic.* §. 13. *C. de rei uxoriæ actione.* Sed hoc uno eo in loco, atque a Justiniano, fit: cum Diocletianus & Maximianus *citra* pro *sine* constanter dixerint: ut paulo ante monui, & post alios observavit V. Cl. Arnoldus Vinnius, *De Transactionibus cap.* VII. §. 32. *& seqq.* Accedit, quod in toto Civili Jure non proditur exemplum criminis *falsi* de quo impune facta sit transactio: utique, cum ejus accusatio subsistit infra sanguinis pœnam. Nam, quod vulgo adfertur *l.* 7. *C. Ad legem Corneliam de falsis*, nullius momenti est: quia ibi non de falsi crimine, id est, instituta vel instituenda falsi accusatione, sed de instrumento in quod cadebat falsi suspicio, transactio facta proponitur: & ideo additur; quod, si transactio de eo instrumento facta est, difficile est, ut provinciæ Præses patiatur, hoc cui adquieverit Heliodorus, deinde ut falsum accusari; id est, in privato judicio suspectum falsumve haberi. Non igitur falsi accusatio in *l.* 18. *C. de transactionibus* excipitur a criminibus sanguinis pœnam non ingerentibus: neque suaserim, Diocletianum & Maximianum sic accipi; sed perinde, ac si dicerent: quatenus attinet ad alia publica crimina, quam quæ sanguinis, sive mortis, pœnam habent, reum transigere non posse; quin in falsi accusationem incidat.

Nec est, quod quem offendat, quod Imperatorum

torum verba non de accusatore, sed de reo, exaudiam; cum ea hactenus ab eruditissimis Interpretibus non de reo, sed de accusatore, accipiantur. Primum enim non fuit hæc Diocletiano & Maximiano in *d. l.* 18. cura, de accusatore rescribere: quia de eo consulti a Valente non fuere. Deinde numquam licet accusatori de criminibus transigere, ne in sanguine quidem: ut in superioribus ostendi satis superque. Restat igitur, ut putemus, reo hic transactionem in aliis publicis criminibus quæ sanguinis pœnam non ingerant, a Diocletiano & Maximiano non indulgeri. Et tamen, ut accusator qui pecuniam ob non accusandum acceperit, in quibuscumque criminibus, sive habeant sanguinis pœnam, sive non habeant, falsi tenetur *l.* 2. *D. de concussionibus*: sic rescribunt Imperatores in *d. l.* 18. *C. de transactionibus*, reum, si accusatorem redemerit in criminibus quæ sanguinis pœnam non inferunt, falsi obligari. Atque hoc eo probabilius; quia & Imp. Alexander *l* 10. *C. Ad legem Juliam de adulteriis* idem vel simile indicat, *De crimine*, inquiens, *adulterii pacisci non licet, & par delictum est accusatoris prævaricatoris, & rei fugientis veritatis inquisitionem.* Vulgo editur, *& defugientis:* sed verissima est sententia Jacobi Cujacii, V. CL. *lib. 6. Observ. c.* XI. emendantis, *& rei fugientis.* Ita enim sensus constat: & recte ait Alexander, par esse delictum accusatoris qui prævaricatur, & rei qui fugit veritatis inquisitionem: cum præsertim accusator qui prævaricatur, proprias probationes dissimulat; & falsas adversarii admittit *l.* 1. §. 1. & §. 6. *D. Ad Senatusconsultum Turpilianum*: omnis quoque rei corruptio pro falso accipitur, sive judicem redemerit, sive adversarium *l.* 1. §. 2. *l.* 21. *D. Ad legem Corneliam de falsis. l.* 34. *D. de jure fisci.* Sed & apud Tacitum reus accusatori in prævaricatione comparatur, posita utrique pœna quæ est ejus qui publico judicio calumniæ condemnatus est. Verba Taciti *lib.* 14. *Annal. c.* 41. forma hac sunt. *Pari ignominia Valerius Ponticus afficitur, quod reos, ne apud Præfectum Urbis arguerentur, ad Prætorem detulisset, interim specie legum, mox prævaricando ultionem elusurus. Additur Senatusconsultum, Qui talem operam emptitasset, vendidisset-ve, perinde teneretur, ac si publico judicio calumniæ condemnatus.* Placet igitur, reum qui accusatorem corrupit, id est, cum eo transegit, in crimine quod non inferat sanguinis pœnam, falsi teneri; etsi ei, si transegerit in crimine quod incurrat sanguinis pœnam, Principum humanitate ignoscatur. Et hoc est, quod Diocletianus & Maximianus *d. l.* 18. *C de transactionibus* scribunt, *In aliis autem publicis criminibus quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere non licere, citra falsi accusationem.*

CAPUT XXIII.

Rescriptum Impp. Diocletiani & Maximiani quod est in l. 18. *C. de transactionibus non pertinere ad Titulum Codicis, De transactionibus: sub eoque Titulo a Juris nostri Architectis poni perperam.*

Satis dedi virtutis & honoris certamini, quod mihi hactenus cum Clarissimis Juris Interpretibus, sed sine cujusquam læsione, fuit de intellectu Imperatorum, Diocletiani & Maximiani, in *l.* 18. *C. de transactionibus.* Idem si adversus Juris nostri Architectos instituam, quamvis pari modestia, forsan audacior videri possim. Sed hic quoque me temeritate absolvet veri studium apud omnes laudabile, præter eos quos & sui piget & communis boni. Habeo sane causam admodum probabilem, ne dicam certam, cur verear, ne id Diocletiani & Maximiani Caput parum pertineat ad Titulum Codicis, De Transactionibus, sub quo a Juris nostri Architectis ponitur. Ea causa, si quis requirat, hæc est: quod in *d. l.* 18. non est Diocletiano & Maximiano quæstio, quæ transactio in criminibus valeat, aut non valeat; sed quæ sub falsi accusationem cadat, aut ab ea excusetur. Hæc mea sententia: atque ab ea stat ipsius summa Capitis: ut multis in antecessum demonstravi. Proinde quid superest; nisi, ut aliena a Titulo Codicis De Transactionibus esse Diocletiani & Maximiani verba existimem? Non enim hic est ejus Tituli labor, exponere, quando transactio, si adversus leges fiat de criminalibus Fisci quæstionibus, falsi accusationi locum faciat: sed quæ sit vis transactionis, de rebus privatis neque dolo malo neque adversus leges factæ. Non igitur debuerunt Diocletiani & Maximiani verba a Juris nostri Architectis libro Codicis secundo collocari sub Titulo De Transactionibus: sed aliquam eligi eis sedem libro nono, ubi de criminibus eorumque pœnis, aut decimo, ubi de jure Fisci agitur, magis oportuit. Nam & in Pandectis ita observari video, ut quæ ejus argumenti sunt Veterum Fragmenta, non sub Titulo *De Pactis* aut *Transactionibus* libro secundo; sed in *l.* 1. *pr.* §. 1. & §. 3. *De calumniatoribus. l. ult. D. de prævaricatione, l.* 1. *D. de bonis eorum qui ante sententiam, l.* 4. & *l.* 29. *D. de jure fisci, l.* 2. *D. de concussione, l.* 6. §. 2. *D. de lege Julia repetundarum*, & alibi; libro tamen 3. 47. 48. & 49. ponantur.

FINIS.

INDEX CAPITUM HUJUS OPERIS.

FINIS.

GE.

GERARDI NOODT,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

OBSERVATIONUM

LIBRI DUO.

In quibus complura

JURIS CIVILIS,

ALIORUMQUE

VETERUM SCRIPTORUM,

LOCA

aut illuſtrantur aut emendantur.

EDITIO QUINTA.

GERARDI NOODT,

Jurisconſulti & Anteceſſoris,

OBSERVATIONUM LIBER PRIMUS.

Caput I.

Modeſtini locus elegans, qui eſt in l. pen. D. Ad legem Corneliam de ſicariis & veneficis, ex conjectura reſtitutus.

Modeſtinus *l. pen. D. Ad legem Corneliam de ſicariis & veneficis.*

Qui cædem admiſerunt ſponte dolove malo, in bonore aliquo poſiti, deportari ſolent; qui ſecundo gradu ſunt, capite puniuntur, facilius hoc in decuriones fieri poteſt; ſic tamen ut conſulto prius Principe & jubente id fiat: niſi forte tumultus aliter ſedari non poſſit.

Ita paſſim editur: nec quiſquam, quantum memoria teneo, facit controverſiam receptæ lectioni. Audebo tamen, apud Modeſtinum pro *bonore aliquo*, ſcribere, *bonore alto*, vel *bonore altiore*: hoc modo.

Qui cædem admiſerunt ſponte dolove malo, in bonore alto *poſiti, deportari ſolent; qui ſecundo gradu ſunt, capite puniuntur.*

Id ut audeam, inducit me clara & certa ratio: ea ratio eſt, quod qui in ſecundo gradu ſunt homicidæ, hi poſiti ſunt in honore aliquo: nec tamen deportantur; ſed capite puniuntur. non igitur voluit Modeſtinus, deportari qui ſunt poſiti in honore *aliquo*: (quæ recepta lectio eſt) ſed qui ſunt in honore *altiore*, vel *ſummo*, poſiti. Quomodo Seneca, *De vita beata c.* 22. Verba Senecæ. *Quibusdam ex bis tribuitur aliquid bonoris, quibusdam multum.* Et paulo poſt. *Apud me divitiæ aliquem locum babent: apud te ſummum.* Propius Ammianus Marcellinus *lib.* 29 *c.* I. *p.* 424. *in fin. Semper officio locoque quem retinebat, ſuperior videbatur*, altis humilibusque *juxta acceptus.* Et ad rem Marcianus *l.* 3. §. 5. *D. Ad legem Corneliam de ſicariis*, de pœna ſicariorum diſſerens, *Altiores*, inquit, *deportantur.* Verba Marciani, *Legis Corneliæ de ſicariis & veneficis pœna, inſulæ deportatio eſt, & omnium bonorum ademptio. ſed ſolent bodie capite puniri, niſi boneſtiore loco poſiti fuerint, ut pœnam Legis ſuſtineant: bumiliores enim ſolent, vel beſtiis ſubjici; altiores vero deportantur in inſulam.* Marcianus eorum qui ob homicidium puniuntur, ordines tres facit: aliquos vult deportari in inſulam, aliquos capite puniri, aliquos beſtiis objici. qui deportantur, eos vocat *altiores*, ſive *boneſtiore loco poſitos*: qui beſtiis objiciuntur, eos appellat *bumiliores*: qui capite puniuntur, illi ſunt intermedio, ſive *ſecundo, gradu* poſiti. quod Modeſtino convenit, ſed emendato. Poſſet tamen tolerari Modeſtinus; ſi ita ſcripſiſſet. *Qui cædem admiſerunt ſponte dolove malo, in bonore aliquo poſiti deportari ſolent, aut certe capite puniuntur.* Quomodo Ulpianus *l. ult. D. de incendio, ruina, naufragio*, *Si*, inquit, *bumiliore loco ſint, beſtiis objici ſolent; ſi in aliquo gradu id fecerint, capite puniuntur, aut certe in inſulam deportantur.* Sed non ſic ſcripſit Modeſtinus. neceſſaria igitur emendatio eſt. Cavebis certe ab Accurſio, Modeſtinum ſic accipiente: quaſi velit, eos qui ſecundo gradu ſunt, capite puniri, id eſt, beſtiis ſubjici: facilius vero fieri poſſe, ut Decuriones deportentur. Nam errat Accurſius: nec ait Modeſtinus, facilius *illud* in Decuriones fieri. ait, facilius *boc* in Decuriones fieri. & eſt ſenſus, Fieri facile, (ponitur enim comparativus gradus pro poſitivo) ut Decuriones capite puniantur. hunc ſenſum ſuadet loquendi uſus; nec minus res poſcit: adeo enim Modeſtinus Decuriones, admiſſo latrocinio, non liberat a mortis ſupplicio, ut ne poſſit quidem liberare: certo, eos morte puniri, & ideo ſervos pœnæ fieri *l.* 6. §. 7. *D. de injuſto, rupto, irrito facto teſtamento*: eſtque in latrocinio quo de agit Modeſtinus, exemplum in *l.* 27. §. 2. *D. de pœnis.* quid ergo? tantum vult Modeſtinus, quod præmiſit de puniendis capite latronibus ſecundi gradus, facile obtinere in Decurionibus: quos eſſe medios inter altiores & humiliores ſeu plebejos. non enim ad ſummum gradum adſcendere; & tamen a plebe diſcerni: denique non excuſari a mortis ſupplicio; & eſſe liberos a damnatione ad beſtias *d. l.* 6. §. 10. cæteriſque humiliorum ſeu plebejorum pœnis *l.* 9. §. 11 *D. de pœnis.* Unum præcipit Modeſtinus *d. l. pen.* ne Decuriones, ob cædem ſponte dolove malo admiſſam, capite puniantur: niſi conſulto prius Principe ac jubente id fiat. & recte: quando Mandatis continetur; ne debeat Præſes ſibi permittere, ut Decurionem puniat; antequam ad Principem ſcripſerit de pœna; eaque ſit ejus Reſcripto confirmata *d. l.* 6. §. 7. & *l.* 2. §. I. *D. de bonis eorum qui ante ſententiam. Niſi forte* (quod addit Modeſtinus) *tumultus aliter ſedari non poſſit.* Senſus, Non debet Præſes Decurionem, ob cædem ſponte dolove malo admiſſam, morte punire, inconſulto Principe: præterquam periculo præcipite, & non patiente dilationem: eo quod tumultus aliter ſedari nequeat. quo caſu idem receptum in appellatione a ſententia *d. l.* 6. §. 9. & *l.* 16. *D. de appellationibus.*

CAPUT II.

Julianus l. 20. D. de legibus ex Plutarcho illustratus: & collatus alius Plutarchi locus cum l. 3. & l. 6. D. de pœnis.

Quod Julianus *l. 20. D. de legibus* ait, *Non omnium quæ a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest*, verissimum est; idemque a Plutarcho observatum, & exemplis aliquot illustratum. Verba autem Plutarchi, quia non memini ab aliis adduci, apposui. ea verba sunt *ex libro, De his qui sero a numine puniuntur, p. 550. Eæ leges quæ ab hominibus ponuntur, non ubique habent rationem eorum quæ præcipiuntur, illustrem. imo quædam videntur omnino ridicula. ut quod Lacedæmone Ephori statim ab initio magistratu edicunt, ne quis mystacem alat: & ut legibus obtemperent, ne ipsis sint difficiles observatu. Romani quos in libertatem vindicant, eorum corporibus stipulam tenuem injiciunt. & ubi testamentum condunt, alii scribuntur heredes, alii vendunt bona. quod videtur alienum a ratione. alienissimum illud Solonis, qui in seditione neutri se parti adjungentem ignominia notavit. & plane multa legum absurda esse dixerit, qui auctoris mentem & causam scriptorum singulatim non cognoverit.*

In eodem Plutarchi libello & hoc quod sequitur, dignum credidi quod annotarem in gratiam Studiosorum Juris *pag. 552. Legem Ægyptiam nonne recte videntur quidam Græcorum descripsisse quæ jubet gravidam, si mortis fuerit damnata, asservari, donec pariat? Plane assensum est ab iis. Tum ego. Quid si prægnans aliquis non sit, sed progressu temporis actionem aut consilium arcanum in lucem possit producere, aut occulti alicujus mali indicium deferre, vel salutaris auctor fieri consilii, aut necessarii usus inventor? nonne rectius facit qui dilato supplicio eam utilitatem operitur, quam qui mature eum interficiat? mihi quidem sic videtur.* Hæc Plutarchus. Quid nostri? probarunt quod de prægnante muliere Plutarchus dixit; ita volente utilitate innocentis partus: ut apparet ex *l. 3. D. de pœnis.* in cæteris autem casibus, etsi plerique variarint, non tamen differendum esse damnati supplicium, verius esse, Ulpianus existimavit *lib. 9. De officio Proconsulis*; ex quo verba hæc sunt *l. 6. D. de pœnis. Si quis forte, ne supplicio adficiatur, dicat se habere quod Principi referat salutis ipsius causa: an remittendum sit ad eum, videndum est? Et sunt plerique Præsidum tam timidi, ut etiam post sententiam de eo dictam, pœnam sustineant, nec quidquam audeant: alii omnino non patiuntur quidquam tale allegantes: nonnulli neque semper, neque nonnunquam remittunt, sed inquirunt, quid sit, quod allegare Principi velit, quidque [quod] pro salute ipsius habeat dicere; post quæ aut sustinent pœnam aut non sustinent. Quod videtur habere mediam rationem: cæterum, ut mea fert opinio, prorsus eos non debuisse, posteaquam semel damnati sunt, audiri, quidquid allegent. Quis enim dubitat, eludendæ pœnæ causa ad hæc eos decurrere? magisque esse puniendos, qui tamdiu conticuerunt quod pro salute Principis habere se dicere jactant? nec enim debebant tam magnam rem tamdiu reticere.*

CAPUT III.

Errare doctissimos viros, qui opinantur, populum Romanum Lege Regia omni se jure & majestate abdicasse in honorem Principis; idque ab Ulpiano l. 1. D. de Constitutionibus Principum significari verbis, Ei & in eum. *Verus eorum verborum sensus: & similes loquendi figuræ apud Julianum l. 2. §. 3. D. de jure codicillorum, & Vellejum Paterculum lib. 2. cap. 83.* quem a *Justo Lipsio, V. CL. emendari sine necessitate.*

Ulpianus *l. 1. D. de Constitutionibus Principum.*

Quod Principi placuit, legis habet vigorem; utpote cum Lege Regia quæ de imperio ejus lata est, populus ei & in eum omne suum imperium & potestatem conferat. §. 1. Quodcunque igitur Imperator per epistolam & subscriptionem statuit, vel cognoscens decrevit, vel de plano interlocutus est, vel edicto præcepit: legem esse constat. hæc sunt quas vulgo Constitutiones appellant.

Numquam potui in animum meum inducere, ut probarem eorum sententiam qui existimant, hæc Ulpiani verba, *ei & in eum*, esse formulæ qua usus in Lege Regia sit populus Romanus: multoque minus mihi persuadeo, ab Ulpiano significari, quod & illi & alii tradunt, populum Romanum Lege Regia omne suum imperium & potestatem Principi concessisse ita, ut omni prorsus jure & potestate se exueret, ac ne tantillum quidem retineret reliquum; sed alienato a se omni jure, vellet unum Principem, tamquam sui & legum dominum, sibi pro arbitrio imperare, seque illi sine exceptione parere. Numquam enim hoc factum: & contra video, populum in comitiis suis etiam post Legem Regiam fuisse rogatum, quid de rebus, cum publicis, tum privatis, vellet juberet fieri. Quod quo spectat, nisi vel tum suum populo jus fuisse existimamus? Sed quod de comitiis dixi, liquet ex ipsa Legis Regiæ formula qua delatus Vespasiano fuit principatus. verba apud Gruterum, *Corpore Inscriptionum pag.* CCXLII. hæc sunt. *Utique. quos. magistratum. potestatem. imperium. curationemve. cujus. rei. petentes. Senatui. populoque. Romano. commendaverit. quibusque. suffragationem. suam. dederit. promiserit. eorum. comitIs. quibusque. extra. ordinem. ratio. habeatur.* Idem indicat Tacitus; cum comitia Prætorum, arbitrio Senatus haberi solita, sub Nerone attingit *lib. 14. Annal. c. 28.* Plinius quoque comitia Consulum sub Trajano memorat *Panegyric. c. 63. & seq.* Jam si leges quærimus a populo jussas, constituto Principe, in eumque translatis quæ comprehensa sunt lege Regia: quid verius est, quam quod Dion scribit *lib. 56. pag. 662.* legem Papiam Poppæam latam fuisse ad populum, M. Papio Mutilo & Q. Poppæo Secundo Consulibus, jam seniore Augusto: ut Tacitus ait *lib. 13. Annal. c. 25.* Nec diu ante prodiit lex Ælia Sentia: rogata quippe a S. Ælio Cato & C. Sentio Saturnino Consulibus. Age vero lex Junia Nor-

ba-

bana nonne sub Tiberio lata, Consulibus M. Junio Silano & L. Norbano? Ne illud quidem omittam, quod Tacitus *lib.* 12. *Annal. c.* 26. exponens formam qua Neronem Claudius adoptavit, *Rogata*, inquit, *lex qua in familiam Claudiam & nomen Neronis transiret.* Et Agrippina *c.* 41. *ejusdem libri*, cum Neronem Britannicus Domitium, post adoptionem, salutasset, clamat, *Sperni adoptionem, quæque censuerint patres, jusserit populus, intra penates abrogari.* Nec minus curiata comitia & populi legem agnoscit Galba, apud Tacitum *lib.* 1. *Histor. c.* 15. sic Pisonem alloquens, *Si te privatus lege curiata apud Pontifices, ut moris est, adoptarem.* Æque huc spectat, quod apud eumdem *lib.* 12. *Annal. c.* 5. Vitellius, post pactum inter Claudium & Agrippinam matrimonium, cum necdum celebrare solemnia nuptiarum auderent, nullo exemplo deductæ in domum patrui fratris filiæ, *Percunctatus Cæsarem, an jussis populi, an auctoritati Senatus cederet.* Et mox ille, *Unum se civium & consensui imparem respondit.* Igitur apparent exempla comitiorum, legumque in his a populo jussarum, post constitutum principatum; simul apparet, populum numquam se jure suo atque imperio in gratiam Principis lege Regia abdicasse. Etsi neque ignoro exempla quibus Principes, sua abusi potestate, majestatem populi neglexere. Sed ea facti sunt: cum nostra sit de jure disputatio. Eo vero habuit unus in republica populus Romanus Juris condendi atque abrogandi facultatem pro communi omnium usu: atque is eam deinde cum Principe communicavit lege Regia. ita factum, ut sicut populus, sic Princeps, pro majestate imperii Jus facere atque abrogare posset. Rem dixi.

De Ulpiano videndum. nec alia ejus sententia fuit. tantum voluit docere, (quod ipsa indicant ejus verba) quemadmodum Princeps, qui non magis habebat jus faciendi contra leges, quam qualiscumque Magistratus, a populo acceperit condendi juris facultatem; sive quid rescribat, sive decernat, sive edicat. Hoc Ulpiani consilium fuit, non aliud. idque *De jure summi imperii & lege Regia* demonstravi plene. nec pluribus opus: nisi, quod illic omisi, monendum, ea verba, *ei & in eum*, apud Ulpianum idem significare; & fere esse loquentis plenius ac fortius: cum alioquin alterum sufficeret, & valeret tantumdem. ac, ne quis requirat hujus fidem interpretationis, apponam exemplum locutionis non dissimilis ex Juliano *l.* 2. §. 3. *D. de jure codicillorum.* Verba Juliani. *Furiosus non intelligitur codicillos facere: quia nec aliud quicquam agere intelligitur, cum per omnia & in omnibus absentis vel quiescentis loco habeatur.* Juliano addam Vellejum Paterculum: qui *lib.* 2. *cap.* 83. de Planco, *Cum*, inquit, *fuisset humillimus assentator reginæ, & infra servos cliens, cum Antonii librarius, cum obscenissimarum rerum & auctor & minister, cum in omnia & in omnibus venalis, cum ceruleatus.* & reliqua. Vir Clarissimus, Justus Lipsius, *in Notis*, corrigit, *In omnia & omnibus.* Sed abstinendum exemplo supervacuæ emendationis, tam evidente locutione apud Veteres.

CAPUT IV.

Quo sensu scribat Paulus, Imperatorem ex imperfecto testamento legata aut fideicommissa vindicare, inverecundum esse. *Extricata in primis l.* 23. *D. de legatis lib.* 3.

Illud quoque non indignum est explicitu quod ex Paulo in *l.* 23. *D. de legatis lib.* 3. in hæc extat verba.

Ex imperfecto testamento legata vel fideicommissa Imperatorem vindicare, inverecundum est: decet enim tantæ majestati, eas servare leges quibus ipse solutus esse videtur.

Sic enim communi omnium consensu exauditur Paulus; quasi significet, non esse quidem decorum, Principem ex testamento, legibus imperfecto, vindicare legata aut fideicommissa sibi relicta: sed si velit ea vindicare; nihil prohibere, quo minus possit: quia legibus solutus est; sive, ut alibi dicitur, lex imperii eum solvit Juris solemnibus. Ego vero rogatus sententiam, difficulter accedam interpretationi, tam remotæ a ratione Juris, neque magis Paulo consentaneæ. certe nondum pœnitet me Dissertationis, *De jure summi imperii & lege Regia*: in qua idoneis docui argumentis, Principem legibus, sive juris solemnibus, solutum esse Lege Regia; cum ei negotium est, leges inutiles mutare legibus melioribus: cæterum civem esse, & legibus teneri, reliquorum more: præterquam, si quibus nominatim solutus sit. Igitur; quod est thema hujus loci, fac imperfectum testamentum: in eo datum Principi esse legatum aut fideicommissum. an potest Princeps legatum aut fideicommissum ex testamento petere? fortasse dices, & fecisse multos. sed, si Paulum audimus, nullo jure. non enim est testamentum quod non est legibus perfectum. Atqui Lex imperii Principem solvit legum solemnibus. Sit ita, cum pro majestate imperii leges facit, aut corrigit, inflectitve, suadente communi utilitate: sed non idem est; cum quid agit, tamquam civis & unus e multis. sic enim legibus vivit, etsi alioquin legibus solutus sit. Atque ita Principes §. *ult. Inst. Quibus modis testamenta infirmentur.* Et ante Claudius, apud Tacitum *lib.* 12. *Annal. c.* 5. verba Taciti. *C. Pompejo, Q. Verannio Coss. pactum inter Claudium & Agrippinam matrimonium, jam fama, jam amore illicito firmabatur, nec dum celebrare solennia nuptiarum audebant, nullo exemplo deductæ in domum patrui fratris filiæ. Quin & incestum, ac si sperneretur, ne in malum publicum erumperet, metuebatur. Nec ante omissa cunctatio, quam Vitellius suis artibus id perpetrandum sumpsit. Percunctatusque Cæsarem, an jussis populi, an auctoritati Senatus cederet? ubi ille unum se civium, & consensui imparem respondit, opperiri intra palatium jubet.*

At enim, inquies, Paulus manifestius, quam ut dissimulari debeat, opinatur, non cogi Principem, servare leges, etsi id eum facere deceat. an aliud velle videtur cuiquam; cum ait, *Ex imperfecto testamento legata vel fideicommissa Imperatorem vindicare, inverecundum esse*: & addit, *Decere tantæ majestati, eas servare leges quibus ipse solutus esse videtur?* Verum apage verborum ludibria: ad quæ numquam se demisit Paulus. quin modeste & condigne Jurisconsulto ait, *inverecundum esse*, Imperatorem ex imperfecto testamento vindicare legata aut fideicommissa; cum negat, eum id facere posse: & contra, cum dicit, eum *decere*, servare leges, ad hoc eum teneri, signifi-

cat. Atque huic interpretationi meæ etsi sufficeret ratio & communis sensus, tamen testimonium dabit Imperator Alexander, sub quo floruit Paulus; ne quis putet, eam abhorrere a disciplina ejus temporis. Verba Alexandri in *l.* 3. *C. de testamentis* hæc sunt. *Ex imperfecto testamento nec Imperatorem hereditatem vindicare posse, sæpe rescriptum est. Licet enim lex imperii solennibus Juris Imperatorem solverit: nihil tamen tam proprium imperii est, quam legibus vivere.* Quid hic Alexander? ait, Imperatorem *non posse* hereditatem vindicare ex imperfecto testamento. Quod si est: quid ni dicamus, Paulum, cum ait, Imperatorem legata aut fideicommissa ex imperfecto testamento vindicare, *inverecundum esse*, modeste significare, non esse Imperatori jus, ex imperfecto testamento petere legata aut fideicommissa? Nec tantum patitur hunc sensum secta temporis quo vixit Paulus: sed nec loquendi usus ac norma ei resistit. utique Marcianus *l.* 8. §. 6. *D. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*, cum negat, creditori qui debitori pignoris venditionem permisit, secuta venditione, superesse vindicandi pignoris facultatem, ad eumdem plane modum ait, eum *inverecunde desiderare* actionem hypothecariam; ac, si desideret, repellendum esse. Verba Marciani si quis inspicere velit, hæc sunt. *Si voluntate creditoris fundus alienatus est, inverecunde applicari sibi eum creditor desiderat: si tamen effectus sit secutus venditionis. nam si non venierit. non est satis ad repellendum creditorem, quod voluit venire.* Marciano addam Papinianum: nam is quoque eadem utitur loquendi verecundia, atque in eumdem sensum *l.* 3. §. *ult. D. de usuris.* verba Papiniani. *Si auro vel argento facto per fideicommissum relicto, mora intervenerit, an usurarum æstimatio facienda sit, tractari solet. Plane si materiam istam ideo relinquit, ut, ea distracta, pecunia quæ [refecta,] fideicommissa solverentur, aut alimenta præstarentur, non oportere frustrationem impunitam esse, responderi oportet. Quod si forte ideo relinquit, ut his vasis uteretur, non sine rubore desiderabuntur usuræ: ideoque non exigentur.* Quid? quod Papinianus *l.* 15. *D. de conditionibus institutionum* prorsus divine, *Quæ*, inquit, *facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, & (ut generaliter dixerim) contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.*

Præter superiorem Pauli locutionem, est & alia in *d. l.* 23, etsi non tanti momenti, tamen nec ipsa negligenda: cum posset imprudentibus parum justa videri. Verba Pauli Florentiæ ita edit Taurellius.

Decet enim tantæ majestati, eas servare leges quibus ipse solutus *esse videtur.*

In aliis libris est, *ipsa soluta.* atque ea scriptura convenit præceptis Grammaticæ: quibus non convenit Florentina. Nil tamen mutem temere: non enim est insolens Veteribus, in sermone genus mutare, ac relationem facere magis ad antecedentium verborum sensum, quam ad verba quibus is sensus continetur. Hoc jam in aliis auctoribus animadvertit Ausonius Popma, V. CL. *De usu antiquæ locutionis lib.* 2. *c.* 2. nec pigebit me, pauca quæ ex nostris observavi, adjicere. Ex eo genere est illud Pauli nostri *l.* 1. *D. de tutelis. Tutela est vis ac potestas in* capite libero *ad tuendum* eum qui *propter ætatem suam sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa.* Ulpianus quoque *l.* 195. §. 2. *D. de verborum significatione* simili loquendi figura, *Cum*, inquit, *paterfamilias moritur*, quotquot capita *ei* subjecta *fuerunt, singulas familias incipiunt habere.* singuli *enim patrumfamiliarum nomen subeunt.* Et in *l.* 1. *D. de pactis. Quid enim tam congruum* fidei humanæ, *quam ea quæ inter* eos *placuerunt, servare.* V. CL. Elbertus Leoninus *lib.* 1. *Emendat. c.* 16. sequutus, ut ait, fidem manuscripti codicis antiquissimi, corrigit. *Quid enim magis humanæ fidei est congruum, quam ea observari quæ inter homines placuerunt.* Frustra: etsi non inconcinno sensu.

Ne sinam quidem vituperari hoc Pauli in *d. l.* 23. *Decet tantæ majestati.* esse enim frequentem apud Latinos auctores ejusmodi locutionem, dudum ostendit Sanctius, *Minerva lib.* 2. *c.* 4.

CAPUT V.

Quid apud Pomponium l. 28. *D. de usufructu sit*, Numismatibus aureis vel argenteis veteribus pro gemmis uti? *& expuncta levis menda ex Ulpiano l.* 27. §. 4. *D. de auro, argento, mundo.*

Pomponii verba sunt *l.* 28. *D. de usufructu. Numismatum aureorum vel argenteorum veterum quibus pro gemmis uti solent, ususfructus legari potest.* Ea verba sic exaudivit V. CL. Hugo Donellus, *lib.* x. *Com. Jur. c.* 3. *in fin.* quasi vellet Pomponius, Numismatum, si aurea sint aut argentea, & his pro gemmis uti soleant, usumfructum legari posse. atque ut exemplo liqueret, quid esset, numismatibus uti pro gemmis; addidit Donellus, Ad pilei puta, aut vestis ornatum; alioquin non posse: quia nullus eorum usus sit. Ad eumdem modum Franciscus Connanus, *lib.* 4. *Com. jur. civil. c.* 1. *n.* 2. Gemmas, inquit, vocat, quas nos imagunculas aureas & argenteas quibus viri ad pilei aut vestis ornatum hodie utimur. Hæc Doctissimi illi Viri. ac nescio, an ea mutuati sint a Glossa ejus loci: cujus posteriore parte verba hæc sunt. *Dic ergo, quod hic erat ususfructus; & erit fructus in hoc, quod pro gemmis, tamquam monilia portentur ad pectus.* Sed puto, neque Glossatorem, neque Connanum, neque Donellum, vidisse, quid Pomponio sit, Veteribus numismatibus aureis vel argenteis pro gemmis uti, ut eorum ususfructus legari possit.

Igitur age hoc demonstremus: sed primum, quod *numismata* sunt eadem *nummis*, ne quis forte distinguenda a *nummis numismata* esse existimet. id vero intelligitur testimonio Ulpiani: qui in *l.* 9. §. 4. *D. Ad exhibendum* numismatum usumfructum, non hunc verum, sed quasi, describens, ita loquitur. *Marcellus scribit, si tibi decem* nomismata *sint sub conditione legata, & mihi decem ususfructus pure, deinde heres pendente conditione, non exacta cautione, decem fructuario solverit, ad exhibendum eum actione teneri: quasi dolo fecerit, quo minus possideret. dolus autem in eo est, quod cautionem exigere supersedit a fructuario: effectumque, ut legatum tuum evanesceret, cum jam* nummos *vindicare non possis.* Quæ initio *nomismata* dixit Ulpianus, deinde *nummos* appellat. sunt igitur ei *nomismata* eadem *nummis.* Atque hoc

hoc si est; tollendum leve mendum in *l.* 27. §. 4. *D. de auro, argento, mundo:* in quo sic *idem* scribit Jurisconsultus. *Si autem aurum vel argentum signatum legatum est, id paterfamilias videtur testamento legasse, quod ejus aliqua forma est expressum: veluti quæ Philippi sunt, itemque* nomismata *& similia.* Ulpianus *Philippeos* distinguit a *nomismatibus*: cum verum sit, *Philippeos* esse *nomismata* apud Horatium *lib.* 2. *Epist.* 1. *vers.* 234. Igitur scribe, *Veluti quæ Philippi sunt, itemque nomismata similia.* Nempe, paterfamilias legavit alicui aurum vel argentum signatum. quæritur, quid legato contineatur? pro certo ponit Ulpianus, pecuniam forma publica percussam, signati auri, vel argenti, appellatione comprehendi; ac, quia de eo nemo dubitabat, de eo, pro Veterum more, nihil dicit: sed cum ambigi posset de Philippi, Regis Macedoniæ, & similibus nomismatibus, de his respondendum credidit. Ait igitur, ea signati auri vel argenti appellatione venire. Licebit etiam aliter accipere Ulpianum: existimantibus, (quod præclare observavit V. CL. Isaacus Casaubonus, Notis ad Trebellium Pollionem, *Vita D. Claudii c.* 14. *pag.* 382.) nummos Philippeos fuisse primum Philippi jussu formatos: sed recepto deinde formæ usu retentam fuisse ejus appellationem: etsi jam referret vultum, non Philippi, sed cujuscumque Principis, a quo jussa sit cudi. Locus ad quem Notam hanc scripsit Casaubonus apud Trebellium Pollionem *d. c.* talis est in Epistola Valeriani ad Zosimionem Syriæ procuratorem. *Argenti in opere annua pondo quinquaginta, Philippeos nostri vultus annuos centum, & in strenis.* &c.

Utcumque erit: apparet, nomismata esse eadem nummis: eademque opera facile apparebit, quæ Pomponio *d. l.* 28. dicantur *vetera nomismata aurea vel argentea.* Meminit talium Suetonius sequentibus verbis, *Augusto c.* 75. *Saturnalibus & si quando alias libuisset, modo munera dividebat, vestem & aurum & argentum; modo nummos omnis notæ, etiam veteres regios ac peregrinos.* Habet & Lactantius exemplum *lib.* 1. *Divin. Instit. c.* 13. cum, *Hunc*, inquit, *errantem atque inopem Janus excepit. cujus rei argumenta sunt nummi veteres in quibus est cum duplici fronte Janus, & in altera parte navis.* Porro observandum est, quod non simpliciter ait Pomponius, legari posse usumfructum numismatum aureorum vel argenteorum veterum, sed horum quibus pro gemmis uti solent. Id vero quid significat, nisi legari posse usumfructum veterum numismatum, quibus non solent uti tamquam numerata pecunia: (tum enim magis quasi ususfructus intelligitur) sed quibus solent, tamquam gemmis, sive ad eum modum ad quem gemmis, uti: adeo nota locutione: ut fere frustra addam, sic exstare apud Tryphoninum *l.* 37. §. 1. *D. de minoribus, Nec si quid eorum commiserit quæ pro adulterio eadem lex punit:* id est, tamquam adulterium. Et apud Suetonium, *Tiberio c.* 15. *Nec quidquam postea pro patrefamilias egit.* Pro, tamquam paterfamilias. Apud Justinianum quoque §. *ult. Inst. de heredum qualitate & differentia* exstat, *Pro herede autem gerere quis videtur, si rebus hereditariis tamquam heres utatur.* Vult igitur Pomponius, legari usumfructum numismatum veterum, quibus tamquam gemmis, uti solent.

Is vero usus erat animi oblectatio ex studiosa earum cum collectione, tum contemplatione & ostentatione. Eum usum docuit me Plinius *lib.* 37. *Nat. hist. Proœmio.* Verba Plinii. *Gemmæ supersunt, & in arctum coacta rerum naturæ majestas, multis nulla sui parte mirabilior. Tantum tribuunt varietati, coloribus, materiæ, decori, violari etiam signis gemmas nefas ducentes. Aliquas vero extra pretia ulla taxationemque humanarum opum arbitrantes, ut plerisque ad summam absolutamque rerum naturæ contemplationem satis sit una aliqua gemma.* Fuisse autem in his ostentationem, idem refert Plinius *eod. lib. c.* 1. eamque a tibicine cœpisse; sed postea hominibus, etiam summis, admirationi fuisse. Verba Plinii ex multis pauca adscripsi. *Tertius qui eodem tempore fuit inter musicos, Nicomachus multas gemmas habuisse traditur, sed nulla peritia electas: forte quadam his exemplis initio voluminis oblatis adversus istos qui sibi hanc ostentationem arrogent, ut palam sit, eos tibicinum gloria tumere.* Et post. *Gemmas plures, quod peregrino appellant nomine dactyliothecam, primus omnium habuit Romæ privignus Syllæ Scaurus. diuque nulla alia fuit, donec Pompejus Magnus eam quæ Mithridatis Regis fuerat, inter dona in Capitolio dicaret, ut M. Varro aliique ejusdem ætatis auctores confirmant, multum prælatam Scauri. Hoc exemplo Cæsar Dictator sex dactyliothecas in æde Veneris Genitricis consecravit. Marcellus Octavia genitus in Palatina Apollinis æde unam.* Præter Plinium etiam Suetonius *Julio c.* 47. hanc rem tangit, de Cæsare sic loquens, *Gemmas, toreumata, signa, tabulas operis antiqui, semper animosissime comparavit.* Et Horatius *lib.* 1. *Epist.* 6. *vers.* 17.

I nunc, argentum, & marmor vetus, æraque & arteis
Suspice, cum gemmis Tyrios mirare colores.

Cæterum, sicut Veteres in his gemmarum quas faciebant dactyliothecis, varietatem, colores, materiam, decus, denique ut in Pyrrhi achate, naturæ miracula; etiam ab arte illustrium hominum imagines, ac signa, finge, Augusti sphingem, Mecænatis ranam, Syllæ traditionem Jugurthæ, similiaque alia quæ Plinius enarrat *d. c.* 1. & admirabantur & ostentabant: sic magno ardore ac sumptu vetera colligebant numismata in quibus Regum ac Principum vultus, simul res domi forisque gestas, denique omnem vetustatis memoriam, sibi aliisque repræsentabant. Quæ res cum ad animi & oblectationem & cultum spectaret, etsi reditum non daret, aliquam videbatur habere utilitatem; & ideo mirum non est, si usumfructum recipere intelligeretur, salva post usum numismatum substantia.

Volui hic facere finem hujus capitis: sed retinet me Chrysostomus: qui veterum numismatum, in primis Alexandri Magni, usum, præter hunc quem dixi, etiam alium Gentilibus fuisse, atque ab his ad Christianos pervenisse, conqueritur. Verba Chrysostomi, quia rem notabilem indigitant, apposui. sunt autem hæc *Ad populum Antiochenum homil.* 21. *ad fin. tom.* 1. *pag.* 246. *Quid vero diceret aliquis de his qui carminibus & ligaturis utuntur, & de circumligantibus aurea Alexandri Macedonis numismata capiti vel pedibus? dic mihi, hæne sunt exspectationes nostræ, ut post crucem & mortem dominicam in gentilis regis imagine spem salutis habeamus.*

CAPUT VI.

Isidori locus de actione finium regundorum ab errore revocatus unius literæ mutatione.

Isidori de finium regundorum actione verba *lib. 5. Originum c. 25.* hæc sunt. *Finium regundorum actio dicta eo quod per eam regantur fines utique ne dissipentur: dummodo non angustiore quinque pedum loco ea controversia sit.* Sic Isidorus: sed falso, etsi levi ex causa. peccat enim una litera: quam muto; & scribo, *Dummodo non* augustiore *quinque pedum loco ea controversia sit.* Ita ad verum accedit sensus, qui ante a vero aberrabat. Utar magno & certo auctore. is est Imperator Constantinus *l. 3. Cod. Theod. Finium regundorum.* Verba Constantini. *Si finalis controversia fuerit, tunc demum arbiter non negetur, cum intra quinque pedes locum de quo agitur apud Præsidem esse constiterit; cum de majore spatio causa quædam non finalis, sed proprietatis, apud ipsum Præsidem debeat terminari.*

CAPUT VII.

Gaji Fragmentum quoddam quod est in l. 9. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis, a Juris nostri Architectis sub illo Titulo collocari perperam. quo pertineat; & quis sit verus ejus sensus.

Vere Marcianus *l. 1. §. 2. D. Quæ res pignori vel hypothecæ datæ obligari non possunt, Eam,* inquit, *rem quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est, jure pignoris accipere non potest.* An æque Gajus in his verbis *l. 9. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis: Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest?* Sed de hoc deliberabimus. res enim obstrepere videtur: Ulpianus certe, *Rem,* inquit, *alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est: nam emptio est & venditio: sed res emptori auferri potest l. 28. D. de contrahenda emptione.* Diocletianus autem & Maximianus *l. 6. C. Si aliena res pignori data sit* scribunt, *Per alium rem alienam invito domino pignori obligari non posse:* & hoc *certissimum esse.* Qui igitur definit Gajus, pignorationem recipere quod emptionem venditionemque recipit? Non intercedam, si quis ea Gaji verba in *d. l. 9. §. 1.* a vero aliena esse suspicetur. Sed modestiæ meæ non convenit, ut circa ea si quod cecidit peccatum, esse Gaji peccatum existimem. quis enim credat, tantum virum Juris in quo versabatur, adeo incallidum fuisse, ut non intelligeret, rem alienam pignori obligari non posse; & si obligetur, cessare actionem hypothecariam. An quid aliud voluit; cum *lib. sing. De formula hypothecaria* ait, *Creditorem probare debere, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse l. 15. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis?* Sed non ut Gajum facile ea culpa libero; sic hac Juris nostri Architectos absolvo. Est enim illorum negligentia factum: ut in *d. l. 9. §. 1.* aliud sonent Gaji verba, quam ipse voluerit Gajus. nempe, quia siverunt, ea irrepere in Titulum *De pignoribus & hypothecis:* cum debuissent poni sub Titulo *De pigneratitia actione vel contra,* nam huc pertinent. Ac, ne videar hoc sine mercede loqui, addam argumentum quod mihi, studiosius omnia consideranti, commode suppeditat ipsius Inscriptio capitis. Ea Inscriptio habet, *Gajus lib. 9. Ad Edictum Provinciale:* eo vero in libro eum præsertim actionem pigneratitiam quæ ex contractu est, explicuisse, ex *l. 10. & l. 12. D. de pigneratitia actione* manifestum est. Age igitur, ducem sequuti hanc Gaji Inscriptionem, audeamus Gajum retrahere a fuga in qua hactenus fuit; & ultro ad verum ejus sententiam reducemus. Igitur respexit Gajus in *d. l. 9. §. 1.* ad pigneratitiam actionem, quam sub Titulo *De Pigneratitia actione, lib. 9. Ad Edictum provinciale,* exposuit: non ad formulam hypothecariam, de qua *libro singulari De formula hypothecaria* (ex quo libro sunt *l. 4. & l. 15. D. de pignoribus & hypothecis*) disputavit; forte & extrema Edicti parte sub Titulo *De pignoribus & hypothecis:* sic enim facere solitos fuisse Veteres, vel Justiniano teste intelligitur *l. omnem §. 4. De conceptione Digestorum.* Neque vero parum refert, utrum ad hanc, an ad illam, actionem hoc Gaji Fragmentum referatur. Nam ut pigneratitia competat, (quæ actio *de pignore dato* dicitur *l. 42. D. de pigneratitia actione, & l. 2. D. de pignoribus & hypothecis*) nihil opus est, rem pignoris jure obligari: sed sufficit, rem pignori datam esse, quamvis jure pignori obligata non sit. ut autem hypothecaria actio locum habeat, non satis est, rem pignori datam esse; sed eam pignoris jure obligatam esse oportet. Hæc tam varie: quia hypothecaria, cum in rem actio sit, creditori datur adversus quemlibet pignoris possessorem: utique, si probet, eam rem de qua convenit, ut pignori sibi sit, sibi pignoris jure teneri: nam tum eam, quocumque in loco sit, jure persequitur. quod si creditor quidem dicat, rem sibi pignori datam esse; sed eam sibi jure obligatam esse, non probet; non recte postulat, sibi a possessore restitui pignus quod ei jure obligatum non est: quia non est ejus pignus; & ideo in pari causa melior est possidentis conditio, quam creditoris qui non possidet. Tantum de actione hypothecaria. Superest pigneratitia. ea non in rem, sed in personam, est; neque adeo rem pignoratam sequitur, neque ejus possessorem: sed tantum inter debitorem & creditorem qui utique de pignore dato acceptoque contraxerunt, vim suam exserit. Neque iniquum est, eos inter quos commercium fuit, ex mutua conventione invicem sibi teneri; etsi res de qua consenserint, ut pignori esset, jure obligata non sit. Proinde si aliena res pignori data sit; non potest eam creditor a quocumque possessore vindicare jure pignoris: quia non potest dicere, hoc jure sibi teneri rem, quæ ei obligata est ab eo, qui non habebat jus obligandi rem, quæ ejus in bonis, cum conveniret, non erat. Atque hoc in hypothecaria actione Imperatores ostendunt in *l. 6. C. Si aliena res pignori data sit*; amplius Gajus noster *lib. sing. De formula hypothecaria* in *l. 15. §. 1. D. de pignoribus & hypothecis.* Non idem est in pigneratitia. ut enim aliena res, si quando pignori detur, a creditore libera maneat, tamen contrahentium personæ ultro citroque de ea pignori data acceptaque tenen-

nentur. finge: debitor rem alienam creditori dedit, ut eam pignori habeat, donec ei debitum solvatur. mox debitor ei debitum solvit. quamquam non valuit alienæ rei pignus; tamen rationis est, ut creditor debitori ad restituendam rem quam ab eo tantum in debiti securitatem accepit, eo soluto, actione directa teneatur. convenit enim ita; interque eos commercium fuit. Nec verbis opus: hoc Ulpianus indicat; cum *libro* 28. *Ad Edictum* quo libro actionem pigneratitiam interpretatus est, *Is quoque*, inquit, *qui rem alienam pignori dedit*, *soluta pecunia potest pigneratitia experiri l.* 9. §. 4. *D. de pigneratitia actione.* Idem Ulpianus & de actione contraria testatur *pr. ejusdem capitis*, *Si*, inquiens, *rem alienam mibi debitor pignori dedit*, *dicendum est*, *locum babere contrarium judicium.* Quin Impp. Diocletianus & Maximianus *l.* 6. *C. Si aliena res pignori data sit* contrariam pigneratitiam hac in specie cum hypothecaria comparant; cum ajunt, *Quæ prædium in filios a se titulo donationis translatum*, *creditori suo dat pignori*, *se magis contrario pignoratitio obligat judicio*, *quam quicquam dominis noceat*: *cum Serviana etiam actio declaret evidenter jure pignoris teneri non posse*, *nisi quæ obligantis in bonis fuerint.* Igitur si non actio hypothecaria, sed pigneratitia quæstioni sit; nil causæ est, quo minus res aliena sicut emi & vendi, ita pignori dari, possit: quamquam non ut pignori obligetur; sed ut debitor & creditor invicem sibi actione pigneratitia teneantur. nam aliena quoque res distrahi posse dicitur *l.* 28. *D. de contrabenda emptione:* non quod venditione a non domino facta, alienari videtur; sed quod venditor cui cum emptore commercium est, cum eo de alienæ rei venditione contrahere potest, sic ut se ad rei traditionem obliget; & si non tradat, emptori actione ex empto teneatur ad id quod ejus intersit, eam sibi traditam esse. Hoc igitur sensu Gajus *d. l.* 9. §. 1. *D. de pignoribus & bypothecis*, *Quod*, inquit, *emptionem venditionemque recipit*, *etiam pignorationem recipere potest.* Sed is sensus ex loci Inscriptione nimis manifestus est: quamquam miror, eam Inscriptionem non animadvertisse doctissimos Juris interpretes.

CAPUT VIII.

Ad peremptorium edictum non veniri post tria, *sed post duo*, *edicta. Restituta Ulpiani verba quæ luxata hactenus sunt in l.* 68. *& l.* 70. *D. de judiciis: & Hermogenianus l.* 53. *D. de re judicata correctus explicitusque.*

Ut in humano corpore, sic in sermone, si quod luxatur membrum, ejus usus plerumque aut nullus est, aut certe non verus. Id adeo uno ostendam exemplo, sed pulchro, quod se nunc mihi offert. Ulpianus *l.* 68. *l.* 70. *& l.* 72. *D. de judiciis* quæ omnes sunt ex eodem *lib.* 8. *Disputationum*, ita scribit de ordine edicti peremptorii:

Ad peremptorium edictum hoc ordine venitur, *ut primo petat quis post absentiam adversarii edictum primum*; *mox alterum*; *& tertium*: *quibus propositis*, *tunc peremptorium impetret. quod inde hoc nomen sumpsit*, *quod perimeret disceptationem*, *hoc est*, *ultra non pateretur adversarium tergiversari. Nonnunquam autem hoc edictum post tot numero edicta quæ præcesserint datur: nonnunquam post unum vel alterum: nonnunquam statim quod appellatur unum pro omnibus.*

Hanc scripturam cuncta exhibent exemplaria: nec dubito, an male. quærit enim Ulpianus, quemadmodum jure & ordine perveniatur ad peremptorium edictum; id est, hoc quo (ut idem Ulpianus *l.* 71. *D. eod. tit.* definit) is qui edictum dat, comminatur, etiam absente diversa parte cogniturum se & pronuntiaturum; ac si receptæ servimus scripturæ; ait Ulpianus, ad id tum veniri, cum tria præcessere edicta, quibus non paruerit reus. Quod non esse verum, tam certum habeo, quam quod est certissimum. sufficit enim, ut peremptorium edictum obtineatur, duo præcessisse edicta; tria præcessisse, non oportet. ita peremptorium edictum non est quartum edictum, sed tertium; etsi recepta scriptura velit, quartum esse. Sed hanc refutant Diocletianus & Maximianus; cum in *l.* 9. *C. Quomodo & quando judex* sic scribunt. *Tres denuntiationes ad peremptorii edicti vicem adversus contumaces convalescere*, *salubriter constitutum est.* Sensus enim Imperatorum est. Etsi peremptorium edictum proprie dicatur, cum is qui edictum dat, comminatur, etiam absente parte se cogniturum & pronuntiaturum: eum tamen si nulla intervenit comminatio, non prohiberi, adversus absentem qui admonitus noluerit judicio adesse, sententiam proferre: (quod & Gordianus observat *l.* 2. *C. eod. tit.*) modo eum trina admonuerit denuntiatione. quamquam enim proprie cesset causa peremptorii edicti, cum nulla facta comminatio est, tamen tres denuntiationes pro peremptorio edicto valere, salubriter constitutum esse. Sic illi. Idem probat Hermogenianus *l.* 53. *D. de re judicata*, *Contumacem*, inquiens, *esse qui tribus edictis propositis*, *vel uno pro tribus quod vulgo peremptorium appellatur*, *literis evocatus*, *præsentiam sui facere contemnet.* Scribo, *Contumacem esse*, *qui tribus edictis propositis*, *vel uno pro tribus quod vulgo peremptorium vocatur*, tribusve *literis evocatus*, *præsentiam sui facere contemnet.* Vocatur enim reus ad Judicem vel edictis, vel literis, vel denuntiationibus; & si sic tertium vocatus, sui copiam non facit, contumax habetur. Paulum audi *lib.* 5. *Sentent. tit.* 5. *Trinis* (inquit) *literis vel edictis*, *aut uno pro tribus dato*, *aut trina denuntiatione conventus*, *nisi ad judicem a quo sibi denuntiatum est*, *aut cujus literis vel edictis conventus est*, *venerit*, *quasi in contumacem dicta sententia auctoritatem rerum judicatarum obtinet.* Non igitur impetratur edictum peremptorium post tria edicta, sed post duo. Nec tamen ignoro, ad peremptorium aliquando veniri post tria: talemque casum adferri a Paulo *l.* 55. *D. de judiciis*, verbis sequentibus. *Edictum quod ab antecessore datum est*, *in numero trium edictorum connumerari debet. Plane licet* [*omnis*] *ab antecessore numerus finitus sit*, *solet successor unum edictum dare.* Sed Ulpianus *d. l.* 68. *&* 70. non quid aliquando, sed quid plerumque, fiat, definit; quid vero interdum extra ordinem observetur, demum exponit *l.* 72. *D. eod. tit.* Quid igitur est? ego sic censeo, in *d. l.* 68. *&* 70. loco mota esse duo verba: quibus restitutis, nihil esse quod in Ulpiano desideretur. ea verba sic restituo.

Ad

Ad peremptorium edictum hoc ordine venitur: ut primo petat quis post absentiam adversarii edictum primum, mox alterum: quibus propositis & tertium tunc peremptorium impetret. quod inde boc nomen sumpsit, quod perimeret disceptationem, boc est, ultra non pateretur adversarium tergiversari. Nonnunquam autem boc edictum post tot numero edicta quæ præcesserunt datur: nonnunquam post unum vel alterum: nonnunquam statim quod appellatur unum pro omnibus.

CAPUT IX.

Si quas in fundo lapidicinas, cretifodinas, arenifodinas, aut quæcumque alia metalla, exercuit dominus proprietatis; his fructuarium uti posse, legato fundi usufructu. Quid, si dominus nulla exercuit? adhuc fructuarium instituere ea posse, quibus nihil agriculturæ nociturus sit. Quid, si in iis quæ instituere velit fructuarius, plus reditus sit, quam in vineis, vel arbustis, vel olivetis? an potest ea dejicere? non videri. Ulpianus l. 13. §. 5. D. de usufructu liberatus interpolatione plane turbulenta & male cohærente.

Aut me fallit conjectura, aut habeo causam, cur suspicer, non satis bene atque æquabiliter se habere res Ulpiani in *l.* 13. §. 5. *&* 6. *D. de usufructu:* nam diffident & pugnant usque adeo; ut metuam, ne quid, invito Ulpiano, irrepserit in locum optimum: quod nisi quo interdicto de possessione iniquà dejiciatur, Ulpiano mentem excussurum sit. Sed prius, quam id ostendam, considerabo ejus verba quæ sunt in *l.* 9. §. 2. *&* 3. *D. de usufructu.* Ea verba sunt.

Sed si lapidicinas habeat, & lapidem cædere velit, vel cretifodinas, vel arenas, omnibus his usurum Sabinus ait, quasi bonum patremfamilias. §. 3. *Sed si hæc metalla post usumfructum legatum sint inventa, cum totius agri relinquatur ususfructus, non partium: contineantur legato.*

Ulpianus censet, cum legatus est fundi ususfructus, legatum intelligi non alicujus partis, sed totius fundi, usumfructum. proinde posse fructuarium fundo toto, atque omnibus ejus partibus, uti frui: denique, si lapidicinæ sint, & lapidem cædere velit, vel cretifodinæ, vel arenæ, (Plinius *lib.* 36. *Nat. histor. c.* 23. tria facit harenæ genera, fossitiam, fluviatilem, & marinam) ait Ulpianus, omnibus his, velut partibus usurum, exemplo boni patrisfamilias. Sed & si hæc metalla (generale id vocabulum est cujuscumque rei quæ e terræ fodinis eruitur: ut in *l.* 13. §. 5. *D. eod. tit. l.* 3. §. *ult. D. de rebus eorum qui sub tutela*, & alibi) post usumfructum demum legatum sint inventa, etiam ipsorum usumfructum, quasi partium fundi, legato contineri. Et recte: nisi quis vereri possit, ne fructuarius, institutis a se metallis, non videatur prædio rustico boni viri arbitratu uti frui; cum ea ad fundi culturam, remque rusticam, parum pertineant. Sed non hoc periculum est. etsi enim proprie ad agriculturam non spectent metalla; patrifamilias tamen bono & diligenti, si in quo agro idonea esse possint, negligenda non esse, commode Varro opinatur *lib.* 1. *De re rustica c.* 4. verbis sequentibus. *Sed neque lapidicinæ, neque arenariæ ad agriculturam pertinent, sic figlinæ: neque ideo non in quo agro idoneæ possint esse, non exercendæ, atque ex eis capiundi fructus.* Potest igitur fructuarius, si Ulpiano fides, vel vetera metalla exercere, vel nova instituere.

Nec tamen hoc semper ei concedi, Ulpianus opinatur *d. l.* 13. §. 5. *&* 6. *D. de usufructu.* Verba Ulpiani, quia ad diligentius examen vocare constitui, apponam. Ea verba sunt.

Inde est quæsitum, an lapidicinas vel cretifodinas, vel arenifodinas ipse instituere possit? Et ego puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. Proinde venas quoque lapidicinarum, & hujusmodi metallorum inquirere poterit: ergo & auri, & argenti, & sulphuris, & æris, & ferri, & cæterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit, exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agriculturæ nocebit. Et si forte in hoc quod instituit, plus reditus sit, quam in vineis, vel arbustis, vel olivetis quæ fuerunt: forsitan etiam hæc dejicere poterit, siquidem ei permittitur meliorare proprietatem §. 6. *Si tamen, quæ instituit usufructuarius, aut cœlum corrumpant agri, aut magnum apparatum sint desideratura, opificum forte, vel legulorum, quæ non potest sustinere proprietarius: non videbitur viri boni arbitratu frui.*

Quid hic Ulpianus? primum ait, fructuario jus esse, lapidicinas, vel cretifodinas, instituere, si quæ in fundo idoneæ esse possint; etiamsi nullæ sint a domino institutæ: nec tamen hoc semper jus esse; sed, *si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est.* scilicet, quia aliter existimantibus, non videretur fundo, salva ejus conditione, denique boni viri arbitratu, frui. Deinde hinc infert Ulpianus, quod potest quoque fructuarius venas lapidicinarum, & hujusmodi metallorum inquirere. Præterea potest auri, & argenti, & sulphuris, & æris, & ferri, & cæterorum fodinas exercere, si quas paterfamilias, id est, proprietarius, instituit. quod si is nullas exercuit; adhuc ipse novas instituere potest: utique, *si nihil agriculturæ nocebit,* sic enim rursus definit Ulpianus; & hanc causam addit, quæ verissima est; quod ei permittitur meliorare proprietatem: dum (sic opinor) ejus qualitatem non immutet: hoc vero non facit; si ex agricultura quæ fuit, nihil informet collatve: ut, si neque vineas, neque arbusta, neque oliveta, quæ fuerint, dejiciat. Quamquam hoc quoque casu, si quæ instituat fructuarius magnum apparatum sint desideratura, forte opificum, vel legulorum, quæ sustinere nequeat proprietarius, non videtur Ulpiano, boni viri arbitratu uti frui. Idque convenit huic Veterum præcepto, apud Columellam, *lib.* 1. *De re rustica c.* 1. *Qui studium agricolationi dederit, antiquissima sciat hæc sibi advocanda, prudentiam rei, facultatem impendendi, voluntatem agendi.* Idem esse, Ulpianus ait, si quæ instituit fructuarius, cœlum corrumpant agri. Nam & Varro *lib.* 1. *De re rustica c.* 5. *Utilissimus, inquit, is est ager, qui salubrior est, quam alii, quod ibi fructus certus, contraque in pestilenti calamitas quamvis in feraci agro colonum ad fructus pervenire non patitur. Etenim ubi ratio cum orco habetur, ibi non modo fructus est incertus, sed etiam colentium vita. Quare, si salubritas non est, cultura non aliud est,*

quam

quam alea domini vitæ, ac rei familiaris. Sic, si fructuarius, institutis a se fodinis, nihil principaliter agriculturæ nocebit. An idem dicemus, si vineas, vel arbusta, vel oliveta, quæ fuerunt, velit dejicere? sed non puto. non enim dubito, quin agriculturæ sic palam nociturus sit. quod eum facere, non vult Ulpianus. Nam ad agriculturam omnia hæc pertinere, vel Cato ostendit, *De re rustica c.* 1. *Prædium*, inquiens, *quod primum fiet, si me rogabis, sic dicam. De omnibus agris optimoque loco si emeris jugera agri centum, vinea est prima, si vino multo fiet, secundo hortus irriguus, tertio salictum, quarto oletum, quinto pratum, sexto campus frumentarius, septimo silva cædua, octavo arbustum, nono glandaria silva.* Verum pone, e metallis majores sperari reditus, quam e vineis, olivetis, aut arbustis. quid dicemus? dejecturum ea fructuarium? absit. Atqui Ulpianus *d. l.* 13. §. 5. *D. de usufructu*, *Et si forte*, inquit, *in hoc quod instituit, plus reditus sit, quam in vineis, vel arbustis, vel olivetis quæ fuerunt: forsitan etiam hæc dejicere poterit.* Qui potest? ut enim præteream, *spem* (auctore Seneca *epist.* x.) *incerti boni nomen esse*: quis nisi stultus, aut insanus, vineas, vel arbusta, vel oliveta, metallis mutet magnis præsertim impensis, quas eæ fodinæ desiderant, nisi ex his majores speret reditus, quam ex vineis, arbustis, aut olivetis? nemo unus. non enim fodinæ ad amœnitatem, in quam impensæ etiam stultæ & inanes plerumque fiunt, sed totæ ad utilitatem, referuntur. Ulpianus tamen non patitur, fructuarium metalla instituere, nisi si non sit necessariam agri partem huic rei occupaturus, neque agriculturæ nociturus. Igitur, si ad Ulpianum spectamus, non debet fructuarius, quo ex metallis majores inveniat reditus: quam ex agricultura, vel vineas, vel arbusta, vel oliveta, dejicere: quia non debet metalla instituere spe majoris utilitatis; nisi his non sit necessariam agri partem occupaturus, nec agriculturæ nociturus. Et, si rem putamus, quod fructuario jus est, constituto ei non dominio quod fructu libero atque infinito censetur, sed usufructu, hoc est, fructu qui usu coërcetur, & ideo proprietarii modo ac rei conditione circumscribitur, ut de domini utilitate, eo invito, disponat; & alieni fundi usum alium faciat, quam ei dominus concessit? Atque hoc Neratius in domus usufructu indigitat *l.* 44. *D. de usufructu*: nec is tantum, sed Ulpianus quoque *l.* 7. §. *ult.* & *l.* 1. *D. eod. tit.* Adeo, quoties de fructuarii jure disputatur, numquam quæritur, quantos percipiat fructus, sed an eos quos percipit, ad rei conditionem percipiat. An aliud agit Ulpianus *l.* 13. §. *ult. D. eod. tit.* cum ait, si domus ususfructus legatus sit, fructuarium illic meritoria facere non debere; nec domum per cœnacula dividere; nec balneum ibi facere; & si balneum sit in domo, usibus dominicis solitum vacare, non recte, nec ex boni viri arbitratu, facturum, si id locare cœperit, ut publice lavet? Sed res certa; & subjicit Paulus *l.* 14. *D. eod. tit. Licet multo minus ex ea re fructum percipiat.*

Scio, Dionysium Gothofredum, V. Cl. *ad d. l.* 13. §. 5. *lit. E.* existimare, domum a fundo separandam esse: & si quidem fundi ususfructus sit; eum a fructuario vel formæ mutatione meliorem fieri posse: si domus; non posse: alteroque casu annonæ utilitati, altero urbis decori adversus ruinas, consuli. Sed ea Gothofredi sententia minime vera est. Primum enim quod periculum est, ne urbs ruinis deformetur; si fructuarius ædium parietibus qui rudes essent, novum tectorium, id est, novam incrustationem, velit imponere? Negat tamen Neratius, facturum id suo jure fructuarium *d. l.* 44. *D. de usufructu.* Sed & si balneum in intima domo solitum sit vacare dominicis usibus, atque id locare cœperit fructuarius, ut publice lavet; aut si in domo diversoria, vel alia meritoria, facere velit: quis metuat, ne sic ruina deformetur urbis dignitas? Tamen hæc & similia fructuario concedenda esse, Ulpianus negat *d. l.* 13. §. *ult.* nec aliam ob causam, quam quod non recte, nec ex boni viri arbitratu; facturus sit. Non igitur placet Gothofredi sententia, quantum attinet ad urbana prædia. Nec felicior est circa rustica. Quid enim annonæ cum lapidicinis aut metallis de quibus loquitur Ulpianus *d. l.* 13. §. 5. cum præsertim non hic quærat Ulpianus, utrum lapidicinæ, aut metallifodinæ, a fructuario possint converti in agros fertiles; sed an vineæ, vel arbusta, vel oliveta, possint a fructuario dejici, ut venas lapidicinarum & hujusmodi metallorum inquirat. Qua in re tantum abest, ut annonæ favor vertatur, ut e contrario quæratur, an agriculturæ nocere possit fructuarius lapidicinis & metallifodinis institutis; modo si ex his majores reditus, quam ex vineis, arbustis, vel olivetis, denique ex agricultura, sperare possit. Non igitur probari potest Gothofredi sententia: verumque est, fructuarium neque a domus, neque a fundi, conditione recedere posse; sive deteriorem, sive meliorem, utilioremque, domum aut fundum facere velit. Nec jam verbis opus. id ipsius testimonio Ulpiani intelligitur: cum §. 4. *d. l.* 13. hoc est, eo in loco ex quo in §. 5. insequente deinde ad metallifodinas, lapidicinasque, illationem facit, sic scribit. *Si forte voluptare fuit prædium, viridaria, vel gestationes, vel deambulationes, arboribus infructuosis opacas atque amœnas habens, non debet dejicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid quod ad reditum spectet.* Postremo nec hoc omittam, quod Ulpianus §. 6. *ejusdem capitis*, id est, hoc ipso in loco quo de agitur, scribit, fructuarium, si instituat metalla quæ aut agri cœlum corrumpant, aut majorem apparatum sint desideratura, quam sustinere possit proprietarius, non videri boni viri arbitratu frui. Hoc enim quo pertinet? nisi ut probet, eum, quamvis ex metallis majores, quam ex agricultura, reditus sit percepturus, tamen agriculturæ quam invenit, conditionem mutare non posse.

Hæc, inquies, quo pergunt? nempe, ut ostendam, hunc versum qui est §. 5. *d. l.* 13.

Et si forte in hoc quod instituit, plus reditus sit, quam in vineis, vel arbustis, vel olivetis quæ fuerunt, forsitan etiam hæc dejicere poterit,

male misceri Ulpiani verbis; cum sit alicujus Interpretis, Veteris quidem, sed qui neque ad Ulpiani mentem, neque ad juris rationem, attendit; & sequentia Ulpiani verba, *Siquidem ei permittitur meliorare proprietatem*, inconsideratius explicuit. An cui probabile sit, Ulpianum, id est, hominem doctum, gravem, ac sapientem, in re minime controversa, scripsisse secum & cum Civili Jure tam manifeste pugnantia? mihi non videtur. Nec tamen ignoro, eum versum etiam apud Græcos extare, *Basilic. lib.* 16. *tit.* 1. *tom.* 2. *pag.* 250. Sed id non alio pertinet, quam ut appareat, eo jam olim deformatum fuisse Ulpianum. igitur quamquam hunc Græci quoque indigitent, tamen ne Ulpiano somnus, ne quid gravius dicam, surrepsisse videatur, ego eum interpolatione tam seditiosa & male co-

cohærente liberandum censeo. Quo autem clarior fiat Ulpianeæ forma dissertationis, uno conspectu integram exhibebo, conjunctis verbis §. 4. 5. & 6. d. l. 13.

§. 4. *Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet: meliorem facere potest.* † *Et aut fundi est ususfructus legatus, & non debet neque arbores frugiferas excidere, neque villam diruere, nec quicquam facere in perniciem proprietatis.* † *Et si forte voluptare* (sic lego) *fuit prædium, viridaria vel gestationes vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amœnas habens, non debebit dejicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid, quod ad reditum spectat.* §. 5. *Inde est quæsitum, an lapidicinas, vel cretifodinas, vel arenifodinas ipse instituere possit? Et* [*ego*] *puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est.* † *Proinde venas quoque lapidicinarum, & hujusmodi metallorum inquirere poterit. Ergo & auri, & argenti, & sulphuris, & æris & ferri, & cæterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit, exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agriculturæ nocebit,* * *siquidem ei permittitur meliorare proprietatem.* §. 6. *Si tamen, quæ instituit usufructuarius, aut cœlum corrumpant agri, aut magnum apparatum sint desideratura, opificum forte, vel legulorum, quæ non potest sustinere proprietarius: non videbitur boni viri arbitratu frui.*

* Et si forte in hoc, quod instituit, plus reditus sit, quam in vineis, vel arbustis, vel olivetis, quæ fuerunt: forsitan etiam hæc dejicere poterit.

CAPUT X.

An fructuarius, legato fundi usufructu, ex venatione vel aucupio habeat quæstum reditumve, si quæ in fundo sint vivaria aut ornithones? Et quisnam ille quæstus & reditus sit? Quid, si venationes aut aucupia sint in fundo non circumsepto? Fructus pro ferarum fœtibus. Exercere feras, quid? Tryphoninus extricatus l. 62. pr. & §. 1. D. de usufructu.

Si cui legatus sit fructus fundi, in quo sint venationes, aut aucupia; satis pulchræ quæstionis est, an & quemadmodum illorum quæstus aut reditus ad fructuarium spectet? Nam quidquid in fundo nascitur, vel ex fundo percipi potest, ipsius demum fructus est *l. 9. D. de usufructu*; feræ autem & aves quæ in fundo sunt, neque nascuntur ex fundo, neque ex fundo percipiuntur: quippe quum nihil, nisi quod terra se tenet, fundi sit *l. 15. l. 16. & 17. D. de actionibus empti & venditi. l. 21. D. de instructo vel instrumento legato.* Non igitur feræ, avesque, venatione aut aucupio captæ a fructuario, ejus fiunt jure ususfructus. Quamquam quia nullius sunt, quamdiu naturali libertate fruuntur, non absurde dicatur, fructuarium feram aut avem, si quam capiat in saltibus vel montibus possessionis cujus usumfructum habet, suam facere gentium jure. posset enim in saltibus vel montibus venari, etsi non haberet fundi usumfructum; nisi a domino prohiberetur, fundum ingredi venandi gratia *l. 3. §. 1. D. de adquirendo rerum dominio.* quid ni igitur possit, cum usumfructum habet; per eumque accepit jus ingrediendi fundum, etiam invito domino?

Cæterum, si in fundo sint vivaria quæ A. Gellius, *lib. 2. Noctium Atticarum c. 20.* interpretatur septa loca in quibus feræ vivæ pascuntur; aut ornithones quæ eidem Gellio ex Varrone, *lib. 3. De re rustica c. 2.* sunt omnium alitum quæ intra parietes villæ solent pasci: puto, quia ad hoc habetur fundus, ut ex venatione, aut aucupio, fructus aut reditus percipiatur, auctore Varrone *d. lib. 3. c. 1. & seqq.* magis esse, ut quæstus qui ex feris aut avibus percipi potest, in fructu sit *l. 26. D. de usuris*; denique fructuarii fiat jure ususfructus *l. 9. §. 5. D. de usufructu:* quippe jam feræ & aves quæ septis aut ornithonibus inclusæ sint a fundi domino, domini fundi sunt *l. 3. §. 14. & 15. D. de adquirenda possessione*; & quamvis non sint fundi, tamen in fundi instrumento habentur *l. 10. l. 11. l. 12. §. 12. & 13. D. de instructo vel instrumento legato,* cujus instrumenti ususfructus, nisi contraria sit testatoris voluntas, ad fundi fructuarium pertinet *l. 15. §. 6. D. de usufructu.*

Atque huc tendit Tryphoninus *l. 62. pr. & §. 1. D. de usufructu*; sed quia obscuriore via, quam forte res velit, dabo operam, ut ei aliquam affundam lucem; & quæstionem curiosæ definitionis paulo distinctius explicem. Verba Tryphonini.

Usufructuarium venari in saltibus vel montibus possessionis probe dicitur: nec aprum vel cervum quem ceperit, proprium domini capit, sed fructus aut jure [*civili*] *aut gentium suos facit.* §. 1. *Si vivariis inclusæ feræ in ea possessione custodiebantur, quando ususfructus cœpit, num exercere eas fructuarius possit, occidere non possit? alias, si quas initio incluserit operis suis, vel* [*post*] *sibimet ipsæ inciderint, delapsæve fuerint, hæ fructuarii juris sint? commodissime tamen, ne per singula animalia facultatis fructuarii, propter discretionem difficilem, jus incertum sit, sufficit eundem numerum per singula quoque genera ferarum, finito usufructu, domino proprietatis adsignare, qui fuit cœpti ususfructus tempore.*

Quia Tryphoninus meminit *saltuum vel montium possessionis*, obiter dicam, quod *saltum* Gallus Ælius, *libro secundo significationum quæ ad jus pertinent*, apud Festum sic definit. *Saltus est, ubi silvæ & pastiones sunt, quarum causa casæ quoque. Si qua particula in eo saltu pastorum aut custodum causa aratur, ea res non peremit nomen saltus.* Dixi, quid sit *saltus.* nunc reliqua persequar. Tryphoninus significat, usufructuarium in saltibus vel montibus possessionis, id est, in saltibus vel montibus fundi, cujus usumfructum habet, sive ibi vivarium sit, sive non sit, venari posse: ac, si quem aprum aut cervum capiat, non proprium domini, id est, non utique, sive non semper, proprium domini capere. nam si vivarium non sit in possessione; aprum aut cervum, qui in ejus montibus aut saltibus non circumseptis pascatur, nullius esse; captumque a fructuario, ejus fieri, non ususfructus, seu civili, sed gentium jure. quod si vivarium eo in fundo sit; in eoque vivario feram a domino inclusam capiat fructuarius: propriam domini capere; & captam neque civili, neque gentium, jure suam facere: tantum illi jus esse ea, quasi fundi instru-

ſtrumento, uti frui, ſalva ſubſtantia. Dixi de fera quæ nullius, etiam de ea quæ proprietarii, ſit. Nunc de utriusque fœtu videndum. de eo ſic Tryphoninus. *Sed fructus aut jure civili aut gentium ſuos facit.* Tryphoninus *fructus* pro *fœtu* accipit. quomodo Manilius *lib.* 4. *verſ.* 128. utitur, ita de ariete loquens,

In jugulumque dabit fructus, & mille per artes
Vellera, diverſos ex ſe parientia quæſtus.

Sed & Gajus *l.* 28. *D. de uſuris*, *In pecudum*, inquiens, *fructu etiam fœtus eſt: ſicuti lac, pilus, & lana.* Apud Varronem quoque *lib.* 3. *De re ruſtica c.* 2. ſic extat, *In plano cohors in qua paſcebantur gallinæ, & earum fructus erant ova, & pulli.* Diſtinguit igitur Tryphoninus feram a fructu, id eſt, ab ejus fœtu: & vult, quamquam fera fructuarii non fiat occupatione, niſi cum nullius eſt, ut ſi vivario incluſa non ſit: ejus tamen fœtum occupatione ſemper fructuarii fieri vel gentium, vel civili, jure: & gentium quidem; ſi ipſa fera, id eſt, mater, nullius fuerit, fundo non circumſepto: civili vero; ſi ea domini ſit, ab eoque in fundi inſtrumento habeatur. Quæſo, cur ita? quia hoc caſu fœtus, etſi ipſe quoque domini ſit *l.* 2. *D. de adquirendo rerum dominio*, tamen ſi a fructuario capiatur, ex fundi inſtrumento, quaſi ejus fructus, domini voluntate, id eſt, jure uſusfructus, percipitur. Finge; (quod eſt exemplum §. 1. *d. l.* 62.) vivaria ſunt in poſſeſſione; & cum cœpit uſusfructus, his incluſæ feræ, puta, apri, vel cætera ſilveſtria animalia, in poſſeſſione cuſtodiebantur: (pro Veterum more de quo M. Varro, etiam A. Gellius, *dd. locc.* & Plinius *lib.* 8. *Natur. hiſtor. c.* 52.) quærit Tryphoninus, utrum fructuarius eas exercere quidem poſſit, occidere autem non poſſit? Ea quæſtio his Tryphonini verbis continetur, *Num exercere eas fructuarius poſſit, occidere non poſſit?* Sed, quod addendum, inhæret huic quæſtioni tacita reſponſio; etſi non appareat palam: uſitata Veteribus ratione quam obſervat Quintilianus, *lib.* 9. *Inſt. Orat. c.* 2. & nos alibi indicamus. ſenſus Tryphonini: Si, cum cœpit uſusfructus, vivariis incluſæ feræ, in ea poſſeſſione cuſtodiebantur: poterit quidem fructuarius eas exercere; ſed non poterit occidere. *Exercere* autem *feras* quid ſit, nondum (quantum ſcio) extricarunt præclari Juris interpretes. Sunt qui *exercere feras* ſic accipiant apud Tryphoninum, quaſi ſignificet, *feras venari.* Accurſius exponit, *cum feris ludere*: eamque ſententiam ſequitur Vir Clariſſimus, A. Dadinus Alteſerra, ad Tryphonini *lib.* 7. *Diſputationum*, in expoſitione *d. l.* 62. nam *feras exercere* interpretatur. *eas dumtaxat agitare delectationis cauſa.* Sed non hæc egit Tryphoninus. dixit is, fructuarium *feras exercere*, pro feras habere ex quibus quæſtum capiat, ſalva earum ſubſtantia. Quo ſenſu Ulpianus in *l.* 4. § 2. *D. de edendo*, *Labeo*, inquit, *ſcribit*, *patrem non cogendum (edere): niſi ſciente eo argentaria exercetur. Sed recte Sabinus reſpondit*, *tunc id admittendum*, *cum patri* quæſtum *refert.* Similiter ait Ulpianus, *navem*, *cauponam*, *ſtabulum*, exerceri *l.* 1. §. 2. & 5. *D. Nautæ*, *caupones*, *ſtabularii*; cum navis, caupona, aut ſtabulum, habentur, ut ex his quæſtus percipiatur. *Et exercitorem eſſe ad quem* obventiones omnes & reditus *perveniunt*; *ſive is dominus navis ſit*, *ſive*, & reliqua *l.* 1. §. 15. *D. de exercitoria actione.* Eodem ſenſu ait, fructuarium & auri, & argenti, & ſulphuris, & æris, & ferri, *fodinas exercere l.* 13. §. 5. *D. de uſufructu*; cum ex his reditum habet. Sed &, *Inſtrumentum eſſe apparatum rerum diutius manſurarum ſine quibus exerceri nequiret poſſeſſio l.* 12. *D. de inſtructo & inſtrumento legato*: id eſt, ſine quibus fructus ex poſſeſſione percipi nequiret. Similiter Nonius *c.* 4. *De varia ſignificatione ſermonum*, hoc *exercere*, in eo Virgilii, *lib.* 1. *Georgic. Exercetque frequens tellurem atque imperat arvis*, exponit, In meliorem uſum & fructum formare. Igitur ſi, cum cœpit uſusfructus, feræ vivariis incluſæ, in ea poſſeſſione, ſeu eo in fundo, cuſtodiebantur; ait Tryphoninus, fructuario quidem jus eſſe, eas exercere, id eſt, ad reditum, habere; ſed non occidere. Quod ſi eſt: poteſt fructuarius ex feris quas a domino incluſas reperit, fœtus percipere, quos occidat vel ad epulas ſuas, vel ut macello vendat, quaſi earum fructus, ſeu reditus: ſed non poteſt ipſas quoque feras, a domino incluſas, occidere: ſive velit eas ſuis lautitiis, ſive macello, inſervire. Atqui utrumque domini proprietatis jus eſt. Scio; & docuit me Varro *dd. locc.* Etiam Columella, *De re ruſtica lib.* 9. *c.* 1. ſequentibus verbis, *Feræ pecudes*, *ut capreoli*, *damæque*, *nec minus orygum*, *cervorumque genera & aprorum modo lautitiis ac voluptatibus dominorum ſerviunt*, *modo quæſtui ac reditibus.* Idem in Præfatione ejusdem libri. *Mos antiquus lepuſculis capreisque ac ſimilibus feris juxta villam plerumque ſubjecta dominicis habitationibus ponebat vivaria*, *ut & conſpectu ſuo clauſa venatio poſſidentis oblectaret oculos*, *& cum exegiſſet uſus epularum*, *velut e cella promerentur.* Sed non quod domini proprietatis jus eſt, etiam hic fructuarii jus eſſe, inſtrumenti uſusfructus patitur. Igitur ſi, cum cœpit uſusfructus, feræ vivariis incluſæ, in ea poſſeſſione cuſtodiebantur, poteſt eas fructuarius exercere, id eſt, ad reditum & quæſtum habere: occidere non poterit. Quid, ſi quas ipſe initio operis ſuis incluſit, vel ſi quæ ſua ſponte inciderint, delapſæve fuerint? ait Tryphoninus, has fructuarii juris, id eſt, dominii fructuarii, fore. Et recte: nam ante nullius fuerunt; vivario autem incluſæ a fructuario, ab eo & poſſideri, & adquiri, intelliguntur *l.* 3. §. 14. *D. de adquirenda poſſeſſione.* Poſſunt igitur ab eo non tantum exerceri, hoc eſt, ad fœtus generationem, ſive ad fructum & reditum haberi; ſed etiam occidi in uſum epularum aut macelli jure dominii. Cæterum, quia difficilis fuerit diſcretionis, quæ animalia ex ſingulis generibus in vivariis fuerint conſtituti uſusfructus tempore, & quæ deinde ex his nata, aut fructuarii operis in ea dilapſa ſint; eaque obſcuritate facile incertum, ac prope inutile, fiat jus uſusfructus: eam ob cauſam putat Tryphoninus, huc decurri oportere, ut fructuarius aliquo juvetur temperamento adverſus Juris ſubtilitatem. Id temperamentum ſive Eurematicum his ejus verbis continetur. *Commodiſſime tamen*, *ne per ſingula animalia facultatis fructuarii*, *propter diſcretionem difficilem*, *jus incertum ſit*, *ſufficit eundem numerum per ſingula quoque genera ferarum*, *finito uſufructu*, *domino proprietatis adſignare*, *qui fuit cœpti uſusfructus tempore.* Tryphoninus ſignificat, fructuarium, ne ob difficilem diſcretionem, utrum animalia ante conſtitutum uſumfructum jam in vivariis fuerint, an poſt demum in ea illapſa, ibive nata, fuerint, jure ſuo uti impediatur, poſſe & hæc & illa occidere: modo ſi domino proprietatis, finito uſufructu, per ſingula quæque ferarum genera eumdem adſignet numerum, qui fuit tempore cœpti uſusfructus. Quod ſane æquum eſt. ſed neque in-

solens nostris est, propter difficilem discretionem, quid indulgere quod alioquin non esset licitum. Id tamen quia ab Accursio observatum est, non agam actum.

CAPUT XI.

Lacus & stagna clausa non distingui a piscinis, neque silvas circumseptas a vivariis, sive leporariis. Vindicata Francisci Hotmani V. Cl. emendatio in l. 3. §. 14. D. de adquirenda possessione, improbata Accursii, Jacobi Cujacii, Hugonis Grotii, aliorumque Clarissimorum Virorum, sententia.

Quia superiore capite feci mentionem *l.* 3. §. 14. *D. de adquirenda possessione*; non intempestivum fuerit, ne quæ supersit eo in loco difficultas, monere, eum corrupte circumferri in omnibus codicibus, & a Francisco Hotmano, V. Cl. *lib.* 8. *Observ. c.* 7. sic optime restitui. *Feras bestias, quas* vivariis incluserimus, *& pisces quos in* piscinas *conjecerimus, a nobis possideri. Sed eos pisces qui in* stagno *sint, aut feras quæ in* silvis non circumseptis *vagantur, a nobis non possideri: quoniam relictæ sint in libertate naturali: alioquin etiam si quis silvam emerit, videri eum omnes feras possidere. quod falsum est.* Vulgo scribitur, *in silvis circumseptis*; eamque scripturam, ne de aliis dicam, sequutus Jacobus Cujacius, *lib.* 4. *Observ. c.* 2. Sed verissime legit Hotmanus, *in silvis non circumseptis*: præfatus, quod Paulus *d. l.* 3. §. 14. pisces qui piscinis inclusi sunt, his qui in stagno sunt, opponit; sicut feras quæ vivariis coërcentur, opponit iis quæ in silvis non circumseptis vagantur. Quod probo: idemque recte affirmat, etsi non allegato Hotmano, Dionysius Gothofredus, *Notis ad d. l.* 3. §. 14. Quid enim sunt piscinæ, nisi lacus & stagna clausa in quibus vivi pisces pascuntur? A. Gellium audi *d. lib.* 2. *Noct. Attic. c.* 20. *Lacus & stagna quæ piscibus vivis coërcentur clausa, suo atque proprio nomine piscinas nominaverunt.* Quid *vivaria*, nisi septa, sive sint silvæ circumseptæ, sive quæ alia circumsepta loca, in quibus feræ vivæ pascuntur? Idem Gellius *d. loc. Vivaria quæ nunc dicuntur septa quædam loca in quibus feræ vivæ pascuntur, M. Varro in libro de re rustica tertio dicit leporaria appellari.* Inde *septum* pro *leporario*, sive *vivario*, apud Varronem *d. lib.* 3. *c.* 11. & 12. Sat scio, dices, vivaria a silvis circumseptis spatio distingui: vivaria enim esse parvi spatii; silvas circumseptas majoris. atque ita Accursius definit, *Gloss. ad d. l.* 3. §. 14. *lit.* X. nec quisquam, quantum memini, Accursio hactenus respondit: imo plerique ei assentiuntur; in quibus & Hugo Grotius, V. Cl. *lib.* 2. *De jure belli & pacis c.* 8. §. 2. Sed, quod multa eorum pace dixerim, qui sic sentiunt, errant toto cœlo. Clare Varro *d. lib.* 3. *cap.* 2. *Sic in secunda parte, ac leporario pater tuus, Axi, præterquam lepusculum e venatione vidit nunquam. Neque enim erat magnum id septum, quod nunc ut habeant multos apros, ac capras, complura jugera maceriis concludunt.* Et clarius *c.* XII. *ejusdem libri* de Q. Hortensii leporario. *Sylva erat (ut dicebat) supra quinquaginta jugerum maceria septa, quod non leporarium, sed θηριοτροφεῖον appellabat.* Rursus *c.* XI. *Ac nomine antiquo a parte quadam leporarium appellatum. Nam neque solum lepores in ea includuntur sylva, ut olim in jugero agelli aut duobus, sed etiam cervi, aut capreæ in jugeribus multis. Q. Fulvius leporarium dicitur habere in Tarquiniensi septum jugerum XL. in quo sunt inclusa non solum ea quæ dixi, sed etiam oves feræ, etiam hoc majus in Statonensi, & quidam in locis aliis. In Gallia vero transalpina T. Pompejus tantum septum venationis, ut circiter triginta millium passuum locum inclusum habeat.*

CAPUT XII.

Neratii locus sane difficilis qui est in l. 61. pr. & §. 1. D. de usufructu, expeditus.

Quæso, quid significat Neratius *l.* 61. *pr.* & §. 1. *D. de usufructu?* cum sic scribit.

Usufructuarius novum rivum parietibus non potest imponere. §. 1. *Edificium incboatum fructuarium consummare non posse placet; etiamsi eo loco aliter uti non possit. sed nec ejus quidem usumfructum esse: nisi in constituendo vel legando usufructu hoc specialiter adjectum sit, ut utrumque ei liceat.*

Obscurus est loci sensus: sed clarior fiet, formata totius capitis & specie, & quæstione. Species hæc est. Legatus est ususfructus non ædificii, nec fundi; sed domus vel ædium. Duo quæruntur: primum, an fructuarius possit novum rivum imponere ædium parietibus? deinde, an possit ædificium inchoatum consummare: maxime, si eo loco, id est, eo ædificio, (*loci enim appellatio non solum ad rustica, sed ad urbana quoque, prædia pertinet l.* 60. §. 1. *D. de verborum significatione*) aliter uti non possit? Quod ad primam quæstionem attinet: ait Neratius, fructuarium non posse parietibus novum rivum imponere. *Novum*, inquam, *rivum*: sic enim in *d. l.* 61. recte legi, animadvertit Franciscus Hotmanus, *lib.* 2. *Amicabil. respons. c.* 36. etsi Jacobus Cujacius *lib.* 1. *Observ. c.* 36. ex conjunctione *l.* 44. *D. eod. tit.* malit, *novum tectorium*; idque placeat Jacobo Labitto, *Indicis sui usu tertio, n.* 5. Solere enim Veteres (quæ eorum luxuria fuit) augendæ amœnitati ædium parietibus imponere rivos aquæ fluentis, verissime tradidit Emundus Merillius, *lib.* 3. *Variantium ex Cujacio c.* 1. sequente Manilii testimonio ex *lib.* 4. *Astronomicon vers.* 261.

— — — *Undas inducere tectis,*
Ipsaque conversis aspergere fluctibus astra,
Littoribusque novis per luxum ludere ponto,
Et varios fabricare lacus, & flumina ficta,
Et peregrinantes domibus suspendere rivos.

Cui de meo addam hoc ex Sidonio Apollinari, *Carm.* 22. *vers.* 207.

Alta volubilibus patet hinc cœnatio valvis
Fusilis euripus propter. cadit unda superne.
Ante fores pendente lacu, venamque secuti
Undosa inveniunt nantes cœnacula pisces.

Sed nec aliam caussam habent quæ de derivatis in

in domos rivis & fluminibus jam olim tradidi *lib.* 1. *Probabilium c.* 3. Tantum de priore quæstione.

Quod ad alteram attinet: placet Neratio, fructuarium non posse ædificium inchoatum consummare; etiamsi eo loco, sive eo ædificio, aliter uti nequeat. An vere? ambigi potest: quia constituto usufructu, intelligitur fructuario dari omne sine quo ipse uti frui nequeat *l.* 1. §. 1. *& seqq. D. Si ususfructus petetur:* ac, si cui datus sit fundi ususfructus, in quo necessarium ad percipiendos fructus sit ædificium, posse ab eo poni ædificium, Ulpianus ait *l.* 13. §. 6. *D. de usufructu.* Quod si est: quid ni dicemus, si testator ædificium inchoavit, & fructuarius eo, nisi consummato, uti nequeat, posse eum ædificium suo jure consummare? Atque ita foret, si nominatim legatus esset ædificii ususfructus; idque, nisi consummatum, non reciperet usumfructum: sicut in *d. l.* 13. §. 6. nominatim datus erat ususfructus fundi in quo necessarium ad percipiendos fructus erat ædificium. Sed Neratii sermo in § 1. *d. l.* 61. est de usufructu non ædificii, nec fundi, sed domus, seu ædium. plurimum autem interest inter ædificium & ædes seu domum. & bene, quod sufficit, si fructuarius domo uti possit; quamquam ædificio quod domui addi cœperit, uti nequeat. Finge, ut exemplo rem demonstrem, testatorem domum habere; cœpisse ei jungere ædificium, balneum, verbi gratia, vel simile; nec absolvisse. finge, legasse Titio domus aut ædium usumfructum. an Titius poterit absolvere ædificium a testatore inchoatum? non poterit; etsi eo loco, id est, ut dixi, eo ædificio, aliter uti nequeat: quia ei non ejus ædificii, sed domus, ususfructus datus est. Sufficit igitur, si domo uti possit; etsi eo loco, id est, eo balneo, sive eo ædificio, uti non possit: quia usumfructum non ejus, sed domus, accepit. Atque hoc esse opinor, quod Neratius ait, *Sed nec ejus quidem usumfructum esse.* Si tamen testator in constituendo usufructu fructuario nominatim dedit consummandi ædificii potestatem; dubium non est, quin consummare possit: sicut poterit quoque novum rivum parietibus imponere; si in constituendo usufructu hoc specialiter adjectum sit. Et id puto postrema velle Neratii verba, *Nisi in constituendo vel legando usufructu hoc specialiter adjectum sit, ut utrumque ei liceat.* Nam verbum hoc, *utrumque*, & ad ædificii consummationem, respicit. Exposui difficillimum Neratii locum. Nisi probanda adhuc distinctio quam dixi Veteres fecisse inter *ædes* & *ædificium.* Eam distinctionem probat Livius *lib.* 38. *c.* 38. sequentibus verbis, *Rhodiorum sociorumve quæ* ædes ædificiaque *intra fines regni Antiochi sunt.* Sed & Ulpianus *l.* 7. §. 1. *D. de usufructu*, sic scribens, *Rei soli, ut puta* ædium *usufructu legato, quicunque reditus est, ad usufructuarium pertinet: quæcunque obventiones sunt ex* ædificiis, *ex areis, & cæteris, quæcunque* ædium *sunt.* Et *l.* 41. §. 8. *D. de legatis lib.* 1. Verba ejus. *Hoc Senatusconsultum non tantum ad* ædes, *sed & ad balinea vel aliud quod* ædificium, *vel porticus sine ædibus, vel tabernas, vel popinas extenditur.* Labeo quoque *l.* 31. *D. de legatis lib.* 3. *Si cui* ædes *legatæ sint, is omne habebit id* ædificium, *quod solum earum* ædium *erit.* Rursus Ulpianus *l.* 15. §. 13. *D. de damno infecto. Si tam ampla* domus *sit, ut & spatia inter vitiosam partem intercedant, & eam quæ vitium non facit: dicendum, in eam solam partem mitti. si vero unita sit contextu* ædificiorum: *in totam.* & reliqua.

CAPUT XIII.

Volusius Mæcianus l. 9. D. de lege Rhodia de jactu emendatus, Æthalia *pro* Italia *substituta.*

Exstat apud Volusium Mæcianum *l.* 9. *D. de lege Rhodia de jactu* Græca Eudæmonis Nicomediensis ad Imperatorem Antoninum Deprecatio: in qua complura sunt eruditis hominibus molesta: sed unum eos maxime urit, quod is queritur, se naufragium in Italia facientem, esse direptum a Publicanis insulas Cyclades habitantibus. Cum enim contemplantibus orbis situm, immane porrigatur spatium inter Cyclades insulas & Italiam; sive de Supero, sive de Infero agatur mari; profecto jure ambigitur, quo pacto potuerit Eudæmon, cum in Italia faceret naufragium, in Cycladibus insulis spoliari a Publicanis, vel, ut alii vertunt, a servis publicis. Igitur plerique huc devenere, ut in vitio cubare illam Eudæmonis Deprecationem existimarent: aliis pro, ἐν τῇ ἰταλίᾳ, ἐν τῇ τηλίᾳ, aliis ἐν ἀτταλίᾳ, aliis ἐν ἰκαρίᾳ, aliis ἐν παραλίᾳ, scribentibus. Ac quamquam neque *Telia*, neque *Attalia*, mihi arrideant, minusque sapiat ἐν τῇ παραλίᾳ; fuit tamen, cum non spernenda mihi videretur sententia Hugonis Grotii, Jacobi Gothofredi, Johannis Strauchii, aliorumque Clarissimorum Virorum, pro *Italia* substituentium *Icariam*: quia eam insulam suadebat & loci, & literarum, affinitas: nec absurde dici putabam, in Icaria fieri naufragium quod in mari Icariæ proximo contingeret. sunt enim in mundo testimonia quibus hæc Veterum locutio satis abundeque adstruatur: ac jam visum Amplissimis, Clarissimisque Viris, Cornelio van Bynckershoeck, in Suprema Hollandiæ, Frisiæ, ac Zelandiæ Curia Senatori, *lib. sing. ad L.* ἀξίωσις ix. *De lege Rhodia de jactu c.* 3. & Jacobo Perizonio, Collegæ meo, Notis *ad Ælianum, lib.* 2. *c.* 25. *pag.* 112. complura cum erudito orbe exempla communicare. Sed nunc aliud mihi occurrit, nisi fallor, longe verisimilius: quod si peritioribus æque probabitur, forsan inventa erat Mæciani scriptura quam huc usque quæsivere felicia ingenia. Puto, Eudæmonem fecisse naufragium non in Italia, id est, non in mari Italiæ vicino; sed in Æthalia, sive in mari Æthaliæ proximo: atque id verbum Mæciano restituendum. Caussam huic conjecturæ (cui, si mutandum quid sit, & se subscripturum, cum mihi nuper in familiari sermone, tum mox edito libello orbi literato, significavit Amplissimus Bynckershoeckius) dedit mihi sequens Livii locus ex *lib.* 37. *c.* 13. *Polyxenidas Samum petituros ratus hostes, ut se Rhodiæ classi conjungerent; ab Ephejo profectus, primo ad Myonnesum stetit: inde ad Macrin (quam vocant) insulam trajecit: ut prætervehentis classis si quas aberrantes ex agmine naves posset, aut postremum agmen opportune adoriretur. Postea quam sparsam tempestate classem, vidit occasionem primo aggrediendi ratus, paulo post increbescente vento, & majores jam volvente fluctus, quia pervenire se ad eos videbat non posse, ad Æthaliam insulam trajecit: ut inde postero die Samum*

alto petentes naves aggrederetur. Cum considerarem iter quod hæc classis per mare Ægæum fecit ad Æthaliam insulam; cœpi cogitare, essetne *Æthalia* circa quam Eudæmon Nicomediensis in *d. l. 9.* naufragium fecit, & pro qua Librariorum errore deinde irrepsit *Italia*: quo autem magis animum adverti ad Ægæi maris descriptionem; eo magis pro *Italia* mihi placuit *Æthalia*: neque jam ambigo, quin germana Mæciani scriptura sit *Æthalia*: in primis, postquam, intellexi ex Plinio, Æthaliam insulam inter Samum & Lesbum sitam esse ex adverso Erythrarum. Plinii verba si quis inspicere velit, apposui: ea verba sunt ex *lib. 5. Natur. histor. c. 31. Par claritate ab eo distat* XCIII. M. *passuum, cum oppido* Chios *libera, quam* Æthaliam *Ephorus prisco nomine appellat: Metbrodorus & Cleobulus* Chiam, *a Chione nympha; aliqui a nive &* Macrin & Pityusam. *Montem habet Pellenæum, marmor Chium. Circuitu* CXXV. *mill. pass. colligit; ut veteres tradidere. Isidorus* IX. *millia adjicit. Posita est inter Samum & Lesbum, ex adverso maxime Erythrarum.* Ex hoc situ apparet, nave circa Æthaliam fracta, vel ex ea jactu facto, facile potuisse Eudæmonis merces ad littus alicujus insulæ ex vicinis Cycladibus appelli; ibique a Publicanis, aut a servis publicis, spoliari. Sustuli ex *d. l. 9.* vitium nimis deforme.

CAPUT XIV.

Plinii locus de Pado flumine correctus.

Quia in Mæciani restitutione adfuit mihi Plinius superiore capite, non a me impetro, ne ipsi quoque hoc, si quam possim, opem feram: laborat enim vehementer; cum de Pado flumine ita scribit, *lib. 3. Naturalis historiæ c. 16.*

Padus e gremio Vesuli montis, celsissimum in cacumen elati, finibus Ligurum Vagiennorum Visendo fonte profluens, condensque seje cuniculo, & in Forovibiensium agro iterum exoriens, nulli omnium claritate inferior: Græcis dictus Eridanus, ac pœna Phaëtontis illustratus: augetur ad Canis ortus liquatis nivibus, agris quam navigiis torrentior, nil tamen ex rapto sibi vindicans, atque ubi liquit agros, ubertate largior.

Frustra exercuit hic locus tres insignes viros, Isaacum Vossium, Johannem Harduinum, & Claudium Salmasium. Vossius certe ad Pomponium Melam, *De situ orbis, pag. 164.* Lege, inquit, *Augetur ad Canis ortus liquatis nivibus, ac bis quam nativis torrentior, nibil tamen ex rapto sibi vindicans, atque ubi linquit, ubertatis largitor.* Deinde *Liquatas nives* interpretatur *aquas*: liquatæ, inquiens, nives sunt aquæ; itaque non opus est, vocabulum istud repetere. *Linquit*, vero hic recipitur pro defluit, decrescit, λήγει, uti sæpe. Sic Vossius. At Johannes Harduinus, *Not. & emendat. ad h. loc. n. 76. pag.* 400. ex libris manuscriptis quos magno allegat numero, restituit, *agris quamvis torrentior*; hisque libris (quod mihi significavit Vir Clarissimus, Jacobus Gronovius, Collega meus) etiam Leidensis codex assentitur: putat vero Harduinus, Plinium indigitare, quod Padus quamvis auctus in adjacentes agros irruat, fœcundiores illos reddit humectando & ubertatem eis largiendo: non exhauriendo vastat aut depopulatur. At quod Plinius intendit, neque Vossius vidit, neque Harduinus. Nec magis Salmasius, *Exercitationibus Plinianis, pag.* 59. *Editionis Ultrajectinæ.* Verba Salmasii. Sic legendum, *agris, quamvis torrentior, nibil tamen ex rapto sibi vindicans, atque ubi liquit, etiam ubertate largior.* Addit Salmasius, Hæc natura torrentium fluviorum, ut aliis agris aliquid ex rapto vindicent & adjudicent, aliis vero adimant & tollant. quod negat facere Padum Plinius, quamvis torrentiorem: sed perperam legitur: *nibil ex rapto sibi vindicans.* lege *abjudicans.* non injurius est torrens illis agris quibus aliquid adjicit per alluvionem; sed quibus quid ex rapto abjudicat & tollit, vice iniqui censoris. Sic Salmasius. sed non placet. Quod si & mihi detur jus suffragii in hac tribu: scribam, *augetur ad Canis ortus liquatis nivibus*, ac his, *quam alius, torrentior, nil tamen ex rapto sibi vindicans, atque ubi liquit agros, ubertate largior.* Quomodo de eodem flumine Virgilius, *lib. 4. Georgic. vers.* 372.

Eridanus; quo non alius per pinguia culta
In mare purpureum violentior influit undis.

Ipse paulo post Plinius eodem capite. *Nec alius amnium tam brevi spatio majoris incrementi est.* Res plana: nec improbat amicus meus, Jacobus Gronovius, Vir Clarissimus.

CAPUT XV.

Clamorem cujus meminit Gajus l. 4. §. 1. D. Ad legem Aquiliam, a Lege Duodecim Tabularum non desiderari circa cædem nocturni furis: neque a Triboniano videri profectum. eum deberi Gajo; & esse ex Eurematicis.

Possit quis opinari, nocturni furis cædem aut diurni qui se telo defendat, nisi cum clamore fiat, lege Duodecim Tabularum neque jure fieri, neque impune: idque his Gaji verbis significari *l. 4. §. 1. D. Ad legem Aquiliam.*

Lex Duodecim Tabularum furem noctu deprebensum occidere permittit: ut tamen id ipsum cum clamore testificetur. interdiu autem deprebensum ita permittit occidere, si is se telo defendat: ut tamen æque cum clamore testificetur.

Sed non ita est. clamor enim, cujus meminit Gajus, non debetur Duodecim Tabulis: & indicio, quod Cicero *pro Milone cap. 3.* scribit, Duodecim Tabulis permitti, furem nocturnum *quoquo modo* occidere. Ulpianus quoque *Collatione Legum Mosaicarum & Romanarum tit. 7.* ait, legem Duodecim Tabularum cædem nocturni furis permittere *omnimodo.* at quemadmodum illa lex furis nocturni cædem aut *omnimodo*, aut *quoquo modo*, indulget; si, ut jure fiat cædes, clamorem desiderat? verum mitto testimonia; etsi certa. sufficiunt enim legis verba quæ apud Macrobium *lib. 1. Saturnal. cap. 4.* hac extant forma. *Sei. nox. furtum. factum. esit. sei. im. occisit. joure. caisus. esto.* Vides legem, atque in ea nullam clamoris mentionem, ne minimam qui-

quidem. non igitur debetur clamor Duodecim Tabulis: in quibus nulla ejus sunt vestigia. At enim Gajus, *Lex*, inquit, *Duodecim Tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit*: & addit, *Ut tamen id ipsum cum clamore testificetur*. Non mihi latet, esse qui quod de clamore dicit Gajus, Triboniani esse suspicantur. Sed videamus, ne constet Gajo ratio; quamvis innoxio Triboniano. Gajus duo dicit. primum est, permitti cædem furis noctu deprehensi: alterum est, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur. prius imputat Duodecim Tabulis: posterius non æque. plus dicam: ne vult quidem Gajus, ab eo qui nocturnum furem occidit, hunc proclamari in finem, ne eum homicidii pœna sequatur. non enim disputat Gajus de homicidii crimine, ejusve pœna; sed de reparatione damni injuria dati ex lege Aquilia. Id ostendit non dicam Rubrica sub qua positum est Gaji Fragmentum; sed ejus Inscriptio: quæ Inscriptio habet, *Gajus lib. 7. Ad Edictum provinciale*: quo eum legem Aquiliam explicuisse, certum est ex *l.* 2. *l.* 8. *l.* 32. *D. Ad legem Aquiliam.* Non igitur respicit hoc Gaji Fragmentum ad crimen homicidii, ejusve pœnam; sed ad civilem damni æstimationem ex lege Aquilia. placet autem, cædem nocturni furis quoquo modo factam, aut diurni, si is se telo defendat, ob Duodecim Tabulas quidem ab homicidii crimine & lege Numæ quam Cornelia excepit, excusari: sed non a lege Aquilia de damno injuria dato: quia altera punit cædem, demum dolo malo admissam *l.* 7. *D. Ad legem Corneliam de sicariis*: altera contenta est qualicumque culpa, etiam levissima *l.* 44. *D. Ad legem Aquiliam*; itaque persequitur cædem, quamquam jure factam, tamen non necessariam §. 2. *Inst. eod. tit.* qualis est nocturni furis, cum aliter potest evitari periculum: ut *Ad legem Aquiliam. c.* 4. & *lib.* I. *Probabilium c.* 9. demonstravi ex Ulpiano *l.* 9. *D. Ad legem Corneliam de sicariis*, & *d. tit.* VII. *Collationis Legum Mosaicarum & Romanarum*, & aliis. Non igitur respicit apud Gajum clamor ad legem Corneliam, sed ad legem Aquiliam. nec dubito, quin vel in ea non tam necessitatis sit, quam prudentiæ: assuetis Jurisconsultis, pro expediendis Juris difficultatibus, ejusmodi tradere cautiones, quas tum Euremata appellabant, & de quibus Modestinus fecit librum singularem, quem *De Eurematicis* inscripsit. Ex hoc igitur more Gajus, animadversa legis Aquiliæ severitate, omnem culpam, immodestiam, atque imprudentiam, sine discrimine coërcentis; tum difficili circa furis cædem probatione moderaminis inculpatæ tutelæ, ob inopiam testium in re præsertim subita & improvisa; optimum factu judicavit, periculi testificationem, si non aliter, saltem per clamorem fieri: suadente ratione, admitti demonstrationem necessariæ atque inculpatæ cædis quæ haberi potest; cum deficit ea quæ haberi debet. Nec quem offendat Gaji locutio, *Lex duodecim Tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit: ut tamen id ipsum cum clamore testificetur.* Est enim similis ei locutio in *l.* 62. §. I. *D. de usufructu*, quem exposui supra *capite* X. *hujus libri.* Justinianus quoque §. 2. *Inst. de suspectis tutoribus* ad eumdem modum, *Et*, inquit, *possunt quidem omnes tutores fieri suspecti, sive sint testamentarii, sive non sint, sed alterius generis tutores. Quare & si legitimus fuerit tutor, accusari poterit. Quid si patronus? adhuc idem erit dicendum: dummodo meminerimus, famæ patroni parcendum esse, licet ut suspectus remotus fuerit.* Quod enim ait Justinianus, parcendum patroni famæ, Eurema esse adversus rigorem Juris Duodecim Tabularum, ex Modestini libro singulari *De Eurematicis* intelligitur *l.* 9. *D. eod. tit.*

CAPUT XVI.

Corruptum videri Marcellum l. 72. D. de solutionibus. etiam Ulpianum l. 7. §. 2. D. de injuriis. & quemadmodum restituendus sit uterque locus.

Marcellus *l.* 72. *D. de solutionibus & liberationibus.*

Qui decem debet, si ea obtulerit creditori, & ille sine justa causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa perdiderit: doli mali exceptione potest se tueri, quamquam aliquando interpellatus non solverit. etenim non est æquum teneri pecunia amissa: quia non teneretur, si creditor accipere voluisset. quare pro soluto id in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse. Et sane si servus erat in dote, eumque obtulit maritus, & is servus decessit; aut nummos obtulit, eosque non accipiente muliere perdiderit: ipso jure definet teneri.

Ita in omnibus codicibus legitur. non dubito tamen, quin Marcellus scripserit,

Qui decem debet, si ea obtulerit creditori, & ille sine justa causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea perdiderit: doli mali exceptione potest se tueri. & reliqua.

Delevi verba, *sine sua culpa*; sunt enim spuria, & corrumpunt Marcelli sensum, alioquin optimum: id est, ipsi Marcello, & civili juri consentaneum. is sensus est: Si perierit debitori pecunia, quam creditori obtulit; & hic sine justa causa noluit accipere: potest debitor, si quidem petatur judicio stricti juris, se defendere exceptione doli mali: si vero bonæ fidei judicio conveniatur; potest se ipso jure tueri. nec interest, utrum culpa sua, an sine ea, pecuniam amiserit; modo si nil egerit dolo malo. is, & non alius, si quid video, fuit Marcelli sensus. & argumentum mihi esse possit, quod ea verba, *sine sua culpa*, aut similia, nulla apparent in posteriore ejusdem capitis versu: cujus hæc verba sunt, *Et sane si servus erat in dote, eumque obtulit maritus, & is servus decessit: aut nummos obtulit, eosque non accipiente muliere perdiderit: ipso jure definet teneri.* Nulla in hac specie mentio culpæ de qua teneatur maritus, si vel servus, vel pecunia, dotalis perierit post oblationem a se factam. igitur cur in priore requiratur specie; in qua debitor decem quæ debet, creditori obtulit; eoque sine causa recusante ea accipere, perdidit? Sed argumentum mitto. quid enim opus eo? clare Pomponius *l.* 9. *D. Soluto matrimonio.* Verba Pomponii. *Si mora per mulierem fuit, quo minus dotem reciperet, dolum malum duntaxat in ea re, non etiam culpam maritus præstare debet.* Et in *l.* 17. *D. de periculo & commodo rei venditæ.* Verba sunt. *Illud sciendum est, cum moram emptor adhibere cœpit, jam non culpam, sed dolum malum tantum præstandum a venditore.* Idem est, si non venditoris interpellatio emptorem in mora con-

ſtituat: ſed dies. Paulus *l.* 5. *D. eod. tit. Si per emptorem ſteterit, quo minus ad diem vinum tolleret; poſtea, niſi quod dolo malo venditoris interceptum eſſet, non debet ab eo præſtari.* Unde efficitur quod dixi, verba hæc, *ſine ſua culpa*, in *d. l.* 72. eſſe ſpuria. Quamquam, ſi quis retinere ea malet, nec ei reſiſtam: modo, ſic ſcriptum fuiſſe putet, *ſine ſu͞a culpa*: id eſt: *ſine ſumma culpa*; & hanc exponat, *latam culpam*, quæ & *magna negligentia* dicitur *l.* 226. *D. de verborum ſignificatione*: &, *ſumma negligentia l.* 9. §. 2. *D. de juris & facti ignorantia.*

Atque hæc mihi jam eo verior videtur conjectura: quia in eodem verbo alibi quoque eſſe peccatum plane ſimili Librariorum errore exiſtimo: & ut exiſtimem, ſequente inducor Ulpiani loco qui eſt in *l.* 7. §. 2. *D. de injuriis.*

> *Præterea illo ſpectat, dici certum de injuria, quam paſſus quis ſit: ut ex qualitate injuriæ ſciamus, an in patronum liberto reddendum ſit injuriarum judicium. Etenim meminiſſe oportebit, liberto adverſus patronum non quidem ſemper, verum interdum injuriarum dari judicium, ſi atrox ſit injuria, quam paſſus ſit, [ſi ſua], (puta) ſi ſervilis. cæterum levem coërcitionem utique patrono adverſus libertum dabimus: nec patietur eum Prætor querentem, quaſi injuriam paſſus ſit, niſi atrocitas eum moverit: nec enim ferre Prætor debet heri ſervum hodie liberum conquerentem, quod dominus ei convicium dixerit, vel quod leviter pulſaverit, [vel emendaverit.] Sed ſi flagris, ſi verberibus, [ſi] vulneravit non mediocria: æquiſſimum erit Prætorem ei ſubvenire.*

Sic hic locus editur in Pandectis Florentinis: ſed male. quid enim vult hoc? *Etenim meminiſſe oportebit, liberto adverſus patronum non quidem ſemper, verum interdum injuriarum dari judicium, ſi atrox ſit injuria, quam paſſus ſit, [ſi ſua], puta ſi ſervilis.* Conſtabit ſenſus, ſi leges; *ſi ſu͞a*, contracta ſcriptura, pro *ſi ſumma:* cui mox opponitur *levis coërcitio.* Quod miror non eſſe obſervatum a doctiſſimis hominibus.

CAPUT XVII.

Quid apud Celſum l. ult. D. de condictione cauſa data cauſa non ſequuta ſit Pro portione emptionis & venditionis eſt. *Apud Plautum* Pro portione nec vir, nec mulier tu mihi es, *recte legi adverſus V. CL. Janum Gulielmium.*

Celſi verba ſunt *l. ult. D. de condictione cauſa data, cauſa non ſequuta.*

> *Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares. utrum id contractus genus pro portione emptionis & venditionis eſt? an nulla hic alia obligatio eſt, quam ob rem dati re non ſequuta? In quod proclivior ſum. & ideo ſi mortuus eſt Stichus, repetere poſſum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Finge alienum eſſe Stichum, ſed te tamen eum tradidiſſe: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris. & rurſus, ſi tuus eſt Stichus, & pro evictione ejus promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere poſſim.*

Quæ *Probabilium Juris Civilis libro* IV. *capite* IV. pro emendatione atque intellectu hujus loci attuli, forte ſufficerent: niſi ſuſpicarer, illa Celſi verba,

> *Utrum id contractus genus pro portione emptionis & venditionis eſt? an nulla hic alia obligatio eſt, quam* & reliqua.

adhuc nocitura fore Studioſis Juris: quibus videri poſſint valere, Utrum id contractus genus pro portione eſt emptio & venditio, pro portione obligatio ob rem dati re non ſequuta. fuerit igitur utile, errantibus & in hac parte viam monſtraſſe. Non enim ita eſt. non quæſivit Celſus, utrum in propoſito duplex, an ſimplex, ſit contractus? neque hanc conjecturam patitur facti ſpecies quam proponit, aut diſputatio quam de ea habet. magis utraque illi repugnat. An quid Celſus dicit toto capite? niſi datam tibi a me pecuniam eſſe, ut mihi Stichum dares? Atqui hunc in caſum, utcumque eum vertas, non poteſt cadere ſuſpicio duplicis contractus, id eſt, ejus qui partim ſit emptio & venditio, partim do ut des: ſicut, ſi Titius cum aurifice convenerit, ut is ex auro ſuo certi ponderis, certæque formæ, annulos ei faceret, & acciperet, verbi gratia, decem aureos; Caſſius voluit, materiæ quidem emptionem & venditionem, operæ autem locationem & conductionem, contrahi §. 4. *Inſt. de locatione & conductione. l.* 2. *D. eod. tit.* Aliter igitur accipienda erunt Celſi verba. habent autem, ſi quid video, pulchram ſententiam. ea ſententia eſt, utrum id contractus genus pro portione quam in ordine civilium negotiorum habet, emptio venditio eſt. Hoc ut ſentiam, ſuadet ſimilis Plauti locus, *Rudente* 4. 4. *verſ.* 71. Eum locum, quia moratur eruditos homines, apponam, ut a Celſo lucem accipiat, & hanc Celſo viciſſim præbeat. Verba Plauti.

> *Quid? iſtæ mutæ ſunt, quæ pro ſe fabulari non queant.*
>
> TR. *Eo tacent, quia tacita bona 'ſt mulier ſemper quam loquens.*
>
> GR. *Tum pol* pro portione *nec vir, nec mulier tu mihi es.*
>
> TR. *Qui dum?* GR. *quia enim loquens, neque tacens unquam bonus.*

Sic habent manuſcripti codices, *pro portione*, vel uno verbo, *proportione.* Nec mutem: etſi Janus Gulielmius, V. CL. *Quæſtion. in Plauti Rudent. c.* 3. *in f.* quem ſequuntur plerique typis impreſſi libri, malit, *pro oratione;* & exponat, *Quantum ex oratione tua colligo; ut verba facis.* Eſt enim idoneus veteris ſcripturæ ſenſus: Tu pro parte tua quam in rebus humanis facis, mihi neque vir, neque mulier, es. Illud neſcio an addam, hoc, *Utrum id contractus genus emptionis venditionis eſt pro portione*, a Celſo ſimili dici ratione qua Ulpianus *l.* 6. §. 1. *D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum* ait, *Quid ergo ſi prædiorum meliorem cauſam hæc faciant? Non eſt dubitandum, quin ſervitutis ſit.* Ita habent Pandectæ Florentini: licet in vulgata editione ſit, *quin ſervitus ſit.* Ad eamdem formam Aulus Sabinus, *Epiſt.* 3. quæ eſt Paridis ad Oenonem. Verba Sabini.

> *Sed non eſt rationis amor. te conſule, numpha.*
> *Læſa es: & læſam ſcribis amare tamen.*

CAPUT XVIII.

De lectione & intellectu Senatusconsulti Vellejani, apud Ulpianum l. 2. §. 1. D. Ad Senatusconsultum Vellejanum.

Vix mihi tempero, ne hoc capite constituam & firmem Senatusconsultum Vellejanum: cujus vacillat lectio apud Ulpianum *l* 2. §. 1. *D. Ad Senatusconsultum Vellejanum.* Verba hæc sunt. *Quod Marcus Silanus, & Vellejus Tutor, Consules, verba fecerunt de obligationibus fœminarum, quæ pro aliis reæ fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita consuluerunt: quod ad fidejussiones & mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint fœminæ, pertinet, tametsi ante videtur ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi, & ejus generis obligationibus obstringi non sit æquum, arbitrari Senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re Senatus voluntas servetur.*

Sic Florentiæ editur. Sed in aliis libris pro his verbis, *quid de ea re fieri oportet, de ea ita consuluerunt*, extat, *quid de ea re fieri placeret.* Non male. quamquam & servari potest Florentina lectio; si ita scribatur, *quid de ea re* fieri *opo Rt Et;* & exponatur, *oporteret*: repetitis majusculis literis. quod curiose observavit V. CL. Jacobus Gothofredus *lib. Animadversionum juris civilis c.* 9. Æque notandum, quod pro *consuluerunt* in aliis libris est, *censuerunt*: neque negare velim, solemne hoc esse Senatusconsultorum verbum. adeo, si quis id malit, quam *consuluerunt*, non repugno. nec tamen assentiar Jacobo Gothofredo, hoc *consuluerunt* nulla damnanti ratione. quippe a *consulendo* dicitur Senatusconsultum; quomodo a *decernendo* Senatus *decretum* appellatur *l.* 19. *C. eod. tit.* tum *consulere* non utique significat, *consilium dare* aut *petere*; quod credidisse videtur Gothofredus, sed etiam *statuere & decernere.* Festus certe, *Consulas*, inquit, *antiqui ponebant non tantum pro consilium petas, & perconteris; sed etiam pro judices & statuas.* Et Festo accedit Quintilianus *lib.* 1. *Inst. orat. c.* 6. *Inde*, inquiens, *pravis ingeniis ad fœdissima usque ludibria dilabuntur, sitne consul a consulendo, an a judicando; nam & hoc consulere veteres appellarunt, unde adhuc remanet illud, rogat boni consulas, id est, bonum judices.* Papinianus quoque *l.* 1. *D. de legibus* ait, *Legem esse commune præceptum, virorum prudentium consultum:* neque aliud significat, quam Legem esse virorum prudentum decretum; & (ut ex Demosthene Marcianus *l.* 2. *D. eod. tit.*) Δόγμα ἀνθρώπων φρονίμων.

Non minor lis est de sequentibus Senatusconsulti verbis, *Quod ad fidejussiones & mutui dationes pro aliis quibus intercesserint fœminæ, pertinet.* Ita Florentiæ legitur: sed quia nullo prorsus sensu, sic concinnat ea verba Jacobus Gothofredus *d. loc. Quod ad fidejussiones & mutui dationes PRO aliis quibus intercesserint fœminæ pertinet*, ut sit, *Quod ad fidejussiones & mutui dationes pro aliis, pro quibus intercesserint fœminæ, pertinet.* Quomodo in exemplari suo repræsentaverat Accursius. Sed quid, si sic scribam? *Quod ad fidejussiones & mutui dationes quibus pro aliis intercesserint fœminæ pertinet.* Vera ac germana hæc fuit Senatusconsulti scriptura. nam optime dicimus, fœminam *pro aliquo intercedere*: &, eam *aliquo intercedere contractu l.* 1. *l.* 2. *pr.* & §. 5. *D. eod. tit.* fidejussione, verbi gratia, aut mutui datione. Nec necesse est, cum Francisco Hotmano *lib.* 1. *Observ. c.* 15. & *lib.* 4. *c.* 15. pro, *mutui dationes*, substituere, *mutuationes*, etsi *mutuandi* verbo utantur Veteres *l.* 19. §. 5. & *l.* 17. *D. eod. tit.* Quidquid enim dicat Hotmanus, nil absurdi habet recepta lectio, *mutui dationes:* si sano accipiatur modo. Nec tamen accedo Jacobo Cujacio, *Ad Africanum Tract.* 4. *in expositione l.* 17. *D. eod. tit.* mutui dationem interpretanti, mutuum a muliere pro alio acceptum: quod putat, eam locutionem sic sumi ab Ulpiano *l.* 27. *D. de rebus creditis.* Nam Cujacii sententiam bene refutat Jacobus Gothofredus *d. loc.* causatus, *mutui dationem* ab Ulpiano *d. l.* 27. non debitoris, sed creditoris, respectu dici; cum a Senatu magis ratione debitoris, quam creditoris, dicatur: tum esse quidem mutui dationi consequens, ut cui mutuum datur, accipiendo debitor fiat; at verbis ipsis, *mutui datio*, hoc numquam significari. Interim quemadmodum accipienda sint Senatus verba, ne offendant, ne Gothofredus quidem demonstravit. Sed mihi videtur, quod Senatus voluit, subvenire mulieribus quæ pro aliis intercedunt: sive jubeant, fide sua esse, quod alius debet: sive non hoc agant, sed aliis mutuam dent pecuniam, quam ipsæ idcirco mutuam acceperint, ut aliis mutuam darent. Hæc mea sententia: atque ipsa non minus cum loquendi usu, quam cum Senatus mente, consentit. si enim rem spectamus: non intercedit pro alio mulier; cum mutuam accipit pecuniam, etsi alii rursus datura mutuam: sed cum acceptam ideo mutuam pecuniam, ut alii mutuam det, deinde illi dat mutuam. nam quamdiu retinet mutuam pecuniam, se quidem alii obligavit, sed non pro alio; quo demum intercessio censetur: verum ubi mulier mutuam accepit pecuniam, ut eam alii mutuam daret; & deinde ei dedit mutuam: tum is est totius negotii exitus, ut pro eo cui mutuam dedit pecuniam, intercessisse videatur: quia se obligavit non sui, sed illius, causa: & ideo placet, actionem quæ esset creditori adversus mulierem danda, subducta ejus persona, adversus debitorem dari; ut pulchre ostendit Paulus *l.* 29. *D. Ad Senatusconsultum Vellejanum*, & Ulpianus *l.* 8. §. 14. *D. eod. tit.* Constabit igitur Senatusconsulto scriptura; si sit, *Quod ad fidejussiones & mutui dationes quibus pro aliis intercesserint fœminæ pertinet.*

Nondum, inquies, transacta res est. restat enim aliqua vel in ea difficultas: duas quippe complectitur intercessionis formas, *fidejussionem & mutui dationem*, cum Ulpianus *l.* 2. §. 4. *D. eod. tit.* scribat, Senatusconsulto omnem omnino fœminarum obligationem comprehendi; sive verbis, sive re, sive quocumque alio contractu, intercesserint. erit igitur vel ille expediendus nodus. Mihi autem expendenti cuncta, talis ratio succurrit, quod Senatus *fidejussiones* ac *mutui dationes* ponit pro exemplis intercessionis, cæterum ipsam fœminis intercessionem pro aliis prohibet *l.* 1. *D. eod. tit.* ut Edictis Augusti & Claudii ante vetabantur intercessiones quas pro viris suis faciebant: ac sicut tum ex earum pro his intercessionibus sic jus dicebatur, ne in eas actio, neve ab his petitio, daretur: ita non vult nunc Senatus, si pro aliis intercedant fœminæ, verbi gratia, fidejussione aut mutui datione, eo no-

nomine in eas actionem, vel ab his petitionem, dari. Quod ut probem, possem testem adhibere Ulpianum *l.* 2. *pr.* & §. 1. *D. eod. tit.* sed præstat, ipsa adducere Senatus verba de quibus quæritur. Primum ait Senatus, *M. Silanum & Vellejum Tutorem, Consules, verba fecisse de obligationibus fœminarum quæ pro aliis reæ fierent.* Significat autem, retulisse Consules de prohibenda omni rerum personarumque obligatione ex qua fœminæ pro aliis conveniri actione in rem, vel in personam, possint. Huc enim pergit ejus vis locutionis, *Quæ pro aliis reæ fierent*: ut liquet ex *l.* 29. *D. eod. tit.* in qua sic recipitur. Deinde ait Senatus, *Quod ad fidejussiones & mutui dationes quibus pro aliis intercesserint fœminæ pertinet: tametsi ante videtur ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi, & ejus generis obligationibus obstringi non sit æquum, arbitrari Senatum, recte atque ordine facturos ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re Senatus voluntas servetur.* Et apparet, non minus Senatui, quam Consulibus, esse propositum, fœminas a qualicumque pro aliis intercessione, tamquam ab officio virili, & fœminini sexus infirmitatem egrediente, removere; etsi tantum *fidejussiones* ac *mutui dationes* appellet. Nam (quod Pomponius attingit *l.* 32. §. 2. *D. eod. tit.*) huc spectat totus Senatus sermo, ne ex ejus generis obligationibus, a quibus arcet fœminas, ab his petitio, neve in eas actio, detur: perinde ut in illarum pro viris suis intercessionibus ante observatum fuisse, in antecessum dixi. Et de actione quæ in personam venit, certa res est; cum mulier pro aliis aut mutui datione aut fidejussione, quæ sunt Senatus exempla, intercessit: quia his alienam obligationem in personam suam suscepit. Verum quod ad petitionem attinet quæ in rem est, ejus quis usus in fidejussione aut mutui datione esse potest? at in pignore quo minus obtineat, nihil vetat; cum mulier ejus constitutione alienam obligationem non in personam suam; sed in res suas, admittat. Quod si est: probatum est, Senatum fidejussionis ac mutui dationis mentione quidem uti pro exemplis intercessionis, sed omnem fœminis intercessionem prohibere sine discrimine: prorsus, ut si quam alienam obligationem: novam aut veterem, in personas suas, inve res suas, vel participando, vel transferendo, suscipiant, quia pro aliis intercedunt, recte nolit Senatus, aut ab his petitionem, aut in eas actionem, dari *l.* 8. *pr.* & §. 1. *l.* 29. *D. item l.* 4. & *l.* 18. *C. eod. tit.* Atque hæc causa est, cur Veteres hoc Senatusconsultum non De fœminarum Fidejussionibus & Mutui dationibus pro aliis, sed De Intercessionibus, appellent *l.* 29. *D.* & *l.* 19. *C. eod. tit. l.* 40. *de condictione indebiti*: item, cur in ejus enarratione magis exponant, quid intercessione, quam quid fidejussione aut mutui datione, comprehendatur *l.* 1. *pr. l.* 2. §. *ult.* & *l.* 8. *pr.* & §. 1. *D. Ad Senatusconsultum Vellejanum.*

FINIS LIBRI I.

OBSERVATIONUM.



GERAR-

GERARDI NOODT,

Jurisconſulti & Anteceſſoris,

OBSERVATIONUM

LIBER SECUNDUS.

CAPUT I.

Mandatum, quamvis nominatim conferatur poſt mandatoris mortem, tamen ejus morte ſecundum regulas Juris ſine diſtinctione finiri.

Non perdam oleum & operam inquiſitione paulo diligentiore in rationem tollendæ litis quæ Ulpiano *l.* 12. §. *ult. D. Mandati vel contra*, Gajo *l.* 13. *D. eod. tit.* & Juliano *l.* 18. §. 2. *D. de mortis cauſa donationibus*, cum Paulo *l. ult. D. de ſolutionibus* intercedat de finiendo morte mandatoris mandato: non quidem ſi ſimpliciter contrahatur: (nam tum facilis ejus ratio eſt) ſed ſi nominatim concipiatur poſt mandatoris mortem: cum præſertim Jacobus Cujacius, *lib.* 7. *Obſerv. c.* 38. & Franciſcus Hotmanus *lib.* 2. *Amicab. Reſponſ. c.* 38. aliique, fama eruditionis atque ingenii illuſtres & clari homines, ad ejus rixæ compoſitionem longe alia incedant via, quam in tam nobili quæſtione tenuerunt Veteres Juris Auctores. voluerunt hi, (ſic mihi perſuadeo, quidquid illi dicant) mandatum, etiam cum nominatim confertur poſt mandatoris mortem, ſecundum Juris regulas ejus morte exſtingui. Hoc ut probem, utar argumentis paucis, ſed gravibus, &, niſi mihi blandior, decretoriis. Primum, ſi ad mandati formam reſpiciamus, quid verius eſt, quam mandatum mandatoris morte finiri *l.* 26. *D. Mandati vel contra*; ac, ſi poſt eam concipiatur, non pati rationem, ut poſt mortem contra Juris formam ſuſtineatur? Non minus certum eſt, Veteribus placuiſſe, ne valeret, non dicam, legatum, ſed ſtipulatio quoque, aut qualiſcumque alius contractus; cum poſt mortem legatarii aut promiſſoris confertur *l.* 11. *C. de contrahenda ſtipulatione*: proinde quis poteſt fingi color, quo voluiſſe eos putemus, mandatum poſt mandatoris mortem valere idcirco, quod eſt poſt ejus mortem collatum? Accedit, quod ei qui poſt mortem ſuam mandatum confert, numquam poteſt mandati actio competere: ſiquidem ejus fieri aut dari quod mandavit, numquam intereſt. vult enim, quod mandat, fieri tum; cum ad eum, utrum fiat, an non fiat, non pertinebit. At quis neſcit, non ante competere mandati actionem, quam cœperit intereſſe ejus qui mandavit: cæterum, ſi nihil intereſt, ceſſare mandati actionem; & eatenus competere, quatenus intereſt *l.* 8. §. 6. *D. Mandati vel contra.* Igitur collato poſt mandatoris mortem mandato, numquam valet mandatum poſt ejus mortem: quia numquam in eo conſiſtit mandati actio. Nec magis initium ab ejus herede accipit: quia non placuit antiquitati, actiones ab herede aut contra heredes incipere *l. unic. C. Ut actiones & ab herede & contra heredem incipiant.* Dices fortaſſe, eam regulam a Juſtiniano expungi *d. l. unic.* Sed id me nihil turbat: quia adhuc verum manet, eam, antequam mutaretur, certo jure viguiſſe. proinde ſi ad Ulpianum, Gajum, Paulum, cæteroſque ſpectamus Juriſconſultos, qui ante Juſtinianum floruere, numquam me induci ſinam, uti calculum meum adjiciam ſententiæ exiſtimantium, mandatum poſt mandatoris mortem ſuſtineri ideo, quod ſit poſt ejus mortem collatum. Nec proclivior eam in partem ſim poſt Juſtiniani Conſtitutionem; poſtquam viſum illi Imperatori in §. 10. *Inſt. de mandato*, retinere Veterum ſententiam: quibus placuiſſe dixi, hanc mandato formam dare, ut mandatoris morte extinguatur *l.* 26. *D. eod. tit.* Ut enim maxime jam mandatum poſt ejus mortem concipiatur; tamen quid cauſæ eſt, ne contra Juris formam, denique fruſtra, concipi exiſtimetur? Quomodo in pupillari ſubſtitutione quam placuit pubertate exſpirare, jus eſt; ut, licet longius comprehendatur tempus, nihilominus pubertate finiatur *l.* 14. *l.* 7. *D. de vulgari & pupillari ſubſtitutione.* Nec tantum in ſubſtitutione efficit Juris forma; ut pro nullo ſit quod ei contrarium eſt; ſed in precario quoque. nam ſi convenit, ne domino liceat, precarium ante Kalendas Julias repetere; nulla vis eſt ejus conventionis *l.* 12. *D. de precario*: volente precarii forma, domino jus eſſe, quod precario dedit, quandocumque repetere *l.* 1. *pr.* & §. 2. *item l.* 2. §. 2. *D. eod. tit.* Æque ſi depoſuero apud te, ut demum poſt mortem tuam, aut meam, reddas; placet, nullius momenti eſſe pactionem: quaſi adverſus depoſiti ſubſtantiam ſit, ut depoſitarius rem depoſitam, invito deponente, retineat, cum ipſius nihil intereſt *l.* 1. §. 45. & 46. *D. Depoſiti vel contra.* Idem vel ſimile eſt in ſocietate: diſſolvitur enim morte unius ex ſociis *l.* 63. §. 10. *l.* 65. §. 9. *D. Pro ſocio*; &, ſi contrahentium conventione poſt eorum mortem porrigatur; nihilominus unius morte finitur *l.* 52. §. 9. *D. eod. tit.* ita, ſi Paulo fides, poteſt ſocietas in perpetuum coïri, id eſt, dum vivunt ſocii *l.* 1. *D. Pro ſocio*: ſed nulla ejus in æternum coïtio eſt *l.* 70. *D. eod. tit.* In mandato cur aliud dicimus? cur non æque volumus, id, ſive ſimpliciter concipiatur, ſive poſt mandatoris mortem, ejus morte, quaſi Juris forma, diſſolvi?

Res ad certum accedit; ſi audimus Paulum *l. ult. D. de ſolutionibus.* tam enim manifeſte it in noſtram ſententiam, ut non poſſit manifeſtius. Verba Pauli. *Ei qui mandatu meo poſt mortem meam ſtipulatus eſt, recte ſolvitur: quia talis eſt lex obligationis: ideoque etiam invito me recte ei ſolvitur. Ei autem cui juſſi debitorem meum poſt mortem meam ſolvere, non recte ſolvitur: quia mandatum*

tum morte dissolvitur. Paulus duas proponit species, quarum posterior est hujus loci, prior non est. utrumque tamen, quia suadet continentia causæ, exponam breviter. prior hæc est. Aliquis meo mandatu sibi stipulatus est post mortem meam. quæritur, an ei post mortem meam recte solvatur? Et putat Paulus: clara ratione; ea ratio est, quod is sibi stipulatus est mandatu meo: nec debitor mihi, sed ei, tenetur ex stipulatu actione; ac si ei solvit post mortem meam; creditori suo post mortem meam solvit, volente lege obligationis. postquam enim sibi stipulatus est mandatu meo; deinde sola vertitur lex obligationis, ei adquisitæ mandatu meo: non meum quoque mandatum: ideoque (quod addit Paulus) etiam me invito, ei recte solvetur: quia ei, non mihi, debetur. Exposui unam Pauli speciem. Quæ altera? jussi, debitorem meum tibi solvere post mortem meam. an tibi recte solvit, me mortuo? sed negat Paulus; & causatur, quia mandatum morte dissolvitur. optime: debebat enim mihi debitor, antequam jussi, eum tibi solvere. idem mansit mihi obligatus, postquam jussi. nil igitur intervenit præter meum mandatum: ac si debitor tibi, ut jussi, solvit post mortem meam; nullo jure solvit: quia hæc mandati forma est, ut me mortuo nullum sit; quamquam maxime collatum post mortem meam: sicut si, priusquam solvat, ei denuntiem, ne solvat. nam, ut illic mea morte, sic hic mea revocatione, mandatum finitur. ac, quod Gajus ait *l.* 106. *D. de solutionibus*, *Aliud est, jure stipulationis Titio solvi posse; aliud, postea permissu meo id contingere. nam* (sic pergit) *cui jure stipulationis recte solvitur, ei etiam probibente me recte solvi potest. cui vero alias permisero solvi, ei non recte solvitur, si priusquam solvetur, denunciaverim promissori, ne ei solveretur.* Sed longior sum; & nimis claret, mandatum a mandatore frustra conferri post ejus mortem, vetante mandati forma.

CAPUT II.

Si quis mandet, ut quis sibi post mortem suam faciat monumentum, aut ut fundum emat hereditario monumento; mandatum post ejus mortem adversus mandati formam veneratione religionis sustineri. Ulpianus l. 12. *§. ult. D. Mandati vel contra expositus; & suppleta ex manuscriptis libris lacuna.*

Incurrit tamen (inquies) insignis hæsitatio a sequentibus Ulpiani verbis, quæ sunt in *l.* 12. *§. ult. D. Mandati vel contra.*

Idem Marcellus scribit, Si, ut post mortem sibi monumentum fieret, quis mandavit, heres ejus poterit mandati agere, illum vero, qui mandatum suscepit, si sua pecunia fecit, puto agere mandati, si non ita ei mandatum est, ut sua pecunia faceret monumentum. potuit enim agere etiam cum eo qui mandavit, ut sibi pecuniam daret ad faciendum. maxime, si jam quædam ad faciendum præparavit.

Nec Ulpianus tantum, sed Gajus quoque, tumultuatur *l.* 13. *D. eod. tit.* Verba Gaji.

Idem est, & si mandavi tibi, ut post mortem meam heredibus meis emeres fundum.

Verum quod ad Ulpianum attinet; (nam de eo primum dicam) me liberat respondendi verecundia, quod non proponit Ulpianus exemplum mandatæ qualiscumque post mortem rei; sed exemplum mandati post mortem monumenti. fit enim mihi verisimile, Veteres in tali mandato & simili quod ad funerariam causam spectet, a certa Juris regula idcirco recessisse: quod rigorem benignitate inflecti, suaderet publica utilitas, ne insepulta jacerent cadavera; atque, ut Papinianus ait *l.* 43. *D. de religiosis*, summa ratio esset quæ pro religione facit. Nempe credebat vetustas, ineptæ plena superstitionis, miserrimam defunctorum, quamdiu insepulti essent, conditionem esse: non enim venire, nisi post sepulturam, ad placidas in morte sedes; sed errare centum annos. Id docuit me Virgilius *lib.* 6. *Æneid. vers.* 325. *& sequentibus.* Verba Virgilii.

Hæc omnis quam cernis inops inbumataque turba est.
Portitor ille Charon: bi quos vehit unda sepulti.
Nec ripas datur horrendas, nec rauca fluenta
Transportare prius, quam sedibus ossa quierunt.
Centum errant annos, volitantque hæc littora circum:
Tum demum admissi stagna exoptata revisunt.

Ita magna ratio fuit quæ sepulturæ faveret; in primis legitimæ, si haberi possit; sin minus, imaginariæ, quæ inter cætera cenotaphiis fiebat, tantumque præstare, quantum vera, putabatur. Auctor Servius ad hæc Virgilii verba, *Inops inbumataque turba d. loc. Duo*, inquiens, *dicit, id est, neque legitimam sepulturam babet, neque imaginariam.* Inopem *enim dicit sine pulveris jactu:* (*nam* ops *terra est*) *id est, sine bumatione. vult autem ostendere, tantum valere inanem, quantum plenam sepulturam. nam & Deiphobi umbra transvecta est, cui Æneas cenotapbium fecit: ut* Hunc egomet tumulum Rhœteo in littore inanem constitui. *Bene autem* sepultos, *id est fletos: nam sine fletu sepultura non est. Unde legimus, inbumata infletaque turba.* Sed apparet Veterum superstitio; simul ratio differentiæ inter mandatum de facienda quali quali re post mortem, & quod ad sepulchri monumentive procurationem pertineat: alterum, quia mandantem nec commodo afficit, nec incommodo, non videtur mandati forma continere: alterum contra, quia ejus salutem trahit, ut valeat, religioni convenit: adeo fit ejus reverentia, ut in hoc mandato actio non tam incipere ab herede, quam a defuncto mandatore ad eum pervenire, intelligatur. Atque huc nescio an Ulpianus spectet *l.* 1. *D. de religiosis, Qui, inquiens, propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrabere creditur, non cum berede.* Ex eo certe fonte in *d. l.* 12. *§. ult. D. Mandati vel contra* probat Marcellum: qui dixit, *Si ut post mortem sibi monumentum fieret, quis mandavit, heredem ejus posse mandati agere.* Ad quid? *ut perficiatur.* Hoc Ulpiano addo ex manuscriptis libris: & recte. quia enim fit veneratione religionis, ut tale mandatum initium a mandatore accipiat; quod ejus interesse credatur, sibi monumentum fieri post mortem suam: nihil impedit, id ad ejus heredem transire qui eum post mortem suam repræsentat. nec igitur mirum, si is heres possit (quod Ulpianus ait *d. §. ult.*) post mandatoris mortem mandati agere, id est, directa mandati actione agere, *ut perficiatur.* Sic enim, ut dixi, lego apud Ulpianum: consentientibus libris manuscriptis; etsi in Florentino exemplari desint verba, *ut perficiatur.* Sed non ad hoc subsistit Ulpianus: pu-

putat quoque, illum qui mandatum suscepit, mandati agere posse. scilicet, quia valuit mandatum de faciendo post mandatoris mortem monumento, & jam ob hoc abest mandatario; recte is quod expendit, ab herede exigit contraria mandati actione. *Potuit enim* (sic pergit Ulpianus *d.* §. *ult.*) *agere etiam cum eo qui mandavit, ut sibi pecuniam daret ad agendum: maxime, si jam quædam præparavit ad agendum.* Sensus est, Adeo non esse causam, cur mandatarius quod expendit post mandatoris mortem, non possit contraria actione repetere; ut hanc habeat etiam adversus ipsum mandatorem, si jam eo vivo expensas fecit præparatione eorum quæ eo mortuo ejus mandato facturus est. Sed de Ulpiano satis.

CAPUT III.

Detersa Gajo macula l. 13. *D. Mandati vel contra.*

Transeo ad Gajum *l.* 13. *D. Mandati vel contra.* Verba Gaji.

Idem est, & si mandavi tibi, ut post mortem meam heredibus meis emeres fundum.

Fert autem mea opinio, continuari a Gajo quæstionem, ab Ulpiano in *l.* 12. §. *ult. D. eod. tit.* inchoatam; & hoc indicari primis Gaji verbis, *Idem est, & si.* Ita non loquitur Gajus de mandato, quo quis in genere jubeatur, fundum heredibus emere post mortem mandatoris; sed fundum ad hereditarium monumentum. Est sane apud Ulpianum *l.* 14. §. 3. *D. de religiosis*, & aliquoties in Veteribus Inscriptionibus, mentio empti ad monumentum loci aut fundi: nec fuerit ineptius, quem mandare, ut post mortem suam quis ei fundum emat ad hereditarium sepulchrum; quam eum mandare, ut quis ei monumentum faciat post ejus mortem. Quid frontem contrahis? quia resistunt Gaji verba: latius enim patent, quam ut patiantur, se restringi ad fundum monumento sepulchrove necessarium. ubi enim sepulchri aut vola aut vestigium? deinde, si heredibus emitur fundus, an sepulchro emitur? aut, si monumento emitur, an heredibus emi videtur? postremo quis nescit, quod religioni dicatur, desinere heredum esse; etsi eorum ante fuerit? Facit tamen, quam dixi, Gaji & Ulpiani connexio in *d. l.* 12. §. *ult. & l.* 13. ut ausim Gaji verba coarctare intra mandatum de emendo post mortem fundo in usum sepulchri: atque eo magis; quia, ut dixi, nihil absurdi aut insoliti habet tale mandatum: sed nec extat, cur magis alicui jus sit mandare, Heredibus suis post mortem suam emi fundum; qui non serviat in monumenti aut sepulchri usum: quam domum, equum, bovem, servum, aut quodcumque aliud; de quo emendo mandatum post mandantis mortem concipi non posse, supra demonstravi. Urunt tamen te, sat video, clara Gaji verba, *Idem est, & si mandavi tibi, ut post mortem meam heredibus meis emeres fundum.* Verum age, videamus, ne quæ Gajo nocuerit mala manus, non intellectis Siglis quibus scriptus fuerit optimus locus. Sic suspicor; & ideo Gajum, donec doctior quis alicunde adferat quid probabilius, ita restituam. *Idem est, & si mandavi tibi, ut post mortem meam* H. M. *fundum emeres.* Id vero sic exponam. *Idem est, & si mandavi tibi, ut post mortem meam* hereditario monumento *emeres fundum.* Sane *hereditarium sepulchrum* esse, idem Gajus ait, quod quis sibi heredibusque, sicut *familiare*, quod quis sibi familiæque suæ, constituit *l.* 5. *D. de religiosis.* porro quo animo fiant monumenta, ipsis inscribi solere, Ulpianus auctor est *l.* 6. *D. eod. tit.* & probant hæc & similia Sigla apud Valerium Probum, & alios, H. M. AD. H. N. T. id est, *hoc monumentum ad heredes non transit*: item, H. M. H. N. S. id est, *hoc monumentum heredes non sequitur.* Igitur cum in *d. l.* 13. hæ reperirentur literæ, H. M. facile accidit; ut, cum legendum esset, *hereditario monumento*, imprudentior Librarius scriberet, *heredibus meis*, cum utrumque iisdem significari literis soleret. utique H. I. *hereditario jure*, & HEM. M. *heredem meum*, denotare, ex Diacono constat.

CAPUT IV.

In l. 18. §. 2. *D. de mortis causa donationibus non mandatum esse, sed fideicommissum.*

Superest, ut ad Julianum veniamus, & respondeamus Francisco Hotmano *lib.* 2. *Amicabilium Responsionum c.* 38. existimanti, mandatum, post mandatoris mortem conceptum, post eam valere; etsi non semper, quod volebat Jacobus Cujacius *lib.* 1. *Observ. c.* 38. sed si mandetur, quod demum possit post ejus mortem impleri: tale enim mandatum non contractu mandati & actu inter vivos censeri; sed haberi ultimæ speciem voluntatis. At Hotmanum ratio refutat: confundit enim mandatum, quod inter vivos contrahitur consensu, cum mandato quod a testatore datur in testamento: hoc enim a Veteribus annumerari ultimis voluntatibus, rationis est. sed quis Veterum docuit Hotmanum, mandatum, duorum consensu perfectum, actum ultimæ voluntatis, non contractum inter vivos, videri? nemo unus. quamquam utitur Hotmanus auctoritate Juliani *l.* 18. §. 2. *D. de mortis causa donationibus.* Verba Juliani, si quis inspicere velit, apposui. ea verba sunt.

Titia chirographa debitorum suorum, Septicii & Mævii, donatura illis Ageriæ dedit: & rogavit eam, ut ea, si decessisset, illis daret; si convaluisset, sibi redderet: morte secuta, Mævia Titiæ filia heres extitit: Ageria autem, ut rogata erat, chirographa Septicio & Mævio suprascriptis dedit. Quæritur, si Mævia heres summam quæ debebatur, ex chirographis suprascriptis petat, vel ipsa chirographa: an exceptione excludi possit? Respondit, Mæviam vel pacti conventi vel doli mali exceptione summoveri posse.

Sed nihil ad rem pertinet Julianus; speciem quam tractat considerantibus. non est enim in ea mandatum, de quo quærimus: magis fideicommissum est, quod egreditur propositæ quæstionis terminos. Species hæc est. Titia cum haberet

duos debitores, Septicium & Mævium; velletque sua chirographa eis donare mortis causa, dedit, sive donavit ea Ageriæ; & rogavit eam, ut si decessisset, ea chirographa daret Septicio & Mævio; sin convaluisset, sibi redderet. deinde mortua est Titia: ei heres extitit Mævia, ejus filia. Ageria Septicio & Mævio chirographa ita, ut rogata erat, dedit. Mævia vero, Titiæ heres, summam quæ debebatur, petit ex chirographis suprascriptis, vel ipsa chirographa. Quæritur, an recte? Sed non placet Juliano. imo ait, Mæviam vel pacti conventi, vel doli mali, exceptione removeri posse: non aliam ob caussam, quam quia Titia, cum vellet chirographa sua debitoribus suis, Septicio & Mævio, mortis causa donare, ea dedit Ageriæ: ac rogavit eam, ut ea sibi, si convaluisset; sin aliter, Septicio & Mævio restitueret. Ita licuit Ageriæ, quamvis post Titiæ mortem, chirographa dare Septicio & Mævio: quia non reddidit eis Titiæ chirographa ex mandato Titiæ; ne quis dicat, mandatum morte dissolvi: sed sua ex fideicommisso. Atqui, inquies, nulla intervenit inter Ageriam & Septicium ac Mævium stipulatio aut conventio. Sic est; & ideo non potuere Civili Jure Septicius & Mævius ab Ageria petere chirographorum restitutionem: tantum poterat Mævia, Titiæ heres, ea condicere, cessante in restitutione Ageria. Verum id non obstabat, quo minus Ageria, si chirographa ultro daret Septicio & Mævio, jure dare videretur: & si a Mævia Titiæ herede conveniretur, se tueri posset exceptione: utique post Constitutionem D. Pii *l.* 77. *D. de legatis lib.* 1. Nil quoque impediebat, quo minus Ageria a Septicio & Mævio, etsi nulla intervenisset stipulatio, juxta Titiæ voluntatem conveniretur: non quidem ex regulis Juris, neque dicta actione; sed actione utili ex D. Pii, de qua dixi, Constitutione *l.* 37. §. 3. *D. de legatis lib.* 3. Actione, inquam, utili: quam Alexander actionem fideicommissi appellat *l.* 1. *C. de donationibus causa mortis.* Sic censeo. atque eam Juris formam, cum veteris, tum novi ex benigna Principum interpretatione, etiam in donatione sub modo facta observant Impp. Diocletianus & Maximianus *l.* 3. *C. de donationibus quæ sub modo, vel conditione, vel certo tempore conficiuntur.* Igitur, ut ad Julianum revertar, si Mævia, ut potest ex subtilitate Juris, experiatur adversus Ageriam, cum qua pacta fuit Titia, recte ait Julianus, eam exceptione pacti conventi removeri posse: si vero adversus Septicium & Mævium, exceptione doli mali. sic enim Julianum interpretatur Ulpianus *l.* 3. §. 2. *D. de liberatione legata*: & præterea ait *l.* 10. §. 2. *D. de pactis*, quod *Plerumque solemus dicere, doli exceptionem subsidium esse pacti exceptionis. quosdam denique, qui exceptione pacti uti non possunt, doli exceptione usuros, & Julianus scripsit, & alii plerique consentiunt.*

CAPUT V.

Ex Senatusconsulto, temporibus Imperatoris Claudii facto, in Urbe licuisse patruo fratris sui filiam uxorem ducere, florentibus Jurisconsultis, ex quibus collecta sunt Pandectarum fragmenta An in provinciis quoque? non videri. Quæ in Urbe sunt singulari ratione constituta, non fuisse utique in Provinciis recepta. Gajus l. 55. *D. de ritu nuptiarum expositus ope Inscriptionis. Interpolatum videri quemdam ejusdem Gaji locum, qui est lib.* 1. *Institutionum, tit. de matrimoniis* §. 3. *Rejecta Francisci Hotmani sententia.*

Placuit vetere Romanorum jure (de quo Plutarchus, *Quæstion. Roman. Edit. Paris. pag.* 265. *tom.* 2. a Justo Lipsio adductus, *ad lib* 12. *Annal. Taciti c.* 7. *n.* 16.) ne quis uxorem duceret fratris aut sororis filiam: &, si contra faceret, ut incestæ haberentur nuptiæ. Sed id jus, quoad fratris filiam, mutatum fuit Imperatore Claudio: quem Suetonius, ejus vita *c.* 26. scribit, illecebris Agrippinæ, Germanici fratris sui filiæ, per jus osculi & blanditiarum occasiones pellectum in amorem subornavisse proximo Senatu, qui censeret, cogendum se ad ducendum eam uxorem, quasi reipublicæ maxime interesset, dandamque cæteris veniam talium conjugiorum quæ ad id tempus incesta habebantur. Formam autem Senatusconsulti exhibet Tacitus *lib.* 12. *Annal. c.* 7. cum sic loquitur, *Senatumque ingressus* (Claudius) *decretum postulat, quo justæ inter patruos fratrumque filias nuptiæ etiam in posterum statuerentur.* Sed id Senatusconsultum, quia nominatim loquutum fuit de fratris, non de sororis, filia, stricte acceptum videtur: ut pleraque quæ contra regulas Juris singulari ratione introducuntur. Ita cœpit quidem in fratris filia jus novum obtinere; in sororis autem filia antiquum observatum fuit. Maxime, postquam Imperatori Nervæ placuit, quibusdam, ut fit, laxius Senatusconsulti indulgentiam accipientibus, prohibere, quod Xiphilinus refert, uxorem duci ἀδελφιδῆν: id est, filiam non fratris, sed sororis; ut optime interpretantur Clarissimi Viri, Jacobus Cujacius *lib.* 13. *Observ. c.* 16. Franciscus Hotmanus, *De ritu nuptiarum c.* 5. Petrus Pithœus *Notis ad Collationem legum Mosaicarum & Romanarum, tit.* 6. Juvatque hanc interpretationem, quod adhuc Marcus Antoninus, is qui Philosophus appellatur, deinde filiam suam Lucillam despondit fratri suo Ælio Vero: ut Capitolinus scribit, *vita M. Antonini Philosophi c.* 7. nec putavit vir non minus sanctus, quam sapiens, se quidquam facere populi Romani legibus aut moribus contrarium. Sed & Veteres Jurisconsulti qui in Digestis disputant de nuptiarum prohibitione, quæ incidit in tertium lineæ transversæ gradum, meminere quidem filiæ ac neptis sororis, sed non fratris *l.* 56. *l.* 39. *D. de ritu nuptiarum. l.* 11. §. 1. *l.* 38. §. 1. *D. Ad legem Juliam de adulteriis*; item avunculi, sed non patrui *l. ult. D. de condictione sine causa, & l.* 57. §. 1. *D. de ritu nuptiarum*: ut idem observavit Dominus Cujacius *d. lib.* 13. *Observ. c* 16. *& ad Novell.* 12. Id vero quo pertinet? nisi ut intelligamus, Senatusconsultum Claudianum tempore mediæ Jurisprudentiæ sine interruptione viguisse: atque adeo nihil intercedere, quo minus apud Pariatorem Legum Mosaicarum & Romanarum *d. tit.* 6. ita scribatur ab Ulpiano, *libro singulari Regularum, sub tit. De nuptiis. Inter cognatos autem ex transverso gradu olim quidem matrimonia contrahi non poterant, nunc autem ex tertio gradu licet uxorem ducere, sed tantum fratris filiam, non etiam sororis.*

At turbas movet Gajus *l.* 55. §. 1. *D. de ritu nuptiarum*: cum sic ait. *Patris adoptivi mei matrem,*

trem, aut materteram, aut neptem ex filio, uxorem ducere non possum: scilicet, si in familia ejus sim. alioquin si emancipatus fuero ab eo, sine dubio nihil impedit nuptias: scilicet, quia post emancipationem extraneus intelligor. Sed videamus, ne Gajus non ad Urbicum, sed ad Provinciale, jus respiciat; nolitque, in proposito quod Romæ, idem in Provinciis, obtinere. Mihi sane sic sedet; atque eo verius: quia nec alibi, quidquid in Urbe singulari jure recipitur, etiam ad Provincias porrigitur.

Indicium mihi, quod de delegatione jurisdictionis fideicommissariæ ita Suetonius loquitur in *Claudio c.* 23. *Jurisdictionem de fideicommissis quotannis, & tantum in urbe delegari magistratibus solitam, in perpetuum, atque etiam per provincias potestatibus demandavit.* Sed & Ulpianus *in Fragm. tit.* XI. §. 20. sic scribit, *Ex lege Julia de maritandis ordinibus tutor datur a Prætore urbis ei mulieri virginive quam ex hac ipsa lege nubere oportet, ad dotem dandam, dicendam, promittendamve, si legitimum tutorem pupilla non habeat. Sed postea Senatus censuit, ut etiam in provincia quoque similiter a Præsidibus earum ex eadem causa tutores dentur.* Præterea cessio bonorum, quæ debitoribus qui solvendo non sunt, Lege Julia indulta est ad evitationem carceris, initio quidem intra Urbem atque Italiam obtinuit; sed ad Provincias non pertinuit, antequam novis Principum Constitutionibus etiam ad eas porrigeretur. Testes Diocletianus & Maximianus *l.* 4. *C. Qui bonis cedere possunt. Legis Juliæ de bonis cedendis beneficium constitutionibus Divorum nostrorum parentum ad provincias porrectum esse, ut cessio bonorum admittatur, notum est.*

Possem plura adferre; sed hæc suffecerint, ut demonstrem, sæpe in Urbe permitti singulari jure, quod in Provinciis non æque conceditur per consequentiam. neque adeo faciam quidquam a ratione alienum; si dicam, ex Senatusconsulto Claudiano in Urbe, atque intra Italiam, quidem fuisse justum patri cum fratris filia matrimonium; in Provinciis autem fuisse incestum: & hoc Gajum voluisse *d. l.* 55. § 1. Nec abhorret ab hac conjectura loci Inscriptio: quæ habet, *Gajus lib.* 11. *Ad Edictum Provinciale*; ac, nisi fallor, clare ostendit, Gaji sermonem non de Edicto Urbico, ad quod etiam scripsisse eum apparet ex Indice Pandectarum, & *l.* 5. *D. de adimendis vel transferendis legatis*, sed de Provinciali Jure esse.

At enim idem Gajus *lib.* 1. *Inst. tit. De matrimoniis* 4. § 3. indistincte scribit, *Fratris quoque & sororis filiam uxorem ducere non licet.* Quid, si dicam, Gajum ab Aniano inflexum esse ad seculi morem sui? ita sane Pithœus, *Notis ad d. tit.* 6. Quo jure? optimo: si cogitemus, quod, cum Gajus hoc in Institutionibus scripsit, contrarium in Urbe jus fuit: id est, idem quod fuit tempore Ulpiani. scripsit enim Gajus Institutiones post excessum Antonini Pii: ut ostendit *l.* 1. §. 2. *D. de his qui sui vel alieni juris sunt*; quæ est ex *Gaji lib.* 1. *Institutionum*; & allegat Constitutionem Antonini, id est, Pii; sed Divi, id est, jam mortui: sub Antonino autem Philosopho qui Pio successit, justum fuisse patrui cum fratris filia matrimonium, jam evici eo quod is Imperator filiam suam Lucillam uxorem dedit Ælio Vero: id est, fratri suo adoptivo. Exposui meam, & puto, veram sententiam.

Alia est Francisci Hotmani, hominis inclyti & eruditi, *De ritu nuptiarum c.* 5. is existimat, moribus permissum ex Senatusconsulto Claudiano fuisse matrimonium patrui cum fratris filia; non omni, sed naturali, non etiam adoptivo: atque ita Gajum cum Ulpiano, cæterisque Jurisconsultis esse componendum. Sed Hotmanum refutat ratio: etiam exemplum Imperatoris Antonini Philosophi: quem dixi filiam suam Lucillam in matrimonium dedisse Ælio Vero fratri suo, non naturali, sed adoptivo: ut apparet ex Capitolino, *Antonino Pio c.* 4. & Spartiano, *Adriano c.* 23. Non igitur naturalem fratrem ab adoptivo in hac specie distinxerunt Veteres: sed Jus Urbanum a Provinciali.

Plane fuisse eam distinctionem aliquando in Syria neglectam ut opiner, facile adducor Edicto Impp. Diocletiani & Maximiani, Damasci, quæ urbs est in Syria, dato, Tusco & Anulino Consulibus. extat id in *d. tit.* 6. attestatur vero, in ea Provincia *complures pecudum ac ferarum ritu ad illicita connubia instinctu exercendæ libidinis sine ullo respectu pudoris ac pietatis irruisse.* Sed hæc facti esse, ex ipso Edicto constat, vel me tacente. Illo porro Edicto cum sic cavetur, *Sed & post hanc, religionem sanctitatemque in connubiis copulandis volumus ab unoquoque servari, ut se ad disciplinam legesque Romanas meminerint pertinere, & eas tantum sciant nuptias licitas quæ sunt Romano jure permissæ:* non restituitur, sed inducitur forma Juris Romani, sive Urbici: nec ubique in Provinciis: sed in Syria. ita ad hanc pertinet tantum, quod deinde additur, *Cum quibus autem personis tam cognatorum, quam affinium numero contrahi non liceat matrimonium, hoc Edicto nostro complexi sumus: cum filia, nepte, pronepte, matre, avia, proavia: & ex latere amita, ac matertera, sororis filia, & ex ea nepte.* Atque ut hoc jus eo Edicto a Diocletiano & Maximiano est specialiter positum Syriæ, ita ibi rursus abrogatum a Constantino & Constantio *l.* 1. *Cod. Theod. de incestis nuptiis*, indicante loci Inscriptione, quæ est *ad Provinciales Fenices.* quod est summopere notandum. nec minus, explicandam ad hunc modum esse *l.* 17. *C. de nuptiis*, quæ est desumpta ex Edicto Diocletiani & Maximiani quo de monui: ut ex tenore, etiam ex Inscriptione & Subscriptione *d. l.* 17. liquet. hæc autem ejus verba, *Præterea fratris filia & ex ea nepte*, cum in Edicto desint, Triboniani esse, jam deprehendit diligentia Jacobi Gothofredi, V. CL. *ad d. l.* 1. *C. Theod.*

CAPUT VI.

Ulpianus levi mendo liberatus l. 45. §. 6. *D. de ritu nuptiarum.*

Hoc capite liberabo Ulpianum levi mendo quod nondum, quantum memini, expunxere Doctissimi Viri. Sed primum adscribam Ulpiani verba: ea verba *l.* 45. §. 6. *D. de ritu nuptiarum* hæc sunt.

Si ab hostibus patronus captus esse proponatur, vereor, ne possit ista connubium habere nubendo: quemadmodum haberet, si mortuus esset. Et qui Juliani sententiam probant, dicerent non habituram connubium: putat enim Julianus, durare ejus libertæ matrimonium etiam in captivitate, propter patroni reverentiam. Certe si in aliam servitutem patronus sit deductus, procul dubio dissolutum esset matrimonium.

In

In omnibus codicibus ita constanter legitur circa initium, *Vereor, ne possit:* eaque verba V. CL. Ludovicus Russardus, *Marginalibus Notis*, sic accipit, quasi neget Ulpianus, libertam, capto ab hostibus patrono cui nupta erat, habere jus connubii cum alio; quemadmodum haberet, si mortuus esset patronus. Nec nego, id egisse Ulpianum, quod intendit Russardus: verissimum enim est eo seculo. sed Russardi interpretationem convenire Ulpiani verbis nego; si, ut decet, servamus verborum proprietatem. apud Latinos enim hoc, *Vereor, ne possit habere* liberta, non sonat, *Puto, non habere* libertam; quod existimasse videtur Russardus: sed, *Puto, eam habere posse.* affirmat igitur, non negat: ut in illo Tryphonini *l.* 67. §. 3. *D. eod. tit. Finita jam tutela, & nupta puella alii, vereor, ne longum sit, adoptionem mariti ejus impedire.* Tryphoninus ait, putare se, longum esse, adoptionem mariti impedire; si puellæ tutor, finita tutela, & puella alii nupta, velit ejus maritum adoptare. Qui igitur cesso, corrigere Ulpianum *d.* §. 6. *l.* 45. & legere? *Si ab hostibus patronus captus esse proponatur, vereor,* ne non *possit ista connubium habere nubendo.* Sensus verissimus, Puto, libertam, capto ab hostibus patrono, non posse connubium habere nubendo. Et ad hunc modum ipse Ulpianus *l.* 9. §. 1. *D. de jure dotium, Et*, inquiet, *vereor*, ne non *possint in dominio ejus effici cui datæ sunt.* Sensus, Puto non posse in dominio ejus effici. Eadem forma Paulus *l.* 48. §. 1. *D. de adquirendo rerum dominio.* Verba Pauli. *Pomponius verendum*, ne non *sit bonæ fidei possessor quamvis capiat.* Paulus significat, Pomponium judicare, non esse bonæ fidei possessorem, quamvis capiat.

CAPUT VII.

Quomodo fiducia, pignus, *&* hypotheca, *apud Veteres distinguantur? Isidorus emendatus.*

Ambrosius, *De Tobiâ c.* 12. hypothecam, pignus, & fiduciam distinguit: cum, *Hypothecas*, inquit, *flagitat, pignus usurpat, fiducias vocat.* Sed quomodo, videamus. puto autem, Hypotheca proprie dicitur, cum debitor rem creditori obligat nudo pacto, quamquam non interveniente possessionis traditione. Pignus, cum debitor possessionem creditori tradit *l.* 9. §. 2. *D. de pigneratitia actione:* ita ut soluto debito, aut cum aliter creditori satisfactum erit, eadem possessio sibi restituatur. Fiducia, cum debitor rem creditori non dicam tradit, sed per æs & libram mancipat, vel in jure cedit; hac lege, ut debito creditori persoluto, eadem res debitori a creditore remancipetur. Eam differentiam notat Isidorus *lib.* 5. *Originum c.* 25. *pag.* 932. his verbis. *Inter pignus & fiduciam & hypothecam hoc interest. Pignus est enim quod propter rem creditam obligatur: cujus rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor. cæterum dominium penes debitorem est. Fiducia est, cum res aliqua sumendæ mutuæ pecuniæ gratia vel mancipatur: vel in jure ceditur. Hypotheca est, cum res aliqua commodatur sine depositione pignoris pacto vel cautione sola interveniente.* Sic editur. sed scribo, *Hypotheca est, cum res aliqua obligatur*, vel si mavis, *connodatur, sine depositione pignoris, pacto vel cautione sola interveniente.* Nihil enim commune hypothecæ cum commodato: neque usquam legimus, ut hypotheca fit, rem sine pignoris depositione *commodari*, pacto vel cautione sola interveniente; sed rem hypothecæ, pacto vel cautione interveniente *obligari*, recte dicimus *l.* 4. *D. de pignoribus & hypothecis.* eodemque sensu scribi potest, & propius a recepta lectione, *connodari.* puto autem, *connodare* dici, ut *connectere, conligare, conjungere, conficere, conadunare*, & plura alia. Hoc quoque vere addit Isidorus, quod hypotheca est, cum res pacto obligatur *sine depositione pignoris.* Id enim valet, sine traditione possessionis ad tempus: quam in pignore fieri, Isidorus ait. Unde *poni* & *deponi* dicitur *pignus*, apud Paulum *l.* 36. *D. de condictione indebiti*; & *lib.* 2. *Sentent. tit.* 5. §. 1. & in *Rubrica IV. ejusdem libri*, quæ est, *De commodato, & deposito pignore fiduciave.* Sed ea depositio, sive traditio, quia nulla necessaria est in hypotheca; ut ante demonstravi ex *d. l.* 9. §. 2. *D. de pigneratitia actione*; optime Isidorus ait, *hypothecam* esse, cum res aliqua obligatur sine depositione pignoris, pacto vel cautione sola interveniente. Quod & Justinianus probat §. 7. *Inst. de actionibus.* Cæterum, sicut inter pignus & hypothecam, sic inter pignus & fiduciam interest. Nam in pignore nulla fit cessio vel mancipatio; sed nuda traditio: in fiducia vero non fit nuda traditio; sed solemnis mancipatio, vel in jure cessio. In pignore igitur non dominium, sed possessio, creditori traditur; donec ei solvatur *l.* 35. §. 1. *D. de pigneratitia actione:* in fiducia vero, donec solvatur, creditori non possessio, sed dominium datur; & ideo potest creditori pignus a debitore vendi: quia in dominio debitoris manet, auctore Tryphonino *l.* 12. *D. de distractione pignorum:* fiducia creditori a debitore vendi non potest: ut Paulus refert *lib.* 2. *Sentent. tit.* 13. §. 3. quia suæ rei emptio non valet *l.* 16. *D. & l.* 4. *C. de contrahenda emptione.* præterea servis *suis* legatis, placet quidem, quos quis pignori hypothecæve dedit, contineri *l.* 73. §. 2. *D. de legatis lib.* 3. sed quos fiduciæ dedit, non contineri; auctore Paulo *lib.* 3. *Sentent. tit.* 6. §. 69. porro soluto debito, debet quidem creditor pignoris possessionem quæ corporalis apud eum fuit, restituere; nec quidquam amplius præstare cogitur *l.* 40. §. 2. *D. de pigneratitia actione.* at fiduciam non modo tradere, sed remancipare cogitur: ut Paulus docet *d. lib.* 2. *Sentent. tit.* 13. §. 3. altera in specie debitori actio pigneratitia, in altera de fiducia, adversus creditorem datur. *dd. loc.* ita hic omnis fiducia est pignus; sed non omne pignus est fiducia.

Caput VIII.

Fuisse Prætori causam justam & necessariam in Edicto suo proponendi actionem Servianam, & mox quasi Servianam, quæ alias hypothecaria appellatur. Et quænam fuerit illa ratio.

Superiore capite dixi de differentia hypothecæ, pignoris, & fiduciæ: sequente ejus usum exponam. nam & ea pulchra atque elegans inspectio est. Hypotheca debetur Juri non Civili, sed Prætorio. Auctor Paulus *l.* 17. §. 2. *D. de pactis;* cum ait, *De pignore jure honorario nascitur pacto actio.* Et ita est: de hypotheca (pignus enim pro hypotheca dixit Paulus) ex pacto nascitur actio: quia id pactum Prætoris Edicto confirmatur, ipsa volente utilitate. nam hypotheca, nudo pacto facta, ante hoc Edictum nullius momenti erat Jure Civili. pignore vero tradito, erat creditori, si a debitore in rem actione conveniretur, retentio opposita exceptione. nascebatur & actio pigneratitia directa & contraria *t. t. D. de pigneratitia actione vel contra.* utraque in personam erat, atque inter debitorem & creditorem obtinebat: sed nulla erat in rem actio qua creditor, amissa possessione, adversus tertium possessorem experiretur: quia creditor, quamquam poterat dicere, debitorem sibi teneri ex contractu pigneratitio; non tamen poterat dicere, suam rem esse quæ ei pignori tradita erat. multo minus poterat id dicere creditor, si ei ne tradita quidem res esset, sed nuda conventione obligata. Igitur ut dominium, simul in rem actio, ei competeret adversus qualemcumque possessorem; necesse erat, ei pignus a debitore in jure cedi apud Prætorem, vel ex jure Quiritium mancipari, contracta fiducia: hoc est, ita ut ei soluto debito remanciparetur. Erat porro hominibus incommodum, in quibuscumque rebus, & majoribus & minoribus, & in urbe & ruri, & præsentes & absentes; & in Italia & in provinciis, solemnitates adhibere quas in fiducia intervenire oportuit. Ut enim prætercam solemnia verba quæ tantum inter præsentes pronuntiari jus erat; non erat semper, neque ubique copia quinque civium Romanorum puberum, præter libripendem, ut mancipatio fieri posset, aut Prætoris, ut in jure cessio fieret. adde, quod mancipatio tantum in rebus mancipi, & inter cives Romanos, Latinosque colonarios, & Latinos Junianos, obtineret: non etiam in rebus nec mancipi, neque inter peregrinos; nisi si quibus commercium datum esset: auctore Ulpiano *in Fragm. tit.* 19. Igitur in re difficili & necessaria Prætor succurrit. is motus utilitate contrahentium, Edicto promisit, servaturum se hypothecas, nuda conventione obligatas, primum in invectis & inductis atque illatis in prædium rusticum, deinde in reliquis omnibus §. 7. *Inst. de actionibus. d. l.* 17. §. 2. *D. de pactis. l.* 4. *D. de pignoribus & hypothecis.* Nec ad rem pertinere existimavit, utrum mancipi sint; an nec mancipi; nec magis desideravit, ut ex Jure Quiritium obligantis sint. quin sufficere voluit, si tantum in bonis ejus sint *l.* 6. *C. Si aliena res pignori data sit. l.* 15. §. 1. *D. de pignoribus & hypothecis.* Non distinxit quoque, utrum cives, an peregrini, præsentes, an absentes, sint qui de hypotheca conveniant *l.* 23. §. 1. *D. eod. tit.* Non etiam distinxit, quibus verbis paciscantur, solemnibus, an aliis: sicut & in his obligationibus quæ consensu contrahuntur. & ideo & sine scriptura, si convenit, ut hypotheca sit, & probari poterit, res obligata erit de qua conveniunt. tantum enim, ut conventum sit, Prætor postulat, & fiunt de his scripturæ, ut quod actum est, facilius probari possit; & sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem *l.* 4. *D. eod. tit.* Inde sicut fiducia contracta vel cessione, vel mancipatione, poterat eam creditor, quasi dominus, Jure Civili vindicare a quocumque possessore: ita, si res obligata esset nudo pacto, sive nulla interveniente traditione, sive aliqua, videbatur creditor, auctoritate Edicti, non quidem dominium, sed jus in re accepisse *l.* 19. *D. de damno infecto*, atque adeo facultatem rem sibi obligatam, actione Serviana, vel quasi Serviana, a quocumque possessore repetendi. Cæterum, quia ea actio creditori datur adversus qualemcumque possessorem, sive creditori data fuerit possessio, sive non fuerit, apparet, quantum ad eam attinet, nullam inter pignus & hypothecam esse differentiam: præterquam in sono nominis; etsi alioquin inter hæc maxima sit: ut recte Marcianus observavit, *libro singulari Ad formulam hypothecariam*, *l.* 5. §. 1. *D. de pignoribus & hypothecis:* & plenius Justinianus *d.* § 7.

Caput IX.

Antichresin recte definiri a Jureconsultis, mutuum pignoris usum; *ab iisque Claudium Salmasium, V. CL. sine ratione dissentire. Marcianus l.* 33. *D. de pigneratitia actione explicitus, salva vetere lectione adversus Salmasium.* Verbum *pro* formula *ibidem & in aliis quibusdam locis. Idem Marcianus ex conjectura emendatus l.* 11. §. 1. *D. de pignoribus & hypothecis.*

Hoc capite videndum erit, quid antichresis sit. cum enim nostri eam definiant, mutuum pignoris usum; contra inclamat Salmasius, *De modo usurarum c.* 14. *pag.* 618. eos qui se profitentur Jurisconsultos, ignorare, quid sit proprie ἀντίχρησις; rogatque eos, ut velint doceri a se, qui non sit Jurisconsultus. quod enim hactenus creditum ab illis fuerit, antichresin esse *mutuum usum*, oportere eos nunc dediscere, & scire, *contrarium mutuum* ea voce significari; denique, tantum abesse, ut antichresis sit mutuus pignoris usus, ut ne pignus quidem sit. Movet autem Salmasium duplex causa. una est, quod χρῆσις Græcis non solum est *usus*, ἀπὸ τοῦ χρῆσθαι; sed & mutuum, ἀπὸ τοῦ χρῆσαι. inde χρήστης creditor. hinc ergo ἀντίχρησις contrarium mutuum. altera causa est, quod nisi ἀντίχρησις sit contrarium mutuum, vix possit capi mens Romanorum Jurisconsultorum, in primis Marciani in *l.* 33. *D. de pigneratitia actione*, & in *l.* 11. § 1. *D. de pignoribus & hypothecis.* mitto Papinianum: apud quem in *l.* 9. §. 2 *D. de supellectile legata* extet

vera ac germana antichresis, quæ ex omni parte congruat naturæ mutui.

Sed videamus, ne tanto clamore nihil efficiat Salmasius. nam quod primum ait; χρῆσιν Græcis non solum usum, sed & mutuum esse, nullius momenti est: quia inde non magis sequitur, antichresin contrarium mutuum significare, quam mutuum usum. Age vero, cum corpora Civili Jure quidem utenda dari possint, sed non mutua; aliquone tandem colore Salmasius, corporibus, verbi gratia, fundis aut ædibus, in antichresin datis, contrarium interpretatur mutuum? Sed quid certius est, considerantibus Veterum rationem, quam antichresin quæ est corporum, verbi gratia, ædium aut fundorum, apud Marcianum in *d. l.* 11. §. 1. non contrarium mutuum, sed mutuum, seu vicarium, usum indigitare? At nisi antichresis sit contrarium mutuum; negat Salmasius, posse capi mentem Romanorum Jurisconsultorum. Hoc igitur, age, experiamur. primum utitur Salmasius duobus Marciani locis, quorum prior in *l.* 33. *D. de pigneratitia actione* forma hac est.

Si pecuniam debitor solverit, potest pigneratitia actione uti ad recuperandam ἀντίχρησιν. *nam, cum pignus sit, hoc verbo poterit uti.*

Ait Salmasius, ἀντίχρησιν in his verbis non esse mutuum usum; sed fundum in ἀντίχρησιν datum. nam debitorem dici ἀντίχρησιν repetere ac recuperare à creditore, cum, soluto debito, fundum ἀντιχρησθέντα recipit. Sit ita: at Marcianus antichresin vocat pignus; non contrarium mutuum. Atque hoc non ignorat Salmasius: verum ea verba non Marciani, sed Triboniani, esse existimat: caussatus, antichresin potius contrarium mutuum, quam pignus esse. Sed nugas agit Salmasius. primum enim pro certo ponit ipsum quod est quæstioni. quod quam ineptum sit, & contra disputandi rationem, vel me tacente, cuivis apparere potest. deinde quid verius est, quam antichresin apud Marcianum non contrarium mutuum significare; sed pignus creditori datum, ea lege ut ejus fructus percipiat in vicem usurarum? Quod ut clarius fit, sciendum est, antichresin modo accipi pro re quæ in antichresin datur; modo pro conventione qua antichresis constituitur: pari ratione qua pignus dicimus pro re quæ pignori datur, & pro conventione pignoris; item qua dotem dicimus ipsam pecuniam quæ in dotem datur, & gestionem ejus negotii. atque hoc quoque cum fateatur Salmasius, & alias notum sit; apud Marcianum neque interpretatione contrarii mutui, neque emendatione Salmasii opus est. nam est optimus Marciani sensus; Debitor accepta mutua pecunia, fundum creditori dedit in antichresin; id est, ita, ut & pignori ei sit, & mutuo usui; sive, uti fructus habeat in vicem usurarum: is debitor, si eam pecuniam creditori deinde solverit, potest pigneratitia actione uti ad recuperandam antichresin; id est, rem ita pignoratam, ut creditor ejus mutuum usum, atque adeo ejus fructus habeat in vicem usurarum. & addit Marcianus rationem, quæ ratio est optima; *Nam, cum pignus sit, hoc verbo poterit uti.* Marciani sensus est: Cum antichresis sit pignus, quid obstat, quo minus debitor, quod in pignore jus est, soluto debito, ad recuperandam antichresin *hoc verbo*, id est, hac formula, quæ est pigneratitia actio, uti possit? Sic mihi videtur: nec quis miretur, me *hoc verbo* pro *hac formula* accipere apud Marcianum. nam & Modestinus in *l.* 4. §. 2. *D. de vulgari & pupillari substitutione* similiter dicit *Commune verbum* pro formula vulgaris substitutionis: cum sic scribit, *Si alter pubes, alter impubes*, hoc communi verbo, *eosque invicem substituo, sibi fuerint substituti, in vulgarem tantummodo casum factam videri substitutionem.* Imperator quoque Justinianus *l.* 35. *C. de inofficioso testamento* in eumdem sensum, *Si quando*, inquit, *talis concessio imperialis processerit, per quam libera testamenti factio conceditur, nihil aliud videri Principem concedere, nisi ut habeat legitimam & consuetam testamenti factionem: neque enim credendum est, Romanum Principem qui jura tuetur*, hujusmodi verbo *totam observationem testamentorum multis vigiliis excogitatam atque inventam velle everti.* Etiam Constantinus *l.* 2. *C. de bonis vacantibus.* Verba Constantini. *Si quando adnotationes nostræ contineant, possessionem, sive domum, quam donaverimus, integro statu donatam*: hoc verbo *ea vis continebitur, quam ante scribebamus, cum adjacentibus, & mancipiis, & pecoribus, & fructibus, & omni jure suo. &c.* Exposui unum Marciani locum quem temere urget Salmasius.

Quis alter? extat in *l.* 11. §. 1. *D. de pignoribus & hypothecis*, verbis sequentibus.

Si ἀντίχρησις *facta sit, & in fundum aut in ædes aliquis inducatur, eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur; cum in usuras fructus percipiat, aut locando, aut ipse percipiendo, habitandoque. itaque si amiserit possessionem, solet in factum actione uti.*

Sic Marcianus. at quid Salmasius? Hic, inquit, quæro, an antichresis quæ facta esse dicitur, accipi possit pro mutuo usu: ut vulgo in ipsa lege interpretationis vice inserunt? & subjicit Salmasius, Non ego putem, si sanus sim. quid enim esset, mutuum usum facere? at mutuum facit qui mutuum dat, atque ut mediæ Latinitatis auctores locuti sunt, qui mutuat. ergo, inquit Salmasius, antichresin facit debitor qui dat e contrario mutuum tradendo fundum aut ædes, ut creditor ex fructibus & pensionibus percipiat usurarum compensationem. alter mutuare, hoc est χρῆσαι, alter remutuare, vel ἀντιχρῆσαι dici potest. Hic itaque Marcianus ἀντίχρησιν non pro ipso fundo ἀντιχρησθέντι, ut supra, posuit; sed pro contrario mutuo. Sic fere Salmasius. Sed nodum in scirpo quærit. primum enim quid mutuo, quod consistit ex rebus quæ pondere, numero, aut mensura constant *l.* 2. §. 1. & 3. *D. de rebus creditis*, commune cum fundis aut ædibus de quibus loquitur Marcianus *d. l.* 11. §. 1. deinde est clarus Marciani sensus; Si antichresis facta fit, id est, si conventio sit facta quam vocamus antichresin. dicitur enim antichresis fieri; sicut dicitur pactum conventum fieri *l.* 7. §. 7. *D. de pactis*, & venditio fieri *l.* 34. §. 1. *D. de contrahenda emptione*, & emptio fieri §. 6. *ejusdem loci*, & locatio fieri *l.* 4. *D. Locati conducti.* Si, inquam, antichresis sit facta, id est, si conventio facta sit, quam vocamus antichresin, sive mutuum pignoris usum; & in fundum aut ædes aliquis inducatur, id est, & rei antichresticæ interveniat traditio, quæ traditio fit, inductione in vacuam fundi aut ædium possessionem; retinet creditor traditam sibi possessionem pignoris loco; eo usque, donec ei solvatur pecunia debita. scilicet, quia non magis agitur ea conventione, ut creditor utatur re antichrestica, quam ut eam possideat, donec ei solvatur debitum. quod quid est, nisi ut interim eam habeat pignori? Non est igitur antichresis contrarium mutuum? sed est, ut dixi, mutuus pignoris usus; eumque habet creditor non vi pignoris; sed conventionis ei adjectæ. nec tamen ob hujus accessionem utilitatis aut non sit pignus, aut tale esse desinit. finge, Mævius

vius Titio ob pecuniam mutuam ædes aut fundum obligavit pignori; & inter eos fit pactum, ut Titius, verbi gratia, fundi fructus perciperet in vicem usurarum, donec solvatur pecunia *l.* 17. *C. de usuris;* vel ut vice usurarum domum ejus inhabitaret *l.* 14. *C. eod. tit.* Titio deinde inducto in vacuam fundi aut domus possessionem, (id enim necesse est, ut frui possit) antichresis appellatur: nec causa est, cur non pignus videatur. Atque ita Marcianus *d. l.* 11. §. 1. *D. de pignoribus & hypothecis;* & ideo antichresin exposuit *libro singulari Ad formulam hypothecariam*: ut constat ex Inscriptione *d. l.* 11. *& d. l.* 33. *D. de pigneratitia actione.* sed & recte ait in eadem *l.* 33. si debitor solverit pecuniam, posse eum directa pigneratitia actione uti ad recuperandam ἀντίχρησιν: addita causa quæ est verissima, *Nam cum pignus sit, hoc verbo, sive hac formula quæ est pigneratitia, posse uti.* Porro ut debitor, soluto debito, ad recuperandam antichresin potest pigneratitia actione uti adversus creditorem: sic nil impedit, quo minus creditor, si ejus possessionem amiserit, adhuc constante debito, ad possessionis repetitionem hypothecaria actione utatur adversus qualemcumque possessorem. id enim vult Marcianus *d. l.* 11. §. 1. sequentibus verbis. *Itaque si amiserit possessionem, solet hac actione uti.* Sic lego, *hac actione;* eaque intelligo formulam hypothecariam. quamquam in omnibus exemplaribus, etiam Florentiæ, legitur, *solet in factum actione uti.* Sed pro actione hypothecaria quam mea inducit emendatio, stat Titulus, *De pignoribus & hypothecis*, sub quo Titulo positum est id Caput. nec Titulus tantum, sed ipsius quoque Inscriptio Capitis: quæ Inscriptio est, *Marcianus lib. singulari Ad formulam hypothecariam.* Taceo, quod nusquam datur creditori in factum actio ad vindicandam possessionem; cum hypothecaria hunc in finem detur semper. postremo si antichresis est pignus, ut Marcianus censet, & res loquitur: quid ni in ea locum habeat hypothecaria, sive quasi Serviana actio? quam certum est in rem esse *l.* 17. *D. de pignoribus*, & creditori pro vindicando pignore competere adversus qualemcumque possessorem. Sed hoc vel Marcianus *d. libro singulari Ad formulam hypothecariam* docet *l.* 16. §. 3. *D. eod. tit.* Nec igitur audiendus Scholiastes Græcus, *lib.* 25. *Basilic. tit.* 2. *Scholio ad d. l.* 11. *D. de pignoribus, lit. S. pag.* 49. *tom.* 4. cum, *Non*, inquit, *Serviana, sed in factum. non enim proprie pignus est, sed pignoris loco antichresin habet.* Nam apud Marcianum pro, *Si amiserit possessionem, solet in factum actione uti*, sicut dixi, legendum, *Si amiserit possessionem, solet hac actione uti*, usitata in Pandectis ratione: in quibus toties legitur, *Hæc actio*, vel, *In hac actione*, vel, *Hanc actionem*, nullo præterea addito; ut id probare pluribus si velim, fuerit forsan anxiæ atque etiam ineptæ diligentiæ. Nec tamen omiserim, quod qualis actio tali intelligatur locutione, aliquando ex Rubrica, aliquando non ex ea, sed ex ipsius Inscriptione Capitis, aliquando ex utraque, cognoscitur. Sic in *l.* 23. §. 8. *D. Ad legem Aquiliam*, in qua Ulpianus, *Hanc*, inquit, *actionem & heredi, cæterisque successoribus dari constat. Sed in heredem vel cæteros hæc actio non dabitur, cum sit pœnalis*, exaudienda legis Aquiliæ actio est: quam & Rubrica & loci Inscriptio indigitat. In *l.* 13. §. 1. *D. de pigneratitia actione*, cum ait Ulpianus, *Venit in hac actione dolus & culpa.* &c. significatur actio pigneratitia: de qua loquitur Rubrica. Sed non hæc tenenda via est in *l. ult.* §. 1. *& 6. D. Nautæ, caupones, stabularii.* Verba utriusque loci adscripsi: ea verba ex §. 1. hæc sunt. *Hæc actio in factum in duplum est.* In §. 6. talia sunt. *Hæc judicia quamvis honoraria sunt, tamen perpetua sunt: in heredem autem non dabuntur.* Vides verba. at quam indigitant actionem? num in factum ex recepto? possit imprudenti videri ex Rubrica, sub qua posita est *d. l. ult.* Sed non ita est. habet ea actio pro causa sua *receptum*, id est, conventionem; ut ex Edicto constat in *l.* 1. *D. d. tit.* & est persecutoria, atque in heredem datur *l.* 3. § 4. *D. eod. tit.* illa vero de qua Ulpianus agit in *d. l. ult.* §. 1. *& 6.* non est ex recepto, neque persecutoria; sed pœnalis, & quasi ex maleficio, damno injuria dato ab his quos exercitor navis, cauponæ, aut stabuli, ad artis suæ exercitium adhibuerit *l.* 5. §. *ult. D. de obligationibus & actionibus.* Eam differentiam indicant Inscriptiones. nam *d. l.* 3. §. 4. est ex Ulpiani lib. XIV. ad Edictum; cum *d. l. ult.* sit ex ejus lib. XVIII. Illo libro exposuit Ulpianus edictum de recepto; ut ex *l.* 1. *D. eod. tit.* apparet. Hoc interpretatus est legem Aquiliam cum affinibus Edictis, ut ex plerisque Ulpiani legibus sub Titulo ad legem Aquiliam intelligitur. Sed de Marciano: cujus testimonio usus hactenus est Salmasius, vel nimis.

CAPUT X.

Non esse probabilem Salmasii sententiam circa intellectum l. 9. §. 2. *D. de supellectile legata. Alius & verus ejus sensus demonstratur, dispuncta macula quæ eum locum deformavit hactenus.*

Veniamus nunc ad Papinianum in *l.* 9. §. 2. *D. de supellectile legata:* si enim credimus Salmasio, *De modo usurarum d. c.* 14. *pag.* 631. habemus ea in lege veram ac germanam ἀντίχρησιν quæ ex omni parte congruat naturæ mutui. Verba Papiniani adscripsi. ea verba sunt.

> *Supellectili sua omni legata, acceptum argentum pignori non continebitur, quia supellectilem suam legavit: utique si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit, sed propositum propter contractus fidem, & restituendæ rei vinculum.*

In his demonstraturus quod intendit Salmasius, ait, argentum factum, æque ac numeratum, posse mutuum dari: sicut enim numeratum numero, sic factum pondere, consistere: addit, & usu consumi; nec enim deteri tantum, & utendo minus pondere fieri; sed formam quoque sic deperire atque immutari, ut multum de pretio amittat, ac decoquat. ergo ita dari posse, Salmasius opinatur; ut non idem specie, sed idem genere reddatur; ejusdem nimirum qualitatis, ponderis, & formæ. ipsum vero hoc, ne obscurum esset, illustrat exemplo cochlearium argenteorum quæ quis alteri mutua dederit. ea si rupta sint; aut fissa, aut alio modo deteriora facta, vel si forte etiam sint deperdita: negat Salmasius, debitorem reddere posse aut debere eadem quæ mutua accepit, sed alia ejusdem formæ, bonitatis, ac ponderis. neque ad hunc finem

finem subsistit: amplius addit, ergo, ut in mutuo solet, dominium eorum ad mutuatarium transiturum, ut restituat cochlearia eadem non specie, sed genere. tum his præmissis, transit ad thema *d. l.* 9. §. 2. aitque, eo in themate quemdam legavisse omnem suam supellectilem; & quæsitum esse, an pignori acceptum argentum legato contineretur: Papinianum vero respondisse, non contineri. quæso, quam ob rem? quia, inquit Salmasius, non supellectilem alienam legavit testator, sed suam. at argentum factum pignori acceptum, non suum est creditori, sed alienum. & ex Papiniano subjicit, *Utique si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit, sed propositum propter contractus fidem ac restituendæ rei vinculum.* Ex his vero verbis colligit Salmasius, si itaque illud argentum debitor creditori mutuum per ἀντίχρησιν utendum dederit, tum legato contineri; nam suum factum esse creditoris. hunc enim pecuniam numeratam alicui dedisse mutuam: illum contra huic argentum factum. reciproci esse χρῆσιν, sive mutuationem, argenti numerati ab una parte, facti ab altera. pro usu pecuniæ numeratæ, vel argenti signati, debitorem creditori concessisse usum argenti facti; ita idem esse in utraque χρῆσιν sive mutuo: argentum signatum esse debitoris, factum creditoris fieri: hanc esse veram antichresin & ab utraque parte absolutam. Sic quidem Salmasius.

Ego vero ejus laudem inventionis ei non invideo. magis miror, sententiam tam absurdam probari homini non absurdo. Nisi profitenti, se non esse Jurisconsultum, indulgendum est, quod ignorat Juris rationem. Hoc tamen imputari ei possit, cur se misceat Juri Civili: cujus satis peritus non sit. An quis fando audivit, argentum factum, si utendum detur, aut pondere censeri, aut usu consumi, aut mutuum dari, id est, sic, ut non idem specie, sed genere, reddatur; denique, id ejus fieri qui utendum acceperit? Atqui res loquitur, argentum factum, si quidem utendum detur, non pondere, sed corpore, censeri: neque ejus substantiam utendo consumi, sed salvam manere post usum: & ideo non mutuum dari, sed commodari *l.* 5. §. 14. *l.* 20. *D. Commodati vel contra.* addam, nec accipientis fieri: sed dantis manere; & ei finito usu, non in genere, sed in specie, restitui debere. sic enim in rebus commodatis solet: ac proinde si quæ argentea cochlearia alteri utenda data sint, atque ipsa rupta, fissa, aut deteriora facta, aut etiam deperdita sint; is qui usum dedit. non ad hoc aget, ut ei alia ejusdem formæ, bonitatis, ac ponderis, reddantur, quod Salmasius censet: sed ut ei ipsa in eadem specie, & non deteriorata, restituantur. quod si non fiat, & aliqua utentis culpa arguatur: placet, eam danti teneri, quanti ejus interest, rupta fissa, aut deteriora facta, aut etiam deperdita non esse *l.* 3. §. 1. *D. Commodati vel contra*: sin nulla ejus culpa intervenerit, sed casus, jam periculum non ad eum spectare qui utenda accepit, ut in mutuo, sed ad eum qui utenda dedit §. 2. *Inst. Quibus modis re contrahitur obligatio.*

Verum tuetur Salmasium Papinianus *d. l.* 9. §. 2. *D. de supellectile legata.* negat enim, si testator omnem suam supellectilem legaverit, pignori acceptam eo legato contineri: & adfert causam; ea causa est, quia non alienam legavit, sed suam; pignori autem accepta a testatore non ejus, sed debitoris est. deinde subjicit, *Utique, si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit.* vult igitur, argentum factum pignori datum, si debitor creditori mutuum per antichresin utendum dedisset, legato contineri: quia jam creditoris esset. Quid dicimus? quod Salmasius putat, non putasse Papinianum. Atqui pro Salmasio stant Papiniani verba. Non ita est: non enim meminit Papinianus argenti mutui dati. tantum dicit, argenteam supellectilem, pignori acceptam, creditoris esse, si in usu ejus fuerit debitoris voluntate: non autem quod in alicujus usu est, etsi domini voluntate, utique ei mutuum datum est. nam & commodatum & locatum accipienti usum concedit. quis tamen dixerit, locato aut commodato corpore mutuum contrahi? Non igitur quod Salmasius voluit, etiam Papinianus voluit: etsi ait, *Utique, si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit.* Quid si addam, corrupta esse Papiniani verba? id nemo dixit. Verissimum tamen esse, ut credas, rem auctorem dabo. Fuit Papiniano negotium, ostendere, legato *omnis suæ supellectilis* non contineri supellectilem pignori acceptam: nisi creditor ejus dominium debitoris voluntate habuerit. id vero non efficitur eo quod in ejus usu est debitoris voluntate. est enim alius corporis usus, alia proprietas, seu dominium. quamquam possit videri contra censere Cicero *lib.* 7. *Ad Familiares*: qui cum ei Curius scripsisset *epist.* 29. *Sum enim χρήσει μὲν tuus, κτήσει δὲ Attici nostri. ergo fructus est tuus, mancipium illius*, mox respondet *epist.* 30. *Cujus cum proprium te esse scribis mancipio & nexu, meum autem usu & fructu; contentus isto sum. id enim cujusque est proprium, quo quisque fruitur atque utitur.* At non ex arte loquitur Cicero: tantum, ut quam amplissimam faciat humanitatem Curii, qui dixerat, esse se ejus non mancipio, seu proprietate, sed usu & fructu, interpretatur suam esse proprietatem, si ejus effectum habeat, qui effectus totus ad utilitatem refertur. cæterum usum a jure, seu dominio, ac proprietate distingui, ne ipse quidem negat. Atque id tam verum est, ut eam differentiam, ne de nostris dicam, etiam Salvianus notet *lib.* 3. *Adversus avaritiam*, his verbis. *Sunt ex parentibus multi qui æquales filiis suis faciant portiones: nisi quod una tantum eos conditione discernunt, quod in his partibus quæ religiosis videntur adscribi*, usum *jubent ad eos*, proprietatem *ad alios pertinere.* Et post. *Fecit enim, ut sancta soboles* usum rerum *habens*, jus rerum *non habens, quasi locuples quidem viveret, sed quasi mendica moreretur.* Sic Salvianus. addo, Seneca *lib.* 7. *De benefic. c.* 5. Verba Senecæ. *Conduxi domum a te. in hac aliquid tuum, aliquid meum. res tua est: usus rei tuæ meus est.* Etiam Lucretius *lib.* 3. *De rerum natura vers.* 986.

Vitaque mancupio nulli datur, omnibus usu.

Non igitur, si testator omnem suam supellectilem legavit, eo legato etiam pignori accepta continebitur: ne quidem si in ejus usu fuit voluntate debitoris; quia non ideo quod in ejus usu esset, ejus fuit: sed si dominium quoque debitoris voluntate accepit, verum est, quod Papinianus ait *d. l.* 9. legata omni sua supellectile, etiam pignori acceptam contineri. id vero non est, si simplex pignus sit; sed si fiducia sit. Isidorum audi *lib.* 5. *Originum c.* 25. *pag.* 932. *Inter pignus, & fiduciam, & hypothecam, hoc interest. Pignus est enim quod propter rem creditam obligatur: cujus rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor. cæterum dominium penes debitorem est. Fiducia est, cum res aliqua sumendæ mutuæ pecuniæ gratia vel mancipatur, vel in jure ceditur. Hypotheca est, cum res aliqua &c.* Distinguit

guit igitur Papinianus *d. l.* 9. §. 2. *D. de supellectile legata* fiduciam a pignore; vultque, fiduciam eo legato contineri, pignus non contineri; neque scripsit, *Utique, si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit*; etsi pro hac scriptura stant omnia exemplaria, sed ita, *Utique, si non juris creditoris id argentum voluntate debitoris fuit.* Pari locutione qua Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 12. §. 1. ait, *Deponere possumus apud alium id quod juris nostri est, vel alieni.* Ita sensus Papiniani *d. l.* 9. §. 2. est, Supellectile sua omni legata, acceptum argentum pignori non contineri; utique, si non creditor dominium pignoris accepit, contracta fiducia: nam si hoc sit, magis creditoris esse. Idque in tantum verum est, ut fiduciæ datas res, neque debitoris esse, neque ab eo legari intelligi, Paulus auctor sit *lib.* 3. *Sentent. tit.* 8. §. 69. cum, *Servis*, inquit, *legatis ancillæ quoque debentur, non item servi legatis ancillis. Sed ancillarum appellatione tam virgines, quam servorum pueri, continentur, his scilicet exceptis quæ fiduciæ datæ sunt.* Sic est: si creditor debitoris voluntate acceperit obligatæ supellectilis *jus*, sive dominium; (quod fit contracta fiducia) & legaverit omnem *suam* supellectilem; legato etiam pignori accepta continebitur: quia *sua* recte dicitur. longe aliter, ac si sit *repositum propter contractus fidem ac restituendæ rei vinculum.* Sic habent plerique codices in *d. l.* 9. §. 2. Florentiæ vero est, *propositum.* Scribo, *depositum.* non enim *proponi* aut *reponi* dicitur pignus; sed *deponi*: ut apud Paulum *l.* 36. *D. de condictione indebiti*, & *lib.* 2. *Sentent. tit.* 5. §. 1. & in Rubrica IV. ejusdem libri quæ est, *De commodato, & deposito pignore fiduciave.* Sensus Papiniani est; Si supellex deposita sit apud creditorem propter contractus fidem, & restituendæ rei vinculum, sive, ut Isidorus ait, *propter rem creditam*, eam legato non comprehendi: quia jam non creditoris, sed debitoris est. Et hoc Ulpianus observat *l.* 73. §. 2. *D. de legatis lib.* 3. his verbis, *Eos vero quos quis pignori hypothecæve dedit, sine dubio inter suos legasse videbitur debitor, creditor nequaquam.*

CAPUT XI.

Quo sensu scribat Paulus l. 54. *D. de contrahenda emptione*, Rem bona fide venditam, propter minimam causam inemptam fieri non debere.

Potest fieri, ut fugiat me Pauli sensus *l.* 54. *D. de contrahenda emptione*, in qua sic scribit. *Res bona fide vendita, propter minimam causam inempta fieri non debet.*

Sed non, puto, fugit. *Causa* Paulo significat vitium aut morbum. Quo sensu hanc vocem sæpe accipi apud Veteres, maxime Medicos, egregie observavit V. CL. Isaacus Casaubonus, ad *Ælii Spartiani Hadrianum c.* 10. *n.* 4. ab eaque *causa* Ulpiano *l.* 2. §. 2. *D. de his qui notantur infamia* dicitur *causaria missio*, quæ propter valetudinem laboribus militiæ solvit. Sed & Senecæ *ad Lucilium epist.* 68. appellantur *causariæ partes animi quibus adhibenda curatio est.* Igitur *causa minima* Paulo est levissimum vitium, aut levissimus morbus: sensusque ejus, Rem bona fide venditam non debere propter minimum vitium, aut minimum morbum, quem venditor palam non pronuntiarit, facile inemptam fieri; id est, ut ego, interpretor, redhiberi ex Ædilitio Edicto. nam de eo Edicto loqui Paulum, apparet ex Inscriptione: quæ habet, *Paulus lib.* 1. *Ad Edictum Ædilium Curulium*: & cum venditor palam non pronuntiavit venditæ rei vitium aut morbum, ex Ædilitio Edicto locus est redhibitoriæ actioni; qua agitur, ut res inempta fiat: id est, ut uterque, & emptor & venditor, resoluta emptione, nihil amplius consequatur, quam haberet, si venditio facta non esset *l.* 23. §. 1. & 7. *D. de Ædilitio Edicto.* Habet porro illa actio locum, non utique ob quam minimam causam, ut Paulus ait *d. l.* 54. id est, ob quodlibet quam levissimum vitium aut morbum: sed ob id quod rei venditæ usum impediat: ut commode disputat Ulpianus *lib.* 1. *Ad Edictum Ædilium*, *l.* 1. §. 8. *D. de Ædilitio Edicto.* Verba Ulpiani. *Proinde si quid tale fuerit vitii sive morbi, quod usum ministeriumque hominis impediat, id dabit redhibitioni locum: dummodo meminerimus, non utique quodlibet quam levissimum efficere, ut morbosus vitiosusve habeatur. Proinde levis febricula, aut vetus quartana, quæ tamen jam sperni potest, vel vulnusculum modicum, nullum habet in se delictum, quasi pronuntiatum non sit: contemni enim hæc potuerunt.* Et in *l.* 4. §. *ult. D. eod. tit. Idem ait, non omnem morbum dare locum redhibitioni: ut puta levis lippitudo: aut levis dentis auriculæve dolor, aut mediocre ulcus: non denique febriculam quantulamlibet ad causam hujus Edicti pertinere.*

CAPUT XII.

Male habere Venulejum l. ult. D. de usu & usufructu legato; & remedium quo ad sanitatem reducendus sit, demonstratum.

Postquam placuit Senatui, omnium quæ in bonis sint, usumfructum legari; facile obtinuit, legato omnium bonorum usufructu, ut actiones quas defunctus adversus alios habebat, ad usumfructum pertinerent *l.* 24. *D de usu & usufructu legato*, & *l.* 1. *C. de usufructu*: continebantur enim bonorum appellatione *l.* 49. *D. de verborum significatione*: simul habebant utilitatem qua ususfructus æstimatur. cæterum, si quæ essent actiones quibus aliis tenebatur defunctus, eas ad usumfructum pertinere non placuit. quia enim erant magis in bonis creditoris, quam in bonis debitoris: quis videbatur harum a debitore legari usus aut fructus? plane nullus. postremo quid certius, quam quod heres de defuncti ære alieno tenetur; legatarius non tenetur: ne quidem, si ei hereditas, aut bona, aut eorum pars legata sit? Sed hoc jam olim animadvertit V. CL. Antonius Muretus, *Observ. jur. lib. sing. c.* 13. Quamquam, quia non dicuntur bona, nisi deducto ære alieno, (ut vere Paulus ait *l.* 39. §. 1. *D. eod. tit.* & ante eum Quintilianus, *Declam.* 275. his verbis, *Bona sunt, ut opinor, quæ detractis alienis deprehensa sunt*) haud

 alie-

alienum a ratione videbatur, eum cui legatus esset omnium bonorum ususfructus, non aliorum, quam quæ deducto ære alieno superessent, usumfructum habere *l.* 69. *D. Ad legem Falcidiam.* Ita, si testator legasset *bonorum* usumfructum.

Sed quid, si non dixerit, *bonorum*, sed *rerum* se usumfructum legare: ut in *l. unic. C. Si secundo nupserit mulier cui maritus usumfructum reliquit?* Eam quæstionem tractat Venulejus sequentibus verbis, quæ sunt in *l. ult. D. de usu & usufructu legato.*

Nihil interest, utrum bonorum quis, an rerum tertiæ partis usumfructum legaverit. nam si bonorum ususfructus legabitur, etiam æs alienum ex bonis deducetur: & quod in actionibus erit, computabitur. at si certarum rerum ususfructus legatus erit, non idem observabitur.

Sic Venulejus: sed vitiose procul dubio. caret enim sensu, quocumque eum vertas modo. quamquam, qua ratione emendandus sit, difficile dictu est. Esse scio, qui pro *nihil interest*, quomodo Florentiæ editur, scribendum putent, *non nihil interest*, vel *multum interest*. Sed neutra emendatio sufficit tollendo malo. sive enim legas, *multum interesse*, sive, *non nihil interesse*, sive, *nihil interesse:* adhuc ambigi possit, in quo videatur Venulejus inter legatum ususfructus *bonorum*, & legatum ususfructus *rerum* differentiam facere, aut non facere: & tamen alterum est quod demonstrandum sibi proposuit. Accedit, quod in fine capitis, *At si*, inquit, *certarum rerum ususfructus legatus erit, non idem observabitur:* nec apparet, cur ibi loquatur de usufructu *certarum rerum:* cum ante non ususfructus *certarum rerum* meminerit; sed ususfructus *bonorum*, & *rerum.* Idque Accursius sensit; cum ait, a Jureconsulto in fine variari casum quem initio posuerat. Postremo quæri video; cur in principio capitis magis fiat mentio ususfructus tertiæ, quam dimidiæ, aut alterius partis rerum. Igitur, ut tollatur scrupulus, & simul finis principio respondeat, sunt qui sic scribunt. *Multum interest, utrum bonorum quis, an rerum certarum usumfructum legaverit.* Quæ si placet lectio, non intercedo nam & plana omnia facit: & nihil habeo quod in ea improbem quasi abhorrens a Civili Jure. Etsi, si quis retinere malit Florentinam lectionem, *Nihil interest*, item sequentem, *Utrum bonorum quis, an rerum tertiæ partis usumfructum legaverit;* nec ei repugnem: quia nec in illa quid absurdi reperio. imo habuit hæc species legati ususfructus elegantem & frequentem usum Jure vetere, quo aliquando potuerunt vir & uxor inter se solidum capere, sed plerumque tantum decimam, & præter hanc usumfructum tertiæ partis bonorum: auctore Ulpiano *tit.* 15. & 16. & extat talis casus in his Scævolæ verbis *l.* 48. *D. de usuris. Maritus uxori suæ usumfructum tertiæ partis, & cum liberos habuisset, proprietatem legavit.* Etiam apud Javolenum *l* 10. *D. de præscriptis verbis.* Verba Javoleni. *Partis tertiæ usumfructum legavit: heredis bona ab ejus creditoribus distracta sunt: & pecuniam quæ ex æstimatione partis tertiæ fiebat, mulier accepit fruendi causa &c.* Quid igitur est? etsi pro *rerum tertiæ partis usumfructum*, non male scribi possit, *rerum certarum usumfructum*, quod visum Doctis Viris: tamen nulla est necessitas mutandi scripturam, a qua neque ratio, neque Veterum usus abhorret, & quam constanter omnes servant manuscripti codices.

Probabilius conjecerim (præter conjecturam enim nihil polliceor) latere vitium in versu, *Et quod in actionibus erit:* in illo enim deesse verba hæc, *si rerum:* quibus adjectis legendum.

Nihil interest, utrum bonorum quis, an rerum tertiæ partis usumfructum legaverit. nam si bonorum ususfructus legabitur, etiam æs alienum ex bonis deducetur: & si rerum, *quod in actionibus erit, computabitur. at si* certarum rerum *ususfructus legatus erit, non idem observabitur.*

Species talis est. Vir uxori legavit usumfructum tertiæ partis *bonorum*; aut usumfructum tertiæ partis *rerum.* Quæritur, num intersit, utrum dixerit, usumfructum tertiæ partis *bonorum*, an usumfructum tertiæ partis *rerum*? Quærendi causa est; quod, si bonorum usumfructum legavit, possit videri tam quod ipse debet, quam quod ei debetur, legato comprehendisse: quia bona in multis, ac præsertim cum universitate æstimantur, non tantum commoda, sed incommoda quoque significant: ut apparet ex *l.* 1. & *l.* 3. *D. de bonorum possessionibus*, *item l.* 2. & 3. *D. de sententiam passis & restitutis.* At non ita fuerit; si legare se *rerum* usumfructum testator dixerit. primum, quia æris alieni personalis actio non rem, id est, fundum, verbi gratia, sed heredem sequitur *l.* 1. §. 16. *D. Ad Senatusconsultum Trebellianum.* deinde vereri quis possit, ne actiones quoque quæ defuncti fuerint adversus alios, eo legato non contineantur: quia in rebus non computantur actiones *l.* 92. *pr.* & §. 1. *D. de legatis lib.* 3. & *d. l.* 1. §. 16. *D. Ad Senatusconsultum Trebellianum;* licet in bonis maxime numerentur *l.* 49. *D. de verborum significatione.* Habes quærendi causam. sequitur Venuleji definitio. in qua, ne quem turbet disputandi forma, observandus est mos Veterum: quibus frequens fuit ea attingere de quibus posset ambigi: cætera quæ non procul certo essent, relinquere tacito lectoris intellectui. Sed hoc in præsentiarum ostendet tenor loci. Ait Venulejus. *Nihil interesse, utrum quis* bonorum, *an* rerum, *tertiæ partis usumfructum legaverit.* Et addit rationem: *Nam si* bonorum *ususfructus legabitur etiam æs alienum deducetur.* Venulejus significat, si vir uxori, verbi gratia, legat usumfructum tertiæ partis *bonorum*, uxori quidem deberi actionum quæ defuncto adversus alios competierint, usumfructum: quia eæ actiones procul dubio in defuncti bonis fuerunt *l.* 49. *D. de verborum significatione*: sed quibus aliis tenebatur defunctus, eas negat Venulejus ad usumfructum pertinere: quippe cum verum sit, nil fuisse in defuncti bonis; nisi quod deducto ære alieno superest *l.* 39. §. 1. & *l.* 83. *D. eod. tit.* Quod si est; optima ratione huc decurrit Venulejus, ut in proposito demum ejus quod detracto alieno ære superesset, legatum esse usumfructum existimet. idque & Pomponio placet *l.* 69. *D. Ad legem Falcidiam.* Sic, si *bona* dixerit testator. Sed quid, si non *bona*, sed *res*, dixerit? idem censet Venulejus verbis sequentibus. *Et si* rerum, *quod in actionibus erit, computabitur.* Sic lego; cum hactenus desiderentur verba, *si rerum.* Sensus Venuleji est: Si *res* dixerit testator, etsi actiones quibus aliis tenebatur non spectent ad *rerum* usumfructum, quia non magis in ejus rebus, quam in ejus bonis fuere: tamen actionum quas adversus alios habuit, ususfructus debetur: quia, cum *res suas* legat testator, æque ac si *bona sua* dicat, universitatem indicat *l.* 14. §. 5. 6. 7. 8. & *l.* 15. & 16. *D. Ad Senatusconsultum Trebellianum.* At enim, inquies, si legata *bonorum* aut *rerum* parte, legata videtur universitas; quid refert, utrum quid ab aliis fuerit de-

defuncto debitum, an ipse aliis debuerit; cum utique universitas tam incommoda, quam commoda Civili Jure complectatur *d. l.* 1. *& d. l.* 3. *D. de bonorum possessionibus*, *& d. l.* 2. *&* 3. *D. de sententiam passis & restitutis.* Sed jam in antecessum monui, ubi universitas legatur, legatarium numquam de defuncti ære alieno teneri. Ita si uxori legatus a viro sit ususfructus tertiæ partis vel *bonorum* vel *rerum.* At quid, si legatus ei sit ususfructus non tertiæ partis *bonorum*, neque tertiæ partis *rerum*, sed *certarum rerum?* quæ est postrema species *d. l. ult. D. de usu & usufructu legato.* Ait Venulejus, *Non idem observabitur.* Et recte: quia uxor jam non modo non tenetur de defuncti ære alieno; sed ne actionum quidem quæ defuncti adversus alios fuere, usumfructum habet: quia *certarum rerum* appellatione non continentur actiones: ut apparet ex specie & definitione *l.* 92. *pr. &* §. 1. *D. de legatis lib.* 3. *& l.* 1. §. 16. *D. Ad Senatusconsultum Trebellianum.* Igitur verissimum est, quod Venulejus ait, *Nihil interesse, utrum bonorum quis, an rerum tertiæ partis usumfructum legaverit. nam si bonorum ususfructus legabitur, etiam æs alienum deducetur:* id est, si *bonorum* legabitur ususfructus; æque deducetur æs alienum, ac cum *rerum* legatur ususfructus: *& si rerum; quod in actionibus erit, computabitur:* id est, & si *rerum* legatus sit ususfructus; non minus quod in actionibus erit computabitur: quam cum legatus est *bonorum* ususfructus. *at si certarum rerum ususfructus legatus erit; non idem observabitur:* id est, quod in actionibus erit, non computabitur.

CAPUT XIII.

Verba, seu segnitia, *in l.* 8. *C. de pigneratitia actione non esse Impp. Philippi A. & Philippi C. sed indocti Interpretis.*

Impp. Philippus A. & Philippus C. Saturnino *l.* 8. *C. de pigneratitia actione.*

Si nulla culpa seu segnitia creditori imputari potest: pignorum amissorum dispendium ad periculum ejus minime pertinet. Sane si simulata amissione etiamnum eadem pignora, ut adseveras, a parte diversa possidentur, adversus eum experiri potes.

Miror, neminem, ac ne me quidem, qui *Probabilium lib.* 4. *c.* 3. hunc exposui locum, animadvertisse, eum vexari adjectione verborum, *seu segnitia*, plane importuna. *Segnitia* enim apud Latinos non est omissio diligentiæ quam in rebus suis adhibet diligens paterfamilias, quam Jurisconsulti culpam levem vocant, & a creditore in pignore præstari, volunt Imperatores *d. l.* sed est culpa *lata*, *magna*, & *nimia:* quæ culpa Ulpiano est, *non intelligere quod omnes intelligunt l.* 213. §. *ult. D. de verborum significatione*, & cujus præstatione creditor in pignore non liberatur directa pigneratitia actione. Id Isidorus indicat *lib.* 10. *pag.* 1086. *Segnis*, inquiens, *id est, sine igne, ingenio carens. Se autem sine significat.* Festus quoque *Segnitiam* ait *dici; quod sine nitendo quid utile aut honestum.* Et allegat hoc Terentii, *Enimvero Dave nihil loci est segnitiæ, neque socordiæ.* Eodem sensu Ulpianus *l.* 3. §. *ult. D. de suspectis tutoribus*, *Qui*, inquit, *ob segnitiem, vel rusticitatem, inertiam, simplicitatem, vel ineptiam remotus sit, in hac causa est, ut integra existimatione tutela vel cura abeat.* Ulpianus significat, eum qui ob culpam latam, sive ob nimiam negligentiam, socordiamque, denique quia non intelligit quod omnes sciunt, a tutela vel cura removetur, integra existimatione tutela vel cura abire. quod verum est, & jam ostendi *lib.* 1. *Probabilium c. ult.* Nec aliter *segnitiam* accipit Justinus *lib.* XI. *cap.* 5. sic scribens, *Regis stipendiarios conspectioris ingenii ad commilitium secum trahit: segniores ad tutelam regni reliquit.* Segniores opponit iis qui sunt *conspectioris ingenii*; & *segniores* vocat, ineptos, hebetes, socordes, qui communi hominis sensu carent, & prope stulti sunt. Ipsum audi *lib.* 34. *cap.* 2. verbis sequentibus, *Rex Syriæ Antiochus Ptolomæo, majoris sororis suæ filio, Regi Ægypti, bellum infert, segni admodum & quotidiana luxuria ita marcenti, ut non solum regiæ majestatis officia intermitteret, verum etiam sensu hominis nimia sagina careret.* Sic Justinus. Suetonius quoque, *Claudio c.* 5. verba ejus. *Atque ex contubernio sordidissimorum hominum super veterem segnitiæ notam ebrietatis quoque & aleæ infamiam subiit.* Quam Suetonius *segnitiam* vocat, apparet ex *c.* 2. fuisse animi & corporis hebetationem, ob quam Claudius, *ne progressa quidem ætate, ulli publico privatove muneri habilis existimabatur; & ob quam c.* 3. *mater Antonia portentum eum hominis dictitabat, nec absolutum a natura, sed tantum incohatum: ac si quem socordiæ argueret, stultiorem ajebat filio Claudio.* Eam *segnitiam* licet definiamus stupiditatem & animi tarditatem, seu dicendum, seu faciendum sit aliquid: quam stupiditatem etiam in Claudio notat Suetonius, *ejus vita c.* 40. his verbis, *Sermonis vero rerumque tantam sæpe negligentiam ostendit, ut nec quis nec inter quos, quove tempore ac loco verba faceret, scire ac cogitare existimaretur.* Igitur *segnitia* non est levis culpa, seu levis negligentia, ad quam actio pigneratitia consistit; sed est culpa lata & nimia cujus præstatione creditor in ea actione defungi nequit. Atque hoc si est: apparet, Imperatores *d. l.* 8. expunctis verbis, *seu segnitia*, quæ sunt Interpretis, ita restituendos esse. *Si nulla culpa creditori imputari potest: pignorum amissorum dispendium ad periculum ejus minime pertinet.* Sensus autem is est quem dedi *lib.* 4. *Probabilium c.* 3.

CAPUT XIV.

Ulpianus expositus l. 17. §. 7. *D. de injuriis, & Proculus l.* 15. *D. de tritico, vino, vel oleo legato emendatus.*

Ulpianus *l.* 17. §. 7. *D. de injuriis.*

Si jussu domini servus injuriam fecerit, utique dominus conveniri poterit etiam suo nomine. Sed si proponatur servus manumissus, placet Labeoni dandam in eum actionem: quia & noxa caput sequitur, nec in omnia servus domino pa-

rere

rere debet. cæterum & si occiderit jussu domini, Cornelia eum eximemus.

Quid audio? servum, si hominem occiderit domini jussu, eximi lege Cornelia? Non hoc ratio patiatur: & clare Alfenus *l.* 20. *D. de obligationibus & actionibus*, *Servus*, inquit, *non in omnibus rebus sine pœna domino audiens esse solet: sicuti si dominus hominem occidere aut furtum alicui facere servum jussisset. Quare quamvis domini jussu servus piraticam fecisset, judicium in eum post libertatem reddi oportet. Et quodcumque vi fecisset, quæ vis a maleficio non abesset: ita oportet pœnas eum pendere. Sed si aliqua rixa ex litibus & contentione nata esset, aut aliqua vis juris retinendi causa facta esset, & ab his rebus facinus abesset: tum non convenit Prætorem, quod servus jussu domini fecisset, de ea re in liberum judicium dare.* Quid ergo significat hoc Ulpiani *d. l.* 17. §. 7.

Cæterum & si occiderit jussu domini, Cornelia eum eximemus.

Franciscus Accursius, ut remedium huic adferat difficultati, vult Ulpiani verba legi ad modum interrogationis; atque ei inesse vim negandi. eamque loquendi figuram sæpe usitatam cum nostris, tum aliis auctoribus fuisse, ipse alibi observavi. sed metuo, ne hoc loco fuerit aliquanto durior. Igitur age, experiamur, an succurri Ulpiano aliter & possit & debeat. Quid enim, si putemus, eum *cæterum* dicere pro *alioquin*; & contrariam sententiam ab absurdo refellere? Sic se res habet. primum ait Ulpianus, Si servus injuriam fecerit domini jussu, rationis esse, ut dominus qui eum in potestate habet, conveniri possit & suo nomine actione directa, & servi nomine actione noxali. Hoc, cum servum habet in potestate. Sed finge, manumissum esse? ait Ulpianus, in eum dandam actionem; idque Labeonem censere. Quam ob causam? duplicem: nam & noxa, inquit, caput sequitur; nec in omnia servus domino parere debet. *cæterum*, & si occiderit jussu domini, Cornelia eum eximemus. Sensus est: Alioquin, si excusamus servum in omnia parentem domino, & si hominem occiderit jussu domini, a lege Cornelia eum excusabimus: quod est absurdum. Sic sentio; atque eo verius: quia ad eamdem formam idem disputat Ulpianus *l.* 4. §. 3. *D. de alienatione judicii mutandi causa facta* verbis sequentibus. *Si quis autem ob valetudinem, aut ætatem, aut occupationes necessarias litem in alium transtulerit, in ea causa non est, ut hoc Edicto teneatur: cum in hoc Edicto doli mali fiat mentio.* cæterum *erit interdictum & per procuratorem litigare, dominio in eos plerumque ex justa causa translato.* Similiter in *l.* 5. §. 4. *D. de Carboniano Edicto*, *Si*, inquit, *missus fuerit in possessionem adversarius, desiderandum a Prætore, ne instrumenta in possessionem suam redigat:* cæterum *decipietur pupillus, dum vel instruitur adversarius ejus, vel etiam intercipere ea potest.* Et in *l.* 15. § 7. *D. de re judicata.* Verba sunt. *Sed si emptor, cui pignora sunt addicta, exsequente judice, pretium non solvet: utrum adversus emptorem porrigere manus debeant iidem judices, qui sententiam exsequuntur, videndum est? Et non puto eos ultra procedere.* Cæterum *longe res abibit: quid enim dicemus? condemnabunt emptorem, & sic exsequentur adversus eum sententiam? an statim pro judicato habebunt? & quid, si neget se emisse, aut exsolvisse contendat? Melius igitur erit, si non se interponant.*

Ulpiano jungam Proculum *l.* 15. *D. de tritico, vino, vel oleo legato.* nam & is vocula, *cæterum*, utitur sensu plane simili: quod verissime observavit Jacobus Cujacius *lib.* 2. *Observat. c.* 36. sed, quod miror fugisse Virum illum non minus perspicacem, quam doctissimum, aliqua eget emendatione. Verba Proculi si quis considerare volet, hæc sunt.

Vinum cum vasis legavit. Negat Trebatius, quod in doliis sit, deberi: & sensum testatoris alium putat esse; verborum alium. cæterum dolia in vasis vinariis non essent. Ego, etsi dolia in vasis vinariis non sunt, tamen non concederem Trebatio, vinum, quod in doliis esset, id est, quod in vasis non esset, non esse legatum. Illud verum esse puto, cui vinum cum vasis legatum erit, ei amphoras, cados, quibus vina diffusa servamus, legatos esse. vinum enim in amphoras & cados hac mente diffundimus, ut in his sit, donec usus causa probetur; & scilicet id vendimus cum his amphoris & cadis: in dolia autem alia mente conjicimus, scilicet, ut ex his postea vel in amphoras & cados diffundamus, vel sine ipsis doliis veneat.

Sic Florentiæ legitur, nec resistunt cæteri codices. scribe tamen meo periculo.

Vinum cum vasis legavit. Negat Trebatius, quod in doliis sit deberi: & sensum testatoris alium putat esse; verborum alium. cæterum *dolia in vasis vinariis esse. Ego etsi dolia in vasis vinariis non sunt, tamen non concederem.* & reliqua.

Sensus planus. Vino cum vasis legato, negat Trebatius, vinum quod in doliis sit, deberi. Atqui, inquies, vinum quod in vasis sit, legatum est. Sed Trebatius hoc concedit, si quidem ad verba spectemus: verum putat, alium esse testatoris sensum. cæterum, id est, alioquin, dolia fore in vasis vinariis. quod ipse falsum esse existimat. Sed de his paulo plenius V. Cl. Jacobus Cujacius *d. loc.* quem, si lubet, vide.

CAPUT XV.

Notabilis loquendi forma apud Ulpianum l. 4. *D. de curatoribus furioso & aliis extra minores dandis.*

Itane? Ulpianus *l.* 4. *D. de curatoribus furioso & aliis extra minores dandis* ait?

Furiosæ matris curatio ad filium pertinet: pietas enim parentibus, etsi inæqualis est eorum potestas, æqua debetur.

Quid ergo vult? aliquam Civili Jure esse matris in liberos potestatem; etsi non tantam, quanta est patris? possint quem movere Ulpiani verba, *Pietas enim parentibus, etsi inæqualis est eorum potestas, æqua debetur.* At hoc nemo Veterum cogitavit: ne Ulpianus quidem. imo is *l.* 4. *D. de his qui sui vel alieni juris sunt* sic scribit, *Qui ex me & uxore mea nascitur, in mea potestate est.* Et Justinianus §. 10. *Inst. de adoptionibus* negat, Fœminas adoptare posse: & addit rationem; quæ ratio est, *Quia nec naturales liberos in sua potestate habent.* Sed rem dicamus: non sunt captanda Ulpiani verba, *Etsi inæqualis est eorum potestas.* est enim in his Figura non dissimilis ei qua Juturnam Juno affatur, apud Virgilium *lib.* XII.

xii. *Æneid. verf.* 142. verbis fequentibus.

Nympba decus fluviorum animo gratiffima noftro.
Scis, ut te cunctis unam, quæcumque Latinæ
Magnanimi Jovis ingratum adfcendere cubile,
Prætulerim. — — — —

Ait Juno, fe Juturnam prætuliffe Nymphis cunctis quas amaverit Jupiter; perinde quafi omnes in honore habuerit amores Jovis. id vero non ita effe conftat, & in Notis obfervat Servius. verba Servii adfcripfi; atque eo lubentius, quia præterea attulit locum ex Salluftio æque pulchrum atque ad rem accommodatum. Verba Servii. *Liptotes figura per contrarium. plus enim dicit, minus fignificat. namque alias omnes perfecuta: huic vero libenter indulfit. Et dicit, fe banc omnibus prætuliffe, quafi etiam alias in bonore babuerit. ergo ideo boc dicit, ut tollat caufam, quam potuit Juturna babere fufpectam. Sane talis bæc figura eft, ut illud Salluftianum*, Mare Ponticum dulcius, quam cætera: *cum nullum dulce fit.*

CAPUT XVI.

In editis fcriptisque exemplaribus variare lectionem Marcelli *l.* 11. *D. Quemadmodum fervitutes amittuntur*; Ulpiani *l.* 15. §. 4. *D. de ufufructu*, Pauli *l.* 65. §. 1. *D. de condictione indebiti*; Juliani *l.* 23. *D. de act. empt.* Ulpiani *l.* 4. *D. de cuftodia reorum;* Pauli *l.* 14. *D. de ufufructu; ac* Juftiniani *pr. Inft. de militari teftamento, & l. ult. C. de reftitutione militum; eamque varietatem a neglecta obfervataque Siglorum poteftate proficifci. Simile quid tentatum circa Ulpianum l.* 35. *D. de procuratoribus.*

Marcelli hæc verba funt *l.* 11. *D. Quemadmodum fervitutes amittuntur.*

Is cui via vel actus debebatur, ut vebiculi certo genere uteretur, alio genere fuerat ufus: videamus, ne amiferit fervitutem; & alia fit ejus conditio qui amplius oneris, quam licuit, vexerit, magisque bic plus, quam aliud egiffe videatur: ficuti latiore itinere ufus effet, aut fi plura jumenta egerit, quam licuit: aut aquæ admifcuerit aliam.

Sic Florentiæ editur: fed alii libri habent:

Sicuti fi latiore itinere ufus effet, aut fi plura jumenta egerit, quam licuit. & reliqua.

Unde tam varie? nempe a Siglis; quibus fcriptum erat, *SIcuti latiore itinere ufus effet.* Hæc Sigla valebant *ficuti fi latiore itinere ufus effet*: fed Librarius is, qui Florentinum defcripfit exemplar, neglecta Siglorum poteftate, reddidit, *ficuti latiore itinere ufus effet*: plane incaute. Id vero mendum, quamquam levius, tamen cum manifeftum fit, hic annotandum credidi; quo certior fieret emendatio fimilis erroris quem in *l.* 15. §. 4. *D. de ufufructu* ex eodem verbo olim fuftuli *lib.* 2. *Probabilium Juris Civilis c.* 4. Scriptum enim ibi eft. *Et fi veftimentorum ufusfructus legatus fit, non ficut quantitatis ufusfructus legetur, dicendum eft; ita uti eum debere, ne abutatur.* Sed reftitui, *non SIcut quantitatis*: id vero explicui, *non ficut fi quantitatis*: fenfu veriffimo & optimo. quem repræfentat quoque altera mea emendatio, *non ficut quantitatis uf. lg.* quæ valet, *non ficut quantitatis ufufructu legato.*

Eodem vitio laborat Paulus *l.* 65. §. 1. *D. de condictione indebiti.* Verba Pauli.

Et quidem quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur: nam fi lis fuit, boc ipfum, quod a lite disceditur, caufa videtur effe. fin autem evidens calumnia detegitur, & transactio imperfecta eft, repetitio dabitur.

Sic Florentiæ editur. in aliis libris eft.

Et transactio imperfecta eft, & repetitio dabitur.

Multo rectius: debetur autem ea varietas Siglis: quibus fcriptum erat.

Et transactio imperfecta EsT repetitio dabitur.

His Siglis fignificabatur, *& transactio imperfecta eft, & repetitio dabitur.* Sed Librarius, cum non animadverteret ad majufculas literas, & rationem geminationis, voculam, &, pofteriore omifit loco; cum utroque fcribere deberet.

Hæc ego fic fecurius emendavi: quia in talibus fæpe erratum: & eft admodum notabile in hac re, quod in *l.* 23. *D. de act. empti* in Accurfii, & Haloandri, editione fic fcribitur, *Et præterea cavere debet, quidquid ex bereditate liberti ad eum pervenerit, reftitutum iri. Marcellus notat. &c.* Pro eo vero ita edit Vintimillius: *Et præterea cavere debet, quidquid ex bereditate liberti ad eum pervenerit, reftituiri. Marcellus notat.* Unde ea varietas? nimirum, quia in exemplari Florentino fide Francifci Taurellii fic reperitur: *& præterea cavere debet, quidquid ex bereditate liberti ad eum pervenerit; reftiTUiri. Marcellus notat.* Caufa variationis, mea opinione: quod quidam animadverterunt majufcularum literarum geminationem: alii non.

Alia apud Ulpianum varietas *l.* 4. *D. de cuftodia reorum:* puto, quia fic fcriptum fuit.

Sed fi neque in cautione, neque in decreto Præfidis certa quantitas comprebenfa eft: ac ne Confuetudo oftenditur quæ certam formam babet: Præfes de modo pecuniæ quæ &c.

Unde effecit ille qui Florentinum defcripfit exemplar, *ac ne confuetudo oftenditur.* Vulgata Accurfii editio habet, *ac nec confuetudo oftenditur.* Optime: etfi nec inepte Ruffardi & Charondæ codex manu fcriptus, *ac ne confuetudo quidem oftenditur.*

Ab eadem ratione variat lectio *pr. Inft. de militari teftamento:* in quo vulgo editur.

Illis autem temporibus per quæ citra expeditionum neceffitatem in aliis locis vel fuis ædibus degunt, minime ad vindicandum. &c.

Sed in plerisque exemplaribus, ut teftis eft Rusfardus, *Marginalibus Notis*, extat, *vel fuis fedibus*: opinor, quia fic fcriptum fuit; *vel fui Sedibus*, quidam legerunt, *fuis edibus*, quomodo habet liber meus manu fcriptus; alii, *fuis fedibus.* Idemque obfervandum in *l. ult. C. de reftitutione militum:* in qua fimilis circa idem verbum variatio eft.

Simile quid tentabo apud Ulpianum *l.* 35. *D. de procuratoribus.* Verba Ulpiani.

Sed & bæ perfonæ procuratorum debebunt defendere quibus fine mandatu agere licet: ut puta liberi, licet fint in poteftate. item parentes & fratres & adfines & liberti. §. 1. *Patronus libertum* [&] *per procuratorem ut ingratum accufare poteft: & libertus per procuratorem refpondere.*

Ita passim editur: etsi quidam libri habeant,
Item parentes & fratres & adfines & liberti.
Et patronus libertum: & reliqua.
Sed quid, si sic scribam?
Idem parentes, & fratres & adfines & liberti
& PATRONUS libertum, & reliqua.
Ut sit.
Item parentes, & fratres & adfines & liberti
& patronus. Patronus libertum &c.
Hoc res postulat.

CAPUT XVII.

Probata ex Siglis Cujacii conjectura in l. 60. D. Pro socio, & nova addita.

Pomponius *l.* 60. *D. Pro socio* sic scribit. *Socium, qui in eo, quod ex societate lucri faceret*, reddendo moram adhibuit, cum ea pecunia ipse usus sit, *usuras quoque* [*eum*] *præstare debere, Labeo ait: sed non quasi usuras, sed quod socii intersit, moram eum non adhibuisse: sed si aut usus ea pecunia non sit*, aut moram non fecerit, *contra esse. item post mortem socii nullam talem æstimationem ex facto heredis faciendam: quia morte socii dirimatur societas.*
Egregie animadvertit V. CL. Jacobus Cujacius *lib.* 13. *Observ. c.* 15. exiguam in his verbis lacunam; quam ita verissime supplevit, *reddendo moram adhibuit*, aut *cum ea pecunia ipse usus sit.* Juvant enim hanc emendationem sequentia Pomponii verba, *Sed si* aut *usus ea pecunia non sit*, aut *moram non fecerit*: quibus utraque significatur moræ species, cum ex persona quæ vera mora est, tum ex re quæ quasi mora est, & cum priore comparata, vix habetur mora: ut late ostendi *lib.* 3. *De fœnore & usuris c.* 10. Sed hanc Cujacii observationem, ut par est, eodem laudavi Opere, *lib.* 1. *cap.* 5. nec me ejus pœnitet sententiæ. potius eam nova confirmabo conjectura; quo magis succurram infirmitati eorum quibus difficillime persuaderi potest emendatio, quantumvis necessaria. Puto, nata ex Siglis est, quam dixi, lacuna: & cum in manu scriptis codicibus ad hanc extaret formam, *reddendo moram AdhibVIT cum ea*; debuit Librarius repræsentare, *reddendo moram adhibuit, aut cum ea.* nam hanc geminationem majusculæ indigitabant literæ: sed Librarius, non attendens ad Sigla, omissa geminatione, simpliciter scripsit, *reddendo moram adhibuit, cum ea*: sensu nullo. qui admissa vocula, *aut*, & optimus sit & verissimus. Æque probabiliter possit Pomponius hoc restitui modo, *reddendo moram adhibuit, cVm Ea pecunia ipse usus sit*: ut sit, *reddendo moram adhibuit, cumve ea pecunia ipse usus sit*: sensu plane simili.

CAPUT XVIII.

Emendatus Ulpiani locus corruptissimus qui est in l. 23. §. 3. D. de adquirendo rerum dominio.

Verissimum esse existimo, quod V. CL. Jacobus Cujacius *lib.* 4. *Observ. c.* 1. suspicatur, Scævolam variasse apud Ulpianum *l.* 23. §. 3. *D. de adquirendo rerum dominio*, ipsumque Ulpiani locum esse depravatissimum: sed eum a Cujacio recte restitutum esse, non existimo: etsi Cujacii conjecturam usque adeo laudet Antonius Faber *lib.* 4. *Conjectur. c.* 16. ut a doctissimo illo viro nihil umquam verius aut elegantius observatum fuisse opinetur. Nec tamen inficior egregie vidisse Cujacium, circa initium *d.* §. 3. pro, *aut si liber sit, ei* [*cui bona fide servit*:] *an vero*, esse scribendum, *aut si liber sit, sibi: an vero.* Unum saltem dico, quod ubi pro his verbis, *rationem facere, ut ei dumtaxat in solidum adquirat*, substituit; *rationem facere, ut ei dumtaxat partem adquirat*, prope est, ut procul vero sit, longeque aliam & Ulpiano & Scævolæ fieri medicinam oporteat. Id apparebit, si primum exposuero Ulpianum *l.* 25. §. 6. *D. de usufructu*: quocum comparandum esse §. 3. *d. l.* 23. etiam Cujacius & Faber consentiunt. Verba Ulpiani ex *d. l.* 25. §. 6. hæc sunt. *Si duos fructuarios proponas, & ex alterius re servus sit stipulatus, quæritur, utrum totum, an pro parte qua habet usumfructum, ei quæratur: nam & in duobus bonæ fidei possessoribus hoc est apud Scævolam agitatum libro secundo Quæstionum? Et ait, vulgo creditum, rationemque hoc facere*, [*ut*] *si ex re alterius stipuletur, partem ei dumtaxat quæri, partem domino: quod si nominatim sit stipulatus, nec dubitari debere, quin adjecto nomine, solidum ei quæratur. idemque ait, & si jussu ejus stipuletur: quoniam jussum pro nomine accipimus. Idem & in fructuariis erit dicendum: ut quo casu non totum adquiritur fructuario, proprietatis domino erit quæsitum; quoniam ex re fructuarii quæri ei posse ostendimus.* Ulpianus quærit, si duo sint fructuarii, & servus sit ex re alterius stipulatus, utrum ei quæratur totum, an pro parte qua habet usumfructum. Addit Ulpianus, idem hoc apud Scævolam esse *lib.* 2. *Quæstionum* agitatum in duobus bonæ fidei possessoribus: quorum simile jus esse ei quod duorum fructuariorum sit, certi res juris est *l.* 10. §. 4. *D. de adquirendo rerum dominio.* Ait autem Ulpianus, Scævolam dicere, vulgo creditum esse, & rationem efficere; ut servus, si ex re alterius bonæ fidei possessoris stipuletur, non solidum ei quærat; sed partem ei, partem domino: opinor, quia bonæ fidei possessor, ex cujus re stipulatus est servus, ejus non in solidum est possessor, sed ex parte: neque igitur potest ei servus in solidum adquirere, sed pro parte qua est possessor: alteram autem partem non potest alteri bonæ fidei possessori adquirere: quia non ex re ejus, neque ex suis operis adquisivit servus; ex quibus tantum potest ei adquirere: superest igitur, ut eam partem vero adquirat domino: cui ex omnibus caussis adquirere potest. Sic Scævola in servo qui a duobus bona fide possidetur. idemque esse Ulpianus ait; si duos proponas fructuarios, & ex alterius re servus sit stipulatus: quia is fructuarius ex cujus re stipulatus est servus, non in solidum fructuarius est, sed pro parte. non igitur potest ei a servo adquiri in solidum, sed pro parte qua fructuarius est: altera autem pars non adquiritur alteri fructuario; (quia neque ex re ejus, neque ex servi operis adquiritur) sed domino proprietatis: cui ad-

adquiritur etiam quod fructuario adquiri nequit *d. l.* 25. §. 6. *D. de usufructu.* Hoc, si servus ex alterius vel fructuarii, vel bonæ fidei possessoris, re vel simpliciter, vel utrique stipuletur. At si nominatim stipuletur ei cujus res est: ait Ulpianus *d. loc.* dubitari non debere, quin adjecto nomine ei solidum quærat: nempe, quia ei nominatim stipulatus est, & ex re ejus, ex qua potuit ei adquirere: idemque esse, & si ejus jussu stipuletur: quia jussum pro nomine accipimus. Ita Scævola, si Ulpiano credimus, *libro secundo Quæstionum.*

At eam sententiam mutasse Scævolam *libro* XIII. *Quæstionum*, apparet ex *l.* 19. *D. de stipulatione servorum*: quam descriptam esse ex eo libro, ejus Inscriptio indicat. Verba hæc sunt. *Si alienus servus duobus bonæ fidei serviens, ex unius eorum re adquirat, ratio facit, ut ei, ex cujus re adquisivit, id totum [ei] adquirat: sive ei soli, sive quasi duobus serviat. nam & in veris dominis, quotiens utrique adquiritur, totiens partes adquiri. cæterum si alii non adquiratur, alium solidum habiturum. Igitur eadem ratio erit & in proposito, ut hic servus alienus qui mihi & tibi bona fide servit, mihi solidum ex re mea adquirat: quia tibi non potest adquiri, quia non sit ex re tua.* In his verbis proponitur servus servire duobus bonæ fidei possessoribus, & ex unius eorum re adquirere. quæritur, utrum utrique, an uni adquirat? ait Scævola, rationem facere: ut ei ex cujus re adquisivit, totum adquirat: neque referre, sive ei soli, sive quasi duobus, serviat: hoc est, utrum ei soli, vel nominatim, vel ejus jussu; an quasi duobus, hoc est, simpliciter adquirat: idque firmat argumento desumpto a veris dominis, quorum imaginem ferunt bonæ fidei possessores: id argumentum tale est. si servus duorum communis hoc agit, ut utrique adquirat quod utrique adquiri potest; utrique partes adquiruntur: si vero sit quod alteri nequit adquiri; hoc alter in solidum habet: etsi id agat servus, ut utrique adquirat. Ita in veris dominis, ipsumque etiam traditum *l.* 7. §. 1. *l.* 9. *D. de stipulatione servorum. l.* 12. *D. de auctoritate tutorum.* Idem in proposito erit in duobus bonæ fidei possessoribus: prorsus ut servus qui mihi & tibi servit bona fide, mihi solidum ex re mea adquirat: quia non potest tibi adquirere quod ex re tua non sit. Unde apparet, aliam fuisse Scævolæ sententiam *libro* XIII. *Quæstionum*; quam Ulpianus ei *libro* II. fuisse scripsit.

Eamque variationem ipse indigitat Ulpianus *l.* 23. §. 3. *D. de adquirendo rerum dominio*, sequentibus verbis. *Si quis duobus bona fide serviat: utrique adquiret, sed singulis ex re sua. Quod autem ex re alterius est, utrum pro parte ei cui bona fide servit, pro parte domino, si servus sit; aut si liber sit, ei [cui bona fide servit:] an vero ei debeat adquirere totum ex cujus re est, videamus? quam speciem Scævola quoque tractat lib. 2. Quæstionum. ait enim: si alienus servus duobus bona fide serviat, & ex unius eorum re adquirat; rationem facere, ut ei duntaxat in solidum adquirat: sed si adjiciat ejus nomen, ex cujus re stipulatur: nec dubitandum esse ait, quin ei soli adquiratur. quia & si ex re ipsius stipularetur, alteri ex dominis nominatim stipulando, [solidum] ei adquiret. Et in inferioribus [probat:] ut, quamvis non nominatim, nec jussu meo, ex re tamen mea stipulatus sit, cum pluribus bona fide serviret: mihi soli adquirat. nam & illud receptum est, ut quotiens communis servus omnibus adquirere non potest; ei soli eum adquirere, cui potest. & hoc Julianum quoque scribere, sæpe retuli: eoque jure utimur.*

Ita habent plerique codices, in quibus & Florentinus: sed sensu nullo. Nam primum pro, *aut si liber sit, ei [cui bona fide servit:] an vero*, scribendum, *aut si liber sit, sibi: an vero.* quod ut supra dixi, pulchre observavit V. Cl. Jacobus Cujacius *lib.* 4. *Observ. c.* 1. Deinde, quod neque Cujacius animadvertit, neque alius, desunt verba, *Si jussu ejus stipuletur.* Infere, & lege. *Quam speciem Scævola quoque tractat lib. 2. Quæstionum. ait enim, si alienus servus duobus bona fide serviat, & ex unius eorum re adquirat, rationem facere, ut ei duntaxat in solidum adquirat, si jussu ejus stipuletur: sed si adjiciat ejus nomen, ex cujus re stipulatur, nec dubitandum esse ait, quin ei soli adquiratur.* Sic ex conjectura supplevi locum: si conjectura dicenda est ad quam ducit sensus clarus & certus. is sensus est, Scævolam velle, *libro secundo Quæstionum*, Servum qui a duobus bona fide possidetur, ei ex cujus re stipulatur, solidum quærere: sed tum duntaxat, si aut jussu ejus, aut ei nominatim stipuletur: non etiam, si simpliciter stipuletur ex re alterius. quod est consentaneum illis quæ ex eodem *libro secundo* Scævolæ supra attulit Ulpianus *d. l.* 25. §. 6. *D. de usufructu*: convenit quoque Ulpiani verbis quibus paulo post in *d.* §. 3. *l.* 23. novam & superiori contrariam Scævolæ sententiam ex ejus *libro* XIII. tradit: quæ verba sunt. *Et in inferioribus probat, ut quamvis non nominatim, nec jussu meo, ex re tamen mea stipulatus sit. &c.* Sed de his verbis paulo post. interim examinanda ratio est qua definitionem quæ *libri secundi* est, Scævola, & ex eo Ulpianus firmat *d.* §. 3. ea ratio his ejus verbis continetur. *Quia & si ex re ipsius stipularetur; alteri ex dominis nominatim stipulando, [solidum] ei adquiret.* Ita interpunguntur hæc verba. Sed malim, *Quia & si ex re ipsius stipularetur alteri ex dominis, nominatim stipulando [solidum] ei adquiret.* Sensus, nihil mirum esse, hæc in bonæ fidei possessoribus a Scævola recipi *libro secundo Quæstionum*; cum eadem placeant in veris dominis. nam si servus duorum communis, nominatim uni ex re ipsius stipuletur, ei solidum adquirit. quamquam si simpliciter stipuletur ex re alterius dominorum, nihilominus commune id erit: ut Gajus refert *l.* 45. *D. de adquirendo rerum dominio*; & *l.* 7. §. 1. *D. de stipulatione servorum.* Sic sedisse Scævolæ *libro secundo Quæstionum*, Ulpianus ait *d.* §. 3. *l.* 23. sed addit, eum hanc sententiam mutasse *in inferioribus*, puta, libris: id est, *libro* XIII. *Quæstionum.* Verba hæc sunt, *Et in inferioribus [probat:] ut quamvis non nominatim, nec jussu meo, ex re tamen mea stipulatus sit, cum pluribus bona fide serviret: mihi soli adquirat.* Significat Ulpianus, Scævolam libro XIII. mutare sententiam quam tenuit libro II. malle enim libro XIII. (quod & ante ostendi ex *d. l.* 19. *D. de stipulatione servorum*, quæ ex eo libro est) servum qui a duobus bona fide possidetur, cum ex re alterius possessoris stipulatur, sive simpliciter, sive ex jussu ejus cujus res est, sive ei nominatim stipuletur, ei omnibus illis casibus indistincte solidum acquirere. Et addit rationem Ulpianus: ea ratio est. *Nam & illud receptum est, ut quotiens communis servus omnibus adquirere non potest, ei soli adquirat cui potest.* Ulpianus petit argumentum a servo duorum communi: qui si stipuletur rem quæ utrique adquiri potest, eam utrique adquirit: sin minus, soli adquirit ei cui potest: etsi neque ejus jussu, neque ei nominatim stipulatus sit. atque ita Julianum existimasse, & eoque sæpe retulisse se, Ulpianus ait. quod verum est,

& apparet ex *l.* 7. §. 1. *D. de stipulatione servorum*, & *l.* 12. *D. de auctoritate tutorum.* Hoc igitur cum in communi obtineat servo; idem vult Scævola *d. libro* XIII, ex eoque Ulpianus *h.* §. obtinere etiam in servo a duobus bona fide possesso: nempe, ut, si ex re unius stipuletur, sive simpliciter, sive ejus jussu, sive ei nominatim, ei indistincte solidum adquirat: tantum quia non potest alteri ex re alterius adquirere. Sed finiamus: satis enim quod demonstrandum fuit, demonstravimus, totum Ulpiani locum qui est in *d. l.* 23. §. 3. *D. de adquirendo rerum dominio*, esse hoc restituendum modo. *Si quis duobus bona fide serviat: utrique adquiret, sed singulis ex re sua. Quod autem ex re alterius est, utrum pro parte ei cui bona fide servit, pro parte domino, si servus sit; aut si liber sit*, sibi: *an vero ei debeat adquirere totum ex cujus re est, videamus? quam speciem* Scævola *quoque tractat* lib. 2. Quæstionum. *ait enim: si alienus servus duobus bona fide serviat, & ex unius eorum re adquirat; rationem facere, ut ei duntaxat in solidum adquirat*, si jussu ejus stipuletur: *sed si adjiciat ejus nomen, ex cujus re stipulatur, nec dubitandum esse ait, quin ei soli adquiratur. quia & si ex re ipsius stipularetur alteri ex dominis, nominatim stipulando* [*solidum*] *ei adquiret.* Et in inferioribus [*probat:*] *ut, quamvis non nominatim, nec jussu meo, ex re tamen mea stipulatus sit, cum pluribus bona fide serviret: mihi soli adquirat. nam & illud receptum est, ut quotiens communis servus omnibus adquirere non potest; ei soli eum adquirere, cui potest. Et hoc Julianum quoque scribere, sæpe retuli: eoque jure utimur.*

CAPUT XIX.

Ulpianus emendatus in Fragmentis tit. XI. *& Lex Duodecim Tabularum de testamentaria tutela exposita.*

Nemo est qui nesciat, Lege Duodecim Tabularum permitti patrifamilias, liberis suis impuberibus, sive feminini, sive masculini sexus sint, si modo in potestate & proximi gradu sint, in testamento tutores dare; atque ita a Gajo definiri *l.* 1. *pr.* §. 1. & 2. *D. de testamentaria tutela:* sed qua ratione definiatur, nemo, quantum scio, demonstravit: etsi id complures serio tentarint. erit igitur ea res pulchri atque elegantis examinis: in primis quia Lex Duodecim Tabularum ex qua profecta ea definitio est, simpliciter loquuta videtur, *Uti legassit super pecunia tutelave sua, ita jus esto.* Plerique aliter Legem confingunt. Sed est mihi idoneus testis Julius Paulus *l.* 53. *D. de verborum significatione*, Legem dixisse, *super pecunia tutelave sua*; vel, ut Florentiæ legitur, *super pecuniæ tutelæve suæ.* Et Paulo suffragatur Ulpianus in *Fragm. tit.* XI. §. 14. modo, ut decet, scribatur, *Uti legassit super pecunia tutelave sua, ita jus esto.* Hactenus quidem editur, *super pecunia tutelave rei suæ:* sed est, quod verear: ne verba, *rei suæ*, neque Legis, neque Ulpiani sint: verum alicui debeantur Juris Studioso: qui ad oram libri sui in quo vera erat Ulpiani lectio, *super pecunia tutelave sua*, annotaverat, alibi exstare, *suæ rei.* Atque hac forma repræsentatur pars Legis (ut sæpe non integræ, nec suis verbis, recitantur leges, cum nec integris opus verbis, nec veris) apud Pomponium *l.* 120. *D. de verborum significatione*, & Justinianum *pr. Inst. de lege Falcidia.* Sed hoc cum non observasset per incogitantiam aut imperitiam Librarius; facile factum fuit, ut apud Ulpianum pro, *super pecunia tutelave sua*, quomodo scribendum erat, admixtis quæ in ora reperiebat verbis, efficeret, *super pecunia tutelave rei suæ:* longe absurdissime. Non enim dixisse Legem, *super pecunia tutelave rei suæ*; sed, *super pecunia tutelave sua*, vel, *super pecuniæ tutelæve suæ*, ut dixi, auctor est Julius Paulus. Idemque Juris regula ostendit, ipsa desumpta ex hac lege: quæ regula est, (prout ex Ulpiano, Pomponio, & Marciano, discimus) Tutorem personæ testamento dari posse; rei vel causæ non posse *l.* 12. & *seqq. D. de testamentaria tutela.* Ea vero regula verbis, *super pecunia tutelave rei suæ*, non convenit; sed ab hisce, *super pecunia tutelave sua*, non abhorret. Nempe, pater & filius qui in ejus domo & potestate est, Jure Civili pro eadem persona habentur, usque adeo, ut filius vivo patre cum eo quodammodo dominus intelligatur, & post patris mortem non hereditatem percipere videatur, sed magis liberam bonorum administrationem consequatur. Id Paulus docet *l.* 11. *D. de liberis & postbumis:* nec minus Lactantius *lib.* 4. *Divin. Inst. c.* 29. *Cum quis*, inquiens, *habet filium, quem unice diligit, qui tamen sit in domo & manu patris, licet ei nomen domini potestatemque concedat, civili tamen jure & domus una & unus dominus nominatur.* Hanc patris & filii qui in ejus familia & potestate sit, sive conjunctionem, sive unitatem, Lex indigitat: cum ait, *Paterfamilias, uti legassit super pecunia tutelave sua, ita jus esto.* Nec aliud vult, quam quod paterfamilias legarit super hereditate sua tutelave ejus qui idem ipsi sit, hoc pro jure observari. Atque inde confecta a Sapientibus est quam dixi, regula. Tutorem personæ dari certæ rei vel causæ non dari. Nec illa tantum; sed hæc quoque quæ ex Q. Mucii Scævolæ *libro singulari* ὅρων, id est, Definitionum quæ desumptæ in primis sunt ex Legibus Duodecim Tabularum, in hæc extat verba, *l.* 73. §. 1. *D. de regulis juris, Nemo potest tutorem dare cuiquam, nisi ei quem in suis heredibus, cum moritur, habuit, habiturusve esset, si vixisset.*

CAPUT XX.

Reum in jus vocatum, si non habeat fidejussores quibus caveat judicio sisti, includi carceri: etsi paratus sit, juratoriam cautionem præstare.

Satis constat, ex Titulo VIII. libri secundi Digestorum, qui est, *Qui satisdare cogantur, vel jurato promittant, vel suæ promissioni committantur*, oportere reum in jus vocatum ab actore, si velit evitare necessitatem in jus sequendi actorem, ei cavere judicio sisti, datis fide-

dejussoribus locupletibus: tantumque excipi personas necessarias, a quibus qualemcumque dari fidejussorem, id est, etiam non locupletem sufficit *l.* 1. 2. *&* 3. *D. in jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent.* Æque constat esse, qui in jus vocati, non cogantur satisdare; sed possint juratoria cautione defungi; estque pervulgata sententia, in his esse qui fidejussorem invenire nequeant: modo hoc primum sacramento affirment, & deinde juratoriam cautionem præstent.

Id vero a Jure nostro esse alienum, mihi persuadeo. Nam quod attinet ad secundum caput *Novellæ* 112. in quo capite hoc tradi creditur: in eo nihil tale. tantum agitur ibi de actore a quo præstanda sit satisdatio pro litium expensis: cæterum de cautione judicio sisti a reo præstanda, ne ei necesse sit in jus venire, qua de cautione hæc nostra est disputatio, ne minimum quidem exstat vestigium. ut hoc intelligatur: sufficit inspectio dicti Capitis secundi, cujus Inscriptio est in hæc verba. *De cautione quæ ante reorum citationem præstari debet ab actore.* Ipsius autem Capitis verba talia sunt. *Ad excludendas autem calumniose moventium intentiones & executorum fraudes aliud invenit providentia nostra remedium. Sancimus enim omnes judices, si quando aliquos teneri vel amoveri voluerint, hanc conditionem in suis interlocutionibus adjicere, ut non aliter conventionales libelli pulsatis porrigantur, aut sportulæ executoribus dentur, nisi prius & in libellis actor per se aut per tabularios subscripserit: & actis intervenientibus fidejussorem idoneum periculo competentis officii præstiterit, confitentem, quod usque ad finem litis permaneat, & suas intentiones aut per se aut per legitimum procuratorem exerceat: & si postea fuerit approbatus injuste litem movisse, sumptuum & expensarum nomine decimam partem ejus quantitatis, quæ in libello continetur, pulsato restituat. Si autem dixerit, non valere fidejussorem dare: tunc apud Judicem a quo causa examinanda est, sanctis propositis Euangeliis per sacramentum hoc ipsum affirmet, & sic juratoriam cautionem exponat, & per eam hæc quæ superius dicta sunt, profiteatur.* In his verbis quæ rei cautio in judicio sisti? nulla. igitur frustra inde petitur, ubi inducta non est. quid, si nec ante hanc Novellam obtinuit? solito Prætore, concedere actori, volenti judicio experiri, adversarium suum in jus vocare; ac nisi satis vel cautum det, post antestationem, in jus ducere ad Prætorem, postulationibus sedentem; alioquin in carcerem, ubi servetur in sequentem postulationis diem, in jure sistendi causa. Ejus rei testimonium (quod unus observavit V. Cl. Jacobus Rævardus, *Ad. Leg.* XII. *Tab. c.* 5.) est apud Plautum, *in Persa* 2. 4. 18. *SA. Vadatur hic me. PÆ. Utinam vades desint, in carcere ut sis.* Id tamen, ne nimis vetustum, eoque obsoletum esse videatur juvabo auctoritate Imp. Justiniani, de suis temporibus idem confirmantis *l.* 19. *C. de testibus*, verbis sequentibus. *Si quando invitos testes in pecuniariis causis ex nostra lege aliquis trahere maluerit, si quidem sua sponte fidejussionem suæ personæ sine damno præstare velint, hoc fieri: sin autem noluerint, non carcerali custodia detrudi, sed sacramento eos committi censemus. Si enim pro toto litis certamine jurijurando testium credendum esse putaverint hi, qui eos produxerint: multo magis præsentiam suam testibus sacramento eorum credere debent.* Ex his Justiniani verbis discitur, teneri reos in jus vocatos, actori cavere datis fidejussoribus: quod nisi faciant, in carcerem detrudi. idemque obtinuisse in testibus, testimonii causa in jus vocatis: licet parati essent, juratoriam præstare cautionem: donec hos a regula juris excepit Imp. Justinianus: præfatus, absurdum esse, quibus jurantibus creditur pro toto litis certamine: ipsis non credi jurantibus, certo die se in judicio adfore testimonii gratia. Hæc igitur cum sit in testibus exceptio; perseverat regula in reis in jus vocatis: in quibus mutata non est. Illud videamus, quale sit, quod Ulpianus *l.* 2. §. 6. *D. de judiciis* scribit. *Si dubitetur, utrum in ea quis causa sit, ut domum revocare possit, nec ne: ipse Prætor debet causa cognita statuere. Quod si constiterit, in ea eum esse causa, ut domum revocet: debebit cavere in judicio sisti: statuente Prætore, in quem diem promittat. Sed utrum nuda cautione, an satisdato, Marcellus dubitat. Mihi videtur sola promissione: quod & Mela scribit: alioquin compelletur judicium accipere, quam invenire eos qui satis pro eo dent.* Ulpianus ait, Romæ conventum, si domum revocet, cum constiterit, eum habere jus revocandi domum, debere cavere in judicio sisti. utrum tamen satisdato, an nuda cautione, Marcellum dubitare. sibi vero videri sola promissione: addita ratione, *Alioquin compelletur judicium accipere, quam invenire eos qui satis pro eo dent.* Deest vocula *magis*: quod sæpe fieri, dudum observavit Antonius Augustinus *lib.* 2. *Emendationum & opinionum c.* 1. sensus Ulpiani, Romæ conventum ab actore, si domum revocet, & constet eum habere jus revocandi domum, excusandum esse a necessitate præstandæ satisdationis: ne inopia fidejussorum fiat: ut ei intervertatur jus revocandi domum. Est igitur hic singularis causa admittendæ nudæ cautionis; & ideo non trahenda ad exemplum.

Caput XXI.

Capitis minutionem Veteribus aliquando dici triplicem, maximam, mediam, minimam: aliquando duplicem, magnam & minorem, sine periculo offensionis. Ulpianus emendatus, explicitusque l. 1. §. 8. *D. Ad Senatusconsultum Tertyllianum.*

Hoc capite videbo, an possim opem ferre Ulpiano, laboranti in his verbis *l.* 1. §. 8. *D. Ad Senatusconsultum Tertyllianum.*

Capitis minutio salvo statu contingens liberis nihil nocet ad legitimam hereditatem. nam vetus sola hereditas quæ Lege XII. *Tabularum defertur, capitis minutione perimitur: novæ vel ex Lege vel ex Senatusconsultis delatæ, non perimuntur capitis deminutione. proinde sive quis ante delatam, sive [post] delatam, capite minuatur, ad legitimam hereditatem admittitur: nisi magna capitis deminutio interveniat quæ vel civitatem adimit, ut puta si deportetur.*

In hanc lectionem omnes consentiunt codices. Interpretum quoque nemo, quantum recordor, ei intendit litem de sinceritate. Non timebo tamen affirmare, esse corruptam. quod si cui molesta sit hæc mea fiducia; doceat me, cupientem discere, quid designent prima Ulpiani verba, *Capitis minutio salvo statu contingens:* non

enim intelligo, quomodo ulla salvo statu contingat capitis minutio. Rem putemus: quid est capitis minutio? nonne status permutatio? sic utique definitur *l.* 1. *D. de capite minutis*: nec magis maxima & media, quam minima. Paulum audiamus *l. ult. D. eod. tit. Cum*, inquit, *& libertas & civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat.* Rursus *lib.* 3. *Sentent. tit.* 6. §. 29. *Capitis minutione amittitur* (ususfructus,) *si in insulam fructuarius deportetur, vel si ex causa metalli servus pœnæ efficiatur, aut si statum ex adrogatione vel adoptione mutaverit.* Paulus dicit, statum mutari non modo deportatione & servitute pœnæ, quæ sunt exempla maximæ & mediæ capitis deminutionis; sed etiam arrogatione vel adoptione, id est, capitis deminutione minima. qua igitur fronte Ulpianus in *d. l.* 1. §. 8. *Capitis*, inquit, *minutio salvo statu contingens liberis nihil nocet ad legitimam hereditatem?* Si quid video; deest Ulpiano verbum, quod non improbabiliter sic restituam. *Capitis minutio salvo statu c. contingens*: id est, Capitis minutio salvo statu *civitatis* contingens. Siglis enim his, C. O. apud Veteres significatur, *civitas omnis*: ut docet Valerius Probus, *Notis Veterum.* facile autem Librarius imperitus, aut non attendens ad potestatem Sigli, C, & contra reputans, a tali litera incipere sequentem vocem, *contingens*; neglecta ea, tamquam supervacua, scripsit, *Capitis minutio salvo statu contingens*: cum scribendum esset, *Capitis minutio salvo statu* civitatis *contingens.* Ea forma idem Ulpianus *l.* 2. *D de capite minutis*, *Pertinet*, inquit, *hoc Edictum ad eas capitis deminutiones quæ* salva civitate *contingunt.* Paulus quoque *l.* 5. §. *ult. D. eod. tit. Primo*, infit, *de capitis deminutione quæ* salva civitate *accidit.* Capitis porro minutio, salva civitate contingens, tantum familiam mutat; nec alia est, quam *minor*: cui Ulpianus in ipso §. 8. *d. l.* 1. opponit *magnam*: dicens, eam *vel civitatem adimere*: id est, etiam civitatem adimere. verba Ulpiani sunt. *Nisi magna capitis deminutio interveniat, quæ vel civitatem adimit, ut puta si deportetur.* Magnam, inquis, capitis deminutionem video, minorem quæro. quid, si utramque nomine demonstrat Ulpianus *l.* 1. §. 4. *D. de suis & legitimis heredibus*, his verbis, *Filius autem suus heres esse definit, si capitis deminutione vel* magna *vel* minore *exiit de potestate?* Est igitur Ulpiano duplex capitis deminutio, magna vel minor: hæc accidit familiæ mutatione, illa amissione civitatis: altera tollit privata, altera publica jura *l.* 5. §. 3. *D. de capite minutis.* Callistratus *l.* 5. §. 3. *D. de extraordinariis cognitionibus* id sic exprimit. *Consumitur vero* (existimatio) *quotiens magna capitis minutio intervenit, id est, cum libertas adimitur: veluti cum aqua & igni interdicitur, quæ in persona deportatorum venit, vel cum plebejus in opus metalli, vel in metallum datur; nihil enim refert, nec diversa pœna est operis & metalli, nisi quod refugæ operis non morte, sed pœnæ metalli subjiciuntur.* Callistratus aliquibus videtur corruptus; plerisque obscurus; Francisco Duareno *lib.* 1. *Disput. anniverf. c.* 9. integer: talisque mihi occurrit. primum ait Callistratus, existimationem consumi, *quotiens* magna *capitis minutio intervenit*: sic vero ostendit duplicem, quam dixi, capitis minutionem, magnam & minorem. cum autem quæri possit, quæ sit magna: deinde addit, *id est, cum libertas adimitur*: appellatione libertatis non privata familiæ, sed publica civitatis, jura significans. hoc quoque ne pariat obscuritatem, duplice ea libertate, alia naturali, alia civili: utriusque exemplo illustrat. unum est: *veluti cum aqua & igni interdicitur, quæ* (capitis minutio) *in persona deportatorum venit.* alterum est: *vel cum plebejus in opus metalli vel in metallum datur.* posterius exemplum manifestum est: datione enim in metallum, vel in opus metalli, utraque tollitur libertas, tam naturalis, quam civilis: quippe cum ea contingat pœnæ servitus. prius obscuriorem habet rationem: deportato libertatem retinente, etsi amittat civitatem. nec tamen hoc confundit Callistratum. nam qui civitatem amittit, ut deportatus, is quidem Jure Gentium liber est: retinet enim quæ Juris Gentium sunt. cæterum amittit quæ sunt Juris Civilis *l.* 15. *D. de interdictis & relegatis.* nec ideo est Jure Civili liber; quod sit liber Jure Gentium. Hoc voluit Callistratus: & ante observavit Livius *lib.* 45. *c.* 15. Verba Livii. *Omnibus quinque & triginta tribubus emovere: id est, libertatem civitatemque eripere.* Cicero quoque *pro Cæcina cap.* 33. *Si*, inquit, *semel civitas adimi potest, retineri libertas non potest. qui enim potest jure Quiritium liber esse qui in numero Quiritium non est.* Est igitur duplex capitis deminutio, magna & minor. ut est duplex libertas: una publica civitatis, altera privata familiæ. Imo est triplex capitis deminutio, maxima, media, minima. sic Justinianus *tit. Inst. de capitis deminutione*; sic Paulus *l. ult. D. de capite minutis*; sic Ulpianus *in Fragm. tit.* XI. §. X. & *l.* 63. §. 10. *D. Pro socio*; atque exemplo libertatis triplicis, naturæ, civitatis, ac familiæ. præit Ausonius *Edyll.* XI.

Triplex libertas, capitisque minutio triplex.

Sed nullum periculum: est enim in verbis differentia; in re nulla. cum dicitur triplex esse capitis minutio; maxima mutatur naturæ, minore civitatis; minima familiæ status. ita cum tres sint gradus libertatis; tres sunt species capitis deminutionis. at, cum duplicem facimus capitis deminutionem, magnam & minorem: hæc pertinet ad privata familiæ, illa ad publica civitatis jura, ipsa partim civilia, partim naturalia: dividendi forma minime insolita Ulpiano, simili modo in *l.* 1. §. 2. *D. de justitia & jure* dicenti, Duas esse juris Positiones, publicum & privatum: cum Ausonius in Duodecim Tabulis reperiat jus triplex: privatum, publicum, & sacrum. verba Ausonii *d. Edyll.* XI.

Jus triplex, Tabulæ quod ter sanxere quaternæ.
Sacrum, privatum, populi commune quod usquam est.

Nulla plane contradictio est: Ulpianus enim, faciens jus duplex, privatum & publicum, sub publico etiam sacrum complectitur: ut ex ejus verbis intelligi potest. ita perinde est; ac si dicat, jus esse vel privatum, vel publicum; & hoc rursus vel in specie publicum, vel sacrum. id vero quid est? nisi quod Ausonius dicit, jus esse triplex, privatum, publicum, & sacrum.

CA-

CAPUT XXII.

Paulus correctus lib. 3. *Sentent. tit.* 6. §. 31.

Verba Pauli sunt *lib.* 3. *Sentent. tit.* 6. §. 31.
Rei mutatione amittitur usufructus. si domus legata incendio conflagraverit, aut ruina perierit, licet postea restituatur.
Si hæc videtur Pauli scriptura, non servavit Paulus verborum proprietatem: cur enim facit mentionem legatæ domus. cum tractet quæstionem de legato usufructu? nam domus non usumfructum, sed proprietatem, significat. ita non recte dicitur legata domus cujus legatus sit usufructus. nec aptius dicitur mutatione rei amitti usufructus, si domus legata incendio conflagraverit, aut ruina perierit: igitur, nisi intercedat quis doctior, scribam: *Rei mutatione amittitur usufructus, si* domus *incendio conflagraverit aut ruina perierit.* Eo modo Justinianus §. 3. *Inst. de usufructu; Constat*, inquiens, *si* ædes *incendio consumptæ fuerint, vel etiam terræ motu, vel vitio suo corruerint, exstingui usumfructum.* Cogitavi quoque, an possit restitui: *si domus usf. lg. incendio conflagraverit:* id est, *si* domus, usufructu legato, *conflagraverit.* quomodo fere Ulpianus *l.* 5. §. 2. *D. Quibus modis ususfructus vel usus amittitur*, ait, *Rei mutatione interire usumfructum placet: veluti* usufructus *mihi* ædium *legatus est.* ædes *corruerunt vel exustæ sunt.*

CAPUT XXIII.

Imp. Gordianum l. 4. *C. de pactis conventis tam super dote. probabiliter corrigi ab Antonio Mureto; sed ejus speciem ab eo imperite concipi: temere explosa Accursii sententia, apta & idonea.*

Imp. Gordiani verba sunt in *l.* 4. *C. de pactis conventis tam super dote.*
Pactum dotale quo matrem convenisse cum patre tuo proponis, Ut, si in matrimonio decessisset, tibi & fratribus tuis dos restitueretur: *si stipulatio ex persona vestra, cum in potestate patris constituti non essetis minus legitima intercessit, defuncta ea in matrimonio, actionem vobis quærere non potuit.* [*Sed*] *si obligatione verborum rite intercedente, dotis petitionem habere potuisti, maxime si adhuc vinculis potestatis patriæ non attigeris, petitionem exequi non probiberis.*
Sic editur, *Vinculis potestatis patriæ attigeris.* est ubi legitur, *attingeris.* mihi probabilis est conjectura Antonii Mureti, Viri Clarissimi, *lib. sing. Observ. juris c.* 6. emendantis, *attineris:* ut in illo Taciti, *lib.* 13. *Annal. c.* 27. *Vinculo servitutis attineri.* cæterum ut Mureti lectionem laudo: ita minus probo litem quam Accursio movet de Rescripti specie. veram enim formavit Accursius: illamque Muretus injuria damnat: substituta de suo alia, ab usu temporis Gordiani longe remota. id ostendam evidenter: si primum ei pro Accursio respondero.
Accursius, ut inveniat Rescripti sensum, duo supponit: primum putat, dotem marito datam esse a muliere, constante matrimonio. idque fieri posse, intelligitur ex *l.* 7. §. 3. *D. de jure dotium*, & §. 3. *Inst. de donationibus.* deinde fingit, emancipatos fuisse filios quibus mater, cum marito daret dotem, eam reddi pacta est. hoc vero & Græcis incidit, *Basilic. lib.* 29. *tit.* 5. *pag.* 695. & *seq. tom.* 4. neque Rescripti verbis repugnat. Muretus tamen præ se fert, utrumque esse commentitium ac nugatorium: causatus, quod si jam emancipati a patre forent filii, non fuit, cur in extrema Rescripti parte ab Imperatore addatur, *Maxime si adhuc vinculis potestatis patriæ non attingeris*, vel *attineris.* Sed nihil agit Muretus. quis enim miretur sapiens & juris intelligens, filium a patre emancipatum, in patris potestatem recidere? Instat ille, vix hoc fieri posse; & esse absurdum, talia comminisci. Verum quid vetat, hoc arrogatione fieri; indice præsertim Ulpiano? nisi Mureto tam sordidus videtur Ulpianus, quam ab eo minus modeste dicitur Accursius. at Ulpianus *l.* 8. §. 7. *D. de bonorum possessione contra tabulas* ita scribit, *Si quis emancipatum filium exberedaverit, eumque postea adrogaverit.* Et *l.* 12. *D. de adoptionibus, Qui liberatus est patria potestate, is postea in potestatem boneste reverti non potest, nisi adoptione.* Modestinus quoque *l.* 41. *D. eod. tit.* quæ est ex lib. 2. Regularum, *Si*, inquit, *pater filium ex quo nepos illi est in potestate, emancipaverit, & postea eum adoptaverit: mortuo eo, nepos in patris non revertitur potestatem. Nec is nepos in patris revertitur potestatem, quem avus retinuerit filio dato in adoptionem, quem denuo readoptaverit.* Retinenda igitur omni modo est Accursii species a Rescripti verbis, & juris ratione minime aliena: etsi a Mureto indecore explodatur. Græci certe in Basilicis non aliter senserunt, Rescriptum sic transferentes, Fabroto interprete. *Si mulier cum marito convenerit, ut morte ejus soluto matrimonio dotem communibus liberis restitueret: si quidem jam filii nati erant, & sui juris effecti a patre suo stipulati sunt: ex stipulatu babuerunt actionem. sin autem cum essent sui juris, stipulati non sunt, aut erant in potestate: adversus patrem nullam babent actionem: neque enim ex pacto alieno quis actionem adquirit: neque filius qui in potestate est, recte a patre stipulatur.* Satis dixi pro Accursio.
Examinemus nunc Mureti speciem. quam ille ait veram esse, & omnem scrupulum eximere. Mulier, inquit Muretus, nuptura ei ex quo jam antea naturales liberos susceperat, in danda dote pacta est, si in matrimonio decessisset, eam filiis communibus restitutum iri. postea, nupsit, atque eo modo liberi qui prius non erant in patris potestate, in ea esse cœperunt; moritur mater. quæritur, an filii adversus patrem habeant actionem ad dotem repetendam? respondet Imperator, Si minus intercesserit legitima stipulatio ex persona ipsorum: id est: nisi ipsimet sint a patre stipulati, dotem eo casu restitutum iri: (quod facere poterant, cum non essent in ejus potestate) non esse eos ex materno pacto habituros actionem. sed si interposita ex ipsorum parte est stipulatio, maxime, id est, ita demum, eos habere actionem adversus patrem, si jam ex illius potestate exierint. nam si adhuc in potestate sint, nemini dubium est inter eos & pa-

patrem judicium constare non posse. Sic Muretus. Sed blanditur sibi: non enim probanda sunt quæ dicit. primum, Rescripti verba consideremus, Murete: te enim alloquar. ubi dicitur mulier ante, quam nupsit, ex viro liberos suscepisse; aut ubi mentio naturalium filiorum? deinde quis te docuit, naturales liberos qui non erant in patris naturalis potestate, ob insecutum ejus matrimonium cum eorum matre, esse hic in patris potestate cœpisse? non enim ignorare te præclara tua sinit eruditio, servandam interpretaturo leges veteres omnimodo esse historiam Jurisprudentiæ, non uno die de cœlo lapsæ more imbris, sed incrementa sua paulatim sortitæ ex usu hominum & temporum opportunitate. adeo si veram sequimur rationem. quid restat, Murete? nisi, ut quæ vertuntur in hoc Gordiani Rescripto, exigamus ad mores temporis Gordiani. atqui id quod dicis, nulli tum in mentem venit nato homini. quid, si nec potuit venire? nondum cognita legitimatione per subsequens matrimonium. primus eam formam, nisi fallor, introduxit Constantinus; & abrogatam deinde a Zenone restituit atque absolvit tandem Justinianus *l.* 5. *l.* 10. *l.* 11. *C. de naturalibus liberis*, *&* *Novell.* 89. Qui igitur potuit Gordiani tempore cogitari de legitimatione per matrimonium, eo Principe adhuc incognita, & sub Constantino demum inventa? Sed manifestus erroris est Muretus, immeritoque reprehenditur ab eo Accursius.

CAPUT XXIV.

Gordianus emendatus l. 6. C. de solutionibus & liberationibus.

Quid vult Imperator Gordianus *l.* 6. *C. de solutionibus & liberationibus*, sic rescribens Alexandro?

Si inter patrem tuum eosque quos debitores esse dicebas, non de dubia lite transactio facta est, sed parte tantummodo recuperata, universum se recepisse cavit, nec de superfluo eos quos verbis obligavit, per acceptilationem liberavit, nec donationis causa id factum est, exuberantis debiti integra ei repetitio competit.

Meo judicio, una peccat litera. pro, *nec donationis causa id factum est*, puto, *nec donationis causa id pactum est.* Ita mutata litera, facilis fit sensus, usque adhuc incommodus. nempe pater Alexandri ad quem rescriptum est, recuperata a debitoribus parte debiti, cavit, sive professus est in apocha, universum se recepisse debitum. idem deinde vult petere reliquum. rogat Alexander Gordianum per Libellum, an ejus patri competat exuberantis debiti integra repetitio? rescribit Imperator, competere: si non de reliquo debito, cum de eo dubia lis esset, sit transactio interposita; aut alioquin id non sit a patre gratis remissum per acceptilationem, perve nudum pactum donationis causa. sic censeo; nec opus demonstratione: liquet.

CAPUT XXV.

Emendatio l. 12. C. de rei vindicatione.

Impp. Diocletiani & Maximiani verba sunt in *l.* 12. *C. de rei vindicatione.*

Incivile atque inusitatum est, quod postulas, ut mancipium, quod tradidisti, & eo modo dominium ejus transtulisti, invito eo, ex nostro Rescripto tibi assignetur. Unde intelligis, ancillæ semel emptoris factæ filios etiam postea natos, ejus dominium sequi, cujus mater eorum eo tempore fuerit. Sane de pretio, si non hoc ante probatum fuerit te recepisse, conveni adversarium tuum.

Quid denuntiant verba, *invito eo*, quo spectant? sine dubio ad traditum mancipium. sic vero est inconditus sensus atque insipidus: supervacuo, ut stet vel irrita sit venditio, venditi mancipii consensu. cogitavi igitur, an præstet legi. *Incivile atque inusitatum est, quod postulas, ut mancipium quod tradidisti, invito emp.* (vel forte, *ep.*) *ex nostro Rescripto tibi assignetur.* Siglo hoc, *emp.* apud Veteres *emptor* designatur: auctore Valerio Probo, *Notis Veterum.* eo ex Siglo pro *emptore* facile surrepsit *eo.* Sic divinaveram: cum post deinde in Notis marginalibus Ludovici Charondæ, V. Cl. positum reperi integris literis *emptore*: nescio, utrum ab ejus ingenio, an ex manuscripto libro: nil enim additur. Æque venuste conjecerim, *invito ero*: id est, invito mancipii hero, seu domino. quæstio enim *d. l.* 12. est de voluntate non mancipii, sed domini: quem non minus *erum*, quam *herum* dixerunt Veteres. ea ratione in *l.* 11. §. 6. *D. Ad legem Aquiliam* Florentiæ extat *Legis autem Aquiliæ actio ero competit*, *hoc est domino.* Hoc exemplo cum esset in *d. l.* 12. scribendum *ero*, proclivis fuit error Librarii, scribentis *eo.* Est similis lapsus in hoc Ulpiani ex *l.* 23. §. 3. *D. eod. tit.* *Idem Julianus scribit, æstimationem hominis occisi ad id tempus referri, quo plurimi in eo anno fuit, & ideo & si pretioso pictori pollex fuerit præcisus, & intra annum quo præcideretur, fuerit occisus, posse* [eum] *Aquilia agere: pretioque eo æstimandum, quanti fuit prius, quam artem cum pollice amisisset.* Sic Florentiæ editur pessimo sensu. at erit optimus: emendantibus, *posse* erum *Aquilia agere*: id est, posse occisi servi herum seu dominum Aquilia agere. quod felicissime animadvertisse Jacobum Cujacium, *lib.* 27. *Observ. c.* XI. jam indicavi, *lib. sing. Ad legem Aquiliam c.* XII. Non ignoro, verba, *ipsum* & *ipsam* pro *hero* & *hera* dici a servis, voces eas usurpantibus loco propriorum nominum; idque notasse Isaacum Casaubonum, Notis ad Theophrasti *Characteres ethicos*, *pag.* 39. ex Plauto & Terentio. eoque exemplo, mea opinione, Apollo sic ait, apud Ovidium *lib.* 2. *Metamorph. fab.* 5.

Quilibet alter agat portantes lumina currus.
Si nemo est, omnesque Dei non posse fatentur,
Ipse agat.

Ipse est, Jupiter Deorum rex & dominus. At is usus etsi in vocibus, *ipse* & *ipsa*, sit: in *eo* & *ea*, quantum scio, non apparet: ac si appareret, ad Jurisconsultos aut Imperatores non pertineret.

CAPUT XXVI.

Callistratus restitutus l. 27. §. 1. D. de pœnis.

Callistrati verba *l.* 27. §. 1. *D. de pœnis.*

De Decurionibus & Principalibus civitatium qui capitale admiserint, Mandatis cavetur, Ut si quis [id] admisisse videatur propter quod relegandus extra provinciam in insulam sit: Imperatori scribatur adjecta sententia a Præside.

Vellicant me hæc Callistrati verba. est enim sermo de Decurionibus & Principalibus civitatium, qui admiserint capitale crimen. tale vero est, cujus pœna est mors naturalis, aut exilium: id est, in insulam deportatio quæ mors civilis habetur. cæteræ pœnæ ad existimationem, non ad capitis periculum pertinent: veluti relegatio ad tempus, vel in perpetuum, vel in insulam. ipse sic Callistratus *l.* 28. *pr.* & § 1. *D. eod. tit.* Non igitur servit ejus proposito quod sequitur; *Ut si quis id admisisse videatur propter quod relegandus extra provinciam in insulam sit.* Sed videamus, ne ei sic aptari possit. *De Decurionibus & Principalibus civitatium qui capitale admiserint, Mandatis cavetur, aut si quis [id] admisisse videatur propter quod relegandus extra provinciam in insulam sit: Imperatori scribatur adjecta sententia a Præside.* Sic lego, *aut si quis:* cum edatur hactenus, *ut si quis.* causam vitio dedit Σύγχυσις in verbis *Mandatis cavetur*, quæ verba e commate suo sunt trajecta in aliud. sic enim scribendum fuit; volentibus evitare Σύγχυσιν. *De Decurionibus & Principalibus civitatium qui capitale admiserint*, aut *si quis [id] admisisse videatur propter quod relegandus extra Provinciam in insulam sit*, Mandatis cavetur: *Imperatori scribatur adjecta sententia a Præside.* Sed malim ego Σύγχυσιν, etsi duram, explicatione adjuvare, quam correctione expungere: quia in eam consentiunt omnes libri; & est frequens Veteribus: ut aliquot exemplis observavit Vossius, *lib.* 4. *Inst. Orat. c.* 1. *ad fin.* & ante eum Alciatus, *lib.* 10. *Parerg. c.* XI. ut ut erit; subaudienda apud Callistratum est vocula, *ut:* quam sæpe subintelligi in sermone omissam, notum est, & notavit Franciscus Sanctius, *Minerva lib.* 4. *c.* 7. *De Ellipsi.* Ita Callistrati sensus; Mandatis caveri; ne Decuriones & Principales civitatium, si admiserint crimen capitale, (hoc est, dignum morte aut deportatione) aliudve ob quod extra provinciam relegandi sint in insulam, a Præside puniantur, antequam Imperatori scribatur, & ab eo sententia confirmetur. Sic censeo; atque amplius, non tractare Callistratum de genere pœnæ, a Præside infligendæ Decurionibus & Principalibus civitatium: sed de modo quo in pœna capitali, aut alia illis infligenda Præses uti debeat: hoc est, utrum possit eos punire statim, ac damnati sint; an primum debeat de pœna scribere ad Principem. Eodemque pergit hoc Callistrati §. 2. *d. l.* 27. *Alio quoque capite Mandatorum in hæc verba cavetur: Si qui ex principalibus alicujus civitatis latrocinium fecerint, aliudve quod facinus, ut capitalem pœnam meruisse videantur, commiserint: vinctos eos custodies, & mihi scribes, & adjicies, quid quisque commiserit.*

CAPUT XXVII.

Venditorem fundi in quo erat sepulchrum, si in contrahenda venditione non excepisset iter ad sepulchrum, post traditum fundum, Ciceronis & Labeonis tempore non habuisse iter ad sepulchrum. sed ab hoc jure deinde moribus esse recessum. Pomponii sensus & lectio l. 5. D. de sepulchro violato.

Vix dubito, ita fuisse aliquando Jure Civili observatum: ut venditor fundi in quo erat sepulchrum, nisi in contrahenda venditione nominatim pactus esset, ut sibi liceret per fundum ire sepulturæ causa, deinde iter ad sepulchrum non haberet. Ex hoc jure Cicero, *Pro S. Roscio Amerino cap.* 9. *Multa*, inquit, *simul ante oculos versabantur: mors hominis florentissimi, Sex. Roscii, crudelissima: filii autem ejus egestas indignissima, cui de tanto patrimonio prædo iste nefarius ne iter quidem ad sepulchrum patrium reliquisset.* Ciceroni accedit Labeo *l.* 53. §. 1. *D. de actionibus empti & venditi:* sic scribens. *Si eum fundum vendidisti, in quo sepulchrum habuisti, nec nominatim tibi sepulchrum excepisti: parum habes eo nomine cautum.* Labeonis sensus est, Si vendidisti fundum in quo erat sepulchrum: tum, si excepisti tibi sepulchrum; & sepulchrum retines, quia id excepisti; & iter ad sepulchrum, quia alioquin nulla foret causa aut utilitas excepti sepulchri *l.* 10. *D. de religiosis.* sed si cum fundum venderes, non excepisti tibi sepulchrum: retines quidem sepulchrum, quia a te non est venditum, etsi non sit exceptum: sed iter ad sepulchrum non retines, quia ubi vendidisti fundum, neque sepulchrum excepisti, non potest exceptum videri iter ad sepulchrum: cujus non est facta in venditione mentio. Recte igitur Labeo, *Si non nominatim tibi sepulchrum excepisti: parum habes eo nomine cautum.* Et tamen id interdum aliter se habere Civili Jure, animadvertit Paulus, Notis ad Labeonem; his verbis *d. l.* 53. §. 1. *Minime, si modo in sepulchrum iter publicum transit.* Optime: nam si id fit: licet tibi ad sepulchrum transire itinere publico. quod si non fit; ut Labeo ait, *parum habes eo nomine cautum.* At quod Ciceronis & Labeonis tempore non obtinuit juris regulis, deinde adversus eas esse consuetudine receptum, auctorem habeo Pomponium *l.* 5. *D. de sepulchro violato*; modo bene accipiantur ejus verba. nam sunt molestissima Doctissimis Viris. Pomponii verba sunt.

Utimur eo jure, ut dominis fundorum in quibus sepulchra fecerint, etiam post venditos fundos adeundorum sepulchrorum sit jus. legibus namque prædiorum vendundorum cavetur, Ut ad sepulchra quæ in fundis sunt, iter eis aditus, ambitus, funeris faciendi sit.

Pomponii sensus est, Quod dominis fundorum in quibus sepulchra fecerint, ex regulis juris, etiam post venditos fundos, non est jus adeundorum sepulchrorum. sed adversus eas regulas est usu receptum: (hoc enim volunt hæc verba,

ba, *eo jure utimur*; ut pluribus ostendi *lib.* I. *Probabilium c.* 2. & 3.) ut fundorum dominis etiam post venditos fundos sit jus adeundorum sepulchrorum. Qua ratione? ait Pomponius, *Quia legibus prædiorum vendundorum cavetur: Ut ad sepulcbra quæ in fundis sunt, iter eis aditus, ambitus, funeris faciendi sit.* Pomponius per *leges prædiorum vendundorum* non significat leges publice latas de forma vendundorum prædiorum, quod video aliquos existimare: sed pacta seu conventa prædiorum venditioni privatim a venditore adjecta: ut *Lex* sæpe accipitur, *l.* 77. *l.* 22. *pr. l.* 40. *pr.* & §. 1. *D. de contrabenda emptione*; etiam apud Catonem, *De re rustica, c.* 146. 147. 148. 149. & 150. Est igitur Pomponii sensus, quia pactis prædiorum vendundorum cavetur, id est, quia his pactis plerumque cavetur, vel quia his caveri solet; ut ad sepulchra quæ in fundis sunt, iter eis aditus, ambitus funeris faciendi sit. porro quod est moris & consuetudinis, etsi adjectum non sit, in bonæ fidei judicio pro adjecto habetur: simili collectione qua Ulpianus *l.* 31. §. 20. *D. de Ædilitio Edicto, Quia*, inquit, *assidua est duplæ stipulatio, idcirco placuit, etiam ex empto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat: ea enim quæ sunt moris & consuetudinis, in bonæ fidei judiciis debent venire.* Possent hæc sufficere ad intellectum *d. l.* 5. nisi variaret ejus lectio in libris manu scriptis. nam in plerisque est, *iter eis, aditus, ambitus funeri faciendi sit.* in Pandectis autem Florentinis editur a Taurellio, *iter ejus aditus, ambitus, funeri faciendi sit.* Ex quo Jacobus Cujacius, *lib.* 13. *Observ. c.* 36. facit *iter & jus aditus.* Sed scribo, *eis iter, aditus, ambitus, funeris faciendi sit*: vel ita: *eIuS aditus, ambitus, funeris faciendi sit.* Quod valet, *eis jus aditus, ambitus, funeris faciendi sit.* Est autem *eis*, eis sepulchris. nam sepulchris deberi iter, docet Paulus *l.* 4. *D. Quemadmodum servitutes amittuntur*, & *l.* 14. §. 1. *D. de servitutibus.* Et est similis ea locutio huic Veteris Lapidis apud Gruterum, *Corpore Inscriptionum*, *pag.* 611. *Inscr.* 13. HVIC. MONVMENTO. ITER. ADITVS. AMBITVS. DEBETVR. EX. SENTENTIA. EROTIS. AVG. L. IVDICIS. Postremo dicitur in *d. l.* 5. *Eis iter, aditus, ambitus funeris faciendi sit.* Apud Accursium est, *funeris faciendi causa.* non male. nec ob id repudianda prior lectio. est enim frequens omissio verbi *causa.* at hanc quia multis jam ostendit Antonius Augustinus, *lib.* 2. *Emendat. c.* 1. *pag.* 99. & 100. non agam actum.

FINIS LIBRI II.

OBSERVATIONUM.



INDEX

INDEX CAPITUM

Utriusque libri Obſervationum.

LIBRI PRIMI.

LIBRI SECUNDI.

GERAR-

GERARDI NOODT,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

DE

FORMA EMENDANDI DOLI MALI,

IN CONTRAHENDIS NEGOTIIS ADMISSI, APUD VETERES LIBER.

EDITIO QUINTA.

Ad

Ad Virum Clarissimum & Eruditissimum,

GERARDUM NOODT,

JURISCONSULTUM,

In Academia Lugduno Batava Antecessorem,

Cum in lucem ederet librum singularem

De forma emendandi doli mali, in contrahendis negotiis admissi, apud Veteres.

NOODTI, *quo docto non exstat nomen in orbe*
Notius, o Themidis cura decusque tuæ!
Sic volo, sic jubeo, *dudum est ratio ultima Regum;*
Quot ratio Leges perdidit illa bonas!
Sic lego, *Doctorum dudum est ratio ultima, sæpe*
Sed ratio, sanæ quæ rationis eget.
Qui toties Leges Veterum, & Responsa refigunt,
Sæpe docent, quam sint Juris in Arte rudes.
Sed qui Romani corrupta volumina Juris
Emendatrici posse carere manu,
Et tot in affecto tolerari Corpore censet
Vulnera posse, bonam non amat ille fidem.
Si quis Aristarchum, Veterum nulli arte secundum,
Te negat esse, dolo non caret ille malo.
Tam docte emendas, tam scite corrigis, ut sis
Cujacii par aut proximus ingenio.
Jamque novo insignis confirmas pignore libri,
Te critico leges non temerare stilo.
Perge, Probabilium *felix inventor, & auctor,*
Judicium nobis perge probare tuum.
Tot conjecturis, Tibi quas debemus, acutis
Ipsa Probabilius nil putat esse Themis.

CORNELIUS VAN ECK,
Jurisconsultus & Antecessor.

GERAR-

GERARDI NOODT,

Jurisconsulti & Antecessoris,

DE

FORMA EMENDANDI DOLI MALI,

IN CONTRAHENDIS NEGOTIIS ADMISSI, APUD VETERES LIBER.

CAPUT I.

Dolus quid, & unde Donato? Eum dolum Veteribus esse bonum vel malum. De dolo bono Ulpiani sententia.

Ere erit, in limine Operis quod est de forma castigandi doli mali, in contrahendo admissi, paucis præmittere, quid Veteres doli mali appellatione significent. esse autem dolum a lædendo dictum, id est, a dolando, id est, minuendo, Donatus auctor est, ad Terentii Eunuchum, *act.* 3. *sc.* 3. *vs.* 9. præfatus, quod & δόλος Græce læsio dicitur: & dolones, tela quædam bellica: & dolare fabri, lignum est ascia cædere.

Sed non sufficit, scire, quid sit dolus: nisi intelligamus, quis sit malus: quia dolus est ex mediis verbis, ut venenum, tempestas, valetudo, alia, quæ capere possint duas inter se res contrarias. Illi rei testimonium dicit A. Gellius, *Noct. Attic. lib.* 12. *c.* 9. Ulpianus quoque *l.* 1. §. 3. *D. de dolo malo* observat, in Edicto de dolo malo non contentum fuisse Prætorem, *dolum* dicere, sed adjecisse *malum*: & causatur, Veteres *dolum* etiam *bonum* dixisse, & pro *solertia* hoc nomen accepisse. Ac ne quis requireret ejus exemplum doli: esse inquit, si adversus hostem latronemve machinetur. Recte: si his vim intendat, tamquam hostibus aut latronibus. quæ enim veritas debetur eis, qui rumpentes humanæ fœdus conjunctionis, humano jure pro nullis habentur? hac ratione occidere eos licet. quid ni fallere licebit? Non ita est: si cum his agatur de restituendo humani juris commercio. quæ enim ratio suadet, cum eis, tamquam hominibus, conveniri de integranda societate: ea ratio vult, eis, tamquam hominibus, præstari veritatem: sine qua non sit libertas communi hominum jure. Habes unum exemplum doli boni, quod est Ulpiani *d.* §. 3. *l.* 1. sed ne solum sit, addam alterum ex §. 2. *ejusdem loci.* Id exemplum est in his qui deserviunt, & tuentur vel sua, vel aliena: hoc est, qui dissimulant; non ut communi officiant conjunctioni; sed ut ei serio prosint. De Medicis Seneca *lib.* 6. *De benefic. c.* 15. *Quod deserviunt, quod a rebus suis avocati nobis vacant.* servire est prodesse: deservire valde prodesse: vocula *de* augente verbi significationem; perinde ut in *deposito* notat Ulpianus *l.* 1. *D. Depositi vel contra.* finge, quem per insaniam aut morbum ire se perditum: hunc veri dissimulatione deludi; ne pereat ideo, quod sua non intelligat bona; est dolus: sed communi approbatur sensu. non enim sinat ratio, ne homo perdat hominem quem potest servare: ut non æque velit, ne homo homini præstet veritatem qua eum perditurus sit. sane, ut ille apud Terentium, *Andria, act.* 1. *sc.* 1. *vers.* 115.

— — — *Si illum objurges, vitæ qui auxilium tulit:*

Quid facias illi qui dederit damnum aut malum?

Igitur jure humanæ conjunctionis (cui non minus veritatem, quam cæteras virtutes, servire æquum est) non est vitium, veri dissimulatione servare hominem, absque ea foret, vero periturum. Idem dicam, si quis dissimulatione se vel alium tuetur adversus aliquem qui non movetur legibus rationis: impediente furore, ira, aut ebrietate. ut enim hunc fallat dissimulatione: quam tamen injuriam facit ei cui non debet veritatem, communi adversam utilitati? facit igitur dissimulatio etiam hic dolum bonum: id est, a societate humanæ conjunctionis quam omnes qui se bonos justosque dici volunt, sine exceptione juvare oportet, minime alienum. At non est faciendum malum, quantumvis secuturo bono? Tamquam sapiens appellet malum quod ad communem decurrit utilitatem. erras: ratio numquam damnat humanæ studium conjunctionis. imo quod huc ducit, semper vocat bonum. ac si rem recta putamus via: quam tandem dabimus causam, cur homini ab homine debeatur veritas? nisi quod alter alteri naturali ratione, quasi tacita lege, jungitur, teneturque quadam juris societate: quæ, nisi integra atque illæsa uniuscujusque libertate de suis commodis suo arbitrio judicandi statuendique, nulla est. sit igitur ei qui rationem, id est, naturæ legem, sequi postulat, (quod omnes sine exceptione facere oportet) prima societatis, altera veri cura: nec verum quærat propter verum; sed ut veri observatione communem juvet utilitatem,

a veri negligentia minime sperabilem. quod si est, huc devenitur; ut homo homini cum quo ei sit humani juris societas, debeat veritatem; sicut ei cætera debet jura: nec alias tamen, quam si communi servitura sint utilitati: ad quam spectat humanæ jus conjunctionis. cæterum si ad perdendas magis, quam ad juvandas, res humanas pergant: quod dubium est, utrum præstet, communem sequi utilitatem cum nullius injuria, an veritatem non dicam inanem, sed ipsi cui exhibetur, aliisque noxiam & perniciosam? Aliquis dicat: Deus cujus virtutibus conformem esse hominem, quantum potest, convenit, verus est. Ut hoc concedam: quis nescit, eumdem Deum qui est verus, in primis esse humanis rebus utilem ac salutarem? nil igitur vetat, hominem quem volumus Divinas imitari virtutes, omni modo agere, ut se hominibus semper præbeat utilem, si liceat, veri professione; sin minus, ejus simulatione aut dissimulatione. Dixi de dolo bono: quantum sufficit Ulpiano.

CAPUT II.

De doli mali definitione & an aliqua Veterum circa eam fuerit dissensio. Ulpiano lux in l. 1. §. 2. D. de dolo malo.

Doli mali prolixior erit inspectio: varia ejus definitione apud Veteres. Gallus enim Aquilius apud Ciceronem, *De Officiis lib.* 3. *cap.* 14. ait, Dolum malum esse, *cum aliud agitur, aliud simulatur:* eaque definitione utitur Julius Paulus, *lib.* 1. *Sentent. tit.* 8. §. 1. At Galli auditor Servius Sulpicius *l.* 1. §. 2. *D. de dolo malo*, verbis paulo pluribus ait, *Dolum malum esse, machinationem quamdam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur, & aliud agitur.* Nec aliter Ulpianus *l.* 7. § 9. *D. de pactis*; cum, *Dolus*, inquit, *malus fit calliditate & fallacia: & ut ait Pedius, dolo malo pactum fit, quoties circumscribendi alterius causa aliud agitur; & aliud agi simulatur.* Idem tamen, quod mireris, Ulpianus *d. l.* 1 §. 2. sic scribit. *Dolum malum Servius quidem ita definit, machinationem quamdam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur & aliud agitur. Labeo autem posse & sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse & sine dolo malo aliud agi, aliud simulari: sicuti faciunt qui per ejusmodi dissimulationem deserviunt & tuentur vel sua vel aliena. Itaque ipse sic definiit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est.* Non fuere igitur Veteres in definiendo dolo malo semper eadem usi loquendi formula.

Nec tamen mea me fallit opinio, fuisse unam non modo Galli Aquilii & Servii Sulpicii, sed Labeonis quoque & Ulpiani, de dolo malo sententiam. Argumentum mihi, quod Cicero qui utrique, cum Aquilio, tum Servio, familiaris fuit, complura de doli mali definitione disseruit: sed non meminit novæ Servianæ. tantum sequitur Aquilianam; eamque ab homine definiendi perito factam attestatur *d. lib.* 3. *cap.* 14. Ne Labeo quidem *d l.* 1. §. 2. a Servii definitione recedit; minusque eam erroris convincit; etsi dubitationem quam in ea facere videbatur exempli demonstratio, plurium adjectione illustret. scilicet animadvertebat Labeo, si Serviana definitio ad definiendi leges rationesque exigeretur: facile in ea duo posse reprehendi. unum, quod sine simulatione potest agi, ut quis circumveniatur. alterum, quod sine dolo malo aliud agi, aliud simulari potest. prioris exemplum Labeo nullum adfert. cæterum alludit ad verbum, *simulare*, quod & Galli & Servii definitione continetur. id vero verbum distinguitur a *dissimulare* quod a Gallo aut Servio doli mali definitioni non est insertum. simulamus enim falsa; vera dissimulamus: ut Nonius refert *pag.* 731. Potest igitur dolus malus fieri sine simulatione: sed sine simulatione & dissimulatione fieri non potest. hæc prior Labeonis observatio. posterioris exemplum est in his qui per dissimulationem deserviunt & tuentur vel sua vel aliena. fac: Medicus ægrum decipit falso nomine: suavem appellans potum qui sit ingratus. est dissimulatio & dolus: sed non est dolus malus. non enim debet Medicus ægro veritatem ei nocituram. contra debet ei studium restituendæ salutis. hoc cum sequitur, & sanat ægrum, quamquam delusum veri dissimulatione: tamen non capit eum; injuriam certe ei nullam facit. Dicet aliquis, Servium huic dubitationi occurrere per verbum *decipiendi*: quo *capiendi* vis semper contineatur. Sed ei qui hoc censeat, opponam Titum Lucretium. Verba Lucretii ex *lib.* 1. *De rerum natura vers.* 936. hæc sunt.

Sed veluti pueris absintbia tetra medentes
Cum dare conantur, prius oras pocula circum
Contingunt mellis dulci flavoque liquore,
Ut puerorum ætas improvida ludificetur
Labrorum tenus: interea perpotet amarum
Absintbi laticem, deceptaque non capiatur.
Sed potius tali facto recreata valescat.

Sic, si aut Aquilius aut Servius usus esset vera ac propria definitione: quæ consistit ex genere & differentia. At non id egit aut hic aut ille. uterque voluit, tantum aliquam facere demonstrationem ex qua quid esset dolus malus, qualiter intelligeretur: Ita perinde erit, ac si quærat quis, Quid est dolus malus? & alius respondeat, Ut cum aliud agitur & aliud simulatur: vel verbis paulo pluribus, Dolus malus est, verbi gratia, machinatio quædam decipiendi causa, cum aliud simulatur & aliud agitur. Quam definiendi formam Veteribus familiarem fuisse, cum ex Isidoro *lib.* 2. *Originum c.* 29. *vers. Undecima*, *pag.* 881. tum ex nostris jam demonstravi olim *lib.* 1. *De jurisdictione & imperio c.* 2. & 4. Sed quid opus verbis? usum ea in proposito fuisse Aquilium, docuit me Cicero *lib.* 3. *De officiis cap.* 14. verbis tam claris, ut non possit clarioribus. Verba Ciceronis. *Nondum Aquilius collega & familiaris meus protulerat de dolo malo formulas: in quibus ipsis cum ex eo quæreretur, quid esset dolus malus, respondebat, cum esset aliud simulatum, aliud actum.* Non est igitur sic accipienda aut Aquilii aut etiam Servii definitio, quasi sit perfecta & justa, in qua nihil addi, aut demi, possit: quo casu male omissa foret dissimulatio. sed quia magis est descriptio ab exemplo, recte dicitur dolus malus esse, cum aliud simulatur & aliud agitur; nec ob id videtur aut hic, aut ille, dissimulationem in definitione exclusisse. Simili ratione Servius, cum dolum malum appellat, machinationem quamdam

dam decipiendi causa, non utique ad ægrum respicit aut similem, cujus interfit, fe decipi: nec magis fibi proponit hoftem cui ideo non debeatur veritas, quia jure belli pro nullo habetur: fed aliquem fupponit hominem cui in contrahendis tranfigendisve negotiis ad intelligendam fuam utilitatem judicii libertate opus fit: quo in cafu fi decipiatur, cum dolo malo lædi ac capi, id eft, injuria affici, veriffimum eft: quia ei jure humano & veritas debetur, & relinquenda judicii libertas eft. Sed utrumque ex hoc Ciceronis *d. lib.* 3. *cap.* 15. intelligitur. *Quod fi Aquiliana definitio vera eft, ex omni vita fimulatio diffimulatioque tollenda eft. ita nec ut emat melius, nec ut vendat, quidquam fimulabit vir bonus. Atque ifte dolus malus etiam legibus erat vindicatus: ut tutela XII. Tabulis, & circumfcriptio adolescentium lege Lætoria, & fine lege judiciis in quibus Ex fide bona agitur. reliquorum autem judiciorum hæc verba maxime excellunt, in arbitrio rei uxoriæ, Melius æquius: in fiducia, Ut inter bonos bene agier. Quid ergo aut in eo quod æquius melius eft, poteft ulla pars ineffe fraudis: aut cum dicitur, inter bonos bene agier, quidquam agi dolofe, aut malitiofe poteft? dolus autem malus fimulatione & diffimulatione, ut ait Aquilius, continetur.* Idem de Ulpiano dicam: qui quamquam in *d. l.* 1. §. 2. probet Labeonis definitionem: tamen in *d. l.* 7. §. 9. *D. de pactis* utitur ea quæ eft Pedii, atque eadem Servianæ. Ita fit mihi verofimile, & Labeonem & Ulpianum magis pertendere ad explicandam Servii mentem, quam ad refellendum aliquem ejus errorem. Atqui Ulpianus *d. l.* 1. §. 2. *Labeonis*, inquit, *fententia vera eft.* Sed non idcirco vult, Servii falfam effe. fatis intelligebat, Veteres paffim qualibus qualibus uti rerum defcriptionibus: raro accuratis & juftis definitionibus. Fuit igitur utrique, tam Ulpiano, quam Labeoni negotium, monere, captanda non effe Servii verba; fed fano fenfu accipienda. Nec eft quod offendat loquendi forma, *Labeonis fententia vera eft.* non enim eft Veteribus inufitata: & occurrit talis aut fimilis in *l. ult. D. Si fervitus vindicetur*: quæ eft ex *Labeonis lib.* 1. *Pithanon a Paulo epitomatorum.* In ea fane lege ait Labeo, *Si qua aqua nondum apparet, ejus iter ductus conftitui non poteft.* Et mox fubjicit Paulus. *Imo puto, idcirco id falfum effe, quia cedi poteft, ut aquam quæreres, & inventam ducere liceret.* Nec tamen quidquam improbat Paulus. nam eamdem effe utriusque & Labeonis & Pauli fententiam, quis felicius meliusque ipfo oftendat Paulo? atqui is in *l.* 10. *D. de fervitutibus prædiorum rufticorum* eodem prorfus ore loquentem facit Labeonem. Verba Pauli, fi quis defideret, hæc funt. *Labeo ait, talem fervitutem conftitui poffe*, ut aquam quærere, & inventam ducere liceat: *nam fi liceat, nondum ædificato* [*ædificio,*] *fervitutem conftituere, quare non æque liceat, nondum inventa aqua eamdem conftituere fervitutem? & fi, ut quærere liceat, cedere poffumus, etiam ut inventa ducatur, cedi poteft.* Expofui meam de doli mali definitione fententiam. nunc cætera exfequar.

CAPUT III.

Summos infimosque Juris Interpretes in quæftione de forma coërcendi doli mali in contrahendo admiffi, jam huc decurrere: ut exiftiment, ftricti juris contractus in quibus detegitur dolus malus, fine diftinctione valere ipfo jure, fed actione, vel exceptione, doli infirmari: in bonæ autem fidei contractibus intereffe, utrum dolus malus det contractui caufam, an in contractum incidat: illic ipfo jure nullum effe contractum: hic non effe, fed actione bonæ fidei, vel doli mali exceptione emendari. Eam doli mali diftinctionem non videri veram. nec magis conftare rationem formæ, ex ea traditæ negotiis bonæ fidei.

Sæpe quæfitum eft ab egregiis Juris interpretibus, qua ratione foleant Veteres dolum malum, in contrahendo bonæ fidei vel ftricti juris negotio admiffum, in Foro Romano expungere. Et quidem in ftricti juris contractibus fine discrimine placuit, eos valere ipfo jure; fed actione, vel exceptione, doli mali infirmari. in his autem qui bonæ fidei appellantur, itum eft in fententiam exiftimantium, duplicem venire dolum malum: alium qui contractui caufam det; alium qui in contractum incidat: illum dici, cum quis ultro non contracturus, ad contrahendum dolo malo inducitur: hunc, cum alias contracturus, circa rem, aut circa æftimationem, dolo malo circumfcribitur: illic ipfo jure nullum effe contractum, nec parere actionem, nec egere refciffione: hic valere, fed actione bonæ fidei, vel exceptione doli mali emendari.

At ea fententia, etfi jam omnium calculis recipiatur, meo probari ac retineri in republica literaria, falva Juris Civilis diligentia, non poteft. Metuo tamen, ne promptæ videatur audaciæ, hominem unum, & mediocris ingenii, nec magnæ eruditionis, abrogare fectam, tot illuftrium virorum periculo & fide a pluribus feculis fubnixam. Sed pudorem meum vincit magna ratio vindicandæ Jurisprudentiæ ab errore, non minus molefto, quam deformi. Primum mihi perfuadeo, illam celebrem doli mali diftinctionem, cum in rem præfentem venitur, nullo Veterum teftimonio liquere. ubi enim aut nota ejus aut veftigium in toto Juris Corpore? at nec caufa occurrit; imo nec color vel probabilis, quo adjuvetur. etenim fi in bonæ fidei contractibus ab initio, ut decet, quæritur bona fides qua illi maxime fuftineri dicuntur *l.* 116. *D. de regulis juris*: quidquamne eft, cur dolus malus qui in talem contractum vel circa rem vel circa æftimationem cadat, non æque, atque is qui contractui caufam det, a bona fide removeatur? nihil vero tale exftare, tam mihi certum eft, quam fimulationem, diffimulationemque, cum mera fimplicitate pugnare. hoc plus poftulo, mihi oftendi, cur magis in bonæ fidei, quam in ftricti juris, contractibus dolus alius in contractum incidere, alius ei caufam dare dicatur; aut cur ea diftinctio, fi utrique conveniat generi, non in utroque adhibeatur? cum præfertim Imperatores, Diocletianus & Maximianus, *l.* 4. *C. de obligationibus & actionibus*, cuidam Licinio fine discrimine refcribant, *Bonam fidem in contractibus confiderari, æquum effe.* Quid, fi præterea dicam, dolum qui in perficiendo contractu circa rem aut pretium confiftit, contractui caufam dare? adhuc nihil dixero a ratione alienum. quotus enim quisque dolo malo ad con-

trahendum, nisi alicujus spe utilitatis, quasi qua esca, inducitur? atque id Plautus observat, *Rudente*, *act.* 4. *sc.* 7. *vers.* 9. verbis sequentibus.

— — — In ætate hominum plurimæ
Fiunt transennæ, ubi decipiuntur dolis.
Atque ædepol in eas plerumque esca imponitur.
Quam si quis avidus poscat escam avariter,
Decipitur in transenna avaritia sua.
Ille qui consulte, docte atque astute cavet,
Diutine ei uti bene licet partum bene.

Basilius quoque, *Regulis brevioribus*, *Interrogatione* 77. *tom.* 2. *edit. Parisiens. pag.* 554. Verba. *Dolus* est, *ea quæ ad insidiandum adbibetur exquisita solertia: quotiescumque videlicet quis per simulationem alicujus boni, eo alicui perinde uti illecebra quadam objecto, quæ ad insidias pertinent, exequitur.* Licebit igitur Jurisprudentiæ, integra ejus forma, deinceps carere illa decantata non in Academiis tantum, sed in Foro quoque, fabula de distinctione doli mali qui det causam contractui bonæ fidei, & qui in eum incidat.

Nec minus temere atque inconsiderate jactatur, bonæ fidei contractum esse ipso jure nullum, cum ei causam dat dolus malus: & valere, cum in eum incidit, sed actione bonæ fidei, vel doli mali exceptione, emendari. Aut enim me decipit animus meus, aut in hoc quoque articulo aliquem audio verborum sonum, sensu nullo. De exceptione agam primum. dic, obsecro, quid verius pronuntiem ac simplicius, quam bonæ fidei contractum, ob quem incidentem in ejus ingressu dolum malum, non valere ipso jure: si volumus, eum doli mali exceptione infirmari? nimirum constat, exceptiones, quia insunt bonæ fidei judiciis, bonæ fidei contractum ipso jure evertere. Jam ubi idem dolus dicitur corrigi actione bonæ fidei: licet circumvento (sic enim in inferioribus demonstrabo) ea, si velit, a toto contractu Judicis officio discedere? hoc vero quid rei est: nisi is contractus vel sic irritus atque inutilis ipso jure habetur? nam alioquin (ut optime Symmachus, *lib.* 2. *Epist.* 87.) *Vox juris ac legum est, bonæ fidei contractum non posse rescindi.* Rursus e diverso; cum nullus esse dicitur contractus cui causam dedit dolus malus: inepti simus; si putemus, nulla prodi Juris Civilis remedia quibus ille in bonæ fidei judicio inutilis atque imperfectus declaretur: sive deceptus a deceptore conveniatur: sive ultro adversus eum experiatur. ea porro remedia quæ sunt, præter exceptionem doli mali quæ inest bonæ fidei judicio, aut actionem bonæ fidei qua de dolo actio continetur? hoc sensu Cicero, *lib.* 3. *De natura Deorum c.* 30. *Inde*, inquit, *tot judicia de fide mala, tutelæ, mandati, pro socio, fiduciæ, reliqua quæ ex empto, aut vendito, conducto, aut locato contra fidem fiunt.* Si simus inita ad Ciceronem ratione: ubi distinguit dolum malum qui incidat in contractum bonæ fidei, & qui ei præbeat causam? nusquam. ait tamen, quæ contra fidem fiunt in bonæ fidei contractibus, verbi gratia, emptione aut venditione, judiciis de fide mala, id est, actionibus bonæ fidei, ut empti aut venditi, sine discrimine expungi. Jurisconsulti quoque illi Veteres quorum hoc in Opere investigamus & mentem & usum, habent exempla in quibus dolus malus, etiam cum causam dat bonæ fidei contractui, bonæ fidei actione coërceatur. sed nec desunt apud eos documenta in quibus dolus malus bonæ fidei contractum sine distinctione infirmet ipso jure. Quod si est: putemus, sententiam illam pervulgatam Interpretum non regi Juris ratione certa & æquabili: sed vago, lubrico, & præcipite labi itinere: nec quo vestigium tuto moveat, valde discernere.

CAPUT IV.

Forma qua Veteres usi sunt in expungendo dolo malo, magis deberi subtilitati Fori Romani, quam simplicitati Juris Gentium. usu hujus Fori in judiciis stricti juris vindicatum passim non fuisse dolum ante Edictum C. Aquilii Galli: post id Edictum in his coërcitum quidem fuisse, verum Prætorio Jure.

Igitur ut distinctius certiusque intelligatur nobilis, sed perplexa, quæstio de forma castigandi doli mali, in contrahendo admissi: non præteribo silentio, quod ea quæstio minime servit simplicitati Juris Gentium, sed debetur subtilitati Fori Romani. Non utar multis: summam rem complectar. naturalis ratio qua una Jus Gentium censetur, non facit contractus alios bonæ fidei, alios stricti juris. contra putat, omnes bonæ fidei esse. idcirco in omnibus bonam desiderat fidem: quam Ambrosius *lib.* 2. *De officiis c.* 10. non minus commode, quam proprie atque ex arte, *veritatem simplicitatemque* indigitat. Ad eumdemque modum etiam Petronius eam accipit, *Satyric. c.* 101. his verbis, *Se neque scire, quid acciderit, nec ullum dolum malum consilio adbibuisse, sed mente simplicissima, & vera fide, in navigium comites induxisse.* Atque ita est: Jus Gentium bonam fidem, id est, veritatem simplicitatemque, in omnibus contractibus sine discrimine desiderat: usque adeo, ut contractum in quo non hanc reperiat, sed dolum malum, (quem Veteres præsertim simulatione aut dissimulatione alterius circumveniendi causa definiisse, supra dixi) nullius momenti esse existimet. hoc vero aliter se habet in Foro Romano: in quo contractus quidam bonæ fidei, alii stricti juris dicebantur. & in his quidem qui bonæ fidei erant, qualiscumque dolus malus non dicam humanitate damnabatur, sed Judicis officio ipso jure coërcebatur: quippe cum contrarius esset bonæ fidei; quam in his contractibus non modo ratio, sed & Jus Civile semper exegit. at in stricti juris contractibus dolus malus, etsi ratione apud bonos viros improbaretur, tamen in Foro, præterquam adjecta de dolo stipulatione, aut minore circumscripto, non magnopere vindicabatur ante Præturam C. Aquilii Galli: qui primus doli mali actionem exceptionemque in Edicto proposuit.

CAPUT V.

De forma emendandi doli mali in contractibus stricti juris ex Edicto C. Aquilii Galli. Cicero expositus, & nostrorum auctoritate firmatus.

Sed hæc quia procul dubio multis parum perspicua, pluribus falsa atque absurda videbuntur, diligentius constituenda erunt. initium sumam, a contractibus stricti juris: sponsoremque ejus quod de his dixi, dabo Ciceronem, locupletem, opinor, atque idoneum. is Cicero *lib.* 3. *De natura Deorum c.* 30. judicium de dolo malo familiari suo, C. Aquilio Gallo, palam acceptum refert verbis quæ adscripsi. *Inde everriculum malitiarum omnium, judicium de dolo malo; quod C. Aquilius familiaris noster protulit.* Nec tantum illo in loco Cicero ejus mentionem infert: sed & *lib.* 3. *De officiis cap.* 14. ibi cum narrasset, Canium equitem Romanum a quodam argentario cui Pythio nomen erat, *emisse hortulos, nomina fecisse, negotium confecisse;* (id est, hortulos emisse, emptionemque in contractum nominum transfudisse, recepto more quem Theophilus nobis refert, ad *tit. Inst. De literarum obligationibus*) deinde ait, Canium vidisse, se a Pythio esse deceptum dolo malo; & mox subjicit, *Stomachari Canius: sed quid faceret? nondum enim Aquilius collega & familiaris meus protulerat de dolo malo formulas.* Cicero significat, contractum nominum, in quem ea Canii Pythiique emptio & venditio novatione transierat, etsi esset plenus doli mali, tamen quia stricti juris erat, eo tempore Civili Jure valuisse. scilicet, quia eo dolus, quamquam apud bonos & graves viros turpis ac fœdus putaretur, tamen (nisi de dolo stipulatio intervenisset: quo casu locus est ex stipulatu actioni *l.* 1. §. 4. *D. de dolo malo*) in judicio stricti juris ideo negligebatur: quod quidquid adstringendæ obligationis est, id nisi palam verbis exprimatur, perinde quasi omissum sit, ad officium Judicis non pertinet §. *ult. Inst. de obligationibus ex consensu l.* 99. *D. de verborum obligationibus.* Hoc Civili Jure. quid Prætorio? nec eo tum poterat stricti juris contractus, ob quem dolum, a Prætore rescindi per in integrum restitutionem: nondum prodita a Gallo Aquilio actione & exceptione doli mali: quas Cicero *doli mali* formulas appellat. Sic ante Aquilii Edictum. at eo proposito, deinde contra fuisse, Cicero indigitat. Nec tamen inficior, quod & postea, si quis dolus malus intervenisse in stricti juris contractu diceretur, obtinuit: ut Civili Jure valeret contractus, & obligationem actionemque produceret. non enim Civili Juri erat curæ bona fides in judicio stricti juris: (nisi, ut dixi, interposita stipulatione, Dolum malum abesse, abfuturumque esse) nec poterat Aquilius suo Edicto Populi jus abrogare, neque nullam dicere obligationem quæ moribus rata habebatur. adhuc igitur poterat ex ea obligatione actio peti subtili jure. quamquam Prætor, motus æquitate Edicti Aquiliani, ita jus dicebat: ut, cum actori Civili Jure daret actionem, reo contra accusanti ejus dolum malum, doli exceptionem permitteret *l* 36. *D. de verborum obligationibus. l.* 5. *C. de inutilibus stipulationibus.* qua impetrata, deinde si ad litis eventum respiceretur: nil interesset, utrum actor nullam haberet actionem ipso jure, an haberet eam quæ per exceptionem eliderctur *l* 112. *D. de regulis juris l.* 3. §. 1. *D. de pecunia constituta.* manebat tamen, quoad agendi modum, differentia, atque insignis, utrum nulla ipso jure esset actio, an esset quæ Prætoria exceptione tolleretur. nam si nulla esset Civili Jure actio; vel fuisset, sed desiisset esse: sufficiebat, reum in jure apud Prætorem, ubi ab actore conveniebatur, inficiari debitum. tum enim nisi in judicio Judici ab actore probaretur, esse sibi actionem Civili Jure adversus reum: vel si a reo demonstraretur, esse eam desiisse ipso jure: a Judice absolvebatur reus, permittente formula: quod non pareret, reum actori secundum regulas Juris debere. Sic, si nulla esset Civili Jure obligatio *l.* 9. *C. de exceptionibus.* at si valeret, sed demum per exceptionem Jure Prætorio infirmaretur: oportebat reum aliter se defendere. nam ubi actor is qui erat dolo malo stipulatus, in jure postulabat a Prætore, sibi dari actionem & Judicem, eique puram præscribi formulam, scilicet, Si paret, reum dare facere oportere ex stipulatu, condemna: statim debebat reus ei objicere exceptionem doli mali; non quidem in rem, sed ut specialiter de actoris dolo quereretur: simul debebat a Prætore petere, eam exceptionem inferi formulæ: hoc ferme modo, Si in ea re nihil actoris dolo malo factum esset *l.* 2. §. 1. *D. de doli mali exceptione.* quod si fecisset Prætor: erat reo jus, eam exceptionem deinde in judicio apud Judicem probare suo ordine: Judex autem probatam admittere poterat *l.* 8. & 9. *C. de exceptionibus.* sin in jure omissa esset apud Prætorem; deinde reus eam apud Judicem in judicio, quamvis ante sententiam, sero, ideoque frustra, & objiciebat & probabat: non aliam ob causam, quam quia formula quam Prætor Judici commendaverat, ejus notioni finem posuerat: æquitas certe exceptionis quæ extra formulam erat, ei commissa a Prætore non erat. ita reus, quia liquebat, eum teneri Civili Jure, quamquam inique, tamen a Judice (qui jussus erat, judicare, an reum Jure Civili dare facere ex stipulatu oporteret; non, an æquum bonum esset, eum ex stipulatu dare facere, demonstrato actoris dolo malo) sine ulla religione condemnabatur.

Atque hoc jus erat; si reus, re integra, a stipulatore conveniretur. Quid, si res desiisset esse integra? finge, eam non promissam modo esse, sed traditam quoque. erat læsus qui rem tradiderat: sed quis erat exceptioni locus non agente stipulatore? igitur hic succurrebat Prætor læso actione de dolo malo: quam C. Aquilius ei, si alia actio non esset, id est, (ut Ulpianus interpretatur) si res ei ad quem pertinet, alio modo salva esse non posset, intra annum utilem, (quem Imp. Constantinus in *l. ult. C. de dolo malo* convertit in biennium continuum) causa cognita promisit *l.* 1. §. 1. *cum seqq. item l.* 7. *D. de dolo malo.* Ad quid? ut quod factum esset dolo, Judicis arbitrio restitueretur: ac nisi fieret restitutio, sequeretur condemnatio, quanti ea res ab actore jurejurando in litem æstimata esset *l.* 18. *D. eod. tit.* Nec tamen hoc semper observat Prætor. quid enim, si manifestum esset, rem non posse restitui: vel quia periit, ut si servus defunctus sit: vel quod lis tempore sit extincta, vel si servus libertatem manumissione aut sententia acceperit? non jam potest res re-

ſtitui: nec opus Judicis arbitrio quo jubeatur res reſtitui; ſed protinus debet reus condemnari in id quod interſit actoris *l.* 18. §. 1. *&* 4. *item l.* 24. *D. eod. tit.* Sic fere in eo qui egit dolo malo, edixit Prætor. at in heredem eatenus daturum ſe actionem pollicetur; quatenus ad eum pervenerit, dolove malo ejus factum eſt, quo minus perveniret *l.* 26. *&* *l.* 27. *D. d. t.* neque videtur Prætor hic addidiſſe, cauſa cognita. ita obſervat Ulpianus, neque cauſæ cognitionem in heredis perſona eſſe neceſſariam *l.* 30. *D. d. t.* Paulus quoque *l.* 29. *D. d. t.* refert, Sabinum putare, heredem calculi ratione potius, quam maleficii, conveniri; ideoque in perpetuum teneri oportere: nempe, ne ex alieno damno lucretur. cui conveniens eſſe, Gajus cenſet *l.* 28. *D. eod. tit.* ut & in ipſo qui dolo malo commiſerit, in id quod locupletior eſſet, perpetuo danda eſſet in factum actio. Sed apparet, quod bona fides in ſtricti juris contractibus demum cœpit ex Aquilii Edicto deſiderari: cum ante nulla eſſet neceſſaria Civili Jure: niſi facta de dolo ſtipulatione. etiam apparet, quod ſtricti Juris contractus in quo liqueret dolus malus, ante Aquilii Edictum utroque valeret jure, & Civili, & Prætorio: poſt Aquilii autem Edictum Civili quidem Jure valebat, ſed Prætorio reſcindebatur vel exceptione vel actione doli mali. nec tamen alias, quam ſi actor aut reus deſignaſſet, quid & cujus dolo malo factum eſſet *l.* 15. *&* *l.* 16. *D. de dolo malo. l.* 2. §. 1. *D. de exceptione doli mali:* & de dolo actionem aut exceptionem, cauſa cognita, a Prætore impetraſſet. Illud quoque obſervandum, quod non ſicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore circumſcribitur. nam hæc perpetuo competit: cum actor quidem in ſua poteſtate habeat, quando ſuo utatur jure: is autem cum quo agitur, non habeat poteſtatem, quando conveniatur *l.* 5. §. 6. *D. eod. tit.* Non magis diſſimulandum, quod, ſi quis ſine cauſa ab aliquo fuerit ſtipulatus, deinde ex ea ſtipulatione experiatur: exceptio utique doli mali ei nocebit. licet enim eo tempore quo ſtipulabatur, nihil dolo malo admiſerit: tamen dicendum eſt, eum, cum litem conteſtatur, dolo facere, qui perſeveret ex ea ſtipulatione petere *d. l.* 2. §. 3. *D. eod. tit. l.* 36. *D. de verborum obligationibus.*

CAPUT VI.

Varro declaratus notabili & difficili loco.

Hac occaſione fas mihi ſit, aliquam, ſi poſſim, lucem affundere pulchro, ſed obſcuro loco Marci Terentii Varronis *lib.* 5. *De lingua Latina pag.* 41. cujus appoſui verba: ſunt autem hæc. *Qui ſpoponderat filiam, deſpondiſſe dicebatur: quod de ſponte ejus, id eſt, voluntate exierat. Non enim ſi volebat, dabat, quod ſponſu erat alligatus. Nam in comœdiis vides dici, ſponden' tuam gnatam filio uxorem meo? quod tum & prætorium jus ad legem, & cenſorium judicium ad æquum æſtimabatur.* Et paulo poſt. *Itaque qui ad id quod rogatur, non dicit; non reſpondet: ut non reſpondet ille ſtatim, qui dixit, ſpondeo, ſi jocandi cauſa dixit, neque agi poteſt cum eo ex ſponſu. Ita quiſquis dicit in tragœdia, Meminiſtin' te deſpondere mihi gnatam tuam? quod ſine ſponte ſua dixit, cum eo agi non poteſt ex ſponſu.* Ut intelligatur difficilis locus; obſervandum eſt, quod ut ex ſponſu quis Civili Jure obligaretur, ſufficiebat, eum ad interrogata reſpondiſſe: nec intererat, utrum ſerio reſpondiſſet, an per jocum. erat enim ſtipulatori utraque in ſpecie jus, a Prætore petere ex ſtipulatu actionem: nec in more erat Prætori, eam denegare; aut ei addere exceptionem: non propoſito adhuc Edicto de formulis doli mali. ita fiebat, ut ex ſponſu conventus promiſſor apud Judicem a Prætore datum, quamvis per jocum reſpondiſſet interroganti, tamen ſine ulla Judicis religione condemnaretur. Atqui hoc humanitas atque officium non patiebatur. quis negat? ſed de officiis non apud Prætorem, nec apud Judicem ab eo datum quærebatur, maxime in judiciis ſtricti juris: ſed apud Cenſorem. erat enim alteri commendata juris legumque executio: alteri non ea commiſſa erat: ſed morum cenſura & caſtigatio: ut ille clamat apud A. Gellium, *lib.* 14. *Noct. Attic. c.* 2. ac vere & commode Perſius, *ſat.* 5. *verſ.* 93.

Non Prætoris erat, ſtultis dare tenuia rerum
Officia, atque uſum rapidæ permittere vitæ.

Quid multa? clare Plautus, *Pſeudolo, act.* 4. *ſc.* 7. *verſ.* 126.

Auferetur id præmium a me quod promiſi per jocum?

Nec Plautus tantum, ſed Varro quoque ſequentibus verbis. *Qui ſpoponderat filiam, deſpondiſſe dicebatur, quod de ſponte ejus, id eſt, voluntate exierat. non enim ſi volebat, dabat, quod ſponſu erat alligatus.* Senſus, Si nolebat, dabat tamen: id eſt, tenebatur tamen actione ex ſtipulatu dare: idcirco quod Civili Jure ſufficeret, promiſſionem de promittentis ſponte eſſe profectam: denique, quod apud Prætorem de jure; non, ut apud Cenſorem, de æquo ageretur. Nolo, hic meam ſequaris fidem. interceſſore utar Varrone: is ſic pergit. *Nam in comœdiis vides dici, Sponden' tuam gnatam filio uxorem meo? quod tum prætorium jus ad legem, & cenſorium judicium ad æquum æſtimabatur.* Quid Varro? vult, Prætores olim legibus, Cenſores æquitati ſerviiſſe: igitur Prætores tum, ſi quis per jocum reſpondiſſet interroganti, jus ex legibus dixiſſe; etſi æquitas reſiſteret: tantum quia ſponſor ſponte locutus diceretur; idque legibus ſufficeret. addit Varro joci exemplum: ut ſi quis in comœdia ſpondeat. Ita olim fuit. at deinde & Prætor cœpit de ſponſu ſic jus dicere: ut, ſi jocandi cauſa dictum eſſet, ſpondeo, daret quidem actionem Civili Jure: verum adderet exceptionem; eaque oppoſita, obligatio per jocum contracta, etſi Civili Jure valeret, tamen Prætorio Jure pro nulla haberetur. Atque hoc præſertim invaluit poſt introductas ab Aquilio de dolo malo formulas: ſcilicet, ne cui dolus ſuus per occaſionem Juris Civilis prodeſſet contra naturalem æquitatem *l.* 1. §. 1. *D. de exceptione doli mali.* Obtinuit vero ea exceptio, non modo ſi quis cum aliter eum conveniſſet obligari, aliter per machinationem obligatus eſſet; ſed & ſi nullus ſtipulantis dolus interceſſiſſet; verum ipſa res in ſe dolum haberet: ut ſi ſine

causa stipulatus sit, & deinde ex ea stipulatione experiatur. nam etsi ab initio nihil dolo malo admiserit; cum tamen litem contestatur, dolo facit qui perseverat, ex ea stipulatione petere *l.* 2. §. 3. *D. eod. tit.* & *l.* 46. *D. de verborum obligationibus.* Et hoc Varro vult; cum subjicit, *Itaque qui ad id quod rogatur, non dicit, non respondet, ut non respondet ille statim qui dixit, spondeo, si jocandi causa dixit, neque agi potest cum eo ex sponsu. itaque quisquis dicit in tragœdia. Meministine te despondere mihi gnatam tuam? quod sine sponte sua dixit, cum eo agi non potest ex sponsu.* Quod Varro in fine dicit, *cum eo agi non posse ex sponsu;* de effectu accipiendum est: quia opposita doli mali exceptione fit, ut nihil intersit, utrum quis ab initio non habeat actionem; an habeat, sed ea per exceptionem infirmetur *l.* 112. *D. de regulis juris.* atque eo quoque sensu accipi debet Paulus *l.* 3. §. *ult. D. de obligationibus & actionibus.* Satis dixi de forma castigandi doli mali in contractibus stricti juris.

Caput VII.

Bonæ fidei contractus, ob qualemcumque dolum malum, in contrahendo admissum ab aliquo contrahentium, inter eos fuisse ipso jure imperfectos atque inutiles: neque indiguisse ulla Galli Aquilii, aut alius Prætoris providentia. Cicero iterum vocatur ad partes. avulsam a l. 5. C. de rescindenda venditione esse l. 5. C. de in integrum restitutione minorum. hæc lex obiter emendata. illa utriusque conjunctione explicita. l. 3. C. Communia utriusque judicii collata cum Corpore Gregoriano. uterque locus expositus. in hoc & lacuna adducta. alia.

Transeo ad bonæ fidei contractus: in quibus longe aliud jus est, præsertim inter contrahentes. qualiscumque enim dolus malus ab eorum altero in contrahendo admissus sit, is non de dolo actione aut exceptione ex Aquilii Edicto, (quid enim opus?) sed officio Judicis ipso Civili Jure corrigitur. ejus rei erit aliquanto certior ratio: cogitantibus, bonæ fidei contractum non alias perfici Civili Jure consuevisse, quam si bene, ut inter bonos, ageretur. nec intererat, utrum in contrahendo dictum promissumve esset, Ex fide bona; aut, Ut inter bonos bene agier; aut, Dolum malum abesse, absuturumque esse; an non esset *l.* 68. §. 1. *D. de contrahenda emptione,* id enim quia solebat conveniri, etsi omissum esset, pro adjecto habebatur *l.* 31. §. 20. *D. de Ædilitio Edicto:* propterea quod in bonæ fidei judicio, in quo magis de bona fide agitur, quam de apicibus juris *l.* 29. §. 4. *D. Mandati,* tantumdem valet Judicis officium, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio *l.* 7. *D. de negotiis gestis.* §. *ult. Inst. de obligationibus ex consensu.* Inde tradit Ulpianus *l.* 152. §. *ult. D. de regulis juris,* Bonæ fidei contractibus doli præstationem vel bonam fidem, inesse: item, Bonam fidem sustinere contractum bonæ fidei *l.* 116. *D. de regulis juris.* Cicero quoque illo ex fonte, si in contrahendo bonæ fidei contractu quid fiat dolo malo, quia fit adversus bonam fidem, imperfectum haberi contractum, judicioque bonæ fidei expungi dolum malum, non minus commode, quam diserte, nos docet *De officiis lib.* 3. *cap.* 15. *Iste,* inquiens, *dolus malus etiam legibus erat vindicatus: ut tutela XII. Tabulis, & circumscriptio adolescentium lege Lætoria: & sine lege judiciis, in quibus* Ex fide bona *additur. reliquorum autem judiciorum hæc verba maxime excellunt; in arbitrio rei uxoriæ,* Melius æquius: *in fiducia,* Ut inter bonos bene agier. *Quid ergo? aut in eo* quod melius æquius, *potest ulla pars inesse fraudis? aut, cum dicitur,* Inter bonos bene agier, *quidquam agi dolose aut malitiose potest?* Cicero, quod dixi, indicat, Civili Jure intelligi, in bonæ fidei negotiis agi semper: ut a contrahentibus invicem bona præstetur fides. quod si quid malitiose aut dolose fiat, ipso Jure vindicari: non quod de hoc rogata & jussa lex sit; sicut de pupillorum & minorum circumscriptione cautum est lege Duodecim Tabularum & lege Lætoria: sed quia ex Fori disputatione (ex qua venit Jus Civile *l.* 2. §. 5. *D. de origine juris*) placuit Jure non scripto, dolum malum in bonæ fidei judiciis in quibus jubetur Judex judicare ex fide bona, vel quod æquius melius; (nam eorum formulæ talis aut similis inserebatur clausula) sine Prætoris opera ac beneficio, mero Judicis officio coërceri: eo quod est contrarius bonæ fidei. Ita congruit Ciceronis sententiæ, bonæ fidei contractum, verbi gratia, emptionem & venditionem, contrahentium consensu, non quali quali, sed integro ac puro a fraude & dolo, Civili Jure perfici: usque adeo, ut in bonæ fidei judicio nullo Judicis officio negligi, rescindi, atque infirmari possit in quod bona fide consensum sit: volente ratione Juris Civilis, a Judice ex bona fide servari quod fide bona Jure Civili perfectum est. cæterum si in contrahendo intervenisse arguatur dolus malus: tum utcumque inter contrahentes consensum esse dicatur, tamen quia non est ab initio ita, ut oportebat Jure Civili, actum fide bona, obtinuisse in bonæ fidei judicio: ut perinde, ac si consensum non sit, imperfectus atque inutilis intelligatur contractus, & officio Judicis, ex fide bona cognoscentis, ipso Civili Jure resolvatur.

Quamquam quid Ciceronem cito ad testimonium? cum æque liceat mihi uti fide Impp. Diocletiani & Maximiani: qui eadem plane forma ad Libellum cujusdam Rufi in hæc rescripserunt verba *l.* 5. *C. de rescindenda venditione.*

> *Si dolo adversarii deceptum venditionem prædii te fecisse Præses provinciæ animadvertit: sciens contrarium esse dolum bonæ fidei, (quæ in hujusmodi maxime contractibus exigitur) rescindi venditionem jubebit. Quod si jure perfecta venditio est a majore viginti quinque annis, intelligere debes, consensu mutuo perfectam venditionem resolvi non posse.*

Hæc sunt legis verba: non tamen integra, mea sententia extat certe pars in *l.* 5. *C. de in integrum restitutione minorum.* indicio mihi utriusque cum Inscriptio, tum tenor. est enim utraque lex *Imperatorum, Diocletiani & Maximiani, ad Rufum:* & perseverat in posteriore sermo qui in priore cœpit. Sed malo, hoc ipsius legis, quam meis, verbis intelligi. verba legis.

> *Minoribus in integrum restitutio in quibus se captos probare possunt, etsi dolus adversarii non probetur, competit. Ante impletum etiam quintum & vicesimum annum de his in quibus se captos exi-*

existimant minores, posse in integrum restitutionem implorare, certissimi juris est.

Sic hactenus editur: nec dubito, an male. nam idem bis dicitur: quod Imperatoribus minime fuit propositum. constabit sensus; si pro *etiam* legatur *enim* vel *etenim*. sic adfertur priorum causa; quod res postulat. etiam fit aliquando; ut circa voces *enim* & *etiam* varient manuscripti libri. ne exemplo res careat, adducam §. *ult. Inst. de suspectis tutoribus:* in quo vulgo editur, *Suspectum* etiam *eum putamus.* D. Vinnius observat, alias legi, *Suspectum* enim *eum putamus.* atque ita quoque habet liber meus manuscriptus. totum igitur Rescriptum, nisi quis doctior dissentiat, conjuncta utraque lege, sic restituam.

Si dolo adversarii deceptum venditionem prædii te fecisse Præses provinciæ animadvertit: sciens contrarium esse dolum bonæ fidei, quæ in hujusmodi maxime contractibus exigitur, rescindi venditionem jubebit. Quod si jure perfecta venditio est a majore viginti quinque annis, intelligere debes, consensu mutuo perfectam venditionem resolvi non posse. Minoribus in integrum restitutio in quibus se captos probare possunt, etsi dolus adversarii non probetur, competit. Ante impletum enim quintum & vicesimum annum de his in quibus se captos existimant minores, posse in integrum restitutionem implorare, certissimi juris est.

Species hæc est. Rufus quidam ad quem rescriptum est, alicui vendidit prædium. Is Rufus sensit, esse se illa læsum venditione. igitur ex more illius temporis de quo egi alibi, adiit Imperatores per Libellum: petens rescindi, id est, ut ego interpretor, improbari, sive negligi, sive pro nulla declarari venditionem qua se damnum pati opinabatur, perinde ac si facta non esset. Ad eum Libellum rescripserunt Imperatores hoc sensu. Aut tu, Rufe, major es quinque & viginti annis, aut minor. quod si major sis: tum si probaveris provinciæ Præsidi, te adversarii dolo malo (qualiscumque is sit: non enim distinguitur) deceptum prædia vendidisse: jubebit Præses, venditionem rescindi, id est, ut dixi, negligi aut pro inutili haberi, & quidem Civili Jure. quia enim scit, contrarium esse dolum bonæ fidei quæ in hujusmodi, id est, in bonæ fidei contractibus, Jure Civili maxime necessaria est: habebit venditionem in qua demonstratur dolus malus, pro imperfecta, id est, Civili Jure invalida, sive nulla: teque, etsi major sis, quam quinque & viginti annis, Judicis officio ordinario illo jure adjuvabit *l.* 2. *C. de actionibus empti & venditi. l.* 2. *C. Quibus ex caussis majores.* Sic, Rufe, si quis arguatur dolus malus. Quod si nullus intervenit: intelligere debes, venditionem mutuo consensu perfectam, ita uti Jure Civili oportet, eo Jure tenere; neque facile officio Judicis resolvi, id est, ut dixi, negligi, sive improbari, sive nullam atque inutilem existimari; etsi imprudentia tua aliqualiter læsus sis. primum, quia hoc patitur natura ejus contractus *l.* 8. *C. de rescindenda venditione.* deinde rationis est, venditionem Jure Civili perfectam, Civili Jure servari. Sic Rufe; si sis major quinque & viginti annis. at si te minorem probes, atque ætate lapsum esse: aliud dicendum est. nam minoribus, etiam cum nullus intervenit dolus malus, & emptio perfecta est Civili Jure, tamen si se captos esse probare possint, ejus rescissio non quidem Civili Jure officio Judicis, sed per in integrum restitutionem extraordinaria cognitione favore ætatis Jure Prætorio competit *l.* 1. §. 1. *& l.* 24. §. *ult. D. de minoribus.* Quod si est, ut est verissimum: liquet, Diocletianum & Maximianum velle, bonæ fidei contractum in quo accusatur dolus malus in contrahendo admissus, sine discrimine esse imperfectum Civili Jure: ideoque ipso illo Jure rescindi; vel quod idem est, in judicio bonæ fidei ipso jure nullum esse. quomodo Ulpianus *l.* 9. *D. de contrahenda emptione, Sive,* inquit, *in ipsa emptione dissentient, sive in quo alio, emptio imperfecta est. Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est.*

Superiori Rescripto similis est sensus *l.* 3. *C. Communia utriusque judicii.* quod enim illic, idem hic agunt Impp. Diocletianus & Maximianus; nec mihi tempero, ne id demonstrem: quia æque facit proposito nostro, si prudenter regatur. Verba *d. l.* 3.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Aureliæ Septimiæ. * *Majoribus etiam per fraudem vel dolum vel perperam sine judicio factis divisionibus, solet subveniri: quia in bonæ fidei judiciis, quod inæqualiter factum esse constiterit, in melius reformabitur. PP.* XVI. *Kal. Jul. ipsis AA.* † [*& Constantio* III.] *Coss.* 293.

Obscurior est Rescripti sensus: sed ne quas turbas det, duplex adhibenda cautio est: una, ne putetur integrum: altera, ne alio referatur, quam ad divisionem per fraudem vel dolum factam; licet faciat mentionem divisionum quæ sint factæ per fraudem, vel dolum vel perperam. utrumque hujus observationis caput juvabo ipsius exemplo Rescripti: quod ex Codice Gregoriano Consultatio Veteris Jurisconsulti, quam nobis servavit diligentia Viri Clarissimi, Jacobi Cujacii, *Consult.* I. ad sequentem exhibet modum.

Ex Corpore Gregor. lib. 3. *Imperatores, Diocletianus & Maximianus AA. Aureliæ Severæ. An divisio quam factam esse proponis, convelli debeat, rector provinciæ præsente parte diversa diligenter examinabit, & si fraudibus eam non caruisse perspexerit, quando etiam majoribus perperam factis divisionibus soleat subveniri, quod improbum atque inæquabiliter factum esse constiterit, in melius reformabit. PP.* XVII. *Kal. Jul. Ipsis* VI. *& Constantio* III. *Coss.*

Non peccabo; si opiner, in versu, *Quando,* deesse verba, *in bonæ fidei judiciis,* cum extent in *d. l.* 3. atque ex ea restituenda esse illo in versu: quasi sit, *quando in bonæ fidei judiciis etiam majoribus:* & reliqua. Ita fuerit Rescripti sensus: Si quis dolus malus in divisione sine judicio facta; id est, sine judice. sic enim accipitur *Judicium:* ut in hoc Senecæ *Hercule furente, vers.* 732. *Non unus alta sede quæsitor sedens,* judicia *trepidis sortitur reis.* Si quis, inquam, dolus malus in divisione sine judicio sive sine judice facta, admissus esse probabitur: convellet eam Præses Jure Civili judicio familiæ erciscundæ, aut communi dividundo: & quod improbe atque inæqualiter factum est, ea via sine discrimine in melius reformabit, etiamsi sis major annis viginti quinque. nempe, quia convenit clausulæ, Ex fide bona, secundum quam judicari oportet in bonæ fidei judiciis, (qualia sunt familiæ erciscundæ, & communi dividundo) ut divisione per fraudem facta perperam, æque majoribus, ac minoribus, subveniatur adversus id quod improbe atque inæqualiter factum sit: bona fide fraudulentam divi-

* In quibusdam libris est, *Sevæ.* in Codice Gregoriano legitur, *Severæ.*

† Apud Haloandrum, Russardum & Charondam desunt uncis inclusa verba, *& Constantio* III.

visionem, ut dixi, negligente, sive pro nulla habente ipso jure. Sic, si divisio (quod de facto contigerat) sine Judice facta sit dolo malo. idem vero esse, & si arbitro dato divisio celebrata sit, iidem Impp. Diocletianus & Maximianus *l.* 8. *C. de collationibus* rescripserunt. Verba, *Si soror tua in paternorum bonorum divisione te fefellit; nec dotem quam acceperat a patre vestro intestato diem functo, contulit: Praeses provinciae, examinatis partium allegationibus, cum bonis dotem confundi jubebit, & quod deducta ratione plus ad eam* [*esse*] *animadverterit, tibi restitui jubebit. Idem est, & si arbitro dato divisio celebrata est.* Hæc Imperatorum sententia clara & evidens.

Atque huic etiam se adscribit Paulus *l.* 3. §. 3. *D. Pro socio*, verbis sequentibus.

Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso jure nullius momenti est: quia fides bona contraria est fraudi & dolo.

Aut nihil intelligo, aut manifestus est Pauli sensus, Societatem, si coita sit qualicumque dolo malo, sine discrimine nullam esse ipso jure: quia dolus malus, qualiscumque sit, est contrarius bonæ fidei, qua is contractus Civili Jure fulcitur. Esse scio, qui Paulum accipiant de societate, dolo malo coita fraudandi tertii gratia: quia loquitur de societate, coita *dolo malo aut fraudandi causa.* Sed ludibrium est, non vera species. Paulus jungit illa, *Dolo malo aut fraudandi causa:* quomodo, *Fides*, inquit, *bona contraria est fraudi & dolo.* Nec aliter utitur his verbis Vetus Formula, sequentibus comprehensa Siglis, D. M. F. C. quæ Sigla Valerius Probus, *Notis Veterum*, exponit, *Doli mali fraudisve causa.* Simili ratione Prætor *l.* 1. *D. de his qui notantur infamia* ait, infamia notari qui *de dolo malo & fraude* suo nomine damnatus pactusve erit. Utique Ulpianus *l.* 4. §. *ult. D. eod. tit.* recitans hanc Edicti partem, omissa *fraude*, saltem *doli mali* meminit: eo quod utroque verbo idem significari, arbitraretur. Sed hoc claret ex illo Augustini, *Exposit. in Euangel. Joann. tractat.* 7. *cap.* 1. *tom.* 9. *pag.* 29. *col.* 1. *in fin. Dolus fraus est, simulatio est.* Æque aut plenius ex hoc Ulpiani *l.* 7. §. 10. *D. de pactis. Si fraudandi causa pactum factum dicatur, nihil Prætor adjicit. Sed eleganter Labeo ait, hoc aut inquum esse, aut supervacuum: iniquum si quod semel remisit creditor debitori suo bona fide, iterum hoc conetur destruere: supervacuum, si deceptus hoc fecerit: inest enim dolo & fraus.* Igitur unde cœpit interpretatio, ibi definet. dixi, Pauli sensum esse, Societatem coitam dolo malo, sive fraudis causa, sive fraudis consilio, ut est in *l.* 1. *C. de Ædilitiis actionibus*, ipso jure esse nullius momenti. tantum addam, quod Paulus non distinguit doli fraudisve genera. simpliciter ait, Societatem quæ coita sit dolo malo aut fraudis causa, ipso jure esse nullius momenti. tum addit rationem æque simplicem. ea ratio est, quod fides bona est contraria fraudi & dolo. igitur quantum ad hunc Pauli locum pertinet: non est discrimen doli qui incidat in bonæ fidei contractum, & qui ei præbeat causam. nec magis distinguit dolum qui repugnet bonæ fidei. & tamen generaliter definit, Societatem, si coita sit dolo malo, ipso jure nullam esse: eo quod omnis dolus est contrarius bonæ fidei qua is contractus sustinetur.

Non minus clare Ulpianus *l.* 16. §. 1. *D. de minoribus.*

Item relatum est apud Labeonem, si minor circumscriptus societatem coierit, vel [*etiam*] *donationis causa, nullam esse societatem nec inter majores quidem: & ideo cessare partes Prætoris. Idem & Ofilius respondit: satis enim ipso jure munitus est.*

Proponitur minor in contrahenda societate esse circumscriptus dolo malo: nec additur, utrum is dolus dederit contractui causam, an inciderit in contractum. tantum dicitur, *Si minor circumscriptus societatem coierit.* nec oportet nos, ubi quæritur ejus facti jus, facere distinctionem: quæ neque in facto proponitur, neque vera est, alibi certe apud Veteres non extat. Est igitur (ut Ulpianus ait) relatum apud Labeonem, quod minor in coëunda societate fuit circumscriptus dolo malo. simul quæsitum est, an ei concedenda sit in integrum restitutio? ait Ulpianus, atque indistincte, negasse Labeonem. qua causa? quia societas cui inhæret qualiscumque dolus malus, nulla est, id est, nullius momenti est, non modo cum minore, sed etiam cum majore, contracta. est igitur minor, cum a socio in contrahenda societate læsus est dolo malo, ipso jure, id est, Civili Jure, tutus sine discrimine: qui vero communi auxilio ac mero jure munitus est, ei nil opus in integrum restitutione: id est, extraordinario Prætoris auxilio *d. l.* 16. *pr.* Idem esse ait Ulpianus, si societas cum minore sit contracta donationis causa *d. l.* 16. §. 1. non enim sic recte contrahitur *l.* 5. §. 2. *D. Pro socio.* nam si agitur in perficienda societate, ut alter socius neque pecuniam conferat neque operam, alter & pecuniam & operam conferat, & nihilominus commune sit utriusque lucrum: contrahitur societas contra formam & naturam societatis: quæ (ut Livius ait *lib.* 8. *c.* 4.) est æquatio juris. Papinianus *l.* 63. *D. eod. tit.* dicit, eam in se quodammodo habere jus fraternitatis: id est, ut ego interpretor, æstimari quadam juris & animorum æqualitate. eo sensu Quintilianus, *Declam.* 320. *Sacra*, inquit, *res est unitas & quædam fraternitas animorum. consortes enim potest facere casus. cæterum quidem, cum duo homines omnes fortunas suas contulerunt, omnes casus miscuerunt, unum quoddam factum est. quid est justius, quam compositum patrimonium habere conditionem unius societatis? hoc enim est unitas. vides ergo & damna & lucra communia esse debere, & nihil non æquum esse quod utrique parti scriptum est.*

CAPUT VIII.

De Forma coërcendi ipso jure doli mali in contractu bonæ fidei, si deceptus a deceptore conveniatur judicio bonæ fidei.

Sed nimis claret, bonæ fidei contractum, qualicumque initum dolo malo, apud Veteres ipso jure nullum haberi. Hoc vero quid vult? quo spectat? nempe, ut qui deceptus est dolo malo, si in Foro Romano conveniatur actione bonæ fidei: nil necesse habeat, actori apud Prætorem in jure objicere doli mali exceptionem: sicut facere debent qui stricti juris contractu Juris subtilitate tenentur; & a Prætore demum per exceptionem adjuvantur. cum enim Prætor qui actionem & Judicem dat, simul judicii formulam concipit, jubeat, Judicem quem litigantibus ad-

dicit, in judicio bonæ fidei non simpliciter, si paret, condemnare; (ut in judiciis stricti juris fieri, supra dixi) sed jubeat, eum, si paret, condemnare ex fide bona: apparet, reum, etsi actori apud Prætorem in jure non objecerit doli mali exceptionem; neque curaverit, eam a Prætore formulæ inseri: tamen actoris dolum malum apud Judicem post litem contestatam in judicio suo ordine allegare & probare posse: ita ut Judex eam defensionem in jure quidem omissam apud Prætorem, sed in judicio allegatam probatamque admittere, & reum ex fide bona, tamquam ipso jure non obligatum, officio suo absolvere possit. Id indigitant Veteres; cum ajunt, exceptiones bonæ fidei judiciis inesse *l.* 3. *D. de rescindenda venditione. l.* 21. *D. Soluto matrimonio.* item, bonæ fidei judicium in se continere doli mali exceptionem *l.* 84. §. 5. *D. de legatis lib.* 1. Hoc eo verius censeo: quia habeo auctores Paulum & Scævolam, Veteres ea loquendi forma significare, quod in stricti juris judiciis obtinetur impetrata a Prætore doli exceptione, in bonæ fidei judiciis, etsi nihil excipiatur, satis per officium Judicis consuli. sic enim definiunt in *l.* 38. *& l. ult. D. de petitione hereditatis:* & recte; quia quod ipso jure fit, licet a litigatoribus omittatur apud Prætorem, tamen si in judicio allegetur, adhuc Judicis officio suppleri, jus & usus patitur. Sed exceptiones quæ insunt bonæ fidei judiciis, & actiones ipso jure tollere, & exceptionibus opponi, pluribus Veterum testimoniis tradidi *lib.* 1. *De jurisdictione & imperio c.* 13. nunc contentus ero, unum attulisse ex Juliano *l.* 28. *D. de actionibus empti & venditi:* cujus hæc sunt verba.

Prædia mihi vendidisti; & convenit, ut aliquid facerem: quod si non fecissem, pœnam promisi. Respondit, venditor, antequam pœnam ex stipulatu petat, ex vendito agere potest: si consecutus fuerit, quantum pœnæ nomine stipulatus esset, agentem ex stipulatu doli mali exceptio submovebit. si ex stipulatu pœnam consecutus fueris, ipso jure ex vendito agere non poteris: nisi in id, quod pluris ejus interfuerit, id fieri.

Species hæc est. Titius cum Sempronio venderet prædia, pactus est, & quidem in continenti; (sic enim accipio illud, *& convenit*) ut aliquid faceret Sempronius. quod si non faceret Sempronius, Titius pœnam dari stipulatus est. Sempronius non fecit quod promisit. potest Titius, prout elegerit, uti actione ex stipulatu ad pœnam, vel actione ex vendito ad id quod ejus interest fieri quod convenit: altera propter interpositam stipulationem: altera ob pactum, in continenti adjectum contractui bonæ fidei: quod ei inesse, atque ejus actionem formare intelligitur *l.* 7. §. 5. *D. de pactis.* Hoc, quamdiu nihil consecutus est Titius. Sed pone: is una exegit actione quod ea debebatur: mox agit altera. an potest agere? in summa negat Ulpianus. & recte: quia non est verisimile, voluisse contrahentes, Titium, ut bis idem acciperet, utraque uti actione. contra videntur hoc voluisse, ut Sempronius pœnæ metu saltem cogeretur facere quod promisit. fac tamen, Titium utraque experiri actione: quomodo se defendet Sempronius? Hæc jam quæstio hujus loci: atque ea pendet ab usu Fori Romani. in quo refert, utra agatur actione. nam si Titius, postquam pœnam consecutus est ex stipulatu, deinde agat ex vendito ad id quod ejus interfuit, fieri quod promissum est: ait Julianus, eum ipso jure ex vendito agere non posse: nisi in id quod pluris ejus interfuerit, id fieri. causa Juliani est: quod agenti ex vendito, cum ex stipulatu pœnæ nomine accepit, quanti ejus interfuit fieri quod promissum est: bona fides resistit. agit enim dolo malo, bis idem petens. porro bonæ fidei judicio, quale est ex vendito, inest exceptio doli mali. non igitur dubium est, quin Titius, accepta pœna actione ex stipulatu quæ est stricti juris, si denuo agat actione ex vendito quæ est bonæ fidei, Judicis officio sine Prætoris opera ipsa Juris Civilis auctoritate repellatur. sic, si Titius agat ex vendito; cum ante egit ex stipulatu. sed quid, si ex stipulatu agat, postquam ex vendito consecutus est quantum fuit pœnæ nomine stipulatus? non eadem est Juliani sententia. contra ait, eum jam non ipso jure, ut ante, sed doli mali exceptione, submoveri. qua causa? non alia, quam quod actioni stricti juris in hac specie non inest exceptio doli mali, sicut in superiore inerat actioni bonæ fidei. nec igitur nunc potest Sempronius officio Judicis ipso jure absolvi; sed per exceptionem: id est, demum Prætoris facto, exceptione in jure opposita ante litem contestatam, & a Prætore formulæ inserta. Quod si est, demonstratum est quod erat probandum, quemlibet dolum malum bonæ fidei contractum ex quo convenitur is qui circumscriptus est, ipso jure subvertere: quia constat, ex quocumque dolo malo sine discrimine nasci exceptionem: eamque inesse bonæ fidei judicio; & contractum ipso jure infirmare officio Judicis; nec Prætoris opera indigere.

Et tamen (quod unus atque egregie animadvertit Ulpianus *l.* 13. §. 27. *&* 28. *D. de actionibus empti & venditi*) si quis colludente meo procuratore, ab eo emerit, competit ei adversus me ex empto actio utilis. (sic opinor ex *d. l.* 13. §. 25.) ad quid? non ut venditionem traditione consummem, & de evictione caveam: minime; non enim valet illa emptio, & talis demum obtinet empti formula, si valeat emptio *l.* 11. *pr.* §. 1. *&* 2. *D. eod. tit.* quid ergo est? hactenus dabitur ei adversus me actio, ut aut stem emptioni, aut ab ea recedam: id est, ut ego qui non teneor Jure Civili, stare emptioni qua sim læsus dolo malo, eligam: utrum malim contractui stare; an ab eo recedere ipso jure. Idem esse ait, si quis minorem annis quinque & viginti circumvenerit. Verba Ulpiani, quia notabilia sunt, apposui ex *d.* §. 27. *&* 28. ea verba sunt.

Si quis colludente procuratore meo ab eo emerit, an possit agere ex empto? Et puto hactenus, ut aut stetur emptioni, aut discedatur: Sed & si quis minorem viginti quinque annis circumvenerit, & huic hactenus damus actionem ex empto, ut diximus in superiore casu.

CAPUT IX.

Qua forma ipso jure castigetur dolus malus in judicio bonæ fidei; cum deceptus ultro vult agere adversus deceptorem? exposita quædam Veterum Jurisconsultorum loca aliter, ac factum hactenus a Juris Interpretibus fama celebri.

Quæ superiore capite dixi, locum habent ex parte ejus qui deceptus dolo malo, actione bonæ fidei convenitur. Sed quid, si is ultro velit agere adversus deceptorem? convenit bonæ fidei,

fidei, ut vel sic æstimetur dolus malus: quem oportet semper a judicio bonæ fidei abesse. ejus rei testimonium præbet Pomponius *l.* 6 §. 8. *D. de actionibus empti & venditi*, nec minus Ulpianus: imo is ait, sufficere bonæ fidei actionem, nec necessariam esse de dolo actionem *l.* 7. §. 3. *& l.* 9. *D. de dolo malo.* mitto Ciceronem *lib.* 3. *De natura Deorum c.* 30. qui bonæ fidei actiones simili consilio judicia *de mala fide* appellat. proinde nil fecero alienum a ratione Juris Civilis: si concedam illi qui sit deceptus dolo ejus cum quo contraxit, adversus eum agere actione bonæ fidei: eaque, si velit, a contractu quasi invalido atque imperfecto, Judicis officio ipso jure discedere. id ut existimem, olim impulit me Ulpianus; neque adhuc defugiet auctoritatem: si eum audiamus *l.* 11. § 5. *D. de actionibus empti & venditi.* Verba Ulpiani.

Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, & sciens errare eum venditor passus sit: redhibitionem quidem ex hac causa non esse: verum tamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem, & pretio restituto mulier reddatur.

Sic Florentiæ. in aliis libris est: *ut pretio restituto mulier reddatur.* rectius. Ecce: Titius volebat emere servam, non qualem qualem, sed virginem. Sempronius ei pro virgine vendidit servam quam sciebat esse mulierem, id est, virum passam esse. sic enim usus accepit *Mulieris* vocabulum: etsi proprietas *Mulierem* a *Virgine* non distingueret. Tertullianus *De virginibus velandis cap.* 5. *Sed quoniam ita mulieris nomen usurpant, ut non putent competere illud, nisi ei soli quæ virum passa sit, probari a nobis oportet proprietatem ejus vocabuli ad sexum ipsum, non ad gradum sexus pertinere: quo communiter etiam virgines censeantur.* Ipse Ulpianus *l.* 14. §. 7. *D. de Ædilitio Edicto* ait, *Mulierem ita arctam ut mulier fieri non possit, sanam non videri constat.* Nec minus Arnobius *lib.* 5. *Adversus gentes c.* 25. *Quodam, inquiunt, tempore, cum in Siciliæ pratulis purpureos legeret nondum mulier flores, & adhuc virgo Proserpina.* Ad eumdem modum Proculus apud Vopiscum, *ejus vita cap.* 12. *Centum ex Sarmatia virgines cepi. Ex his una nocte decem inivi: omnes tamen, quod in me erat, mulieres intra dies* XV *reddidi.* Occurrit igitur in proposito dolus, atque is qui contractui dedit causam. non enim fuerat contracturus Titius, si scivisset, ancillam quæ ei vendebatur, mulierem esse. contra dissimulavit Sempronius, vitiatam esse; ut Titius emeret quam absque hoc dolo fuisset, non fuisset empturus. ut ut se ea res habuit: duplex vertitur quæstio. una, an danda Titio illa ex causa sit ad redhibendum actio ex Ædilitio Edicto. altera est, si hæc actio emptori non competat: an ei permittenda sit civilis ex empto actio? Quod ad priorem quæstionem attinet; negat Ulpianus, emptori ex Ædilitio Edicto concedi actionem ad redhibendum & recte: quia mulier etsi virgo non sit, tamen nec vitiosa aut morbosa est. imo Ulpianus *l.* 14. §. 1. *D. de Ædilitio Edicto*, *Si*, inquit, *mulier prægnans venierit, inter omnes constat, sanam eam esse.* Non igitur permittitur Titio ex Ædilitio Edicto redhibitoria actio: quia id Edictum jussit quidem, eum qui mancipia vendit, certiorem facere emptorem, quid morbi vitiive cuique sit: sed de stupro certiorem facere emptorem non jussit *l.* 1. §. 1. *D. eod. tit.* Tantum de priore quæstione. Altera est, an Titio competat civilis ex empto actio? quod magis esse, Ulpianus putat. scilicet, quia Sempronius ei pro virgine vendidit ancillam quam sciebat mulierem esse: cum intelligeret, eum non mulierem, sed virginem cupere: Sempronius certe vitiatam esse ancillam dissimulavit; &, ut Ulpianus *d. l.* 11. §. 5. ait, sciens errare eum passus est. præclare autem Florentinus *l.* 43. §. 2. *D. de contrahenda emptione*, *Dolum malum*, inquit, *a se abesse præstare venditor debet:* & cum quæri possit ejus exemplum doli: esse ait in eo *qui fallendi causa obscure loquitur*; aut *qui insidiose obscure dissimulat.* Decepit igitur Sempronius Titium dolo malo contra bonam fidem quæ in emptione & venditione maxime exigitur: eritque, ut Ulpianus ait *d. l.* 11. §. 5. is in Foro exitus; ut Titio adversus Sempronium detur ex empto actio ad hoc, ut ea emptio resolvatur: id est, ut officio Judicis, ex fide bona cognoscentis, habeatur nulla ipso jure. ita enim hoc verbum in *l.* 5. *C. & l.* 3. *D. de rescindenda venditione* accipitur: hic autem eo verius; quod ab Ulpiano dicitur emptori dari actio ex empto ad resolvendam emptionem: ita ut pretio ei restituto, mulier venditori restituatur. apparet igitur ex Ulpiani verbis, bonæ fidei contractum, admisso in contrahendo dolo malo, ipso jure esse nullum atque imperfectum; idque huc pertinere in Foro Romano: ut sicut doli exceptio, agente illo qui decepit, inest actioni bonæ fidei: sic actio de dolo, agente illo qui est deceptus, bonæ fidei actione contineatur; & contractus non minus hac, quam illa via officio Judicis ipso jure infirmetur.

Non tamen hoc jus est: nisi velit is qui circumscriptus sit. nam si detectæ adquiescat fraudi: (ut apud Plinium *lib.* 7. *Natur. hist. c.* 12. Marcus Antonius Triumvir, a Toranio mangone deceptus circa pueros qui gemelli dicebantur, cum non essent) cur non valeat contractus, concurrente utriusque consensu, & deceptoris & decepti?

At quid, si hic stare velit contractum: ille nolit? vel sic judicavero secundum contractum. ac movet me, quod ut nullus ob dolum malum sit bonæ fidei contractus, magis est in honorem decepti, quam deceptoris inductum. an enim Jus Civile faveat improbitati ejus qui non modo faciat dolo malo, sed ea insuper sit impudentia, ut non timeat, in judicio bonæ fidei suam ipse allegare turpitudinem? absit. ejus igitur causam instaurari grave est *l.* 30. *C. de transactionibus.* aliud fuerit ex decepti parte: cui suo uti beneficio, si velit, jus est: si nolit, necessitas non est. optime Quintilianus, *Declam.* 7. *Omnium*, inquit, *beneficiorum ista natura est, ut non sit necessitas, sed potestas. quidquid in honorem alicujus inventum est, desinit privilegium vocari posse, si cogas. cuncta, si videtur, jura percurrite, nusquam adeo pro nobis sollicita lex, ut quod præstat extorqueat.* Possent hæc forte pluribus tradi: sed malo vitare satietatem: ac jam in fine præcedentis capitis demonstravi ex *l.* 13. §. 27. *& 28. D. de actionibus empti & venditi*, ab Ulpiano ipsi concedi deceptori, adversus deceptum experiri actione ex empto hactenus, ut eligat, utrum malit contractui stare, an ab eo recedere.

Illud dignum quæri, an is qui in contrahendo est deceptus dolo malo, possit actione bonæ fidei sine discrimine petere, dolum purgari, salvo contractu? pone, experiri: non ut totus dissolvatur contractus; sed quanto pluris aut minoris emisset aut vendidisset, si non intervenisset dolus malus. Non utar circuitione: aperte dicam, vel hoc pati bonam fidem, atque ab Ulpiano tradi *l.* 13. §. 4. *& 5. D. de actionibus empti & venditi:* si sincere integreque a contagione cavillationis servetur. quod adeo non est factum ab Accursio, aliisque Interpretibus fama celebri, & præstante scientia: ut de Jurisprudentia pulchre vi-

videar meriturus, si de investiganda Ulpiani sententia serio cogitem. id agam: sed primum exponam verba *d.* §. 4. ea verba sunt.

Si venditor dolo fecerit, ut [*rem*] *pluris venderet, puta de artificio mentitus est, aut de peculio, empti eum judicio teneri, ut praestaret emptori, quanto pluris servum emisset, si ita peculiatus esset, vel eo artificio instructus.*

Ut paulo clarior fiat Ulpiani ratio, pauca præmittam de Veterum more circa servorum venditionem. Qui venalem producebat servum, solebat in titulo quem (ut observat Scaliger, *Notis ad Propertium*) plerumque de servi collo suspendebat, ejus virtutes ac vitia enarrare. isque titulus ut scriptus sit, ita uti recte intelligi possit, Ædilitio Edicto fuisse cautum, auctor est A. Gellius, *Noct. Attic. lib.* 4. *c.* 2. ex eo vero more & jure Orbilius apud Suetonium, *De illustribus Grammaticis c.* 4. *Apud majores ait, cum familia alicujus venalis produceretur, non temere quem literatum in titulo, sed literatorem inscribi solitum esse: quasi non perfectum literis, sed imbutum.* Ne hoc quidem omittam, quod venditor, cum de peculii magnitudine aut artis genere & gradu quid affirmaret, sæpe inescabat emptorem alias non contracturum: plerumque venalem servum pluris aut minoris æstimabat. Livius *lib.* 39. *c.* 6. *Tum coquus vilissimum antiquis mancipium & æstimatione & usu, in pretio esse, & quod ministerium fuerat, ars haberi cœpta.* Plinius quoque *lib.* 7. *Natur. histor. c.* 39. *Pretium hominis in servitio geniti maximum ad hanc diem (quod equidem compererim) fuerit Grammaticæ artis Daphnidis; Cn. Pisaurensi vendente, & M. Scauro principe civitatis* III. M. DCCC. *sestertiis licente. Excessere hoc nostro ævo, nec modice histriones, sed libertatem suam mercati. Quippe cum jam apud majores Roscius histrio H-S. quingenta annua meritasse dicatur.* Cæterum ut æstimabat servum venditor ab his quæ in titulo dixerat, promiseratve; ita rationis erat, emptorem contra postulare, sibi præstari id sine quo aut non fuisset contracturus, aut non ita. nec tamen debebat id amare exigere: sed cum quodam temperamento. nam si simpliciter dixisset venditor, peculiatum esse servum: sufficiebat, vel minimum habere peculium *l.* 18. §. 2. *D. de Ædilitio Edicto*: aliter ac si certum quid affirmasset de prædiis, animalibus, mancipiis, mercibus, fœnebri pecunia, aliis, quæ in peculio sæpe fuisse, testatur Imperator §. 5. *Inst. Quod cum eo qui in aliena potestate.* similiter si artificem promisisset: non utique perfectum in arte præstare tenebatur, sed peritum ad aliquem modum *l.* 19. §. 4. *D. de Ædilitio Edicto.* quod si dixisset, optimum esse coquum, verbi gratia: tum optimum in eo artificio eum præstare oportebat: & ita in cæteris quoque obtinebat artificiorum generibus *d. l.* 18. §. 1. Hisce præmissis, venio nunc ad *d.* §. 4. *l.* 13. Species proponitur talis. Titius qui venalem producebat servum, est in titulo mentitus de servi peculio aut artificio. dixit, exempli causa, eum in peculio habere certa mancipia, animalia, prædia, merces, pecuniam fœnebrem: aut dixit, esse coquum optimum, Grammaticum eruditissimum, pictorem pretiosum: eoque effecit mendacio, ut ipse quidem pluris venderet servum; Sempronius autem emeret, quem nisi spe peculii aut excellentia artis pellectus esset, vel non tanti, vel etiam omnino non emisset. non enim in facto hoc exprimitur: quia nihil refert. Inde cum servum neque ita peculiatum, neque eo artificio instructum esse, constaret: quæstionis fuit, quomodo succurrendum esset emptori: conquerenti, se a venditore in contrahendo ea machinatione esse circumventum? incidebat dubitatio circa actionem ex empto: nec tamen tam circa ipsam, quam circa ejus modum: quod aliquis restaret scrupulus; utrum ad hoc danda præcise esset ea actio, ut venditio dolo malo contracta, ex fide bona in totum resolveretur; an & sic, ut venditor emptori præstaret, quanto pluris esset servus, si ita peculiatus vel eo artificio instructus fuisset. Et placuit Ulpiano, bonam fidem non adstringi ad unam ac simplicem agendi formam: sed varie ac solutius æquitatem sequi. pati enim, eum qui sit in contrahendo deceptus dolo malo, prout elegerit ex suo commodo, vel discedere a tota emptione quasi imperfecta; vel intendere, ut dolus, salvo contractu, emendetur. Hæc mihi videtur Ulpiani sententia. At enim non liquet in *d.* §. 4. *l.* 13. Id me urit prima facie: loquitur enim Ulpianus de actione ex empto quanti minoris; atque hanc emptori palam concedit; nec addit, licere quoque ei, si malit, a tota abire emptione. Sed me movet, quod hoc non negat Ulpianus: & interim in *d. l.* 11. §. 5. *D. de actionibus empti & venditi* posteriore utitur forma: sicut priore in *d.* §. 4. *l.* 13. Non omnia dixi: præterea habeo adminiculum meæ interpretationi fidele ac firmum; quod mecum sentit Julius Paulus, *lib.* 2. *Sentent. tit.* 17. §. 6. Is tractat non aliam, non similem, sed ipsam qua de agimus, Ulpiani speciem, ac prope ejus verbis, etiam utramque quam præ me tuli, agendi formam in ea ostendit sine hæsitatione. Pauli verba si quis inspicere volet, subjeci. *Si ut servum quis pluris venderet, de artificio ejus vel peculio mentitus est, actione ex empto conventus, quanto minoris valuisset, emptori præstare compellitur, nisi paratus sit eum redhibere.* Pauli sensus est, Emptori adversus venditorem qui sit de servi artificio, aut de ejus peculio mentitus, competere actionem ex empto, quanti minoris: nisi malit, (sic interpretor illud, *nisi paratus sit*) nisi, inquam, malit emptor, eadem ex empto actione, redhibito servo, a tota emptione recedere. Ad hunc sane modum Gajus *l.* 18. *D. de Ædilitio Edicto. Si quid*, inquit, *venditor de mancipio affirmaverit, idque non ita esse emptor queratur: aut redhibitorio, aut æstimatorio, id est, quanto minoris judicio agere potest.* Nulla quidem hic mentio actionis ex empto: sed Ulpianus *l.* 11. §. 3. *D. de actionibus empti & venditi*, *Redhibitionem quoque*, inquit, *contineri empti judicio, & Labeo & Sabinus putant, & nos probamus.* Insuper memini legere apud Julianum in *l.* 25. §. 1. *D. de exceptione rei judicatæ*, quod actio, Quanti minoris homo cum veniret fuerit, etiam redhibitionem continet, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor empturus non fuerit. Exemi ex Ulpiano difficultatem, hactenus nimis molestam in §. 4. *d. l.* 13. *D. de actionibus empti & venditi.*

Sequens cura erit circa §. 5. *ejusdem capitis.* Verba hæc sunt.

Per contrarium quoque idem Julianus cum Terentius Victor decessisset, relicto herede fratre suo; & res quasdam ex hereditate & instrumenta & mancipia Vellicus quidam subtraxisset: quibus subtractis facile quasi minimo valeret hereditas, ut sibi ea venderetur, persuasit: an venditi judicio teneri possit? Et ait Julianus, competere actionem ex vendito in tantum, quanto pluris hereditas valeret, si hæ [*res*] *subtractæ non fuissent.*

Vellicus quidam, sic Florentiæ editur. in aliis libris est, *Villicus*: sed magis placet *Vellicus*: (ut in *l.* 52. §. 7. *D. Pro socio*) quidam, inquam, Vellicus subtraxit ex Terentii Victoris heredita-

te

te quasdam res, atque etiam quædam instrumenta, & mancipia: hoc consilio, ut defuncti fratrem qui eam hereditatem non habebat venalem, his subtractis permoveret, ut eam quasi minimo valeret, id est, quasi exigui admodum esset momenti, sibi facile venderet. ea calliditate ac fallacia circumscriptus defuncti frater, Vellico vendidit hereditatem quam alioquin non fuisset venditurus. intellecto deinde dolo qui dederat causam venditioni: quæritur, quemadmodum consulendum venditori sit adversus emptorem? duplex occurrit deliberatio: una de genere actionis: altera de ejus forma. prior inspectio, quæ consistit circa genus actionis, quærit, utra venditori danda sit actio, de dolo, an ex vendito? illa inspectio est *l.* 9. *D. de dolo malo*: in qua ait Ulpianus, non esse de dolo actionem, sed ex vendito sufficere: sine dubio, quia ei inest de dolo actio, ob clausulam, Ex fide bona: sicut ob ipsam omnibus continetur bonæ fidei judiciis; ut supra dictum. altera quæstio est de forma qua exercenda sit illa ex vendito actio. atque ipsa est *d.* §. 5. *l.* 13. ait autem Ulpianus, Julianο videri, venditori adversus emptorem competere actionem ex vendito, quanto pluris valeret hereditas: si hæ res subtractæ non fuissent: id est si non fuisset venditor eo dolo ab emptore ad contrahendum inductus. finit igitur Ulpianus, auctore Juliano, in bonæ fidei contractu, admisso in contrahendo dolo malo, a decepto agi sine discrimine: non modo ut dissolvatur contractus; sed etiam, ut dolus salvo contractu emendetur. Fugit te, inquies, ratio. est enim Accursii sententia, jam ab omnibus recepta qui se Jurisconsultos profitentur, hoc in themate non idcirco agi, quanto pluris hereditas valeret: quod is dolus dederat venditioni causam; sed quod in eam inciderat. Si tamen concedam tibi quod de doli genere dicis, etsi contrarium verius sit: nihil promovebis. falleris enim, cum existimas, posse venditorem apud Ulpianum *d.* §. 5. agere, quanto pluris valeret hereditas non subtractis rebus: nec præterea agere ei licere ad totius rescissionem contractus. non est ita: exspecto, mihi ostendi verba quibus hoc significet Ulpianus. nulla enim exstant. interim audebo, eum vel hic accipere, quasi patiatur, venditorem actione ex vendito non minus a toto contractu discedere; quam experiri, quanto pluris hereditas valeret, non subtractis rebus. Frontem contrahis: sat video. sed absolvit me Imp. Alexander *l.* 4. *C. de hereditate vel actione vendita*, verbis sequentibus.

Qui nondum certus de quantitate hereditatis, persuadente emptore, quasi exiguam quantitatem eam vendidit: bonæ fidei judicio conveniri, ut res tradat, vel actiones mandet, non compellitur: [nam] suo quoque jure eorum persecutionem habet.

Quæ Alexandro offertur facti species, est eadem huic quam ex Juliano tractat Ulpianus *d.* §. 5. *l.* 13. proponitur enim heres qui non habebat venalem hereditatem, ad ejus venditionem Titii fraude ac machinatione esse inductus. summa est: Titius ut heredem provocaret ad vendendam hereditatem qui heres de ea vendenda non cogitabat: affirmabat, exiguas esse hereditatis vires quas sciebat magnas esse. heres nondum certus de quantitate hereditatis, passus est, sibi a Titio quem virum bonum esse putabat, persuaderi; ut ei venderet hereditatem quasi exiguam quantitatem quæ erat insignis. postea animadverso dolo qui dederat venditioni causam: rogatur per Libellum Imp. Alexander a quodam Diogene ad quem rescriptum est; an heres possit bonæ fidei judicio, id est, actione ex empto, ab emptore compelli, ei res tradere, vel actiones directas mandare? quærendi causa est, quod venditor hereditatis emptori ad has præstandas actione ex empto tenetur. Sed rescribit Alexander: quod, ut venditor actione ex empto cogatur ad præstandum id quod emptione continetur, esse oportet emptionem ex qua competat ex empto actio: nunc autem nulla atque inutilis est, tam manifesto emptoris dolo. compelli igitur ab emptore venditor judicio bonæ fidei, id est, actione empti, ut res tradat, vel actiones mandet, non potest. Sic Alexander: & addit in extrema Rescripti parte, Venditorem *suo quoque jure eorum persecutionem habere*. Quid hoc? si valeret ea qua de agitur hereditatis venditio, non modo parata emptori esset ex empto actio adversus venditorem, ut ei res traderet, vel directas actiones cederet, sicut dictum: sed suo quoque nomine haberet actiones utiles sine cessione *l.* 5. *& ult. C. eod. tit.* ex Rescripto Divi Pii *l.* 16. *D. de pactis*: atque ita, ut venditori deinde directas exercenti, in utilibus modis omnibus præferretur *l.* 55. *D. de procuratoribus*. nunc autem quia nulla putatur emptio in qua ab initio fuit dolus malus: ait Alexander, venditorem suo jure habere eorum persecutionem: id est, habere integras atque efficaces actiones directas: non adquisitis emptori utilibus. Quod si est: apparet, esse in venditoris arbitrio, cum ab emptore in contrahendo est deceptus dolo malo; velitne, a toto contractu, tamquam nullo atque imperfecto, abire; an malit, eo salvo, agere, quanto pluris vendidisset hereditatem, si non fuisset dolo malo circumventus.

Caput X.

Posse eum qui est deceptus dolo malo, etiam experiri bonæ fidei judicio ad id quod sua intersit, se deceptum non esse: quamvis nullo contractu.

Fere oblitus eram, quod si præterea intersit ejus qui sit deceptus, se non decipi dolo malo, nulla intercedit invidia Juris Civilis, quo minus ad hoc agat, quantumvis nullo contractu. nam vel hoc esse bonæ fidei consequens, manifestæ rationis est. finge: aliquis sciens ignoranti vendidit rem exemptam hominum commercio. est deceptus dolo malo emptor: sed venditor ei quod promisit, præstare nequit, impediente Civili Jure. non valet contractus: nec emptori competit ex empto actio, ut res tradatur: quod naturaliter ex empto actioni inest, perfecta emptione l. 11. *pr. &* §. 2. *D. de actionibus empti & venditi*: sed si emptoris intersit, se non decipi; nihilominus convenit bonæ fidei, eum accipere, quod sua interfuit, ne deciperetur, eumque in finem ei ex empto actionem dari *l.* 62. §. 1. *D. de contrahenda emptione*, *&* §. *ult. Inst. de emptione & venditione*.

Simile dicendum est, si quid a venditore traditum sit dolo emptoris, atque idem ab emptore restitui nequeat. pone, venditum esse servum emptoris dolo malo; eumque servum deinde ab emptore esse manumissum. non potest restitui manu-

manumissus servus. nec igitur potest venditor, quamvis maxime deceptus, intendere, ut restituto emptori pretio, servus sibi restituatur. quid ergo est? res in eum devenit locum, ut venditori danda sit adversus emptorem actio ex vendito ad id quod interest *l.* 9. §. *ult.* & *l.* 11. *D. de minoribus.*

Similiter si mihi ignoranti vendideris rem alienam sciens: ait Africanus, me etiam prius, quam evincatur, utiliter ex empto acturum in id quanti mea intersit, meam esse factam. & præfatur Africanus, quod quamvis alioquin verum sit, venditorem teneri hactenus, ut rem emptori habere liceat; non etiam, ut ejus faciat: tamen quia dolum malum abesse præstare debet, oportet teneri eum, qui sciens ignoranti rem alienam, non suam vendidit. finge, manumissuro, vel pignori daturo, vendidisse *l.* 30. §. 1. *D. de actionibus empti & venditi.* Simili ratione ait Pomponius *l.* 6. §. *ult. D. eod. tit.* si venditor sciens vendiderit obligatum aut alienum; & adjectum sit, Neve eo nomine quid præstaret: oportere æstimari dolum malum ejus: quem in judicio empti, quod bonæ fidei sit, semper abesse oporteat.

Ab eadem causa est quod refert Cicero *lib.* 3. *De officiis cap.* 16. verbis quidem compluribus, sed non indignis quæ adscribantur. Verba Ciceronis. *Ac de jure quidem prædiorum sancitum est apud nos Jure Civili, ut in his vendendis vitia etiam dicerentur quæ nota essent venditori. Nam cum ex Duodecim Tabulis satis esset ea præstari quæ essent lingua nuncupata, quæ qui inficiatus esset, dupli pœnam subiret: a jureconsultis etiam reticentiæ pœna est constituta. Quidquid enim esset in prædio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, præstari oportere: ut cum in arce augurium augures acturi essent, jussissentque T. Claudium Centimalum, qui ædes in Cælio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis: Claudius proscripsit insulam, vendidit: emit Publius Calpurnius Lanarius. huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. itaque Calpurnius, cum demolitus esset, cognossetque Claudium ædes postea proscripsisse, quam esset ab auguribus demoliri jussus, arbitrum illum adegit, quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona. M. Cato sententiam dixit, hujus nostri Catonis pater. ut enim ceteri ex patribus, sic hic qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus. is igitur judex ita pronuntiavit: cum in vendendo rem eam scisset, & non pronuntiasset, emptori damnum præstari oportere.*

CAPUT XI.

Paulum in l. 57. D. de contrahenda emptione esse conspurcatum temeritate hominis indocti qui induit personam Pauli §. 1. 2. & 3. idemque evenisse Papiniano in l. 58. D. eod. tit.

Non erravero a proposita materia: si hoc loco proferam verba *l.* 57. *D. de contrahenda emptione*: ut decoris ingeniis aliquam præbeam causam explorandi, an quid domi habeant, quod Paulo cujus ea verba esse vult Inscriptio, deinceps constet ratio civilis sapientiæ. me enim quod attinet, facile egregium illum Jurisconsultum libero socordia atque inertia: sed metuo, ne eum obsideant nugæ, nulla arte explicabiles. ac jam assentior Antonio Fabro, V. Cl. *lib.* 12. *Conject. c.* 17. & *Rationalib. ad h. l.* existimanti, pauca eo in Fragmento esse Pauli; pleraque magis peregrinum ducere colorem. nec tamen Fabro meam addixi credulitatem. est enim, ubi eum sequar. est, ubi diversam teneo viam duce ratione: cui omnes qui se homines esse arbitrantur, parere æquum est. utcumque se ea res habeat: invitavit me Faber ad hujus examen Fragmenti: sicut ego aliis ut offeram ampliorem de eo meditandi materiam, sequentem instituo disputationem. verba hujus Fragmenti in *d. l.* 57. hæc sunt.

Domum emi, cum eam & ego & venditor combustam ignoraremus. Nerva, Sabinus, Cassius, nihil venisse, quamvis area maneat: pecuniamque solutam condici posse ajunt. † *Sed si pars domus maneret, Neratius ait, hanc quæstionem multum interesse, quanta pars domus incendio consumpta permaneat: ut si quidem amplior domus pars exusta est, non compellatur emptor perficere emptionem; sed etiam quod forte solutum ab eo est, repetet. sin vero vel dimidia pars, vel minor quam dimidia exusta fuerit, tunc coartandus est emptor, venditionem adimplere, æstimatione viri boni arbitratu habita, ut quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum, ab hujus præstatione liberetur.* §. 1. *Sin autem venditor quidem sciebat, domum esse exustam, emptor autem ignorabat, nullam venditionem stare, si tota domus ante venditionem exusta sit: si vero quantacumque pars ædificii remaneat, & stare venditionem, & venditorem emptori quod interest restituere.* §. 2. *Simili quoque modo ex diverso tractari oportet, ubi emptor quidem sciebat, venditor autem ignorabat. & hic enim oportet & venditionem stare, & omne pretium ab emptore venditori, si non depensum est, solvi: vel si solutum sit, non repeti.* §. 3. *Quod si uterque sciebat & emptor & venditor, domum esse exustam totam vel ex parte, nihil actum fuisse: dolo inter utramque partem compensando, & judicio quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente, stare non concedente.*

Thema hoc est. Titius Sempronio vendidit domum. ea domus combusta erat ante perfectam venditionem. neuter scivit, combustam esse. quæritur, an valeat venditio? negat Paulus ex auctoritate Nervæ, Sabini, ac Cassii: & causatur, quod combusta domo ante venditionem, nil erat quod veniret: sine re autem quæ vendatur, nulla venditio est. Poterat aliquis dicere, combusta domo quæ venit, superesse aream, præcipuam ejus partem. Sed animadvertit Paulus, quod qui domum emit, non aream cogitat: sed domum areæ impositam. qua sublata per incendium, sicut non erat domus: ita nihil fuit quod veniret, etsi reliqua area: cum non area vendita sit, sed domus. fuit autem area pars domus, quamdiu erat domus. cæterum sublata domo, area deinde neque domus est, neque pars domus, quæ nulla exstat. quod si est: recte ait Paulus, nihil venisse: & ideo nullam esse venditionem. Non minus vere addit Paulus, quod his consequens est, pecuniam nondum solutam non posse exigi, deficiente ex contractu actione: solutam vero, tamquam indebitam, condici posse: eo quod sine causa soluta est. Hoc, si area mansit: combusta domo quam uterque tam venditor, quam emptor, combustam esse ignoravit. Quid, si non exusta sit domus tota: sed ejus pars; eamque combustam esse, uterque similiter nescierit? ait

ait Paulus, opinari Neratium, interesse, quoad hanc quæstionem, quanta domus pars incendio perierit. nam si amplior exusta sit; adhuc nullam videri venditionem: quasi non fuerit domus quæ venderetur, sublata majore ejus parte, etsi minore reliqua: cum pleraque non minore, sed majore, parte censeantur. igitur hic quoque ait Paulus, non modo non compelli emptorem, emptionem perficere, sive emptionem consummare pretii numeratione, sed præterea, si quid solverit, repetere posse. Sic Paulus, si major domus pars incendio perierit. at si dimidia, aut minor, quam dimidia, sit exusta: contra ait, valere venditionem; quia intelligitur exstare domus cujus dimidia pars, aut major, quam dimidia, exstat: & huic consequens esse ait, ut actione ex vendito possit coartari emptor, adimplere venditionem: id est, pretium quod pro domo promisit persolvere: non quidem in solidum; (nam iniquum foret, solidum peti pretium, ubi non potest vicissim tradi solida domus) sed quod convenit actioni bonæ fidei, in qua libera Judici est potestas æstimandi ex æquo & bono, quantum actori solvi debeat §. 30. *Inst. de actionibus*, officio Judicis minuetur pretium quatenus id propter incendium decrevisse vir bonus arbitrabitur. Hæc Pauli sententia: si uterque & emptor & venditor ignoraverit, combustam fuisse domum ante perfectam venditionem.

Sed quid, si id venditor sciverit, emptor ignoraverit? Huc spectant verba §. 1. *d. l.* 57. *Sin autem venditor quidem sciebat, domum esse exustam, emptor autem ignorabat, nullam stare venditionem, si tota domus ante venditionem exusta est: si vero quantacumque pars ædificii remaneat, & stare venditionem, & venditorem emptori quod interest restituere.* At hic nihil Pauli, ubi nihil est sani coloris. Itane? num potest Pauli videri distinctio, utrum combusta sit domus tota, an ejus pars: modo si sciverit venditor, domum ante combustam esse in totum vel pro parte? non potest. detur ex Neratii sententia locus distinctioni, quanta domus pars incendio consumpta sit: cum res gesta est bona fide; tam venditore, quam emptore, incendium ignorante. at ea nimis absurda & diluta est: cum venditor scivit, eum casum, emptor ignoravit. an venditor, sciens domum quam vendit, combustam esse totam vel pro parte, umquam bona fide agit cum emptore apud quem id dissimulat? non dices: si sapis. quid igitur attinuit, ibi distinguere, utrum combusta esset domus tota, an pars? cum utrimque occurrat venditoris dolus: quo bonæ fidei contractus ipso jure rescinditur: auctore Paulo *l.* 3. §. 3. *D. Pro socio.* Sed quemadmodum in extricanda hac parte non servata est diligentia digna Paulo: ita vix concoquo, quod ubi ponitur quantacumque extare domus pars, parte exusta, & hoc scivisse venditor, porro subjicitur, *Stare venditionem, & venditorem emptori quod interest restituere.* quo enim modo potest stare venditio: si pars domus quantacumque, id est, aliqua saltem, etsi minor, quam dimidia, exstet? cum præsertim jam ex Neratio dictum sit, extante minore, quam dimidia, domus parte, perinde nullam videri venditionem, atque ubi tota domus incendio periit. æque non intelligo, quod ubi quantacumque superest domus pars, parte sublata; & hoc scivit venditor: dicitur, stare venditionem; & venditorem emptori quod interest restituere: nec additur, ipsum observari quoque; si combusta ante venditionem sit domus tota, & id sciverit venditor. ut enim concedam, nullam esse domus venditionem, sicut est nulla, cum ante contractus perfectionem incendio est consumpta domus tota, & hoc scivit venditor, emptor ignoravit: non potest tamen emptori cujus interfit, se non decipi, ob id quod nulla sit venditio, adversus venditorem a quo deceptus est, negari ex empto actio qua consequatur quod ejus intersit, se non decipi: ut in antecessum demonstratum est. Non igitur consentit cum ratione juris tenor §. 1. *d. l.* 57.

Nec magis sequitur ex §. 2. ejusdem loci. *Simili quoque modo ex diverso tractari oportet, ubi emptor quidem sciebat, venditor autem ignorabat. & hic enim oportet & venditionem stare, & omne pretium ab emptore venditori, si non depensum est solvi: vel si solutum sit, non repeti.* Sic Paulus. Imo sub ejus persona homo alius, quisquis est, imprudens juris; si volumus, sincerum facere judicium, neglecta ambitione tuendi cuncta in Veterum scriptis. quantumvis vana atque inepta. quo enim non dicam argumento, sed quo colore vult, venditori ideo, quod ignoravit, domum ante perfectam venditionem esse combustam, adversus emptorem qui id scivit, dari actionem qua omne consequatur pretium? an quis nescit, venditionem non minus ex merce, quam ex pretio, consistere? nec agi emendo vendendoque, ut aut merx aut pretium jactetur: sed ut mercis utilitas cum pretii utilitate permutetur? Non igitur potuit dici, salvo jure, ubi sciebat emptor, domum quam emebat, ante combustam esse, & hoc ignorabat venditor, oportere & venditionem stare, & omne pretium ab emptore venditori, si non depensum sit, solvi. sit nulla emptio; absolvat venditorem dolus emptoris qui scivit casum incendii: sed non fert civilis aut naturalis ratio, ut venditor ab emptore petat pretium venditæ domus: cum scit, se non habere domum quam ei contra offerat: resistente bona fide & æqualitate permutationis ad quam pergit substantia emptionis & venditionis. Non opus verbis. ipse sic Paulus *l.* 34. §. 3. *D. de contrahenda emptione:* nisi aliud vult, cum vendita re furtiva, *Si*, inquit, *emptor solus scit, non obligabitur venditor: nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ultro quod convenerit, præstet.* Non igitur accedam sententiæ ejus qui in *d. l.* 57. §. 2. sub Pauli nomine permittit venditori actionem qua consequatur pretium ab emptore qui scivit, combustam esse domum ante quam ei venderetur. cum præsertim ipse Paulus a tali abhorreat sententia *d. l.* 34. §. 3. Facilius assentiar existimanti in *d. l.* 57. §. 2. non esse venditori denegandam pretii retentionem, si quod ultro ei solverit emptor: quia qui sciens solvit quod non debet, id donasse videtur: & ideo nullam habet dati repetitionem *l.* 1. §. 1. *l.* 26. §. 3. *D. de condictione indebiti.* Satis de *pr.* §. 1. & 2. *l.* 57. *D. de contrahenda emptione.*

Superest, ut examinem verba §. 3. ea verba sunt. *Quod si uterque sciebat & emptor & venditor domum esse exustam totam vel ex parte, nihil actum fuisse: dolo inter utramque partem compensando; & judicio quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente, stare non concedente.* Nihil hic dicam de scriptoris sermone fluente nimis inepte. ipse enim se ostendit, & quemcumque alium potius, quam Paulum, id est, virum scribendi peritum repræsentat. Non intercedam quoque; quo minus dicatur, nihil actum fuisse: cum uterque & emptor & venditor sciret, domum totam quæ vendebatur, esse exustam. primum enim non potuit, ubi non erat quod veniret, perfici venditio: deinde, cum uterque scivit, non esse domum quæ vendebatur, perinde habenda res est, ac si neuter deceptus esset. convenit enim offi-

cio Judicis in bonæ fidei judicio, ut dolus qui ab utraque parte venit, ab utraque parte negligatur. Illud me moratur, quod additur quasi ex Pauli sententia, exusta domus parte, parte extante, æque nihil actum esse, ac cum exusta est domus tota. ait enim, ut dixi, Paulus in principio *d. l.* 57. extante domus parte, utique dimidia, aut majore, extare venditam domum; & consistere venditionem; ac coarctandum esse emptorem, implere emptionem. qua igitur spe subjicitur in §. 3. *d. l.* 57. quasi ex Pauli sententia, exusta domus parte, parte reliqua, nihil actum esse? putet aliquis, referre, quod in prima legis parte neuter contrahentium, in postrema uterque sciebat, domum ex parte combustam esse. sed ea differentia nihil mutat perfectionem contractus qua de agitur: quia sufficit, quod sicut in legis principio ob utriusque ignorantiam, sic in fine propter utriusque scientiam, neuter læsus est dolo malo: ac proinde sicut in principio dixit Paulus, valere domus venditionem, cum dimidia ejus pars aut major extat tempore venditionis: sic in fine dicendum fuit, stare venditionem domus, cujus pars dimidia aut major tempore venditionis remansit. Etsi deliberari possit, an propter emptoris scientiam hic arbitrio Judicis sic minuendum sit pretium; sicut illic propter ignorantiam. quod nunc non excutio.

Adscribam potius Papiniani verba ex *l.* 58. *D. de contrahenda emptione:* in qua infelix ille interpolator, quisquis fuit, qui Paulum in *d. l.* 57. tam fœde commaculavit, æque aut magis se sua prodit ineptia. verba Papiniani.

Arboribus quoque vento dejectis, vel absumptis igne, dictum est, emptionem fundi non videri esse contractam, si contemplatione illarum arborum (veluti oliveti) fundus comparabatur: sive sciente, sive ignorante venditore. sive autem emptor sciebat, vel ignorabat, vel uterque eorum, hæc obtinent, quæ in superioribus casibus pro ædibus dicta sunt.

Sic editur locus. at cui fit verisimile, esse hanc Papiniani connexionem, *Arboribus* quoque *vento dejectis?* quod si quis persuadere sibi possit: sequentia certe Papiniani esse, non dicet, *Sive autem emptor sciebat vel ignorabat vel uterque eorum, hæc obtinent, quæ in superioribus casibus pro ædibus dicta sunt.* Nisi potuit Papinianus, scribens librum x. Quæstionum ex quo est illa lex, conjicere, fore aliquando, ut Paulus libro v. Ad Plautium ex quo desumpta est *d. l.* 57. omnes illos casus circa venditionem combustarum ædium definiret; & Imperator Justinianus hoc ejus Fragmentum ex *d. lib.* x. excerptum, Pauli disputationi in Pandectis, post tantum temporis spatium, hoc loco subjiceret. Sed vanitas humanæ conditionis, etsi frequens sit & magna, non tamen ad sui ipsius illusionem adeo desipere potest.

CAPUT XII.

Actionem quæ datur pro emendatione doli mali in contractibus bonæ fidei, ab Africano & Ulpiano dici utilem. *Modestinus explicitus difficillimo loco qui est in l. 22. D. de pignoribus & hypothecis. Fugitivam esse l. 41. D. de pigneratitia actione; & quo pacto ea extricanda videatur. Sensus Papiniani l. 1. D. de pignoribus & hypothecis. Impp. quoque Diocletiani & Maximiani l. 5 C. Si aliena res pignori. Fragmentum Gaji quod est in l. 9. §. 1 D. de pignoribus & hypothecis, sub illo Titulo male positum esse ab Architectis Juris. debuisse poni sub Titulo Digestorum, De pigneratitia actione: & quis sit verus Gaji sensus.*

Possem hic facere finem demonstrandæ meæ sententiæ. est enim certa & clara. nisi vererer; ne cui absurdum videretur, quod dixi, non valere bonæ fidei contractum in quo sit dolus malus, & nihilominus actionem ex eo nasci. unde enim actio, nisi ex obligatione? unde obligatio, nisi ex contractu? denique quis sapiens effectum sine causa animo suo concepit? quod si obligatio & actio est perfecti effectus contractus: qui potest ex nullo atque imperfecto contractu, qualis est in cujus ingressu notatur dolus malus, obligatio & actio nasci? Sed videamus, ne ea difficultas nihil efficiat. non enim abhorret ab usu Juris, nullum atque inutilem esse bonæ fidei contractum, & tamen actionem producere. non postulo, mihi credi: sit fides Modestino. is in *l.* 62. §. 1. *de contrahenda emptione*, *Qui* inquit, *nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit ejus, ne deciperetur.* At enim ratio non sinit, esse effectum sine causa ex qua nascatur. Non hoc præterit Modestinum, neque alios Veteres Jurisconsultos. contra illi, quia intelligunt, non valere bonæ fidei contractum, in quo ab initio sit dolus malus, facile concedunt, eum non contineri actione quæ solet dari, perfecto & valido contractu: utique invito eo qui deceptus sit: ut supra dixi. sed nihilominus, si ejus intersit agere ob dolum malum, quod suadet bona fides, rem perinde accipiunt, ac si valeat contractus *l.* 4. *D. de contrahenda emptione.* ita nec causam habent, ne patiantur, emptorem, verbi gratia, aut venditorem, aut creditorem, ad emendandum ex bona fide dolum malum agere utiliter ex empto, aut vendito, aut contraria pigneratitia actione. Sic Africanus *l.* 30. §. 1. *D. de actionibus empti & venditi:* &, nisi fallor, dicit, *utiliter ex empto agi*, pro utili ex empto actione agi: qua loquendi forma & Justinianus utitur *l. ult. C. de hereditate vel actione vendita.* Sed quid opus disputatione? clare illa actio qua de agimus, actio *utilis* vocatur ab Ulpiano *l.* 9. §. *ult. & l.* 11. *D. de minoribus.*

Amplius a Modestino *l.* 22. *D. de pignoribus & hypothecis.* verba Modestini, quia continent elegantem definitionem, minime tamen perspicuam, apposui, ut explicem. ea verba sunt.

Si Titio qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres extitero, ex postfacto pignus directo non convalescit, sed utilis pigneratitia dabitur creditori.

Hanc solam speciem ex Modestino repræsentant Juris Architecti. sed mihi persuadet loci Inscriptio, quæ Inscriptio est, *Modestinus lib.* VII. *Differentiarum*, Modestinum præterea tractasse aliam, ex qua hæc præsens profluxit: & utriusque differentiam prope eo executum modo quo a Paulo factum est in *l.* 41. *D. de pigneratitia actione:* nisi quod longius, quam Paulus perrexit. utile igitur erat, utramque examinare speciem: initio facto ab hac quam ex Modestino non descripsere Juris Architecti. Ea species est. Titius creditori suo pignori obligavit rem alienam, quam pignori

ri obligare non poterat. is Titius factus est ejus rei dominus: sive quod domini heres fuit: sive quod eam rem a domino accepit ex causa emptionis, aut simili alia. Hæc species. ex hac quæritur: an rei alienæ pignus ex eo convalescat, quod Titius factus est pignoris dominus? Duplex inspectio est: una de Edicti verbis: altera de ejus sententia. Quod ad priorem attinet quæ circa verba consumitur: sic rescribunt Impp. Diocletianus & Maximianus *l. 5. C. Si aliena res pignori data sit. Cum res quæ necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis ejus esse incipiat: ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est.* Imperatores vocant *ordinariam* actionem quæ venit ex verbis Edicti quo ea actio proposita est: etsi ad exemplum veræ & directæ Servianæ. negant autem, eam actionem creditori in proposita specie super pignore competere: quia hanc Prætor demum ei promisit, cui res obligata sit ab eo cujus illa in bonis erat, cum de pignore conveniretur *l. 6. C. eod. tit. l. 15. §. 1. D. de pignoribus:* quod in hac specie non est. Sic de ordinaria actione ex Edicti verbis. Quid de utili ex ejus sententia? porro ajunt Imperatores in *d. l. 5. Sed tamen æquitatem facere, ut facile utilis persecutio detur.* Sic illi: non quidem simpliciter; sed cum hac adjectione, *exemplo pigneratitiæ.* ea vero adjectio vult: ut si res aliena pignori obligata sit à non domino cui dominium postea supervenerit: intersit, utrum scienti obligata sit, an ignoranti: ac si scienti sit obligata, cesset utilis Serviana actio: sin ignoranti, ea locum habeat: suadente æquitate, utilem actionm creditori dari, ut Imperatores ajunt, ad exemplum pigneratitiæ actionis: in qua talem observari distinctionem, Paulus auctor est *l 16. §. 1. D. de pigneratitia actione.* ait certe, aliena re pignori data, creditori adversus debitorem ad hoc dari contrariam actionem pigneratitiam: ut pro re aliena, quam creditori pignori dedit, ei aliam sui juris pignori tradat. nec tamen sic indistincte censet Paulus: sed si aliena res, tamquam propria, ignoranti creditori pignori data sit. quod si scienti aliena res sit pignori tradita: magis esse Paulus ait, ut ei contraria danda non sit. optima distinctione. non enim patitur bona fides qua regitur pigneratitia actio, ignorantem creditorem alienæ rei pignoratione circumveniri: sive scivit debitor, alienam esse: sive ignoravit; si modo ignoranti eam, tamquam suam, pignori tradidit; nec erat ejus. justissime igitur hoc debitoris mendacium officio Judicis contraria actione ex fide bona corrigitur. quod si scivit creditor, alienam esse rem quæ ei pignori data sit: aliter dicendum est. non enim tum debitor eum decepit adversus bonam fidem: magis ipse se decepit. ita quod est debitoris mendacium, quod possit creditor contraria actione accusare? sed neque convenit bonæ fidei, debitorem cogi, ut pro aliena re qua contentus creditor fuit tempore dati pignoris, aliam sui juris substituat. igitur ut absolvamus *d. l. 5.* ubi ajunt Diocletianus & Maximianus, æquitatem facere, ut domino facto qui alienam rem pignori obligavit, creditori facile utilis Serviana detur ad exemplum pigneratitiæ: quid reliquum est; nisi, ut putemus, eos ignoranti eam dare; scienti non dare: eo quod altera in specie est causa, cur Edicti rigor aliqua benignitate attemperetur: in altera non est?

Atque huc pergit Papinianus *l. 1. D. de pignoribus & hypothecis:* cum, *In speciem,* inquit, *alienæ rei collata conventione, si non fuit ei qui pignus dabat debita, postea debitori dominio quæsito, difficilius creditori qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur; sed facilior erit possidenti retentio.* Sensus Papiniani est, Si aliena res ab eo cui debita non sit, specialiter obligetur, & dominium ei superveniat: interesse, utrum ignoranti creditori obligata sit, an scienti: priore enim casu creditori utilem Servianam actionem dari: posteriore non dari; licet possidenti, si a debitore conveniatur, retentio per exceptionem doli mali deneganda non sit. At enim non negat Papinianus, utilem actionem scienti dari. ait, scienti difficilius dari. id vero significat, scienti æque dari atque ignoranti: huic tamen facilius, illi difficilius. Sed apage cavillationem invenustam atque inconditam. an quis fando audivit, licere Prætori, cum in jure postulatur, facilem esse aut difficilem? nugæ. quod legibus aut moribus conceditur, petenti sine mora, quod prohibetur, numquam, ne instanter quidem & sæpius roganti, indulgere eum oportet. absit igitur, ut sapienti ac principi Jurisconsulto affingamus sententiam, a ratione & jure tam longe remotam. melius eum, cum ait, scienti difficilius dari utilem actionem, sic accipiemus, ac si dicat, eam scienti non dari: modesto & decoro loquendi genere. quo & Ulpianum apparet uti in his verbis *l. 38. §. 4. D. de Ædilitio Edicto, Jumentorum appellatione an omne pecus contineatur, videamus? &* difficile est, *ut contineatur. nam aliud significant jumenta, aliud significatur pecoris appellatione.* Ulpianus ait, *difficile esse,* ut contineatur, quod negat contineri. Simili verecundia in *l. 23. D. Pro socio, Puto,* inquit, *omnimodo eum teneri ejus nomine quem ipse solus admisit: quia* difficile est *negare, culpa ipsius admissum.* Ulpianus ait, *difficile esse* negare, quod non vult negari. Pari modestia Impp. Diocletianus & Maximianus *l. 6. C. de actionibus empti & venditi* scribunt. *Venditi actio, si non ab initio aliud convenit,* non facile *ad rescindendam perfectam venditionem, sed ad pretium exigendum competit.* Diocletiano & Maximiano *Non facile competit* est, non competit: ut apparet ex *l. 12. C. de rei vindicatione.* Possem plura adferre ejus locutionis exempla: nisi illa sufficerent. nec tamen mihi permitto; ne adjiciam Papinianum de cujus sententia laboramus. igitur Papinianus *l. 8. D. de collatione bonorum* eodem prorsus pudore, *Benignior,* inquit, *est diversa sententia: maxime cum de bonis parentis inter fratres disputetur. quem tamen facilius admittendum existimo, si intra tempus delatæ possessionis cautionem offerat. nam post annum quam delata esset bonorum possessio, voluntariam moram cautionis admittere, difficilius est.* Habemus Papiniani sensum.

Nec resistit Paulus *l. 41. D. de pigneratitia actione,* verbis sequentibus. *Rem alienam pignori dedisti; deinde dominus rei ejus esse cœpisti: datur utilis actio pigneratitia creditori. Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero: hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori. neque utique sufficit ad competendam utilem pigneratitiam actionem, eumdem esse dominum qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur.* Tractatur a Paulo duplex casus, uterque ordine explicandus. ante omnia autem observandum, quam Paulus vocat utilem pigneratitiam actionem, esse utilem hypothecariam. aliter ac visum Juris nostri Architectis: qui lapsi errore pigneratitiæ actionis, eum Pauli locum sub Titulo, *De pigneratitia actione,* in qua de pigneratitia in personam agitur, collocarunt: cum debuissent eum ponere sub Titulo, *De pignori-*

noribus & hypothecis: in quo (quod Justinianus refert *l. omnem* §. 4. *De conceptione Digestorum*) explicatur hypothecaria formula: quæ in rem est, ac pignoris persecutionem continet *l.* 17. *D. de pignoribus*: plenius pigneratitia in rem *l.* 7. §. 12. *D. Communi dividundo*, aut pigneratitia Serviana *l.* 3. §. 3. *D. Ad exhibendum* appellatur. Hanc sane a Paulo designari *d. l.* 41. quis verius ipso probet Paulo? atqui is ea in lege se illam intelligere utilem pigneratitiam quæ ad pignoris persecutionem spectet, manifeste scribit. Hoc primum monendum fuit. Porro subjiciam, quod Paulus, cum ait, *Rem alienam pignori dedisti; deinde dominus rei ejus esse cœpisti: datur utilis actio creditori*: non hac mente esse existimandus est, quasi indefinita illa loquendi forma velit, quod primo adspectu videtur, hanc actionem creditori dari simpliciter ac semper: sed quasi scribat, eam creditori aliquando dari, aliquando non dari: proinde dari, sed non semper. Sunt tales indefinitæ locutiones frequentes apud Veteres, & sæpe molestæ, non dicam vulgo, sed Interpretibus eruditissimis, ideoque temperate & prudenter accipiendæ. De his ita præclare Apulejus *lib.* 3. *De Philosophia. Universales sunt; ut omne spirans vivit: aliæ particulares; ut quædam animalia non spirant: aliæ indefinitæ; ut animal spirat. non enim definit, utrum omne, an aliquod. sed tamen pro particulari semper valet: quia tutius est id ex incerto accipere, quod minus est.* Secundum hoc in præsenti *datur*, apud Paulum est, dari potest. quo modo Ulpianus *l.* 13. §. *ult. D. de his qui notantur infamia*, *Crimen*, inquit, *stellionatus infamiam* irrogat damnato, *quamvis publicum non est judicium.* nec tamen indicat, quod stellionatus infamiam damnato semper irrogat: (id enim non ita esse, idem Ulpianus ait *l.* 2. *D. de stellionatu*) sed hoc vult, quod stellionatus eo quod non est publicum judicium, non impeditur, quo minus aliquando possit damnato infamiam irrogare: sive, quod stellionatus, etsi non sit publicum judicium ex quo infamia damnatum semper sequitur, tamen potest damnato infamiam irrogare. Simili igitur modo Paulus *d. l.* 41. cum, *Rem*, inquit, *alienam pignori dedisti, deinde dominus rei ejus esse cœpisti: datur utilis actio creditori*: non significat, eam actionem creditori dari semper atque indistincte: sed posse dari aliquando: ut, si is sit exitus conventionis de pignore, ut aliena res improbe sit creditori obligata per mendacium. quod demum fit: si cum ignorante creditore de pignore sit conventum à non domino, qui deinde dominus factus, ideo non patiatur, a creditore moveri utilem hypothecariam actionem: quia negat, pignus, cum de eo conveniret, suis in bonis fuisse. apparet enim, eum, cum de pignore conveniret, ignoranti rem alienam pro sua obligasse; nunc vero mendacii argui a creditore. ita non patitur ratio, ut ea improbitas, etsi Edicti verbis non coërceatur, tamen ejus mente adjuvetur.

Exposui priorem Pauli speciem, quam ex Modestino in *d. l.* 22. *D. de pignoribus* non posuere Juris nostri Architecti. venio ad alteram, quam ex eo descripsere illa in lege. Ea species est. Titius rem meam, me ignorante, creditori suo pignori obligavit. deinde moritur Titius: me relicto herede. Quæritur, an hoc modo pignoris persecutio quæ (ut dixi) est utilis pigneratitia in rem actio, concedenda sit creditori? quæstio hinc pendet, an pignus quod ab initio non valuit, quia alienæ rei erat, exinde ex quo ego cujus in bonis est, Titio heres factus sum, directo, id est, sine novo facto, sive sine nova conventione, ipso denique jure, convalescat? sic enim apud Modestinum sonat id verbum, *directo*; ut in *l.* 12. §. 11. *D. Mandati.* §. 2. *Inst. de codicillis*, & §. 2. *Inst. de singulis rebus per fideicommissum relictis.* Negat autem Modestinus, hoc pignus directo, id est, ut dixi, sua sponte, sine nova conventione, ipso jure, convalescere. recte igitur Paulus in *d. l.* 41. *Hoc*, inquit; *modo pignoris persecutio concedenda non est creditori.* quam ob causam? quia ego qui sum pignoris dominus, de pignore non conveni: Titius autem qui de pignore convenit, ejus dominus non fuit. Atqui ego, postquam debitori Titio qui de pignore convenit, heres factus sum, eum repræsento: nec minus pignoris dominus sum, quam debitor: pariter ut in priore specie. Interest tamen, quod in priore illa ipse dominus de pignore convenit: in hac posteriore non ipse de eo convenit; sed debitori qui convenit, successit: & quod animadvertit Paulus *d. l.* 41, non sufficit ad competendam utilem pigneratitiam sive utilem hypothecariam actionem, eumdem & pecuniæ debitorem, & pignoris dominum esse: at necesse est, ut qui de pignore cum ignorante creditore convenerit, is deinde ejus dominus effectus sit. Ingeniose Paulus & docte! non enim debitum, neque dominium, est causa utilis hypothecariæ actionis: sed conventio cum creditore de pignore facta ab eo qui nunc ejus dominus est, licet ab initio non fuerit. putat nimirum Paulus *d. l.* 41, utilem Servianam actionem pertinere ad curam æquitatis: quo casu fit, ut mendacii arguatur ipse qui rem alienam quasi propriam ignoranti obligavit; & dominus factus, improbe resistit, quo minus ex sua conventione utili ea actione teneatur. hoc in priore evenire specie: at nil tale fieri in posteriore in qua ego extitero heres Titio qui rem meam sine mea voluntate creditori suo obligaverit. ut enim hic debitor sim & pignoris dominus, pariter ut in priore specie: quod tamen debeo, non meo debeo nomine, sed Titii cujus heres sum. rei autem pignoratæ non Titii successione, verum meo jure, dominus sum. accedit, quod non ego qui poteram de re mea pacisci, pactus sum, ut ea creditori pignori esset: sed Titius cui non erat jus de re mea pacisci. quare si summam subducimus: non potuit creditori in proposito utilis hypothecaria actio dari, vivo Titio: quia Titius, quamquam cum eo de rei meæ pignore convenit, numquam ejus dominus fuit. nec magis potest creditori ea actio dari post Titii mortem: quia etsi Titio successerim ego qui sum pignoris dominus: quæ tamen mea cum creditore intervenit de pignore conventio? nulla. proinde si post Titii mortem creditor agat ac vindicet, suum esse pignus, quod ei ignoranti a Titio cujus heres sum, obligatum sit: optimo jure ei occurram exceptione, Extra quam si ea res in bonis Titii numquam fuit. ac si replicet, esse se ignorantem Titii mendacio circumventum; in eoque me qui Titii heres sum, adjuvari adversus se jure judicioque, ipsam fidem atque æquitatem prohibere: negabo, esse causam improbitatis accusandi me: qui de rei meæ pignore cum eo numquam conveni; sed neque Titio, ut id faceret, umquam auctor fui. quod si est: apparet, quamdiu vixit Titius, ex ejus conventione non fuisse rei meæ pignus; neque tum obtinuisse utilem hypothecariam actionem: postquam autem mortuus est Titius, egoque ei heres successi, neque cœpisse valere pignus, neque inde adversus me esse natam hypothecariam actionem: quia ratio non sinit, heredem ex persona defuncti quem repræsentat, alio uti jure quam

quam apud defunctum fuit. Sic Modestinus *in d. l.* 22. ac convenienter his quæ disseruit Paulus *in d. l.* 41. Nisi differentia est, quod Paulus subsistit ad hunc quem dixi, finem: Modestinus non subsistit. non enim contentus fuit, dixisse *in d. l.* 22. *Si Titio qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres extitero, ex postfacto pignus directo quidem non convalescit.* præterea adjecit: *Sed utilis pigneratitia dabitur creditori.* ea porro utilis pigneratitia Modestino non est utilis hypothecaria, seu utilis pigneratitia Serviana actio quæ rem persequitur: (quo sensu *in d. l.* 41. accipi eam monui) sed est contraria pigneratitia in personam: & ideo sic exaudienda est hæc Modestini clausula, *Sed utilis pigneratitia contraria dabitur creditori:* quasi significet, contrariam pigneratitiam creditori adversus heredem dari. ad quid? ut pignus cujus dominus est, & quod a Titio male constitutum est, nova conventione confirmet. nempe, etsi alienæ rei pignus directo, id est, ut dixi, ipso jure, sua sponte, sine novo facto, novaque conventione, non convalescat eo, quod pignoris dominus debitori qui id pignus constituit, heres fit; sic ut creditori utilis hypothecaria actio in rem competat: debitor tamen, quia commercium fuit inter eum & creditorem, si alienam rem pignori det, creditori sua conventione obligatur contrario pigneratitio judicio *l.* 9. *D. de pigneratitia actione:* & vicissim adversus creditorem, soluta pecunia, potest directa pigneratitia actione experiri *l* 9. §. 4. *D. eod. tit.* proinde si non ad pigneratitiam Servianam quæ in rem est, sed ad pigneratitiam in personam, respicimus; quid impedimento est, quo minus res aliena recte pignori dari videatur? sicut aliena res dicitur distrahi posse *l.* 28. *D. de contrahenda emptione:* non quod aliena res, facta a non domino venditione, alienari videtur: sed quod commercium est inter emptorem & venditorem; & hic perfecta rei alienæ venditione, si eam non tradat, emptori tenetur actione ex empto ad id quod ejus interfit, eam sibi traditam esse. Atque hanc ego esse Gaji sententiam conjicio; licet aliter ab eruditis Interpretibus accipiatur: cum *in l.* 9. §. 1. *D. de pignoribus & hypothecis* emptionem venditionemque cum pigneratione comparans, *Quod*, inquit, *emptionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere potest.* Et ideo mihi sumo: ut putem, id Gaji Fragmentum non ad actionem quasi Servianam quæ ex jure in re proficiscitur, atque in rem est, & adversus qualemcumque possessorem datur, pertinere: sed ad actionem pigneratitiam; quæ subnixa est jure obligationis inter debitorem & creditorem contractæ; nec adversus qualemcumque pignoris possessorem datur; sed tantum inter debitorem & creditorem, qui rem pignori dedit accepitve, competit. Postremo opinor, insignem esse errorem Architectorum Juris qui hoc Gaji Fragmentum sub Titulo, *De pignoribus & hypothecis*, collocavere: cum non sub eo Titulo sub quo falsa ejus definitio est, sed sub Titulo, *De pigneratitia actione*, sub quo verissima est, poni deberet. Id docuit me ipsius Inscriptio loci, quæ Inscriptio habet, *Gajus lib.* 9. *Ad Edictum Provinciale:* in quo eum actionem pigneratitiam, quæ in personam est, explicuisse, ex *l.* 10. *& l.* 12. *D. de pigneratitia actione* manifestum est. Sed hoc non ita pridem ostendi *lib.* 1. *Observ. c.* 7. Igitur redeo ad Modestinum: apparet enim, debitorem, si ignoranti creditori alienam rem pignori dedit, ei contraria pigneratitia teneri: ac si moriatur; nihil causæ esse, quo minus ejus heres, qui eum repræsentat, ejusque factum præstare debet, similiter contraria pigneratitia actione teneatur. Cæterum est illa contraria actio (quod observat Modestinus *d. l.* 22.) utilis pigneratitia. nam ad subtilitatem attendentibus, non potest valere bonæ fidei contractus, qualis est pigneratitius, in quo dolus malus, alienæ rei oppignerationе ignoranti facta, admissus est. Quamquam quia interfuit creditoris, se non decipi, res perinde accipitur bonæ fidei interpretatione, ac si valeret contractus; placetque, ad expungendum dolum malum non meram; (sed quod Modestinus indicat *d. l.* 22.) utilem contrariam pigneratitiam actionem creditori dari adversus debitorem, ejusque heredem.

CAPUT XIII.

Impp. Diocletianus & Maximianus expliciti l. 4. *C. de obligationibus & actionibus. fugitivam Jacobo Cujacio videri l.* 1. *C. de dolo malo; in eaque* actionem de dolo *dici quæ est* actio mandati. *Dolum malum, si in bonæ fidei contractu sit admissus non ab eo cum quo contractum est, sed a tertio, non vindicari actione bonæ fidei, sed actione de dolo. Ulpianus expositus l.* 2. *D. de proxeneticis, & l.* 18. §. 3. *D. de dolo malo.*

Sed ut ex diverticulo revertar in viam a qua me longius, quam putavi, abduxerat rei curiosæ, nec satis observatæ contemplatio: tandem liquet, Imperatores, Diocletianum & Maximianum, cuidam Licinio ita optime rescripsisse *l.* 4. *C. de obligationibus & actionibus.*

Bonam fidem in contractibus considerari, æquum est.

Est vero ejus Rescripti sensus, Æquum videri, bonam fidem in omnibus contractibus sine discrimine adhiberi: quamquam in bonæ fidei contractibus Jure Civili; in stricti juris contractibus jure Prætorio: quapropter bonæ fidei contractum in quo ab initio non bona fides, sed dolus malus reperiatur, Judicis officio ipso Civili Jure infirmari: stricti vero juris contractum in quo liqueat dolus malus, valere quidem ipso Civili Jure, sed Jure Prætorio doli actione vel exceptione rescindi.

Imo, inquies, & in bonæ fidei contractu dicitur fidei ruptæ gratia de dolo actio exerceri *l.* 1. *C. de dolo malo*, verbis sequentibus. *Si fidejussor a creditore pignora emerit: oblata quantitate sortis & usurarum, tibi dominium cum fructibus quos bona fide percepit, consultius restituet, ne fidei ruptæ gratia de dolo possit actio exerceri.* Sed (quod erudite observat V. CL. Jacobus Cujacius, *lib.* 3. *Observ. c.* 37.) fugitiva hæc lex est; magisque pertinet ad Titulum Codicis, *Mandati vel contra*, quam ad Titulum, *De dolo malo*, sub quo posita est ab Architectis Juris. ita *de dolo* actio ea in lege est *mandati* actio: monstrante collatione *l.* 2. *D. de pignoribus & hypothecis*, & *l.* 59. § 1 *D. Mandati vel contra:* ea vero perinde dicitur actio *de dolo*, ut actio *de fide mala* apud Ciceronem *lib.* 3. *De natura Deorum c.* 30. quia sicut doli exceptio, sic de dolo actio, inest bonæ fidei judiciis: usque adeo, ut ea neque exceptione, neque actio-

ne, doli mali indigeant *l.* 7. §. 3. *& l.* 9. *D. de dolo malo.* Atque hinc quoque lumen sine dubio accipit Ambrosius, *De Officiis lib.* 2. *c.* 10. verbis sequentibus. *Non solum itaque in contractibus (in quibus etiam vitia eorum quæ veneunt, prodi jubentur, ac nisi intimaverit venditor, quamvis in jus emptoris transcripserit, doli actione vacuantur) sed etiam generaliter in omnibus dolus abesse debet: aperienda simplicitas, intimanda veritas est.* Sic Ambrosius. nec opus interpretatione: cum præcedentia sufficiant.

Est tamen, ubi dolus malus deprehensus in ingressu negotii bonæ fidei, non actione bonæ fidei, sed actione de dolo emendetur. fac, duos contrahere: alterum circumscribi non ab altero, sed opera aut consilio tertii cum quo non contrahat. excedit dolus fines actionis bonæ fidei. nam qui contraxit, non admisit dolum. & qui admisit, non contraxit. ita quis usus actionis bonæ fidei? nullus. ac si alia non sit actio qua res ei ad quem ea res pertinet, salva esse possit: necessitate fit, ut ad actionem de dolo deveniatur. Talis species creditur exstare apud Ulpianum *l.* 2. *D. de proxeneticis:* sed errore, opinor; si ejus verba consideremus. non enim in his incurrit dolus malus in bonæ fidei contractum, sed in mutuum: id est, in contractum stricti juris. verba Ulpiani. *Si proxeneta intervenit faciendi nominis, ut multi solent: videamus, an possit, quasi mandator teneri? & non puto teneri: quia hic monstrat magis nomen, quam mandat: tametsi laudet nomen. Idem dico, & si aliquid philantropiæ nomine acceperit, nec ex locato conducto erit actio. Plane si dolo & calliditate creditorem circumvenerit, de dolo actione tenebitur.* Ulpianus significat, cum Titius mutua egeret pecunia, intervenisse proxenetam, sive pararium, faciendi nominis: id est, (ut Antonius Augustinus observat *lib.* 2. *Emendat. c.* 1. *pag.* 99. *& seq.*) faciendi nominis causa. Et addit Ulpianus; multos sic solere. quo modo? meminit Seneca, *epist.* 119. *Opus*, inquiens, *erit tibi creditore, ut negotiari possis. æs alienum facias oportet: sed nolo per intercessorem mutueris: nolo proxenetæ nomen tuum jactent. paratum tibi creditorem dabo.* Igitur proxeneta procuraturus Titio mutuam quam quærebat pecuniam, ut eam a creditore impetraret, Titium esse idoneum affirmavit. ita credita pecunia. apparet, malum esse nomen quod proxeneta dixit bonum. an creditori adversus proxenetam competit mandati actio? negat Ulpianus. qua causa? quia inquit, proxeneta magis monstrat nomen, quam mandat; tametsi laudet nomen: id est, proxeneta non jubet, creditorem pecuniam credere suo periculo: (hoc enim est mandare) tantum ei monstrat debitorem, paratum accipere creditam pecuniam. addit laudem ejus: dum dicit, esse a quo pecunia recipi possit non modo sine periculo, sed etiam sine molestia: eaque re creditorem inducit ad contrahendum. sit igitur consilium proxenetæ: sed mandatum non est. Sic, si proxeneta nihil accepit philantropiæ nomine: id est, remunerandæ humanitatis causa. nam philantropia (ut ostendi *lib.* 1. *Probabilium c.* 7.) est humanitas, sive benevolentia, adversus omnes homines promiscua. Sed quid, si tali quid acceperit nomine? nil mutat Ulpianus: nec male. nam si non est mandatum, deficiente honorario: quomodo potest, eo interveniente, mandatum fieri? habetur enim proxenetæ honos ob remunerandam ejus humanitatem: sed non ut res sit ejus periculo: nec igitur, ut sit argumentum contracti mandati. Aliquis opinetur, posse proxenetam a creditore conveniri actione locati aut conducti. Sed & hoc negat Ulpianus *d. l.* 2. puto, quod non videntur Veteres existimasse, cum tali persona esse locationem & conductionem. sed magis operam beneficii loco præberi; & quod ei datur, non tamquam mercedem, sed tamquam remunerationem dari. Ait tamen Ulpianus *d. l.* 2. proxenetam, si creditorem circumvenerit dolo & calliditate, magna præsertim atque evidente, (ut bene in *l.* 7. §. *ult. & l.* 8. *D. de dolo malo*) de dolo actione teneri: idcirco quod consilii non faudulenti nulla obligatio est: cæterum, si dolus & calliditas intercessit, de dolo actio competit *l.* 47. *D. de regulis juris.* vere; sed nihil ad propositam disputationem: in qua quæritur contractus bonæ fidei in quo admissus ab alio, quam cum quo contractum est, dolus malus non actione bonæ fidei, sed actione de dolo corrigatur. est vero *d. l.* 2. factum proxenetæ dolo & calliditate; ut fieret mutuum, id est, stricti juris contractus. non igitur servit hic Ulpiani locus fini cui eum servire volunt docti viri.

Melius adfertur pro hac sententia Ulpianus *l.* 18. §. 3. *& l.* 7. *D. de dolo.* utrumque examinabo locum. uterque enim nostram desiderat operam: prior aliquam, posterior diligentissimam. verba *d. l.* 18. §. 3. hæc sunt. *De eo qui sciens commodasset pondera, ut venditor emptori merces appenderet, Trebatius de dolo dabat actionem. At quin si majora pondera commodavit, id quod amplius mercis datum est, repeti condictione potest: si minora, ut reliqua merx detur, ex empto agi potest: nisi si ea conditione merx venit, ut illis ponderibus traderetur: cum ille decipiendi causa adfirmasset, se æqua pondera habere.* Venditæ fuere merces. eæ merces pondere consistebant. eas emptori appendere venditorem oportebat. deërant pondera. Titius sua commodavit: sciens: falsa esse. qua actione corrigitur Titii dolus? ait Ulpianus, Trebatium de dolo actionem dedisse: quasi non suppeteret alia. sed Trebatio litem facit Ulpianus: ait enim, si majora sint pondera, quam ea oportet esse; tum id quod amplius mercis datum sit, a venditore repeti posse condictione. ego addam, etiam ex vendito actione: sic enim videtur ex *l.* 3. §. 3. *D. Si mensor falsum modum dixerit:* nec insolens est, condictiones concurrere cum aliis actionibus *l.* 5. *D. de exceptione rei judicatæ. l.* 52. *D. Mandati vel contra. l.* 28. §. 4. *D. de jurejurando.* non igitur, ut Trebatio placebat, necessaria venditori est de dolo actio: si majora commodata sint pondera. at si minora sint commodata: jam ait Ulpianus, posse ab emptore agi ex empto, ut a venditore tradatur merx reliqua. apparet igitur, hac quoque in specie supervacuam esse de dolo actionem: quia & in ea res ei ad quem ea res pertinet, aliter salva esse potest, quam actione de dolo. Si tamen merx illa venit conditione, ut his ponderibus traderetur; cum Titius decipiendi causa affirmasset, se æqua habere pondera: non resistit Ulpianus, quo minus jam, quia alia actio non est, inter eos qui contraxerunt bona fide, adversus Titium de dolo actio dari possit. Tantum de *d. l.* 18. §. 3.

CAPUT XIV.

Ulpianus l. 7. D. de dolo malo ab ingenio emendatus.

Succedit *l. 7. D. de dolo malo*, ipſa vel ideo noſtra dignior induſtria, quod in ea eſt caput ac fons ex quo profluit illecebra diſtinctionis doli mali, dantis cauſam contractui bonæ fidei, & in talem contractum incidentis: quæ diſtinctio, ut ſupra dixi, tam oneri eſt Juriſprudentiæ, quam excellentibus ingeniis usque adhuc per plura ſecula illuſit. Verba Ulpiani *d. l. 7.* Florentiæ ſic exhibet Franciſcus Taurellius.

Et eleganter Pomponius hæc verba Si alia actio non ſit *ſic excipit* *, *quaſi res alio modo ei ad quem ea res pertinet, ſalva eſſe non poterit.* † *Nec videtur huic ſententiæ adverſari, quod Julianus libro quarto ſcribit, ſi minor annis viginti quinque conſilio ſervi circumſcriptus eum vendidit cum peculio, emptorque eum manumiſit, dandam in manumiſſum de dolo actionem:*** *hoc enim ſic accipimus, carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non poſſit:* * *aut* * *nullam eſſe venditionem ſi in hoc ipſo ut venderet circumſcriptus eſt. & quod minor proponitur, non inducit in integrum reſtitutionem: nam adverſus manumiſſum nulla in integrum reſtitutio poteſt locum habere.*

Ita Florentiæ editur: poſita particula *aut*, inter duas ſtellas ſed eam particulam vetus tuetur liber manu ſcriptus: quem Vir Ampliſſimus, Cornelius van Bynckershoek, in Suprema Hollandiæ, Zelandiæ, & Friſiæ, Curia Senator, non magis præſtante dignitate, quam gloria literarum Clariſſimus, pro ſua humanitate mecum communicavit: additis rarioribus aliquot Pandectarum editionibus Hugonis a Porta, Blaublommii, Vintimillii, Roberti Stephani, & Petri ab Area Baudoza: quæ omnes manuſcripto illi libro hac in parte aſſentiuntur. Sed nec Græci aliter *Baſilic. lib. 10. tit. 3. pag. 599. tom. 1.* quando Ulpianum *d. l.* ſic transferunt, Fabroto interprete. *Si minor conſilio ſervi ſui circumſcriptus, eum vendidit cum peculio, emptorque eum manumiſit, manumiſſus tenetur actione de dolo: niſi emptor compos & particeps doli ſit: nam ſi dolo non careat, tenetur actione ex empto: aut irrita eſt venditio, ſi in hoc ipſo ut venderet, dolus adhibitus ſit. quamvis autem minor ſit qui vendidit, non reſtituitur. nam adverſus manumiſſum nulla in integrum reſtitutio datur.* Sic Græci.

Sed quid, ſi ſuſpicer, ægrum eſſe Ulpiani locum; atque ita recreandum?

Et eleganter Pomponius hæc verba, Si alia actio non ſit, *ſic excipit, quaſi res alio modo ei ad quem ea res pertinet ſalva eſſe non poterit. Nec videtur huic ſententiæ adverſari, quod Julianus libro quarto ſcribit, ſi minor annis viginti quinque conſilio ſervi circumſcriptus, eum vendidit cum peculio, emptorque eum manumiſit, dandam in manumiſſum de dolo actionem: hoc enim ſic accipimus, carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non poſſit. & quod minor proponitur, non inducit in integrum reſtitutionem. nam adverſus manumiſſum nulla in integrum reſtitutio poteſt locum habere.*

Sic olim divinavi. neque me nunc piget ejus remedii. Non addam, Ulpianum *ex empto* dicere pro *ex vendito*. eſt hoc ab Accurſio annotatum. Potius monebo, quod a nemine obſervatum eſt, verba hæc, *aut nullàm eſſe venditionem, ſi in hoc ipſo ut venderet circumſcriptus eſt*, quæ verba delevi, non eſſe Ulpiani. quo indicio? probabili. turbant Ulpiani ſenſum tam manifeſtum, quam optimum. Nempe Ulpianus, exponens Edicti de dolo malo verba, *Si alia actio non erit, judicium dabo*, animadvertebat, ea a Pomponio ſic accipi, quaſi ſignificet Prætor, ſe daturum demum de dolo actionem; ſi res alio modo ei ad quem ea res pertinet, ſalva eſſe non poſſit: eamque elegantem eſſe interpretationem exiſtimabat; nec tamen omni vacuam difficultate. nam videbatur adverſari, quod Julianus libro IV. ſcribit, Si minor ſervi conſilio circumſcriptus, eum vendidit cum peculio, emptorque eum manumiſit: dandam in manumiſſum de dolo actionem. hoc enim quid denuntiat? niſi quod voluit Julianus, decepto venditori, etiam cum ei res aliter ſalva eſſe poteſt, de dolo actione ſuccurri. finge: emptor eſt doli particeps. tenetur venditori utili venditi actione. finge: dolo caret. quid vetat, quo minus jam venditor, idemque minor, in integrum reſtitutione favore ætatis adjuvetur? utcumque erit: datur a Juliano in manumiſſum de dolo actio, etſi res venditori aliter ſalva eſſe poſſit, quam actione de dolo: quia ei datur utilis venditi actio adverſus emptorem; cum ejus dolus arguitur: aut in integrum reſtitutio; ſi non apparet dolus ejus: & tamen a Juliano in manumiſſum de dolo actio conceditur: aliter ac Pomponius interpretatus eſt. Indicavi difficultatem, & quidem duplicem.

Dicam, quid utrique reponat Ulpianus. Prior difficultas eſt, quod ubi emptoris dolus intervenit: datur venditori in manumiſſum de dolo actio, etſi ei adverſus emptorem competat venditi actio. obtinet igitur ex Juliani ſententia de dolo actio; cum res ei ad quem ea res pertinet, alio modo ſalva eſſe poteſt, quam actione de dolo. Hæc difficultas. At ſolutio talis eſt: Julianum non ſpectare ad caſum quo emptor erat doli particeps; ſed quo erat doli purus: porro venditori adverſus emptorem de ejus dolo dari venditi actionem; cum is dolum admiſit: ſed cum dolo caret, adverſus eum non dari: non fuiſſe igitur Juliano negotium, permittere de dolo actionem; ubi res ei ad quem ea res pertinet, aliter ſalva eſſe poteſt, quam actione de dolo.

Sublata eſt ab Ulpiano prior difficultas. quæ altera? quod venditor, & minor, & ætate lapſus, etiam cum Civili Jure valet contractus, Jure Prætorio in integrum reſtitutione adjuvatur. datur igitur a Juliano in manumiſſum de dolo actio; ubi res ei ad quem ea res pertinet, aliter ſalva eſſe poteſt, quam actione de dolo. Hæc altera difficultas. At nec ea Ulpianum confundit. contra is putat, etiam ſic colligi ſine mercede: quia ſervus qui a minore venditus eſt apud Julianum, ab emptore manumiſſus eſt: adverſus manumiſſum autem nulla in integrum reſtitutio locum habet. non igitur poteſt minori, eidemque venditori, cui neque in integrum reſtitutio, neque uti-

* Haloander legit, *excepit.* † Haloander, *poſſit.* ** apud Haloandrum eſt *ſive enim accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non poſſit: ſive nullam eſſe venditionem. ſi in hoc ipſo ut venderet, circumſcriptus eſt: quod & proponitur, non inducitur in integrum reſtitutio. nam*, &c.

utilis ex vendito actio competit, apud Julianum res aliter salva esse, quam actione de dolo. Hic est Ulpiani a me emendati, sensus justus & clarus.

Nec mihi impero; ne addam, eum ab ipso (quo enim utar teste magis certo?) in *l.* 9. §. *ult. & l.* 11. *D. de minoribus* (quæ conjungendæ sunt: cum sint ex eodem Ulpiani *lib.* 11. *Ad Edictum*) sequentibus exprimi verbis.

Adversus libertatem quoque minori a Prætore subveniri impossibile est. Verum vel de dolo, vel utilis actio erit in id quod minoris interfuit, non manumitti. & reliqua.

Commode Ulpianus. nam cum ait, minori actione de dolo subveniri: tum placet; cum intervenit dolus, non emptoris, verbi gratia, sed manumissi servi. at cum scribit, utilem fore actionem in id quod minoris interfuit, non manumitti: tum jus est, cum ipsius emptoris, non manumissi servi, dolus accusatur. quod emendationi meæ egregie convenit. nec minus evincit quod demonstrandum fuit, sequentia *d. l.* 7. verba, *aut nullam venditionem esse, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est*, esse indocti Interpretis; ac fœdare formam disputationis alioquin elegantis.

Habuit interim ille, quisquis fuit, qui ea verba primum ad marginem adjecit, hanc, opinor, causam ea adscribendi: quod videbat, venditori adversus emptorem, probato ejus dolo, ex vendito actionem competere ad id quod sua intersit, se non decipi: præterea videbat, dolum malum, in contrahendo admissum ab emptore, contractum ipso jure dissolvere: at utrumque actionis venditi esse, non videbat.

Nimis inepte! quamquam æque, aut magis, hic qui ea verba deinde ex margine in qua apposita erant pro annotatione, in ipsius operis contextum transtulit: & cum scripsisset Ulpianus, *Hoc enim sic accipimus, carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit:* his ejus verbis marginalem hanc admiscuit adjectionem, *aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est.* quid enim ea adjectio (nisi quem subit libido cavillandi, indigna bono & gravi viro) adfert ad clarum Ulpiani sermonem, præter tenebras, atque inexplicabiles? Nam si emptorem absolvit a dolo servi: qui potest nulla atque irrita videri venditio adversus eum qui nulla ejus doli societate tenetur? sin putat, eum affinem esse servi dolo: cur ait, *Si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est:* non, *Si ab hoc ipso ut venderet circumscriptus est?* illud enim nihil, hoc quod agitur, significat. si tamen demus, velle hanc adjectionem non magis emptorem carere dolo, quam servum; & ideo decurri oportere ad actionem de dolo, quasi nulla venditi actione, ubi nulla venditio est: quidquamne causæ dixeris, cur jam de dolo actio minus competat adversus emptorem, (quod intendit Julianus) quam adversus manumissum servum? cum utique utriusque arguatur dolus malus: atque insuper sit cum emptore contractum; cum servo non sit? age vero, qui sileam, quod cum a Veteribus nulla esse dicitur venditio ob emptoris dolum: est insignis error existimantium, peræque nullam esse ejus potestatem adversus venditorem qui ab emptore sit dolo malo circumscriptus, & adversus emptorem qui venditorem dolo malo deceperit? non sic est: neque hoc ferat communis sensus: Veterum certe nemo dixit. illi voluerunt, venditore in contrahendo ab emptore circumscripto, ad expunctionem doli mali clausulam, *Ex fide bona*, sufficere. nam emptore agente ex empto, doli exceptionem inesse ex empto actioni; etsi in jure non fuerit nominatim a Prætore impetrata: venditore vero agente ex vendito, actionem de dolo actione ex vendito contineri: denique supervacuam venditori utraque in specie esse de dolo actionem; cum ei res aliter salva esse possit, quam actione de dolo. Sed hæc sicut in antecessum demonstravi: ita habeo causam existimandi, sequentia verba, *aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est*, non esse Ulpiani, sed hominis indocti, optimum Ulpiani sensum absurda adjectione contaminantis: idque non intellectum ab illustribus ingeniis, hactenus fraudi fuisse & ipsis & aliis: existimantibus, dolum malum, si causam dederit contractui bonæ fidei, eum ipso jure evertere: sin inciderit in eum, magis actione bonæ fidei, aut exceptione doli mali purgari. Respondi principi ac difficili loco.

CAPUT XV.

Cum apud Veteres contractus dicitur resolvi, rescindi, in integrum restitui, *aut* irritus, *aut* nullus, *aut* nullius momenti, esse; *minus plenum videri sermonem: nisi addatur, quo jure is sit nullus, irritus, aut nullius momenti: item quo jure ejus rescissio, vel in integrum restitutio fiat, Civili, an Prætorio. Impp. Diocletianus & Maximianus declarati l.* 10. *C. de rescindenda venditione. an ex bonæ fidei contractu nullo atque irrito, ob admissum dolum qui ei det causam, dominium traditione transferatur? videri.*

Porro alterum illustrabo locum, etsi non æque asperum atque impeditum, non indignum tamen qui attente consideretur. is locus est in *l.* 10. *C. de rescindenda venditione.* verba ejus hæc sunt.

Dolus emptoris qualitate facti, non quantitate pretii æstimatur. Quem si fuerit intercessisse probatum: non adversum eum in quem emptor dominium transtulit, rei vindicatio venditori, sed contra illum cum quo contraxerat, in integrum restitutio competit.

Primum dicitur, emptoris dolum non pretii quantitate, sed facti qualitate; id est, emptoris calliditate atque insidiis probari: idque verissimum esse, vel ex *l.* 8. *C. eod. tit.* intelligitur. Deinde additur, quod venditori decepto dolo malo, post traditam emptori possessionem, ab eoque in alium rursus translatam, non rei vindicatio adversus possessorem, sed in integrum restitutio adversus emptorem competit. Quod si est: duplice apparet argumento, bonæ fidei contractum in quem incidit dolus malus, non haberi nullum ipso jure. prius argumentum est, quod is contractus ad sui rescissionem eget in integrum restitutione: quam certum est numquam indulgeri adversus contractum qui ipso jure nullus habetur. alterum argumentum est, quod ex bonæ fidei contractu in quem incidit dolus malus, dominium tradi potest: quod non videtur fieri, nullo contractu: eo quod nuda traditio numquam transfert dominium; sed ita, si venditio aut alia justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur *l.* 31. *D. de adquirendo rerum dominio.* quod

quod autem dominium ex bonæ fidei contractu in quo reperitur dolus malus, aliquando transferri potest, vel inde intelligitur; quod venditori, postquam rem emptori tradidit, nulla ejus vindicatio competit adversus possessorem qui eam ab emptore accepit *d. l.* 10. cum interim domino adversus possessorem eam dari, indubitati juris sit *l.* 9. *D. de rei vindicatione.* Est igitur in *d. l.* 10. duplex difficultas, utraque deinceps extricanda.

Quod ad priorem attinet: sic censeo, cum contractus in integrum restitui, cum resolvi, aut rescindi, aut irritus, aut nullus, aut nullius momenti, esse dicitur apud Veteres, minus plenam esse locutionem. non enim uno modo rescinditur, aut in integrum restituitur, contractus: sed aut Jure Civili id fit, aut Jure Prætorio: & cum simpliciter dicitur rescindi, resolvi, aut in integrum restitui, aut nullius momenti esse, ut in *l.* 22. *D. Quod metus causa*, aut irritus esse, ut in *l.* 44. *D. de minoribus* & *l.* 1. *C. de rescindenda venditione:* adhuc quæri potest, quo jure ea rescissio, sive in integrum restitutio fiat. ita si quis velit pleno uti sermone: eum dicere oportet, contractum exceptione, aut alias Jure Prætorio, infirmari, aut rescindi, aut irritum fieri: & contra, contractum ipso jure imperfectum, aut ipso jure nullum esse; itemque, eum ipso jure rescindi, vel ipso jure resolvi, aut in integrum restitui. hoc res vult, & sic locuti Veteres; cum disputarent accuratius: ut apparet ex *l.* 3. §. 3. *D. Pro socio*, *l.* 3. §. 10. *D. de donationibus inter virum & uxorem*, *l.* 63. §. 1. *D. de conditionibus & demonstrationibus*, *l.* 5. §. 2. *D. Qui & a quibus manumissi:* ac proinde cum in *d. l.* 10. *C. de rescindenda venditione* dicitur venditori in integrum restitutio competere contra illum cum quo contraxit: non est illa prætoria in integrum restitutio ex Edicto Galli Aquilii intelligenda: sed hæc civilis quæ fit Judicis officio per actionem ex vendito ad id quod ejus interfuit, se non decipi: ut ex hactenus dictis manifestum est. Tantum de priore difficultate.

Altera difficultas est, quod ex contractu in quo apparet dolus malus, dominium traditione transferri potest: cum ex regula juris nuda traditio numquam transferat dominium: nisi venditio aut alia justa causa præcedat, propter quam traditio sequatur *d. l.* 31. *D. de adquirendo rerum dominio.* Sed nec ea objectio facit moram judicio meo. non enim vult illa regula, ut dominium traditione mutetur, utique præcedere causam veram ac jure firmam: sed præcedere venditionem, aut similem causam, ob quam dominium transferri solet: sive re vera præcedat, sive præcedere tradentis spe aut opinione præsumatur: nisi aliud impediat. Non diu quæram exempla quibus hoc confirmem: sit hoc ex Pomponio *l.* 16. *D. de solutionibus.* Titius stipulanti pecuniam promisit sub conditione. is Titius eam solvit: non pure, sed sub conditione, si prior conditio extiterit. quæritur, ex quo tempore soluta creditori pecunia ejus fiat? utrum statim, an demum existente conditione? ait Pomponius, ejus statim fieri. atqui pendente conditione nulla est obligatio ex qua debeatur pecunia: etsi spes sit debitum iri *l.* 213. *D. de verborum significatione.* igitur nec causa est ex qua interim tradatur pecunia. sed ut dominium transeat in accipientem; sufficit, a tradente sperari causam: licet præsens non sit. Similiter quis dubitat, quin nullum sit matrimonium quod tutor contrahat cum pupilla quondam sua? aut si ancilla nubat quæ libera putetur? aut minor annis duodecim quæ major credatur? repetenti tamen dotem, si quæ data sit in his & similibus speciebus, non vindicatio, sed condictio competit *l.* 7. *C. de interdicto matrimonio inter pupillam & tutorem*, *l.* 1. *C. de condictione ob causam datorum*, *l.* 8. *D. eod. tit. l.* 59. *D. de jure dotium.* nempe, quia traditione ex causa dotis facta, mutatum intelligitur dominium. at non est dos, ubi non est matrimonium §. 12. *Inst. de nuptiis:* nec igitur causa qua traditio fiat. esto: sed Jus Civile adquiescit traditioni factæ ob causam ex qua dominus mutari solet. nec semper veram quærit causam. satis ei est, aliquam tradentis opinione subesse. Nam & indebitum per errorem solutum, dominium in accipientem transfert: & ei qui solvit, non soluti, vindicationem, sed condictionem relinquit §. 1. *Inst. Quibus modis re contrahitur obligatio.* qui potest? quippe cum hic neque debitum sit, neque solutio. sed, ut dixi, sufficit, opinione ejus qui solvit, & debitum esse, & solutionem.

Sic: si nihil aliud impediat, nam si id sit: contra dicendum est. hoc modo Paulus *l.* 1. §. 4. *D. de adquirenda possessione* scribit, si vir uxori cedat possessione, donationis causa: eam non dominium accipere, sed possessionem. nec ob id putandum est, quod volunt Doctissimi Interpretes, traditionem, si fiat a venditore qui ab emptore sit dolo malo inductus ad vendendum, similiter possessionem transferre, dominium non transferre. minime. quod Paulus dicit de traditione mulieri facta ex donatione viri, non eo nititur, quod is titulus nullus atque irritus est: sed quia donatio inter virum & uxorem in tantum Civili Jure improbatur: ut non modo promissio non teneat: sed ne cætera quidem valeant quæ deinde sequantur donationis causa: quippe cum ipsa quoque hæc ab initio prohiberi atque infirmari censeantur *l.* 3. §. 10. 11. & 12. *D. de donationibus inter virum & uxorem*, quatenus juris sint. nam (quod Paulus observat *d. l.* 1. §. 4.) res facti, qualis est possessio, infirmari Jure Civili non potest: nec attinet dicere, non possidere mulierem: cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem. Non idem succurrit in proposito: ubi venditor ab emptore ad vendendum est inductus dolo malo. nam tum non traditio venditori interdicitur: sed ejus exactio emptori denegatur: ipsa quoque non simpliciter, neque semper: sed si venditor nolit, contractum stare. imo permittitur emptori qui fecit dolo malo, hactenus agere adversus venditorem: ut aut stetur emptioni, aut ab ea discedatur *l.* 13. §. 27. & 28. *D. de actionibus empti & venditi.* Dicamus igitur, aliam esse rationem donationis inter virum & uxorem, aliam venditionis cui causam dedit emptoris dolus: illic traditionem & improbari ab initio & prohiberi, factamque pro nulla atque inutili haberi, quatenus ad dominium pertinet: hic traditionem neque improbari, neque prohiberi ab initio: & factam, citra actionem ex vendito, citraque Judicis officium, non videri nullam: quin interim dominium transferre in emptorem; usque adeo, ut si ab eo deinde ad tertium perveniat: placeat, venditori non adversus eum in quem emptor dominium transtulit, rei vindicationem, sed contra illum cum quo contraxerit, in integrum restitutionem actione ex vendito competere *d. l.* 10. *C. de rescindenda venditione.*

CAPUT XVI.

Bonæ fidei negotium, si fuerit metu contractum, semper fuisse ipso Jure Civili nullum: neque indiguisse Prætoris restitutione. quid, si intervenerit metus in contractu stricti juris? cum contractum valuisse cum Civili, tum Prætorio Jure, ante Edictum Galli Aquilii: postea Civili Jure valuisse; sed Prætorio fuisse correctum actione & exceptione doli mali. ad ea remedia accessisse deinde actionem, Quod metus causa: & tandem quoque exceptionem metus. actionem, Quod metus causa, aliquando usum habere in bonæ fidei contractibus: sed non alias, quam si locum non inveniat actio bonæ fidei. alia.

Respondi plerisque quæ hic quæri possint. Nisi quis de coërcendo quoque metu qui in bonæ fidei contractu intervenisse dicatur, pauca addenda existimet. Esse enim video, qui hic argumentum a metu ad dolum faciant: arbitrati, si quid in bonæ fidei, vel in stricti juris, contractu gestum sit, etsi metu, tamen consensum videri *l.* 21. §. 5. *D. Quod metus causa*; & contractum ipso jure valere. Id ostendere Edictum, in quo generaliter ait Prætor, *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo l.* 1. *D. eod. tit.* idemque apparere ex *l.* 2. *l.* 4. *l.* 5. *C. eod. tit.* Hoc porro si in metu placuit: quid causæ esse, cur non in dolo recipiendum sit? in primis, cum sub vi & metu dolus contineri dicatur *l.* 3. §. 8. *D. Vi bonorum raptorum.* Postremo Ulpianum *l.* 14. §. 13. *D. Quod metus causa* scribere, *Eum qui metum fecit, & de dolo teneri, certum esse.* Sed mihi videtur, (quod enim sentio dicam) cum de rescindendo contractu quæritur, non male peti argumentum a metu ad dolum. Primum non sit in metu distinctio, utrum dederit contractui causam, an inciderit in contractum: imo utriusque habetur par atque eadem ratio. quod his quæ de dolo dixi, convenit. Deinde sicut in dolo, ita in metu, interest inter bonæ fidei & stricti juris contractus. si enim in bonæ fidei contractu intervenit metus; numquam valuit Civili Jure contractus: quia semper placuit, eum regi bona fide: nec quid magis illi contrarium videri, quam vim & metum. Atqui, inquies, metui inest consensus: quia metui inest electio *d. l.* 21. §. 5. Sit ita: sed non est libera electio; neque liber consensus: quem bona fides & boni mores postulant. Proinde sive agat, sive conveniatur, metum passus: apparet, convenire officio Judicis ex bona fide cognoscentis, judicare, non esse contractum qui metu initus est: quia non bona fide est initus. Id vero quid efficit, nisi contractum bonæ fidei in quo non est ita actum, ut inter bonos bene agier oportet, ipso jure nullum esse? quia sive agat, sive conveniatur, qui coactus voluit: metus inest actioni bonæ fidei, & in ea Judicis officio continetur; pariter ut de dolo dictum: & ideo necessaria ei Prætoria in integrum restitutio non est; cum ipso jure, denique Judicis officio, tutus sit. Id, nisi fallor, Ulpianus *l.* 116. *D. de regulis juris* vult *lib.* II. *Ad Edictum:* id est, ad Edictum Quod metus causa: quod eum *libro* XI. exposuisse, ex Inscriptione *l.* 1. *l.* 3. *& similibus D. Quod metus causa* intelligitur. Verba Ulpiani. *Nihil consensui tam contrarium est, qui ac bonæ fidei judicia sustinet, quam vis atque metus, quem comprobare contra bonos mores est.* Sic Ulpianus. Imperator quoque Alexander *l.* 1. *C. de rescindenda venditione, Si*, inquiens, *pater tuus per vim coactus domum vendidit: ratum non habebitur, quod non bona fide gestum est: malæ fidei enim emptio irrita est. Aditus itaque nomine tuo Præses provinciæ auctoritatem suam interponet: maxime, cum paratum te proponas id quod pretii nomine illatum est, emptori refundere.* Non igitur ob metum magnopere desiderabatur Prætoris auxilium in contractibus bonæ fidei: ubi metus Judicis officio ex fide bona corrigebatur. At aliter erat in contractibus stricti juris: in quibus ante Aquilii Edictum non magis metus, quam dolus vindicabatur: utique sicut dolo malo, sic metu perficiebatur obligatio; valebatque & Civili & Prætorio jure: prorsus ut neutro rescinderetur: post Aquilii autem Edictum etsi placeret, eam Civili Jure valere, & actionem producere: tamen Jure Prætorio cœpit rescindi actione vel exceptione doli mali *d. l.* 14. §. 13. *D. Quod metus causa:* quia videbatur is qui metu fecisset, etiam dolo malo fecisse. Id rei initium fuit. Postea placuit Prætori, (Cassio, opinor ex *l.* 4. §. 33. *D. de doli mali & metus exceptione*) si quid metu extortum esse diceretur, etiam proponere Quod metus causa actionem: quæ esset in rem scripta *l.* 9. §. *ult. l.* 14. §. 3. *D. Quod metus causa:* quod in actione de dolo non erat. Ita factum fuit, ut quo per metum gesto, & actio de dolo, & actio Quod metus causa locum haberet. Nec tamen, quod mireris, adhuc erat exceptio metus: quia videbatur Prætori Cassio sufficere exceptio doli mali. Sed postremo placuit, etiam de metu exceptionem permittere. scilicet, quia aliquid distat a doli exceptione: quod exceptio doli personam ejus qui dolo fecit, complectitur: at metus causa exceptio in rem scripta est, Si in ea re nihil metus causa factum est: ut plenissime traditum ab Ulpiano *l.* 4. §. 33. *D de doli mali & metus exceptione.* Hæc quo pertinent? nempe, ut appareat, bonæ fidei contractum, sive dolus, sive metus in eo sit, ipso Civili Jure infirmari, nec Prætoria restitutione indigere: stricti vero juris contractum Civili Jure valere, sed demum Jure Prætorio rescindi. At enim Imp. Gordianus *l.* 4. *& 5. C. de his quæ vi metusve causa* rescripsit, venditione vi metuve facta, jurisdictionis tenore, sive forma Edicti perpetui impetrari, ut quod improbe factum est, in priorem statum revolvatur. Verum hoc non semper decerni, idem Gordianus putat *d. l.* 4. sed tum, si alia actio non sit. quod & supra in actione de dolo malo monui: & ipso Edicto, Quod metus causa, ostendit Ulpianus *l.* 14. §. 1. *&* 2. *D. eod. tit.* Id vero sit, verbi gratia, si venditori ob emptoris inopiam adversus eum inanis futura sit venditi actio; & interim res per metum vendita pervenerit in manum secundi emptoris, adversus quem actio ex vendito priori venditori dari nequeat. dabitur igitur eo in casu actio, Quod metus causa, in quadruplum intra annum, post annum in simplum *d. l.* 4. vel utilis rei vindicatio *l.* 3. *C. eod. tit.*

Ita est; si bonæ fidei contractus, verbi gratia, emptio & venditio, aut locatio & conductio, metu perficiatur: sed si metu finiatur, aliud jus est. id me Paulus docet *l.* 21. §. 4. *D. eod. tit.* Pauli verba sunt. *Si metu coactus sim ab emptione,*

ne, † *locatione discedere: videndum est, an nihil sit acti, & antiqua obligatio remaneat; an hoc simile sit acceptilationi, quia nulla ex * bonæ fidei obligatione possimus niti, cum finita sit, dum amittitur? & magis est, ut similis species acceptilationi sit: & ideo Prætoria actio nascitur.* Non agit Paulus de venditione aut locatione, metu perfecta, sed de ea metu sublata. Sit exemplum. perfecta inter duos est venditio aut locatio bona fide & libero utriusque consensu. nata utrimque est obligatio & actio bonæ fidei. venditor aut locator deinde, re integra, abit a venditione aut locatione, non libero consensu, sed per metum extorto. utrum sublata est antiqua venditi aut locati obligatio; an superest perinde, quasi nihil actum sit? movet, quod obligatio consensu perfecta, re integra, tollitur contrario consensu. contra movet, quod contrarius ille consensus in præsenti non a sponte venditoris, verum a metu, profectus est. Sed Paulo sedet, quod obligatio consensu perfecta, re integra, tollitur contrario consensu, quamvis per metum extorto, atqui hoc non patitur bona fides. sed finita est, inquit Paulus, bonæ fidei obligatio: dum amissa est contrario consensu. nulla igitur bonæ fidei obligatione possimus niti. Quod si est: alia videtur ratio contrahendæ per metum obligationis bonæ fidei, alia finiendæ. & est observandum, quod Paulus ait, consensum cui metus causam dedit, cum ad tollendam venditionem aut locationem pertinet, est similis acceptilationi: qua per metum expressa creditori, ipso jure finitur obligatio, valet quippe subtili jure acceptilatio, etiam metu illato facta: atque ut creditor qui metu coactus, debitorem liberavit per acceptilationem, necessariam habet Prætoriam, Quod metus causa, actionem: sic quod in venditione aut locatione, ejus tollendæ causa, re integra, per metum actum est contrario consensu, similiter Prætoria Quod metus causa actione eget: quia quo minus ipso jure valeat contrarius is consensus, nulla resistit obligatio bonæ fidei, jam contrario illo consensu ipso jure sublata.

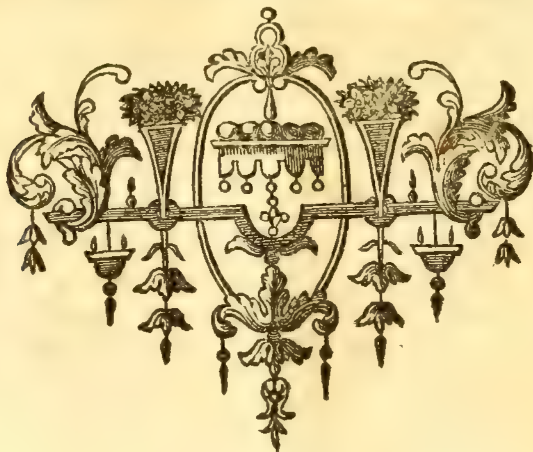
Nec illud omittam, quod Paulus *d. l.* 21. §. 3. *D. Quod metus causa*, *Si*, inquit, *dos metu promissa sit, non puto nasci obligationem.* & hanc addit rationem: *quia verissimum est, nec talem promissionem dotis ullam esse.* Significat enim Paulus, dotis promissionem, si quæ stipulanti per metum facta sit, non indigere Prætoria metus exceptione: quia non placet, ex ea nasci actionem: nulla tali stipulatione ipso jure. id vero singulare esse in dote, facile apparet: quia stipulatio, etiam dotis, stricti juris habetur: ex aliis autem causis, quam ex dote, per metum facta promissione, valet Civili Jure stipulatio: ex eaque nata actio demum per exceptionem metus Jure Prætorio submovetur *l.* 5. *C. de inutilibus stipulationibus*, & *pr.* & §. 1. *Inst. de exceptionibus.*

† al. *vel.* * al. deest *ex.*

F I N I S.

NOTITIA CAPITUM.

HUJUS OPERIS.



GERAR-

GERARDI NOODT,
JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,
DE
USUFRUCTU
LIBRI DUO:

IN QUIBUS MULTA VETERUM LOCA
AUT EMENDANTUR AUT
EXPLICANTUR.

EDITIO QUARTA.

GERARDI NOODT,

Jurisconsulti & Antecessoris,

DE

USUFRUCTU

LIBER PRIMUS.

Caput I.

Summa totius Operis.

Explicaturus pro virili parte usumfructum, id est, Juris materiam, cum rerum varietate pulchram, tum locorum asperitate difficilem ac molestam, animum induxi, initio operis investigare, quid usufructus appellatione a Veteribus contineatur: jactisque hac via quasi futuræ diligentiæ fundamentis, efficere atque eniti: ut mox uno ore fluat interpretatio, demonstratura usufructus rationem, naturam, formam: simul quid in re fructuaria, ejusve partibus, qualitatibus, instrumentis, adminiculis, recte aut secus agat fructuarius: quæ trahat commoda, quæ toleret onera: quid juris sit constante, quid finito, usufructu: quemadmodum utroque in casu dominum de sua proprietate securum præstet ex Edicto Prætoris: postremo quid in corporibus Jure Civili, quid in quantitatibus & juribus Senatusconsulto, obtinuerit: quid sit in rei unius, quid in partis bonorum, vel omnium, usufructu? illa primo sufficient libro. alterum destinavi causis modisque quibus constituatur & finiatur usufructus: pauca insuper subjecturus remedia, ad tuendum eum maxime pertinentia. Summa hæc Operis: aperturi, ut spero, bene multa Veterum loca quorum usum, sensum, integritatem, nescio quis casus longe submoverat. nunc, quod bene vertat, prima ingrediar spatia.

Caput II.

De usufructu: & quid eo nomine contineatur?

Usufructus (ut a Paulo definitur *l.* 1. *D. de usufructu*) est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. Primum ait Paulus, usumfructum esse jus: convenienter Gajo *l.* 1. §. 1. *D. de rerum divisione:* dicenti, usumfructum in jure consistere, atque a fructibus distingui. nam fructus ex fundo percipi, & plerumque esse corporales: cum usufructus sit jus eos percipiendi; eoque res incorporalis habeatur. Juris autem verbo Paulus intelligit facultatem fructuario moribus aut legibus concessam. talem enim facultatem a Veteribus jus appellari, dudum observavit V. Cl. Gulielmus Budæus, *Annotat. ad Pand. pag.* 212. eoque sensu fructuarium a Neratio dici, *jure suo facere. l.* 44. *D. de usufructu.* sed clare Ulpianus in *Fragm. tit.* 24. §. 26. usumfructum vocat facultatem. Tryphoninus *l.* 62. §. 1. *D. eod. tit.* conjunctim dicit, *Facultatis fructuarii jus.* vix opus moneri, (sponte enim liquet) usumfructum quidem esse jus respectu fructuarii, cujus jus constituto usufructu augetur: respectu vero domini proprietatis non esse jus, sed juris minutionem, id est, servitutem *l.* 5. §. 9. *D. de novi operis nuntiatione.*

Illud quæri dignum, cur Paulus in definitione addat, *alienis rebus.* nam usufructus ab utendo fruendo deducitur: & tam dominus re sua, quam fructuarius aliena utitur & fruitur. ita natura late patet usufructus, potestque dominio inhærere, vel sine dominii societate haberi, nec minus propriæ, quam alienæ, rei esse. cæterum ars & disciplina Juris in magna rerum copia laborans inopia vocabulorum, quibus singulas indigitet, sæpe publica verba ad suum informavit modum, neglecta naturali potestate: hic certe amplam illam atque infinitam vim usufructus ad propriam atque angustiorem coarctavit significationem: animadverso, utentem ac fruentem re sua jus proprietatis sive dominii exercere, neque ad hoc demonstrandum egere usufructus nomine. contra aliena re utentem ac fruentem posse usumfructum suum dicere; dominium suum dicere non posse. ita visum, altera in specie sufficere dominii proprietatisque appellationem: in altera quod deesset aliud nomen, magis usumfructum subsistere. mitto verba: aperte Paulus *l.* 126. §. 1. *D. de verborum obligationibus* dicit, alterum esse usumfructum per se, alterum proprietatem comitari: significans ea loquendi forma, (ut ostendi, *lib.* 1. *de jurisdictione & imperio, c.* 2.) alterum in specie usumfructum, alterum proprietatem, appellari. atque in hanc sententiam euntibus quoque velut pedibus Tryphonino *l.* 78. *D. de jure dotium*, Pomponio *l.* 21. §. 3. *D. de exceptione rei judicatæ*, Ulpiano *l.* 5. *D. Si ususfructus petetur:* apparet, quod dixi, usumfructum origine sua ad res proprias porrigi: Civili Jure ad alienas restringi.

At hoc ad intelligendam vim usufructus nondum sufficit. cum enim ab usu & fructu deducatur; sitque, ut Paulus definit, *jus utendi fruendi rebus alienis salva rerum substantia:* e re erit, quid sit *uti & frui salva rerum substantia*, paulo disertius explicari: silentibus hac in parte Interpretibus multæ opes doctrinæ præferentibus. Uti igitur re est, eam adhibere ad vitæ utilitatem: sed quatenus sufficit; atque ut salva maneat ejus sub-

ſtantia. propria igitur uſus tria ſunt: primum, ut utentis neceſſitate finiatur: deinde, ne rei conditio mutetur: tum, ne res utendo conſumatur aut pereat. Primum Gajus ſignificat *l.* 11. *D. de uſu & habitatione:* nec minus Horatius, *lib.* 1. *Epiſt.* 12. negans pauperem eſſe, *Cui rerum ſuppetat uſus.* item *lib.* 2. *Epiſt.* 2. *verſ.* 190. cum ait,

Utar & ex modico, quantum res poſcit, acervo
Tollam. — . . .

Eodem ſenſu Tacitus *lib.* XI. *Annal. c.* 7. *Quem*, inquit, *ullum tanta ſuperbia eſſe, ut æternitatem famæ ſpe præſumat? uſui & rebus ſubſidium præparari.* Poſtremum notat Donatus ad *Prologum Andriæ* Terentii *verſ.* 5. *Utimur*, inquiens, *fructibus rei, quæ ab amantibus ſalvo uſu nobis ſubminiſtratur: abutimur, quando deperdimus & rem & fructum. Nam uſui eſt ager, domus: abuſui vinum, oleum, & cætera bujusmodi.* Sic Donatus: in eaque ſententia etiam Ciceronem fuiſſe *in Topicis*, ſuus veniet dicendi locus. Quod eſt ſecundo ſive medio loco poſitum, obſervat Ulpianus *l.* 15. §. 1. & 5. *D. de uſufructu.* etiam Lucretius, *lib.* II. *De rerum natura verſ.* 660. verba Lucretii.

Hic ſi quis mare Neptunum, Cereremque vocare
Conſtituit fruges, & Bacchi nomine abuti
Mavult, quam proprium laticis proferre vocamen.

Ea vis verbi, *Uti.* *Frui* latius patet: non enim utentis neceſſitate, neque rei conditione circumſcribitur: magis complectitur qualemcumque præſentem utilitatem, commoditatem, oblectationemve, quæ ex re ejusve occaſione percipi poſſit: ac ne illam quidem quæ rem tollat, vel præter rei conditionem ſit, reſpuit: prorſus neque finem habet neque modum. hoc ſenſu accipitur in illo Ciceronis, *lib.* 9. *Epiſt.* 17. *ad Pœtum.* *Nibil timeo: fruor dum licet: opto, ut ſemper liceat.* Eodem modo Seneca, *Epiſt.* 63. *Ideo amicis avide fruamur, quia quamdiu contingere hoc poſſit, incertum eſt.* Claudianus quoque.

Qui fruitur pœna, ferus eſt, legumque videtur
Vindictam præſtare ſibi. — — —

Et Seneca, *De vita beata c.* X. *Tu voluptatem complecteris: ego compeſco. tu voluptate frueris: ego utor.* Similiter Nero, apud Tacitum *lib.* 14. *Annal. c.* 56. Senecam alloquens, *Et tibi*, inquit, *valida ætas, rebusque & fructui rerum ſufficiens.* Nero ſignificat, licere Senecæ per ætatem res ſuas non modo exercere ad uſum verum & neceſſarium, ſed etiam ex rebus ſuis capere voluptatem, etſi uſui non ſemper convenientem. quod alioquin juniorum eſſe, obſervat Auctor libri, *Sapientiæ c.* 2. *verſ.* 6. Sed differentiam quam inter uſum & fructum feci, probat & firmat Auguſtinus, *lib.* I. *De doctrina Chriſtiana c.* 3. nec gravabor ejus verba, quamquam compluſcula ſint, adſcribere. Verba Auguſtini. *Res aliæ ſunt quibus fruendum eſt, aliæ quibus utendum, aliæ quæ fruuntur & utuntur. Illæ quibus fruendum eſt, beatos nos faciunt. iſtis quibus utendum eſt, tendentes ad beatitudinem adjuvamur & quaſi adminiculamur, ut ad illas quæ nos beatos faciunt, pervenire, atque bis inhærere poſſimus. Nos vero qui fruimur & utimur, inter utrasque conſtituti, ſi eis quibus utendum eſt, frui voluerimus, impeditur curſus noſter, & aliquando etiam deflectitur, ut ab bis rebus quibus fruendum eſt obtinendis vel retardemur, vel etiam revocemur, inferiorum amore præpediti. frui enim eſt, amore alicui rei inhærere propter ſe ipſum: uti autem, quod in uſum venerit, ad id quod amas obtinendum referre. ſi tamen amandum eſt: nam uſus illicitus abuſus potius vel abuſio nominandus eſt. quomodo ergo ſi eſſemus peregrini, qui beate vivere niſi in patria non poſſemus, eaque peregrinatione utique miſeri & miſeriam finire cupientes, in patriam redire vellemus, opus eſſet, vel terreſtribus vel marinis vebiculis quibus utendum eſſet, ut ad patriam qua fruendum erat, pervenire valeremus; quod ſi amœnitates itineris & ipſa geſtatio vebiculorum nos delectaret, converſi ad fruendum bis quibus uti debuimus, nollemus citò viam finire, & perverſa ſuavitate implicati alienaremur a patria cujus ſuavitas faceret beatos: ſic in hujus mortalitatis vita peregrinantes a domino, ſi redire in patriam volumus, ubi beati eſſe poſſumus, utendum eſt hoc mundo, non fruendum.* Satis liquet, quid ſit uti, quid frui.

Tantum addam, uſumfructum non eſſe merum fructum, neque merum uſum; ſed ex utroque colligi: probante ſono verbi, utrumque complexi: tum etiam definitione Pauli *d. l.* 1. *D. de uſufructu*, dicentis, uſumfructum eſſe jus utendi fruendi rebus alienis ſalva rerum ſubſtantia. Hoc vero quo pertinet? niſi ut putemus, non concedi fructuario poteſtatem liberam pro ſua libidine atque arbitrio rem fructuariam exercendi: ſed ejus jus certo fine ac modo circumſcribi: ita teneri cum re aliena uti, id eſt, eam exercere ſalva ſubſtantia; modo etiam ſit ei jus frui, & poſſe re frui, dum ea utatur quoque: id eſt, dum curet, ut rei ſubſtantia, invito proprietatis domino, fruendo non mutetur aut pereat. atque hoc eſſe uſuifructui conſequens, etiam Florentinus indicat *l.* 42. *D. de uſufructu:* dicens fructuarium & uſum habere fruendi cauſa. Neſcio, an idem velit Iſidorus, *lib.* 5. *Originum, c.* 25. *Uſus*, inquiens, *quo in re inſtructa utimur, ut in baculo inniti, ut in codice legere, ut in tabula ludere: ſed & ipſe fructus agrorum, quia eo utimur, uſus vocatur. Hæc ſunt tria illa. uſusfructus autem vocatus: quia ſolò uſu babetur ejus fructus, manente apud alium jure.* Sed uſumfructum tam ex uſu, quam ex fructu, conſiſtere, adeo exploratum eſt: ut Ulpianus *l.* 14. §. 1. *D. de uſu & babitatione* neget fructum legari ſine uſu: & ſi legetur deducto uſu; inutile eſſe legatum, ſcribat. putemus igitur, uſumfructum neque uſum, neque fructum eſſe: ſed jus ex utroque mixtum & temperatum. non enim eſſe fructum liberum atque infinitum qui fructus proprietatem comitatur: verum uſus adjectione coërceri intra modum ſalvæ ſubſtantiæ. proinde eſſe uſu latiorem, ſed dominio anguſtiorem; & a Paulo optime definiri, jus utendi fruendi rebus alienis ſalva rerum ſubſtantia.

Poſſim ineptus videri, ultra quærens, ubi locum habeat Pauli definitio: tamquam non ſemper obtineat, ubi de uſufructu Jure Civili diſputatur. cur enim inventa eſt, non habitura uſum? et tamen laboro: quia ipſe Paulus *l.* 4. *D. de uſufructu: Uſusfructus*, inquit, *in multis caſibus pars dominii eſt.* an aliud his deſignat verbis? quam aliquando ſervari, aliquando negligi definitionem præ ſe ferentem, uſumfructum eſſe jus utendi fruendi rebus alienis? fuerit igitur ex uſu Jurisprudentiæ, & hac liberari ſollicitudine. obtinet ea definitio in actione confeſſoria: in quam venit uſusfructus, non omnis, ſed a dominio ſeparatus. datur certe hæc actio ei qui poteſt dicere, ſuum eſſe rei uſumfructum: non ei qui poteſt rem ſuam dicere. nam, ut Ulpianus ait, uti frui jus ſibi eſſe, intendere poteſt ſolus qui habet uſumfructum: dominus autem non habet: quia qui habet proprietatem, utendi fruendi jus ſeparatum non habet; nec enim poteſt ei ſuus fundus ſervire. de ſuo enim, non de alieno jure quemque agere oportet *l.* 5. *D. Si uſusfructus petetur.* Non minus placet ea ſubtilitas Paulo, in *l.* 25. *D. de verborum ſignificatione* ſic ſcribenti, *Recte dicimus, eum fundum totum noſtrum eſſe,*

esse, etiam cum usufructus alienus est: quia ususfructus non dominii, sed servitutis pars sit: nec falso dici totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse. hoc & Julianus: & est verius. Hæc Pauli verba pertinent ad rei vindicationem: quam Paulus exposuit lib. 21. Ad Edictum, ex quo desumpta sunt ejus verba. ea porro actio est rei, id est, dominii sive proprietatis rei, vindicatio; solique datur ei qui potest intendere, rem quam petit, suam esse: ut eodem libro docet Paulus *l.* 23. *D. de rei vindicatione.* debet etiam is designare rem, & utrum totam, an partem, & quotam petat: ut idem Paulus indicat *l.* 6. *D. eod. tit.* igitur fingamus, aliquem vindicare, fundum totum suum esse: cum alienus sit ususfructus. an recte agit? nam ususfructus naturaliter cohæret dominio, ejusque pars est. nec videtur quis vere dicere, fundum totum esse suum; cum aliqua pars non est ejus. Sed Paulus Julianum sequutus, ait, verius esse in hac actione, alium videri fundum, alium fundi usumfructum: illum ad rem, hunc ad rei modum spectare: eaque ratione quem recte dicere, totum suum esse fundum, sive totam suam esse fundi proprietatem, a quo fundo abest ususfructus: licet non possit dicere, totum eum fundum omni modo suum esse, sive totam fundi proprietatem omni modo suam esse. Similis observatio est in judicio familiæ erciscundæ & communi dividundo: auctore eodem Ulpiano *l.* 16. §. 1. *D. Familiæ erciscundæ:* apud quem Julianus ait, *Si alii fundum, alii usumfructum Judex adjudicaverit, non communicari usumfructum.* Sensus est: quod si Judex in Judicio familiæ erciscundæ uni fundum, alii ejusdem fundi usumfructum adjudicaverit: non est communis utriusque ususfructus: sed hic solus usumfructum, ille nudam fundi proprietatem habebit. atqui fundi appellatione non venit nuda, sed plena proprietas. sit ita naturali verbi significatione: sed Judex familiæ erciscundæ sequitur civilem: nulla causa, cur ab ea recedat. imo agit eo judicio, ut tollat, non ut inducat communionem. quod futurum fuerit; si adjudicato uni fundo, alteri usufructu, fundum pro pleno ejus dominio accipiamus. Sic: ubi ususfructus Juris subtilitate æstimatur.

At Paulus *l.* 4. *D. de usufructu*, *Ususfructus*, inquit, *in multis casibus pars dominii est: & extat, quod vel præsens vel in diem dari potest.* Non tamen voluit Paulus, usumfructum, si intra artis auctoritatem subsistamus, esse dominii partem. contra significat, usumfructum, cum in arte Juris non sit dominii pars; nihilominus (quod ex sequentibus liquebit) aliquando dominio similem vel dominii loco haberi: locutione non dissimili huic Virgilii *lib.* 7. *Aeneid. vers.* 266. (quam Vigerus notavit, *De præcipuis Græcæ dictionis idiotismis*, *cap.* 3 *sect.* 7.)

Pars mihi pacis erit dextram tetigisse tyranni.

Vult igitur Paulus, usumfructum esse dominio similem, vel dominii loco: non tamen ubique, sed in multis casibus. quibus? non addit Paulus: sed puto in legatis, itemque in stipulationibus & cæteris contractibus: in quibus magis loquentium voluntas spectatur, quam Juris subtilitas plerisque incognita. Sit in legato exemplum apud Papinianum. *l.* 76 §. 2. *D. de legatis lib.* 2. Verba Papiniani. *Dominus herede fructuario scripto, fundum sub conditione legavit: voluntatis ratio non patitur, ut heres ex causa fructus emolumentum retineat. diversum in cæteris prædiorum servitutibus, quas heres habuit, responsum est: quoniam fructus portionis instar obtinet.* Legatus est a testatore fundus cujus ususfructus erat apud heredem scriptum. quæritur, utrum legatario debeatur nuda fundi proprietas; an solida? nam legatus proponitur fundus; habetque fundum, habens ejus proprietatem: etsi non habeat usumfructum: quia ususfructus in arte Juris non est pars fundi, id est, dominii; sed servitutis, ut via. at Papinianus abit a scrupulositate artis: sequutus defuncti voluntatem, auctoritate Duodecim Tabularum in testamento pro lege observandam. & recte: nam defunctus, exerciturus liberalitatem erga legatarium, non videtur voluisse, ad eum venire inane fundi nomen sine utilitate ejus naturali. quod igitur convenit menti testatoris, putat Papinianus, in hoc articulo perinde habendum esse usumfructum, ac si esset dominii portio, quamvis alias non sit: eaque ratione heredem legatario obligari ad traditionem solidæ proprietatis fundi; nec posse ex causa fructus qui ejus erat, retinere emolumentum. quin idem Papinianus *l.* 66. §. 6. *D. eod. tit. Fundo*, inquit, *legato, si ususfructus alienus sit, nihilominus petendus est ab herede. Ususfructus enim, etsi in jure non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet. enimvero fundo relicto, ob reliquas præstationes quæ legatum sequuntur, agetur: verbi gratia, si fundus pignori datus, vel aliena possessio sit. Non idem placuit de cæteris servitutibus.* Ab eodem principio Julianus *l.* 6. *D. de usufructu earum rerum*, *Si*, inquit, *fundus tibi legatus fuisset, & mihi ejusdem fundi ususfructus: haberes tu quidem totius fundi proprietatem, sed partem cum usufructu, partem sine usufructu.* Idque in tantum placuit: ut Modestinus *l.* 19. *D. de usu & usufructu legato* sic scribat. *Si alii fundum, alii usumfructum ejusdem fundi, testator legaverit: si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. Nam detracto usufructu, proprietatem eum legare oportet eo modo.* Titio fundum detracto usufructu lego, [vel] Sejo ejusdem fundi usumfructum heres dato. *Quod nisi fecerit, ususfructus inter eos communicabitur:* Et pro ratione addit Modestinus: *quod interdum plus valet scriptura, quam peractum sit.* Sensus Modestini; quod ex recepta verbi interpretatione aliquando aliter accipitur testatoris scriptura, quam re vera voluit aut cogitavit testator. Sic in legatis. Idem in stipulationibus, & cæteris contractibus. in quibus contrahentes magis ad effectum rerum mutuamque utilitatem, quam ad artis subtilitatem respiciunt. nos vero in his explicandis sequimur quod actum est *l.* 34. *D. de regulis juris.* ita cum verisimile est, contrahentes promisso fundo, non ad nudam intendisse proprietatem sine utilitate fructuum: optima ratione interpretamur, quod illi voluere, usumfructum esse instar partis fundi, sive haberi loco dominii, licet juris subtilitate non sit. Eo modo Julianus *l.* 58. *D. de verborum obligationibus*, *Qui*, inquit, *usumfructum fundi stipulatur, deinde fundum, similis est ei qui partem fundi stipulatur, deinde totum: quia fundus dari non intelligitur, si ususfructus detrahatur.* Pomponius quoque *l.* 66. *D. de contrahenda emptione*, *In vendendo*, inquit, *fundo quædam, etiamsi non condicantur, præstanda sunt. veluti, ne fundus evincatur aut ususfructus ejus.* Ita igitur est: ususfructus, quoties de nominis subtilitate disputatur ex arte juris, nec voluntas loquentium est quæstioni, ut in formula actionis confessoriæ, aut rei vindicationis, item in adjudicatione Judicis familiæ erciscundæ, aut communi dividundo, non est rei dominium, neque rei pars: sed jus a dominio & parte ejus separatum. cæterum in legatis & contractibus, ubi quæritur voluntas testatoris aut contrahentium, magis ad dominii effectum, quam ad nominis sub-

subtilitatem respicientium: rationis est, quod Paulus ait *d. l.* 4. *D. de usufructu*, usumfructum in multis casibus partem dominii haberi.

At non ut usufructus dominii, sic vice versa dominium usufructus nomine censetur. credidit quidem Accursius, hoc contingere apud Pomponium in *l.* 19. *D. de usufructu*; multisque, ut idem sentirent, auctor fuit. sed mihi errare videtur Accursius; & aliud indigitari a Pomponio *d. l.* si consilio temperetur ejus intellectus: ut fiet infra capite primo libri secundi. Attulit tamen pro sua sententia Accursius præterea hæc Marciani verba ex *l. ult. D. de usufructu earum rerum. Cum pecunia erat relicta Titio* ita, ut post mortem legatarii ad Mævium rediret: *quamquam adscriptum sit*, ut usum ejus Titius haberet, *proprietatem tamen ei legatam: & usus mentionem factam, quia erat restituenda ab eo pecunia post mortem ejus Divi Severus & Antoninus rescripserunt.* Æque infeliciter. nimirum proponitur legata pecunia, ita ut post mortem legatarii ad Mævium rediret. pecuniæ vero appellatione continetur proprietas: sicut rei, fundi, domus, servi, nomine proprietas indigitatur. non est igitur legatus pecuniæ usufructus: sed legata est pecunia: id est, pecuniæ proprietas, cum onere fideicommissi. adjecerat quidem testator, ut ejus usum haberet legatarius Titius. sed interim legavit ei proprietatem. & ait Marcianus, etiam hoc rescripsisse Divos Severum & Antoninum; usus vero mentionem factam ideo: quia restituenda a legatario erat pecunia post mortem ejus. quæ res etsi non esset usufructus, tamen habebat exitum usuifructui non dissimilem. Non igitur juvat Accursium Marcianus. Nec magis Scævola *l.* 15. *D. de auro, argento, mundo.* verba. *Species auri & argenti Sejæ legavit, & ab ea petiit in hæc verba.* A te, Seja, peto, ut quidquid tibi specialiter in auro, argento, legavi, id cum morieris, reddas, restituas illi & illi vernis meis: quarum rerum usufructus, dum vives, tibi sufficiet. *Quæsitum est, an usufructus auri & argenti solus legatariæ debeatur? Respondit, verbis quæ proponerentur, proprietatem legatam, addito onere fideicommissi.* Sic Scævola: verissime. nam legatis speciebus auri & argenti, legata est specierum proprietas: sed (quod ex sequentibus verbis intelligitur) restituenda vernis ex causa fideicommissi. & quod additur, *quarum rerum usufructus, dum vives tibi sufficiet*, non ad formam juris spectat: aliter enim ea se habet, ut Scævola observat: sed ad exitum rei; sive, ad effectum restituendæ proprietatis: ut in *d. l. ult. & l.* 34. §. *ult. D. de legatis lib.* 2.

Quæ dixi, satis ex sententia sunt, quantum attinet ad rem fructuariam. sed separandum ab hac re est jus ea utendi fruendi, quod appellamus usumfructum. hujus enim juris quin dominus sit fructuarius, dubitari non sinit Ulpianus *l.* 8. *D. de rebus auctoritate judicis possidendis*, his verbis. *In venditionem bonorum etiam usufructus veniat: quia appellatione domini fructuarius quoque continetur.* Nempe (dabo enim Ulpiano lucem quam nescio an dederint alii) dixerat Prætor in Edicto, jussurum se, possideri vendique bona debitoris, fraudationis causa latitantis *l.* 7. §. 1. *D. Quibus ex causis in possessionem eatur.* inde quæri poterat, quid *bonorum* appellatione in Edicto contineretur? ait Ulpianus, non tantum proprietatem debitoris indicari; sed usumfructum quoque, si quem habeat separatum. nam fructuarium esse usufructus dominum: ut non sit rei fructuariæ dominus: certe habet in ea jus aliquod *l.* 19. *D. de damno infecto:* proque eo vindicando confessoriam in rem actionem *l.* 5. *D. Si usufructus petetur.* est igitur ejus juris dominus *l.* 3. *D. eod. tit. l.* 15. §. 8. *D. Quod vi aut clam:* licet non sit dominus rei fructuariæ.

CAPUT III.

Quemadmodum quis utatur fruatur?

Dixi, quid sit usufructus. dicam, quid fructuario sub hoc competat nomine. primum certum est, eum habere jus fruendi re fructuaria. Ulpianus *l.* 7. *D. de usufructu* ait, ad fructuarium omnem rei fructum pertinere. putemus igitur, ei deberi omnem animi & corporis utilitatem quæ ex re fructuaria ab eo percipiatur: quando omnis opportunitas, fructuario quæstum aut amœnitatem adferens, fruendi vocabulo continetur: ut capite primo demonstravi. & est elegans Pauli exemplum in *l.* 16. §. 1. *D. Quod vi aut clam*: quærentis, si quis arbores non frugiferas, veluti cupressos, ceciderit vi aut clam, an sicut domino, ita fructuario competat interdictum? poterat dubitari: quia non ut domini, sic fructuarii interest, cæsis arboribus infructuosis. ait tamen Paulus, *Si amœnitas quædam ex hujusmodi arboribus præstetur; posse dici & fructuarii interesse propter voluptatem & gestationem.* id est, propter amœnitatem quam ex gestatione sellæ, lecticæ, aut vehiculi in nemoribus illis arborum infructuosarum possit percipere. morem indigitat hoc Juvenalis *sat.* 4. *vers.* 5.

Quid refert igitur, quantis jumenta fatiget
Porticibus, quanta nemorum portetur in umbra.

Nam ut vetus Scholiastes ibi notat, viridaria significat, ubi gestari solent. Igitur fructus appellatione in proposito omnis rei utilitas continetur. neque refert, utrum sponte, an hominis opera producatur. plus censeo, si quid veniat non ex re, sed rei occasione ex alia causa, id est, ex nova obligatione; & hoc fructuarii juris esse: ut reditus, pensiones, mercedes, vectigalia, vecturas *d. l.* 7. §. 1. *l.* 9. *l.* 59. §. 1. & 2. *D. eod. tit.* Non sunt hæ & similes obventiones, usuræ, verbi gratia, naturaliter fructus: non enim ex ipso rei corpore nascuntur *l.* 121. *D. de verborum significatione;* nec male Senecæ dicuntur *lib.* 7. *De beneficiis c.* 10. *Humanæ cupiditatis extra naturam quæsita nomina.* interim jure perceptæ, præstant rei emolumentum, exemplo fructuum, eoque Civili Jure fructus appellantur *l.* 62. *D. de rei vindicatione*, *l.* 34. & *l.* 36. *D. de usuris*, *l.* 8. §. 2. *D. de rebus auctoritate Judicis possidendis.* Hac ratione licet fructuario, frui re fructuaria cum per se, tum per alium cui fructuum perceptionem locet vel vendat. *l.* 12. §. 2. *D. de usufructu*, §. 1. *Inst. de usu & habitatione:* æque per alium habiturus rei utilitatem, ac si per se eam auferat. Hoc, inquis, sinit potestas verbi, *fructus & frui:* sed hac eunti via moram objicit Juris rigor: permittens, proprietarium, vendito aut locato a fructuario usufructu, experiri cum emptore aut conductore, Non esse ei jus uti frui invito se, a quo neque venditus neque locatus ei sit rei suæ usufructus. at hanc moram rumpit benignitas Prætoris: interpretantis, proprietarium fructuario, quamdiu durabit usufructus, facere pote-

ſtatem diſponendi de utilitate rei fructuariæ, non repugnante natura uſusfructus, ideoque (quod Marcianus obſervat *l.* 11. §. 2. *de pignoribus*) vendito ac tradito a fructuario uſufructu, ſi velit proprietarius cum emptore agere, Ei non eſſe jus uti frui, invito ſe: tuebitur emptorem Prætor exceptione, Si non inter emptorem & eum ad quem pertinet uſusfructus, convenerit, ut is hujus jure uteretur. Eo igitur modo cum uſusfructus emptori a fructuario non dicam in jure ceditur (de quo alibi erit dicendi locus) ſed traditur; ipſum quidem jus, id eſt, dominium uſusfructus, perſonæ cohærens, apud fructuarium manet Jure Civili: ſed fructuum perceptio quæ eſt facti, & a perſona avelli poteſt *l.* 27. §. 11. *D. Ad legem Juliam de adulteriis*, ad emptorem venit Jure Gentium *l.* 66. *D. de jure dotium.* Hoc: ſi fructuarius vendat aut locet uſumfructum. Idemque eſt, ſi eum pignori det: recepta enim venditione, quid ni pignus recipiatur? ſed & hoc Marcianus probat *d. l.* 11. §. 2. ait enim, Papinianum ſcribere *lib.* 11. *Reſponſorum*, tuendum creditorem: & ſi velit proprietarius cum eo agere, Non eſſe ei jus, invito ſe uti frui, tuiturum eum Prætorem tali exceptione, Si non inter creditorem & eum ad quem uſusfructus pertinet, convenerit, ut uſusfructus pignori ſit. nam cum emptorem uſusfructus tueatur Prætor; cur, inquit, non & creditorem tuebitur? igitur (ut Javolenus ait *l. ult. D. de uſuris* quæ eſt ex *libro* ejus *tertio ex Poſterioribus Labeonis*, quo eum de uſufructu egiſſe, colligo ex *l.* 24. *D. Quibus modis uſusfructus amittitur* quæ ex eodem libro eſt) *Fructus rei eſt, vel pignori dari licere.* Senſus Javoleni eſt, Inter cætera commoda, fructuario competentia fructus nomine, vel (id eſt, etiam) eſſe; quod fructuarius poteſt uſumfructum pignori dare creditori facilius daturo mutuam pecuniam ſub eo pignore, quam ſine eo. At non tantum vendere, locare, aut oppignorare, uſumfructum poteſt fructuarius: ſed, ut Ulpianus refert *d. l.* 12. §. 2. *D. de uſufructu*, etiam poteſt eum precario concedere aut donare. & bene hæc diſtinguit: quomodo Plautus, in *Menæchmis act.* 4. *ſc.* 2. *verſ.* 94.

. . . *Illam non condonavi, ſed ſic utendam dedi.*

Nam, ut eſt in *Trinummo act.* 5. *ſc.* 2. *verſ.* 6.

Beneficium homini proprium quod datur, proprium ſumpſerit:
Quod datum eſt utendum, id repetendi copia 'ſt, quando velis.

Igitur fructuarius juris ſui utilitatem alii donans aut precario concedens, recte dicitur eo uti frui: ſpectantibus exercitæ voluptatem liberalitatis, aut famam, aut naturalem obligationem qua donatarius ei tenetur ad remunerandum. poſtremum obſervat Gajus *l.* 54. §. 1. *D. de furtis*: priora inſuper Seneca, *lib.* 2. *De beneficiis c.* 33. *Beneficii*, inquiens, *fructus primus ille eſt conſcientiæ. hunc percepit qui quo voluit, munus ſuum pertulit. Secundus eſt famæ. Tertius eorum quæ præſtari invicem poſſunt.* Non ignoro, aliquando dici, eum qui rem donat, eam perdere. Sed id demum in filiofamilias, ſervo, tutore, & procuratore, id eſt, in rerum alienarum adminiſtratoribus obtinet *l.* 7. *de donationibus.* Imo in domino, manifeſta ejus luxuria. optime Tacitus *lib.* 1. *Hiſtor. c.* 30. *Falluntur quibus luxuria ſpecie liberalitatis imponit. perdere iſte ſciet, donare neſciet.* at in domino a quo abſit luxuria, adeo falſum eſt; ut is donatione, ſi quam fecit, frui intelligatur. hoc ſenſu Cicero, *lib.* 2. *De officiis c.* 18. *Poſſe*, inquit, *liberalitate uti non ſpoliantem ſe patrimonio, nimirum is eſt pecuniæ fructus maximus.* Et Seneca, *De vita beata c.* 24. *Numquam magis nomina facio, quam cum dono. quid? tu, inquis, recepturus donas? imo non perditurus. eo loco ſit donatio, unde repeti non debeat, reddi poſſit.*

Competit igitur fructuario jus percipiendi qualecumque commodum vel ex re, vel ejus occaſione naſciturum: quia omne id fructus appellatione comprehenditur. quod ſi ſint adminicula ſine quibus omnino nequeat uti frui fructuarius, vel hæc ei conceſſa videntur. etſi non ideo; quaſi & ipſa rei fructu contineantur: ſed quia eſt rationi conſequens, ut qui extrema vult, velit omnia ſine quibus ad extrema perveniri nequeat. hoc modo ait Javolenus, eum qui jurisdictionem dedit, etiam conceſſiſſe hæc ſine quibus illa explicari nequeat *l.* 2. *D. de jurisdictione*: & Ulpianus eum qui aquæ hauſtum ceſſit, etiam iter ad hauriendum ceſſiſſe, interpretatur *l.* 3. §. *ult. D. de ſervitutibus prædiorum ruſticorum.* Sed non poteſt fieri, ut qui uſumfructum alicui concedit, non concedat adminicula ſine quibus is ſe ad uſumfructum ferre nequeat. Ut exemplo res clara ſit: pone uſumfructum ſervi. conſtat, fructuarii eſſe quod ex ſervi operis adquiritur *l.* 10. §. 3. *D. de adquirendo rerum dominio*: ſunt enim operæ in hominis fructu, & mercedes propter operas *l.* 3. & 4. *D. de operis ſervorum.* finge, ſervum nolle operari. nempe ait Ulpianus, cogendum eſſe, a fructuario modica caſtigatione *l.* 23. §. 1. *D. de uſufructu.* Rurſus finge tibi uſumfructum domus aut fundi: & fundo aditum aut aquam, domui lumen deeſſe. neceſſe erit, ut uſumfructum ſequantur adminicula: id eſt, aditus, aqua, lumen *l.* 1. §. 1. & *ult. D. Si uſusfructus petetur*: maxime ſi fructuario adeo ſint neceſſaria; ut ſine his nulla ſit fructuum perceptio: nam ſi ei commoda ſint; neceſſaria non ſint: non ſunt adminicula uſusfructus; nec eo prætextu fructuario concedenda: quia de his nihil dixit teſtator; & fructus etſi difficilius, tamen ſine his haberi ex re fructuaria poteſt: aliud vero ei non dedit teſtator *d. l.* 1. §. *ult. l.* 10. *D. de ſervitutibus prædiorum urbanorum.*

In primis autem oportet fructuarii eſſe detentionem rei fructuariæ: quia niſi eam rem teneat naturaliter, non poteſt ea, cum vult, uti frui. idcirco ait Ulpianus *l.* 12. *D. de adquirenda poſſeſſione*, *Naturaliter videri poſſidere eum qui uſumfructum habet*: id eſt, ut Papinianus loquitur, atque eadem in re, naturaliter teneri *l.* 49. *D. eod. tit.* hoc eſt, ejus in poſſeſſione eſſe. quo ſenſu & colonum & depoſitarium *naturaliter poſſidere*, idem ait Ulpianus *l.* 7. §. 11. *D. Communi dividundo*: pro naturaliter tenere, ſive corpore in poſſeſſione eſſe: ut apparet ex *l.* 9. *D. de rei vindicatione* quæ eſt ejusdem Ulpiani. ad hoc vero ſubſiſtere fructuariæ rei jus, vel inde intelligitur: quod ut verus ejus poſſeſſor ſit fructuarius, non eſt opus *l.* 1. §. 8. *D. de adquirenda poſſeſſione*: cum poſſit re fructuaria uti frui, etſi eam non poſſideat. quomodo colonus & commodatarius utuntur re conducta aut commodata: nec tamen eam poſſident; ſufficitque his, in poſſeſſione, eſſe, & naturaliter tenere. dicamus igitur, & fructuarium naturaliter tenere rem fructuariam; id eſt, in fundo, ſive in poſſeſſione eſſe: ſed non poſſidere *l.* 6. §. 2. *D. de precario*, & *l.* 5. §. 1. *D. Ad exhibendum.*

Deſcripſi jus fructuarii in re fructuaria. vix ſcio, an addam, eſſe hoc ejus non modo in re tota, ſed etiam in ſingulis rei partibus: præſertim monſtrante ratione, totum ex partibus conſtare. atque ita eſt. cui datus eſt alicujus rei uſusfructus; ei datus eſt ſingularum partium uſusfructus.

ctus. nec opus inspici; utrum ab initio rei inhæserint partes, an ei postea accesserint. omnium enim debetur usufructus: quia omnes, sive ab initio rei insint, sive ex postfacto ei cohærere cœperint, utique rei cujus usufructus est, appellatione comprehenduntur: ut in loco reddemus.

Interim quæ partium, eadem jurium & qualitatum, servitutum, verbi gratia, ratio est. nam si quæ rem fructuariam comitentur qualitates, earum quoque usus & fructus ad fructuarium venit: quia verum est, eas non personæ domini, sed prædio inhærere *l.* 20. §. *ult. D. de servitutibus prædiorum rusticorum*, *l.* 86. *D. de verborum significatione.*

Quod si quæ non cohæreant rei fructuariæ, sed parata sint ejus causa, sive reditum auctura, sive non eum futura in finem, sed ut rem fructuariam juvent aut tueantur: ea non sunt rei partes, sed instrumenta sine quibus fructus non facile ad rei conditionem percipiuntur. illa igitur causa eorum quoque usufructus, si non appareat contraria testatoris voluntas, fructuarii est *l.* 15. §. 6. *D. de usufructu:* licet aliud in proprietate cujus infinitus legatario fructus est, observetur *l. ult. D. de supellectile legata.*

Sed liquet, ad fructuarium pertinere qualemcumque rei fructuariæ utilitatem: fruendi vocabulo omne fructus genus, sive omnem animi & corporis commoditatem, utilitatemque complectente. Nec tamen hoc sine moderatione admittendum. non enim alias obtinet; quam si fructuarius fructus boni viri arbitratu percipiat. habet enim in re aliena fructum, non liberum atque infinitum, qui fructus dominio seu proprietati cohæret: sed usumfructum, id est, fructum cui, ut supra dixi, usus inest fruendi causa. ea igitur gratia oportet fructuarium non solum frui, sed uti quoque: id est, rem fructuariam exercere ad modum, sive arbitrio boni viri: soliti, quantum in ipso est, agere; ut salva sit rei substantia conditioque. cæterum, si eam non dicam consumat, sed mutet, corrumpatve, quia eam non exercet ad ejus conditionem ac modum, magis abuti ea videtur; & ideo ne uti frui quidem, ubi non utitur, dici potest. Esto, si rem fructuariam faciat deteriorem: numquam enim hoc fructuario permittit ratio usufructus in re aliena constituti salva substantia. sed puta, meliorem facere. nil muto: si abutatur re fructuaria: id est, si ea non ad domini modum, reique conditionem utatur *l.* 7. §. *ult. & l.* 8. *D. de usufructu.* Atqui licet fructuario meliorem facere proprietatem *l.* 13. §. 4. *D. eod. tit.* Nemo negat: si servet modum domini, & ejus voluntate jus suum metiatur: non, si proprio agat arbitrio, neglecta proprietarii reverentia. siccine? quid tu vocas melius aut deterius? non enim id semper natura aut reditu, plerumque utentis judicio distinguitur pro cujusque copia, inopia, parcimonia, luxuria, dignitate, vilitate, aliisque causis quas aut fortunæ, aut ingeniorum, aut seculi varietas & disciplina probet aut castiget. adeo quid præstet, est difficile dictu. quotiens enim fit; ut quod uni melius est, alteri deterius videatur; & quod huic utile est, illi inutile aut etiam noxium intelligatur. Quintilianus, *lib.* 3. *Inst. Orat. c.* 7. *pag.* 271. *Frugalitas*, inquit, *apud Sybaritas odio foret*, *veteribus Romanis summum luxuria crimen.* Absit igitur, ut domini utilitas pendeat a libidine fructuarii. cur enim sit ejus libera & infinita dispositio de re aliena, invito domino: qui ei nihil præter usumfructum, id est, nil nisi fructum usu mixtum atque attemperatum denique ad suum, non ad ejus modum indulsit? sic palam Neratius *l.* 44. *D. de usufructu.* nec est alius sensus Nervæ apud Ulpianum *d. l.* 13. §. 7. dicentis, *Eum cui ædium usufructus legatus sit*, *altius tollere non posse*, *quamvis lumina non obscurentur quia tectum magis turbatur.* Igitur qui fructuario ex re fructuaria debetur fructus, non est alius, quam qui usu, id est, boni viri arbitratu, sive ad rei conditionem ab eo percipiatur. Est vero Ulpianus auctor *l.* 9. *D. de usufructu*, Celsum scribere, etiam cogi eum posse recte colere. quod ut fiat, alibi demonstrabo. Interim non omittam, quod idem Ulpianus *l.* 15. §. 6. *D. eod. tit.* proprietatis, inquit, dominus non debebit impedire fructuarium ita utentem, ne deteriorem ejus conditionem faciat.

Ego addam; quod cum hoc agit fructuarius, nil refert, utrum usu teratur deteriorque fiat res fructuaria, an non fiat. nam dominus faciens fructuario copiam utendi fruendi re sua, procul dubio facit ei rei terendæ potestatem: cum impossibile sit, ut usum accipiat res attritioni obnoxia, & usu non teratur. quare si rem terit fructuarius, domini voluntate, id est, jure terere videtur: sufficitque ei, quamdiu durat usufructus, boni viri arbitratu uti frui; & cum finitus erit usufructus, restituere quod ex re fructuaria exstabit. Exemplo sit hoc Ulpiani *l.* 9. §. 3. *D. Usufructuarius quemadmodum caveat. Si vestis usufructus legatus sit*, *scripsit Pomponius*, *quamquam heres stipulatus sit*, finito usufructu, vestem reddi, *attamen non obligari promissorem*, *si eam sine dolo malo attritam reddiderit.* Ulpianus significat, a fructuario, legato ei vestis usufructu, præstari cautionem veri usufructus, cujus formula est, reddi quod inde exstabit. ea interposita, fructuarium, si finito usufructu, domino vestem reddat attritam dolo malo; ei teneri ex stipulatu: sin boni viri arbitratu; non teneri. atque hoc esse adeo exploratum in hac formula, reddi quod inde exstabit: ut in illa, vestem reddi, idem jus sit. esse enim animum vestem utendam fruendam dantis: ut fructuarius eam boni viri arbitratu terat. absque enim hoc esset; nec jus utendi fruendi fore ei cui voluit. proinde qui stipulatur, vestem reddi, finito usufructu, tantum stipulari quod ex veste exstabit. Sic in veste Ulpianus. Etiam in nave, legato navis usufructu. ait enim, posse navigatum mitti; etsi periculum immineat *l.* 12. §. 1. *D. de usufructu:* id est, ut ego interpretor, imminere possit. quomodo *videbitur* pro videri poterit, & *nocet* pro nocere poterit, in Duodecim Tabulis, & apud Labeonem accipiuntur *l.* 21. *D. de statu liberis.* sensus Ulpiani est, Navem posse navigatum mitti a fructuario; etsi non sine periculo mittatur: propter incerta maris, in quo timeri possit tempestas, ex eaque naufragium. & est vera Ulpiani ratio: quod navis ad hoc paratur, ut naviget. igitur si mare ingreditur boni viri arbitrio: id est, instructa idoneis nautis, atque opportuno tempore: (de quo adductus a Budæo Vegetius *lib.* 4. *Institut. rei militar. c.* 39.) & naufragio pereat, aut deterior fiat: non tenetur fructuarius. quid enim imputetur utenti nave, ut debuit, arbitrio boni viri? quod si eam in mare misit non opportuno navigationis tempore, (de quo idem Vegetius *d. c.* 39.) aut eam commisit hominibus parum idoneis: contra dicendum est. non esse nave ita, ut oportet, usum: quia non est usus arbitrio boni viri *l.* 16. *D. de rei vindicatione.*

At sicut fructuario jus est auferendi omnem fructum ex re fructuaria; modo auferat salva ejus substantia: ita æquum est, eum tueri quod accepit *l.* 44. *D. de usufructu.* sic enim nil fit, quan-

quantum ad ipsum attinet, quo minus salva substantia sit. optime autem Salvianus, *De gubernatione Dei, lib. 4. pag. 67. In ipso humano genere nullus sit ferme hominum tam hebes qui ad hoc aliquid agat atque perficiat, ut perfecta non curet.* Igitur oportet fructuarium omnem curam quam in re sua custodienda tuendaque adhibet diligens paterfamilias, in re fructuaria adhibere: ne pereat, neve deterior fiat ejus culpa aut negligentia *l.* 65. *D. eod. tit. l.* 1. §. *ult. & l.* 2. *D. Usufructuarius quemadmodum caveat.* hoc vero cum dico, etiam volo, eum ferre impensas, ad ejus tutelam necessarias. nec has tantum, sed cætera quoque onera *l.* 7. §. 2. *l.* 45. *D. de usufructu.* est enim rationi, sed & utendi vocabulo, consequens; quando uti re est, eam exercere, quantum potest salva ejus substantia: etiam id convenit officio boni patrisfamilias: assueti, rem suam tueri ac conservare; eumque in finem non minus impensas, & rei onera sustinere, quam ejus commoda sequi: uti suis in locis ostendam.

Dixi, quid sit uti & frui. simul, quomodo utatur fruatur fructuarius: adhuc dicendum, quando videatur uti & frui. id vero eo magis faciendum: quod cum ususfructus sit facultas utendi fruendi; apparet, fructus, si utatur fruatur fructuarius, ejus fieri voluntate domini, hac lege eos concedentis: si non utatur fruatur, non fieri ejus; quia verum est, non esse datos quibus non est usus & fruitus. sed placet quod Ulpianus ait, uti & frui consistere ex facto ejus qui utitur & fruitur *l. unic. D. Quando dies ususfructus legati cedat:* procul igitur dubio utitur & fruitur fructuarius, cum fructus percipit, hoc est, eos in usum suum separat a corpore ex quo sunt nati: ut spica, aut fœno cæso, aut uva adempta, aut olea excussa: quamvis frumentum nondum tritum, oleum nondum factum, vindemia nondum coacta sit *l.* 13. *D. Quibus modis ususfructus vel usus amittitur.* quod si non sint percepti, id est, a corpore separati fructus: etsi potuerint percipi; non fiunt fructuarii; sed manent domini: quia verum est, manere partes corporis, ex quo nati sunt: eoque non esse usum & fruitum fructuarium. Plus desideratur: ut a fructuario sint percepti. nam si per se decidant, aut ab alio percipiantur, a fure, verbi gratia; jam non fructuarii fiunt, sed manent domini cujus ante fuerunt. ut enim sint percepti; sunt ab alio percepti, quam a fructuario. non igitur sunt ejus a quo non sunt percepti: quia non est his usus & fruitus. Inde apud Ulpianum *l.* 12. §. *ult. D. de usufructu, Julianus lib.* 35. *Digestorum tractat: Si fur decerpserit, vel desecuerit fructus maturos pendentes, cui condictione teneatur: domino fundi, an fructuario? & putat, quoniam fructus non fiunt fructuarii, nisi ab eo percipiantur, licet ab alio terra separentur, magis proprietario condictionem competere, fructuario autem furti actionem; quoniam interfuit ejus, fructus non esse ablatos. Marcellus autem movetur eo, quod si postea fructus eos nanctus fuerit fructuarius, fortassis fiant ejus. nam si fiunt, qua ratione hoc evenit, nisi ea, ut interim fierent proprietarii; mox apprehensi, fructuarii efficientur: exemplo rei sub conditione legatæ, quæ interim heredis est, existente autem conditione, ad legatarium transit. Verum est enim, condictionem competere proprietario. cum autem in pendenti est dominium, (ut ipse Julianus ait in fœtu, qui summittitur, & in eo, quod servus fructuarius per traditionem accepit, nondum quidem pretio soluto, sed tamen ab eo satisfacto) dicendum est, condictionem pendere, magisque in pendenti esse dominium.*

Superiori definitioni si adest, ut oportet, auctoritas; minus juris habebit fructuarius, quam bonæ fidei possessor. nam ejus fructus sunt, quoquo modo a solo separati: etsi non ab eo *l.* 25. §. 1. *D. de usuris, d. l.* 13. *D. Quibus modis ususfructus amittitur.* sed interest: quod fructuarius numquam est dominus corporis ex quo nascuntur fructus, tantum habet jus utendi fruendi eo: bonæ autem fidei possessor, etsi nec ipse sit corporis dominus, interim pro domino habetur, ubi non apparet alius. ita non potest fructuarius videri dominus fructuum cohærentium proprietati; quia non magis est partium, quam totius rei dominus: nec separatorum fit alias dominus, quam si eos ipse separaverit in usum suum; quia sic demum uti & frui intelligitur. contra bonæ fidei possessor, ut ipsius corporis, sic cohærentium fructuum quasi partium, dominus habetur; & si separentur, dominus manet; sive ab ipso, sive ab alio separentur: quia neutra perceptione fit, cur desinant esse ejus cujus ante fuere; ut ex *d. l.* 25. §. 1. *& l.* 48. *D. de adquirendo rerum dominio* collegi *Probabilium lib.* 2. *c.* 7.

Cæterum ut refert, utrum fructus sint percepti a fructuario, an ab alio: ita nihil interest, a quo sati sint *d. l.* 25. §. 1. adeo si relinquat dominus usumfructum, fructibus maturis, potest fructuarius eos quos cedente legati die, adhuc pendentes aut stantes deprehendat, ferre: (sic Ulpianus *l.* 27. *D. de usufructu* dicit pro auferre, vel percipere: ut in *l.* 12. *& l.* 42. §. 1. *D. eod. tit.*) eo quod sunt pars rei cujus usum & fructum accepit: ut ut ei nullam adhibuerit culturam aut curam. Hoc in fructibus. at pone: dominus fundi alii jam locati, deinde alii constituit usumfructum. an pertinebunt ad fructuarium mercedes locati fundi? fac, placuisse, ei præstari: aut, non displicuisse. at cum colono non contraxit fructuarius. non igitur aget actione locati cum colono. Sed (quod Paulus observat *l.* 59. §. 1. *D. eod. tit.*) expellet colonum: exemplo emptoris cui venditus sit fundus, alii a venditore ante locatus *l.* 9. *C. de locato & conducto.* ita quod non fit directo, fiet per consequentiam: quia adactus eo metu colonus, ultro offeret fructuario mercedes quas ei invitus solvere non tenebatur. nisi quid specialiter fuerit exceptum. Simili ratione placet, si decesserit fructuarius, maturis fructibus, nondum tamen perceptis, eos non ad heredem ejus, sed ad dominum proprietatis pertinere §. 36. *Inst. de rerum divisione, d. l.* 13. *D. Quibus modis ususfructus amittitur.* nempe, quia eos non percepit fructuarius, nec heres potest percipere, extincto usufructu. hoc in primis; si non sit locatus a fructuario fundus. imo etiam si sit. finge, quod est exemplum *l.* 58. *D. de usufructu*, Titiam cui debetur usufructus fundi, eum locasse certa mercede. finge, pensiones debere inferri Kalendis Martiis (Veterum more notato jam a Dionysio Gothofredo ad *d. l.* & nuper a P. Burmano, V. Cl. *ad Petronium c.* 38. *p.* 165.) & defunctam esse fructuariam mense Decembri, jam omnibus fructibus fundi per colonos sublatis mense Octobri. quid dicemus, oportere heredi fructuariæ integram solvi pensionem, an debere eam dividi inter heredem & rempublicam cui legata est proprietas? Sed Scævolæ visum *d. l.* 58. rempublicam quidem cum colono nullam habere actionem: heredem vero fructuariæ integram pensionem sua die percepturum. recte: non enim quærendum fuit, quando venerit promissæ dies pensionis: sed quando fructus a colono fructuariæ sint percepti. quid enim verius est, quam pensiones a colono promitti pro fructibus, si qui ab eo percipiantur? sunt autem omnes percepti mense Octobri. quo tempore si a fructuaria essent per-

percepti, nulla facta locatione; fuissent ejus, & ea decedente, ejus heredis *d. l.* 13. quid ni igitur, facta locatione, fiat ejus coloni: a quo, viva fructuaria, ejus voluntate sunt percepti? hoc vero si est: apparet, non Rempublicam cui legata dicitur proprietas, cum colonis acturam: sed heredem fructuariæ ad quem utique locati actio quæ defunctæ fuit, simul utilitatis fructuum qui ab ipsa, vel ejus voluntate a colonis sunt percepti, transit: etsi usufructu extincto morte fructuariæ.

Similis ratio est ejus quod Paulus *l.* 26. *D. de usufructu*, *Si*, inquit, *operas suas locaverit servus fructuarius, & imperfecto tempore locationis usus-fructus interierit: quod superest; ad proprietarium pertinebit. Sed & si ab initio certam summam propter operas certas stipulatus fuerit: capite deminuto eo, idem dicendum est.* Fructuarius servus operas suas locavit in tempus certum, verbi gratia, in quinquennium. idem servus mortuus est, imperfecto, id est, nondum finito tempore locationis. putat Paulus, pro quo tempore vixit servus, pro eo mercedem fructuario deberi: quia pro eo duravit usufructus, & a fructuario perceptæ sunt servi operæ: de reliquo tempore non idem putat Paulus: scilicet, quia verum est, eum non percepisse operas ejus temporis: non perceptas autem operas non ad fructuarium ejusve heredem, sed ad dominum proprietatis pertinere. quod si est: consequens est; ut quatenus perceptæ sint operæ, agere possit fructuarii heres; quatenus non sunt, dominus proprietatis. Atqui non solet stipulatio alicui quæsita, facile ad alium transire, præterquam ad heredem, vel arrogatorem. Fateor, sequentibus juris regulam. sed in proposito aliud placuit propter juris conditionem: qua fit ut non tam transeat obligatio, quam interim in pendenti sit *l.* 43. §. *ult. D. de Ædilitio Edicto*, utrum fructuario, an domino adquiratur: cum præsertim incertum sit, quamdiu duraturus sit usufructus. ita est: rei incertum facit, ut hoc utamur jure *l.* 75. §. 3. *D. de verborum obligationibus*: ut si usufructus non duret toto locationis tempore: locatio pro qua parte duravit usufructus, ad fructuarium ejusque heredem pertineat: pro qua autem parte non duravit usufructus, locatio non ad fructuarium ejusque heredem, sed ad dominum proprietatis pertineat. prorsus, ut unicuique ex ea tantum adquiratur, quantum juris ratio permittit *l.* 18. §. *ult. D. de stipulatione servorum.* Sed nec hoc simpliciter accipiendum: si enim operas suas in quinquennium locaverit fructuarius servus; & medio tertio anno mortuus sit fructuarius: sequentium quidem annorum stipulatio ad proprietarium spectat: tertii autem anni initio pecunia ejus anni, sive actio petendæ ejus anni pecuniæ, fructuario adquiritur *d. l.* 18. §. *ult.* scilicet, quia pura est stipulatio in quam certa annua quantitas deducitur §. 3. *Inst. de verborum obligationibus.* cæterum fructuarius quamquam integram acceperit mercedem tertii anni, tenetur domino proprietatis, pro qua anni parte exstinctus est usufructus, restituere quod accepit *l.* 25. §. 2. *l.* 26. *D. de usufructu.* id vero eo diligentioris est observationis; quod hinc apparet, usumfructum ea in specie distingui ab annuo legato *l.* 8. *D. de annuis legatis.*

Faciamus finem juris fructuarii: satis enim intelligimus, eum nil habere præter jus utendi fruendi re aliena: & quid ea loquendi forma contineatur. saltem addam, etsi vix opus sit, quia ultro sequitur, fructuarium, eo quod non habet proprietatem, non posse manumittere, neque donare, neque legare, neque facere aliud quo proprietas mutetur & a domino rei vindicatio recedat *l.* 6. *l.* 9. *C. de usufructu* quin ipse quoque usucapere nequit: primum quia non possidet, nil habens præter jus utendi fruendi: deinde scit, rem qua utitur alienam esse *l.* 10. §. *ult. D. de adquirendo rerum dominio.* igitur & rescriptum est *l.* 8. *C. de usufructu*, Neque fructuarium ad obtinendam proprietatem rerum quarum usumfructum habet, neque ejus successores, ulla temporis ex ea causa tenentes præscriptio munit.

Non minus verum est, dominum habere plenam rei proprietatem statim, ac finitus sit usus-fructus: utique totus, §. *ult. Inst. eod. tit.* alioquin juri accrescendi locus est inter conjunctos verbis & re simul; vel tantum re; vel tantum verbis. quod & in proprietate contingeret. nam pluribus legatariis quoquo modo conjunctis; altero repudiante, alter totum fundum haberet. sed in usufructu hoc plus est: quia & constitutus, & postea amissus, nihilominus jus accrescendi admittit: eo quod usufructus cotidie constituitur & legatur: non ut proprietas eo solo tempore quo vindicatur. *l.* 1. *pr. &* §. 3. *D. de usufructu accrescendo.* Utcumque erit: incipit dominus statim ac finitus est totus usufructus, solidam in re habere proprietatem. oportet vero fructuarium sublata causa ob quam rem accepit, quod ex ea superest, domino restituere. id præter Ulpianum *l.* 1. *D. Usufructuarius quemadmodum caveat*, suo modo evincit Salvianus, *lib.* 1. *Adversus avaritiam*, *p.* 197. verbis sequentibus. *Si usus rerum aliquarum cuipiam homini alterius hominis beneficio ac largitate tribuatur, isque immemor illius a quo fructum rerum indeptus est, avertere ab eo ipso proprietatem præstitæ rei atque alienare conetur, nonne ingratissimus omnium atque infidelissimus judicetur, qui oblitus scilicet hominis benefici ac liberalissimi, spoliare illum jure dominii velit, qui eum ipsum usus possessione ditaverit? Et nos itaque usum tantum earum rerum accepimus quas tenemus. commodatis enim a Deo facultatibus utimur, & quasi precarii possessores sumus. denique egredientes e mundo isto velimus nolimus hic cuncta relinquimus. Cur ergo cum possessores tantum usufructuarii simus, quod nobiscum auferre non possumus, avertere a proprietate domini atque alienare tentamus? Cur non bona fide datis a Deo resculis utimur? Tenuimus quoad licuit, tenuimus quoad permisit ille qui præstitit. Quid rectius, quid honestius, quam ut ubi res ab eo discedit qui usum habuit, revertatur ad eum possessio qui utendum concessit.*

Igitur rationis est, fructuarium domino proprietatis, finito usufructu, restituere quod ex re fructuaria exstabit: nec opus, a testatore juberi restitutionem; quin, si jubeatur fieri, nihil agi. Huc intendit Papinianus *l.* 25. *D. de usu & usufructu legato:* cujus verba Florentiæ sic eduntur. *Qui fructus prædiorum uxori reliquit, post mortem ejus prædia cum reditibus ad heredes suos redire voluit, imperitia lapsus. nullum fideicommissum dominus neque proprietatis neque fructus ad eos reverti dedit. etenim reditus futuri, non præteriti temporis demonstrati videbantur.* Sic Florentiæ: obscurius atque asperius. Apud Haloandrum sermone magis plano ac lucido legitur. *Qui fructus prædiorum uxori reliquit, post mortem ejus prædia cum reditibus ad heredes suos redire voluit, imperitia lapsus. Nullum fideicommissum dicimus neque proprietatis neque fructus ad eos reverti debere. Etenim reditus futuri, non præteriti temporis demonstrati videntur.* Experiar tamen, an aliquibus fomentis molliri possit asperitas Florentinæ lectionis, *Nullum fideicommissum dominus neque proprietatis neque fructus ad eos reverti dedit.* Primum *reverti dedit* sic dici-

dicitur, ut Virgilius, *lib.* 1. *Aeneid. verf.* 83. ait, *Tu das epulis accumbere divum.* Et *lib.* 3. *verf.* 77. *Immotamque coli dedit & contemnere ventos.* Nefcio, an eodem fenfu Petronius, *Fragm. Tragur. c.* 51. *p.* 251. dicat, *Fecit reporrigere.* Verba Petronii. *Admiffus ergo Cæfarem eft cum fuo munere, deinde* fecit reporrigere *Cæfari, & illam in pavimentum projecit.* Schefferus legit, *Cæfarem*, & ejusdem locutionis fimilia duo exempla addidit ex Plauto, *Epidic.* 3. 3. & *Trucul.* 1. 2. Forfan nec mutandum apud Papinianum eft verbum, *dominus:* eo verbo accipientibus maritum, ex more quem obfervat Nonius Marcellus, & in *l.* 57. *D. de donationibus inter virum & uxorem*, aliisque locis notat Gulielmus Fornerius *lib.* 1. *Selećt. c.* xi. cui addam hoc ex Vetere Lapide apud Gruterum *pag.* 933. *Infcr* 7.

AUGUSTALI.
DOMINO.
DULCISSIMO.
CONIUX. FECIT.

Et *pag.* 946. *Infcr.* 9.

MAXIMO.
HAVIA. FORTUNATA.
DOMINO. ET. CONIUGI.
BENE. MERENTI. FECIT.

Speciem videamus. Maritus cum legaffet uxori fructus prædiorum; (id eft, ufumfructum prædiorum: ut in *l.* 20. *D. de ufufructu*, & *l.* 41. *D. de ufu & ufufructu legato*) deinde hæc prædia cum reditibus poft mortem uxoris ad heredes fuos redire voluit. quæritur, an fit effectus fideicommiffi? ait Papinianus, quod dominus, id eft, maritus, ad heredes reverti dedit, id eft, reverti juffit, fideicommiffum nullum effe: (id eft, nullius momenti effe; ut in *l.* 16. § 1. *D. de minoribus*) five proprietatem fpectemus, five fructus; lapfumque effe imperitia juris: cum jubet, a fructuaria poft ejus mortem, prædia cum reditibus reftitui fuis heredibus, ultro habituris prædia & reditus pleno dominii jure, exftincto ufufructu morte fructuariæ. non igitur valet fideicommiffum prædiorum; id eft, proprietatis prædiorum: neque magis fructuum futuri temporis: de quibus folis cogitaffe videtur maritus: volens: uxorem poft mortem fuam heredibus reftituere prædia cum reditibus feu fructibus: ne alioquin, fi jubeat etiam præteritos reftitui fructus, fibi contradicat: volens, ufumfructum prædiorum effe uxoris; & tamen perceptos fructus ab ea reftitui.

Caput IV.

Ufumfructum Jure Civili conftitui in corporibus, Senatusconfulto etiam in quantitatibus & juribus.

Res poftulare videtur, quæ fuperiore capite fummatim dixi de fructuarii jure, aliquot illuftrari exemplis, pulcherrimæ indolem materiæ nobilium capitum explicatione curatius indicaturis. fed primum videbo, in quibus rebus ufusfructus Jure Civili conftituatur. omnes enim res aut funt corpora, aut quantitates, aut jura *l.* 7. *D. de exceptione rei judicatæ. l.* 30. *D. de legatis lib.* 1. quantum autem ad corpora attinet: nulla eft dubitatio. cum enim ufusfructus fit jus alienis rebus utendi fruendi falva rerum fubftantia: an miramur, (quod Ulpianus obfervat in *Fragm. tit.* 24. §. 26.) poffe Jure Civili legari ufumfructum earum rerum quarum falva fubftantia utendi fruendi poteft effe facultas? tales res funt corpora: omnibus ufum falva fubftantia recipientibus. ac jam palam Celfus *l.* 2. *D. de ufufructu*, loquens de ufufructu, *Eft*, inquit, *jus in corpore: quo fublato & ipfum tolli neceffe eft.* Nimirum vult Celfus, ufumfructum effe jus in corpore: cujus fubftantia, ubi fub ufum cadit, perfeveret: idque apparere inde, quod tale jus tollitur fublato corpore. Ut ut erit: eft Celfo exploratum, ufumfructum effe jus in corpore: & quia non diftinguit corpora: putemus, in omnibus conftitui fine difcrimine; utrum fint mobilia, ut navis *l.* 12. §. 1. *D. de ufufructu*; an fefe moventia, ut fervus & jumentum, an immobilia, ut ædes aut fundus *l.* 3. §. 1. *D. de ufufructu*, isque Italicus, aut provincialis. illo fenfu Gajus, omnium, inquit, prædiorum, & Paulus, cujuscumque fundi, poteft ufusfructus conftitui *d. l.* 3. *l.* 6. *D. eod. tit.* folum igitur oportet rem cujus ufusfructus datur, effe corpus, falva fubftantia recipiens ufumfructum.

Utrum tamen præfentem, an & futurum? fed puto, & futurum: fufficere enim, a fructuario fperari fructum corporis, etfi non fit præfens. hac mente Paulus *lib.* 3. *Sentent. tit.* 6. §. 18. *Furiofi*, inquit, *& ægrotantis & infantis ufumfructum utiliter relinqui:* & caufatur, *Horum enim alium refipifcere, alium convalefcere, alium crefcere poffe.* Idem de ufu Pomponius *l.* 55. *D. de ufufructu.*

Non magis refert Juris Civilis, utrum fructuario lucrum reditumve adferat corpus, an oblectationem. eft enim hæc animi fructus; nec improbabilis, non intercedente more humani ingenii, nec fructus fruendive appellatione. hoc probavi fupra: fed nil vetat, idem firmari auctoritate Marciani *l.* 41. *D. de ufufructu:* dicentis, *Statuæ & imaginis ufumfructum poffe legari, magis eft: quia & ipfæ habent aliquam utilitatem, fi quo loco opportuno ponantur.* Marcianus imagines diftinguit a ftatuis: ut fecit quoque Paulus *l.* 17. §. *ult. D. de ufuris*, & Modeftinus *l.* 7. §. 4. *D. Ad legem Juliam majeftatis:* latiore, fic opinor, imaginis, quam ftatuæ fignificatione. notæ certe imagines ex cera fictæ in atriis nobilium: de quibus plene V. Cl. Juftus Lipfius, *lib.* 1. *Electorum c.* 29. dicuntur & pictæ imagines. forte eft quoque, ubi fint fculptæ ex marmore, aut fufæ ex auro, argento, ære. ita poffit ftatua imago dici. at non vice verfa quæ pictura eft, ftatua dicetur. fit igitur imago præter fictam, etiam picta aut fculpta aut fufa. ftatua tantum fculpta aut fufa. alterum Papinianus *l.* 12. *D. de auro, argento, mundo:* alterum Pomponius *l.* 14. *D. eod. tit.* utrumque Lactantius indicat, *De mortibus perfecutorum c.* 42. verba Lactantii corrupta funt, fed ea fic reftituit Vir Ampliffimus, Gisbertus Cuperus, Conful Daventrienfis, amicus meus, quem honoris caufa appello, *Senis Maximiani ftatuæ Conftantini juffu revellebantur: & imagines cum quoque pictus effet, detrahebantur. & quia fenes ambo fimul plerumque picti erant, & imagines fimul deponebantur amborum.* Optime. nec filebo, quod Eximius ille Vir Venulejum noftrum *l.* 6. *D. ad leg. Jul. maj.* perhibentem, imagines æque conflari ac ftatuas, quod poterat his injicere fcrupulum, ad clypeos aureos vel argenteos in quibus Principum imagines pingebantur, erudite refert. Vult igitur Marcianus, (nam eo redeo) legari ufumfructum etiam ftatuæ & imaginis; caufatus, & ipfas aliquam habere utilitatem. Marcia-

cianus dicit utilitatem quæ est amœnitas imaginis aut statuæ opportuno loco positæ oblectationi, aut etiam ostentationi, si quos artificum manus, quod sæpe fiebat, ad videndum invitabant etiam peregrinis ex locis: auctore Plinio *lib.* 36. *Nat. Hist. c.* 5. & Cicerone, *Verrina* IV. *c.* 2. & 3. quare animosissime quoque comparabantur a studiosis talium: ut præter Ciceronem dicto loco, de Cæsare refert Suetonius, *Julio c.* 47. & de Damasippo Horatius *lib.* 2. *Sermon. sat.* 3. *vers.* 64.

Non minoris elegantiæ est, si intelligatur, sequens Pomponii exemplum *l.* 28. *D. de usufructu*, *Nomismatum aureorum vel argenteorum veterum quibus pro gemmis uti solent; usufructus legari potest.* Sed defecit in indagando Pomponii sensu sagacitas Doctissimorum Interpretum. utique Franciscus Connanus, *lib.* 4. *Com. jur. c.* 1. *n.* 2. Gemmas, inquit, hic vocat, quas nos imagunculas aureas & argenteas quibus viri ad pilei aut vestis ornatum hodie utimur. Hugo quoque Donellus, *Com. jur. lib.* 10. *c.* 3. *in fin.* ait, posse relinqui usumfructum numismatum; si aurea sint aut argentea, & his pro gemmis uti solent ad pilei aut vestis ornatum: alioquin non posse; quia nullus sit eorum usus. Hoc illi: forte edocti ab Accursio, posteriore Glossa ita scribente; Dic ergo, quod hic erat ususfructus in hoc, quod pro gemmis tamquam monilia portentur ad pectus. Sed longe alia fuit Pomponii sententia. aperuero eam; demonstrato, *numismata* esse nummos aliqua forma notave signatos; tum quæ sint *vetera numismata*; & quid sit, *veteribus numismatibus pro gemmis uti.* Primum constat testimonio Isidori, *lib.* 16. *Origin. c.* 17. *pag.* 1225. *in fin.* addo, Ulpiani *l.* 9. §. 4. *D. Ad exhibendum*, in fine appellantis *nummos* quos in principio vocavit *numismata.* Inde vero emendandum hoc ejusdem Ulpiani *l.* 27. §. 4. *D. de auro, argento, mundo. Si autem aurum vel argentum signatum legatum est, id paterfamilias videtur testamento legasse, quod ejus aliqua forma est expressum: veluti quæ Philippi sunt, itemque nomismata & similia.* Ulpianus Philippos distinguit a nomismatibus: cum Philippi sint nomismata. Horatius *lib.* 2. *Epist.* 1. *vers.* 233.

— — — Incultis qui versibus & male natis
Rettulit acceptos, regale numisma, Philippos.

igitur scribo, *veluti quæ Philippi sunt, itemque nomismata similia.* Sequitur altera cura, quæ Pomponio sint *vetera numismata aurea vel argentea:* possit vero exemplum esse in sequentibus Suetonii verbis *Augusto c.* 75. *Saturnalibus & si quando alias libuisset, modo munera dividebat, vestem & aurum & argentum; modo nummos omnis notæ, etiam veteres regios & peregrinos.* Suggerit quoque exemplum Lactantius *lib.* 1. *Divin. Inst. c.* 13. *Hunc*, inquiens, *errantem Janus excepit. cujus rei argumenta sunt nummi veteres in quibus est cum duplici fronte Janus, & in altera parte navis.* Reliquum est, quid sit, *veteribus nomismatibus uti pro gemmis.* id vero significat, iis uti, non tamquam numerata pecunia: (sic enim foret quasi ususfructus) sed tamquam gemmis, sive ita, ut gemmis uti solent: quomodo Justinianus §. *ult. Inst. de heredum qualitate & differentia*, *Pro herede*, inquit, *gerere quis videtur, si rebus hereditariis tamquam heres utatur.* Vult igitur Pomponius, legari usumfructum veterum numismatum, sive veterum nummorum, quibus solent tamquam gemmis uti. is usus erat animi oblectatio ex earum cum collectione, tum contemplatione. hunc usum docuit me Plinius *lib.* 37. *Nat. hist. Proœmio.* Verba Plinii. *Gemmæ supersunt, & in arctum coacta rerum naturæ majestas multis nulla sui parte mirabilior. Tantum tribuunt varietati, coloribus, materiæ, decori, violari etiam signis gemmas nefas ducentes. Aliquos vero extra pretia ulla taxationemque humanarum opum arbitrantes, ut plerisque ad summam absolutamque rerum naturæ contemplationem satis sit una aliqua gemma. &c.* Fuisse autem in his & ostentationem, idem refert Plinius *eod. lib.* 37. *c.* 1. eamque cœpisse a tibicine: postea fuisse hominibus etiam summis admirationi. verba ex multis pauca adscripsi. *Tertius qui eodem tempore fuit inter musicos, Nicomachus multas gemmas habuisse traditur, sed nulla peritia electas: forte quadam his exemplis initio voluminis oblatis adversus istos qui sibi hanc ostentationem arrogent, ut palam sit, eos tibicinum gloria tumere.* Et post *Gemmas plures, quod peregrino appellant nomine dactyliothecam, primus omnium habuit Romæ privignus Syllæ Scaurus. diuque nulla alia fuit, donec Pompejus Magnus eam quæ Mithridatis regis fuerat, inter dona in Capitolio dicaret, ut M. Varro aliique ejusdem ætatis auctores confirmant, multum prælatam Scauri. Hoc exemplo Cæsar Dictator sex dactyliothecas in æde Veneris Genitricis consecravit. Marcellus Octavia genitus in palatina Apollinis æde unam.* Præter Plinium etiam Suetonius, *Julio c.* 47. tangit has aliasque hujus generis delicias: de Cæsare sic loquens, *Gemmas, toreumata, signa, tabulas operis antiqui, semper animosissime comparavit.* & Horatius *lib.* 1. *Epist.* 6. *vers.* 17.

I nunc argentum, & marmor vetus, æraque & arteis
Suspice: cum gemmis Tyrios mirare colores.

Cæterum, sicut Veteres in his gemmarum, quas faciebant, dactyliothecis varietatem, colores, materiam, decus, etiam illustrium hominum imagines, ac signa, singe, Augusti Sphyngem, Mecænatis ranam, Syllæ traditionem Jugurthæ, similiaque alia a Plinio enarrata *d. c.* 1. admirabantur: sic magno studio ac sumptu vetera colligebant numismata, in quibus Regum ac Principum vultus, tum res domi forisque gestas, denique vetustatis memoriam sibi repræsentabant. Quæ res cum ad animi cultum oblectationemque spectaret, etsi non daret quæstum, habebat utilitatem: eoque recipiebat usumfructum, salva post usum substantia. Præter hunc quem dixi fuisse, & alium usum veterum numismatum, in primis Alexandri Magni, refert & queritur Chrysostomus. verba Chrysostomi apposui. sunt autem hæc *Ad populum Antiochenum homil.* 21. *ad finem tom.* 1. *pag.* 246. *Quid vero diceret aliquis de his qui carminibus & ligaturis utuntur, & de circumligantibus aurea Alexandri Macedonis numismata capiti vel pedibus? dic mihi, hæne sunt exspectationes nostræ, ut post crucem & mortem dominicam in gentilis regis imagine spem salutis habeamus?*

Sed apparet, amœnitatem fructuarii corporis ejus fructui comparari: sive de vi verbi, sive de ratione Juris quæratur: idque procedere in his quæ non habent onus, quamquam nec augent reditus. quid, si talia sint, ut in illa impendatur plus, quam de iis adquiratur? jam possit dubitari: quia rem spectantibus, magis damnum, quam fructus est. Varronem audi *lib.* 4. *De lingua Latina*, *pag.* 28. *in fin. Damnum a demptione, cum minus re factum*, (vel, ut bene legit Turnebus, *refectum*) *quam quanti constat.* Et Tacitus *lib.* XI. *Annal. c.* 7. *Nihil*, inquit, *a quoquam expeti, nisi cujus fructus ante præviderit.* Apud Varronem quoque *De re rustica*, *lib.* 1. *c.* 2. sic extat. *Duo in primis spectasse videntur Italici homines colendo, possentne fructus pro impensa, ac labore reddere, & utrum saluber locus esset, an non. quorum si alterutrum decollat, & nihilominus quis vult colere, mente est captus, atque ad agnatos & gentiles est deducendus.*

cendus. *Nemo enim sanus mente debet velle impensam ac sumptum facere in culturam, si videt non posse refici. nec si potest reficere fructus, si videt eos fore, ut pestilentia dispereant.* Puto tamen, etiam in his usumfructum videri. nam ut ait Labeo *l.* 19. *D. de servitutibus*, *quædam habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt.* Et clare Marcianus *l.* 41. §. 1. *D. de usufructu*, *Licet prædia quædam talia sint, ut magis in ea impendamus, quam de illis adquiramus, tamen ususfructus eorum relinqui potest.* Ulpianus quoque *l.* 12. §. 3. *D. eod. tit. Si*, inquit, *agrum aremus, licet tam sterilis sit, ut nullus fructus nascatur, retinemus usumfructum.* Scilicet fructus non habetur proprie & vere, nisi deductis impensis. interim est hæc hominum vita, ut de suis rebus plerumque plus, quam in his est, sperent; eoque has stulte administrent. sunt etiam qui elegantiis suis deliciisque adeo indulgent, ut fere his suas opes, suamque utilitatem metiantur. & sane voluptatis materia in alienis negotiis gerendis a domini utilitate separatur. sed quid vetat, dominum cum sibi suæque amœnitati studet nullo alterius damno, esse suæ moderatorem utilitatis *l.* 3. §. 4. *& 6. D. de in rem verso?* dicamus igitur, ei esse utilia non modo illa quæ plus lucri, quam oneris habent; sed hæc quoque quibus plus impenditur, quam inde trahitur: si jucunditatem, si delicias præstent; si quamvis non bono domini, tamen ejus negotio cedant: ut in viridariis, in aquarum ductionibus, cæterisque luxuriæ instrumentis usu venit. ac vere Salvianus *lib.* 2. *Adversus avaritiam*, *pag.* 217. ait, *Omnis fructus divitiarum in usu est positus deliciarum: alioquin remoto usu deliciarum causæ opum non relinquuntur.* Sed redeo eo, unde cœpi. dixi, naturalem esse usumfructum omnium rerum quæ corpore censentur; omnibus peræque usum & fructum salva substantia admittentibus.

Quid, si quantitate æstimentur: id est, pondere, numero, aut mensura: ut oleum, vinum, frumentum, pecunia numerata? negat Imp. Justinianus §. 2. *Inst. de usufructu*, has res naturali aut civili ratione usumfructum recipere: præfatus, eas consumi ipso usu. & recte. nam ususfructus tam usum, quam fructum complectitur; atque, ut ex Donato probavi supra, *Utimur fructibus rei, quæ ab amantibus salvo usu nobis subministratur: abutimur, quando deperdimus & rem & fructum. Nam usui est ager, domus; abusui vinum, oleum & cætera hujusmodi.* Potest igitur Jure Civili esse ususfructus qualiumcumque corporum, nec magis singulorum quam plurium, aut etiam partis bonorum vel omnium: quantitatum non potest: auctore Ulpiano, in *Fragm. tit.* 24. §. 26. idque de suis temporibus in *Topicis* attestatur Cicero. postea mutata res est Senatusconsulto: ut Ulpianus refert *d. tit.* 24. §. 27. etiam Justinianus *d.* §. 2. & capite penultimo hujus libri dicetur. interim Ciceronis verba adscripsi. *Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis & oleariis plenis relictis, putare id ad se pertinere: usus enim, non abusus legatus est, ea sunt inter se contraria.*

Quod de quantitatibus dixi, etiam ad jura pertinet. hac ratione non potest itineris, actus, viæ, aquæductus, usus aut ususfructus, id est, servitutis servitus constitui Jure Civili *l.* 1. *D. de usu & usufructu legato.* est enim ususfructus jus in corpore *l.* 2. *D. de usufructu:* contra servitus est res incorporalis, denique non corpus, sed corporis qualitas *l.* 86. *D. de verborum significatione:* quæ tantum animo intelligitur, cum alioquin non sit: sicut obligatio quoque *tot. tit. Inst. de rebus corporalibus.* Sic ex regulis Juris: nam post Senatusconsultum & hic aliud receptum esse, capite penultimo hujus libri apparebit.

Dixi, in quibus rebus ususfructus Jure Civili constituatur. tempus est, ut demonstrem quod promisi, quid in quaque re fructuarii jus sit. utar autem exemplis fundi, domus, servi & pecudis.

Caput V.

De usufructu fundi, & quomodo eo utatur ac fruatur fructuarius.

Sed primo dicam de fundo: cujus si legatus sit ususfructus: eleganter ait Ulpianus, quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructum esse: sic tamen, ut boni viri arbitratu fruatur *l.* 9. *D. de usufructu.* primum ait, in fructu esse, quidquid utilitatis in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest: nec refert, utrum ex fructuarii facto proveniat, puta, serendo; an sponte, ut oliva, fœnum, silva cædua *l.* 13. *D. Quibus modis ususfructus amittitur. l.* 48. §. 1. *D. de usufructu.* nam, ut Varro *lib.* 4. *De lingua Latina pag.* 18. infit, *Fructus a ferendo res: & hæ quas fundus: & hæ quæ in fundo seruntur, ut fruamur.* Sensus, fundi fructus esse, quibus fruimur; sive eos sponte ferat fundus, sive hominum industria exercitatus; ut si seruntur. omnes igitur fundi fructus, cum industriales, tum naturales sunt fructuarii, fundi dato usufructu.

Sed utrum maturi tantum, an etiam immaturi? Et ait Javolenus *l.* 42. *D. de usu & usufructu legato*, etiam immaturos: quippe in fructu esse, quod ad hominis usum inductum est: neque in eo naturalem maturitatem spectari; sed tempus quo magis colono dominove eum fructum tollere expedit. itaque addit Javolenus, cum olea immatura habeat plus reditus, quam si matura legatur, non posse videri, si immatura lecta est, in fructu non esse. Et hoc Paulus in olea immatura lecta, inque silva cædua, & fœno immaturo cæso probat *l.* 48. §. 1. *D. de usufructu.* An recte? dubitari potest: quamquam enim in fundi fructu habetur, & ad fructuarium pertinet, quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, oportet tamen boni viri arbitratu percipi *l.* 9. *D. eod. tit.* nec videtur oliva aut fœnum ita percipi, cum immature percipitur. nam si quis olivam immaturam decerpsit, vel segetem immaturam desecuit, vel vineas crudas, ait Ulpianus eum, quasi damnum injuria dederit, lege Aquilia teneri: sed si maturas, Aquiliam cessare: quasi jam nulla sit injuria, cum etiam tibi donaverit impensas in collectionem hujusmodi fructuum factas *l.* 27. §. 25. *D. Ad legem Aquiliam.* Opinor tamen, quod ad fœnum & oleam attinet, veram esse Pauli sententiam: & a fructuario percepta, quamvis immatura, boni viri arbitratu percipi. nam & de fœno Plinius *lib.* 18. *Naturalis historiæ c.* 28. scribit, *Secandum, antequam inarescat. Cato, fœnum, inquit, ne sero seces: priusquam semen maturum sit, secato.* Hæc in fœno ratio. quæ in oliva? Javolenus *d. l.* 42. ait, quod immatura habet plus reditus, quam si matura legatur. Quæ si vera ratio, certa res est. Sed dubiam facit Cato, *De re rustica c.* 65. ait enim olivam maturam domino expedire; quamquam ex immatura fiat oleum optimum. Catonis verba adscripsi; ea

verba ſunt. *Oleam, ubi nigra erit, ſtringito. quam acerba olea oleum facies, tam oleum optimum erit. domino de matura olea oleum fieri maxime expediet.* Hæc Cato. quibus accedit, quod Ulpianus *d. l.* 27. §. 25. *D. Ad legem Aquiliam* refert, eum qui olivam immaturam decerpſit, domino damnum injuria dare, & lege Aquilia teneri: non id dicturus, ſi immatura, quod Javolenus ait *d. l.* 42. plus reditus haberet, quam matura: nam qui alienæ rei pretium, reditumve auget, is neque domino damnum injuria dat, neque lege Aquilia tenetur. Habes tenebras. porro lucem accipe. hanc dabit maturitatis definitio; in qua (ut Plinius infit *lib.* 15. *Naturalis hiſtoriæ c.* 3.) error hominum falſus, exiſtimantium, maturitatis initium, quod eſt vitii proximum. Quid autem maturum ſit, A. Gellius ſic exponit *lib.* x. *Noctium Atticarum c.* XI. *P. Nigidius, homo in omnium bonarum artium diſciplinis egregius, Mature, inquit, eſt, quod neque citius eſt, neque ſerius; ſed medium quiddam & temperatum eſt. bene atque proprie Nigidius. nam & in frugibus & in pomis matura dicuntur, quæ neque cruda & immitia ſunt, neque caduca & decocta, ſed tempore ſuo matura adultaque.* Ita Gellius diſtinguit, olivam, crudam, & nondum inchoatæ maturitatis, ab ea cujus media ſeu vera, etiam ab ea cujus plena & decocta, maturitas eſt. hos & Columella in oliva gradus facit, *De re ruſtica lib.* 12. *c.* 50. Verba Columellæ. *Media eſt olivitas plerumque initium menſis Decembris. nam & ante hoc tempus acerbum oleum conficitur, quod vocatur æſtivum, & circa hunc menſem viride premitur, deinde poſtea maturum. Sed acerbum oleum facere patrisfamilias rationibus non conducit, quoniam exiguum fluit, niſi bacca tempeſtatibus in terram decidit, & neceſſe eſt eam legere, ne a domeſticis pecudibus, feriſve conſumatur. viridis autem notæ conficere vel maxime expedit, cum & ſatis fluit, & pretio pœne duplicat domini reditum. Sed ſi vaſta ſunt oliveta, neceſſe eſt, ut aliqua pars eorum maturo fructui reſervetur.* Hoc Columella. idem vel ſimile Plinius *lib.* 15. *Naturalis hiſtoriæ. c.* 1. verbis ſequentibus. *Ex eadem oliva differunt ſucci. Primum omnium e cruda, atque nondum inchoatæ maturitatis.* Et poſt. *Quanto maturior bacca, tanto pinguior ſuccus, minuſque gratus. optima autem ætas ad decerpendum inter copiam, bonitatemque, incipiente bacca nigreſcere.* Idem rurſus *c.* 3. ejusdem libri. *Ferunt*, inquit, *frigore ſterilitatem* (Dalechampius mavult *ſuavitatem*) *fieri, ſicut copiam maturitate.* Ex hoc Plinii & Columellæ teſtimonio liquet, quod oliva immatura, ſi tamen inchoatæ maturitatis ſit, plus reditus habet, quam ea quæ eſt conſummatæ; licet iſta copioſior ſit: plus etiam, quam cruda, etſi ejus oleum ſapore ſit præſtantiſſimum. Igitur ſi quidem fructuarius hanc aut illam decerpit, arbitratus, ad uſum ſuum pertinere, quia domini voluntate atque exemplo decerpit: videtur eam boni viri arbitratu decerpere. quod ſi hanc aut illam decerpat alius domini voluntate & jure deſtitutus: e diverſo placet, eum domino damnum injuria dare, & idcirco lege Aquilia teneri. quod ſi maturam colligit, id eſt, nigreſcentem & inchoatæ aut etiam abſolutæ maturitatis; jam neque videtur domino damnum injuria dare, & fere impenſas quas in collectionem fecit, ei donare *l.* 27. §. 25. *D. Ad legem Aquiliam.* Hæc tam varie: quia non debet alius domino præſcribere, quid ex re ſua ſibi utilius aptiusve exiſtimet. at in perſona domini, ſuo commodo ſtudentis ſine alterius damno, vere dicetur, eum ſuæ rei, etiam in abutendo, eſſe moderatorem: & ideo etiam illa quæ minus lucri habent, ei utilia intelligi, ſi delicias & jucunditatem præſtent, & ejus negotio cedant, quamvis non bono.

Cæterum ut fructuario competat jus percipiendi omnem fundi utilitatem: vult tamen Ulpianus, *d. l.* 9. *D. de uſufructu*, id tum eſſe; ſi eam percipiat boni viri arbitratu. nam, ut ſupra dixi, oportet eum non frui tantum, ſed uti quoque: id eſt, ita ne abutatur. Indubitatum hoc: ſi fructuarius fundum abutendo faciat deteriorem: ut ſi arbores frugiferas exſcindat, aut villam diruat, aut quidquam faciat in perniciem proprietatis *l.* 13. §. 4. *D. de uſufructu.* Sed quid, ſi meliorem faciat? jam in anteceſſum oſtendi, hoc fruſtra quæri: abuſu ſemper deteriorem faciente proprietatem, etiam cum videtur facere meliorem. adeo verum eſt, ea vocabula non natura, ſed domini ſtudio atque affectu diſtingui. reſpicis? nil certius vel in fundi uſufructu. fac, divitem & ſplendidum dominum non frugalitati ſervire, ſed voluptati: ita eſſe cui, ut Manilius ait *lib.* 4. *Aſtronomic. verſ.* 11.

— — — *Summum cenſus pretium eſt effundere cenſum.*

Nonne illi ſordidus videbitur fructuarius: fundi utilitatem ad ſuam ſeveritatem, non ad domini magnificentiam exigens? fac, diligentem eſſe patremfamilias. placebit ei hoc Varronis *lib.* I. *De re ruſtica c.* 5. *Agricolæ ad duas metas dirigere debent, ad utilitatem & voluptatem. utilitas quærit fructum, voluptas delectationem. priores partes agit quod utile eſt, quam quod delectat.* Rurſus finge, pauperem aut modicum dominum non ſufficere impenſis, quas deſiderent opera alioquin idonea. fiet ei deterior fundus, etſi potenti melior ſit. adeo, ut Columella refert, *De re ruſtica lib.* I. *c.* I. *Qui ſtudium agricolationi dederit, antiquiſſima ſciat hæc ſibi advocanda, prudentiam rei, facultatem impendendi, voluntatem agendi. nam is demum cultiſſimum rus habebit, ut ait Tremellius, qui & colere ſciet, & poterit, & volet. neque enim ſcire, aut velle, cuiquam ſatis fuerit ſine ſumptibus quos exigunt opera; nec rurſus faciendi aut impendendi voluntas profuerit ſine arte.* Sed etſi impenſas facile ſuſtineat dominus: ubi tamen magnas facere eum oportebit; veriſſime obſervat Plinius, *lib.* 18. *Nat. hiſt. c.* 5. *Agro, ut homini, quamvis quæſtuoſus ſit, ſi tamen & ſumptuoſus, non multum ſupereſſe.* In laudibus villæ Plinii Junioris *lib.* 2. *Epiſt.* 17. *Villa uſibus capax, non ſumptuoſa tutela.* Ita ſive melior, ſive deterior fiat fundus; prope eſt, ut fructuario non abuſus, ſed uſus, conceſſus eſſe videatur; ſitque ei jus, excolere quod invenit, dum ejus qualitatem non immutet. Exemplum elegans apud Ulpianum in *l.* 13. §. 4. *D. de uſufructu.* verba ejus. *Etſi forte voluptate fuit prædium, viridaria vel geſtationes vel deambulationes arboribus infructuoſis opacas atque amœnas habens, non debebit dejicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid quod ad reditum ſpectet.* Haloander pro *voluptate fuit prædium*, quomodo Florentiæ edit Taurellius, legit, *voluptarium fuit prædium.* rectius: nam apud Salluſtium quoque, *Bello Catilinario c.* XI. reperias, *loca amœna.voluptaria*; & apud Juſtinum *lib.* 31. *in fine*, *Poſſeſſiones voluptarias.* Malim tamen, *voluptare fuit prædium*: ut in Notis marginalibus conjiciunt Ruſſardus & Charondas; & ex his (ſic puto) exhibet V. CL. Juſtus Lipſius, *Centur.* 3. *Miſcell. Epiſt.* XI, non addito tamen ejus ſcripturæ firmamento. mihi vero probabile eſt, Veteres æque *voluptare* dixiſſe ac *voluptarium*: quomodo *peculiare* in *l.* I. §. 2. *D. de tributoria actione*, *l.* 28. §. I. *D. de pigneratitia actione*, & *peculiarium* in *l.* 4. §. 5. *D. de peculio*, *l.* 4. §. *ult. D. de doli mali exceptione*, & alia ejus generis

eos

eos usurpasse, *in Parergis* docuit me Vir Eruditissimus, Barnabas Brissonius *p.* 676. *& seq.* Sit igitur apud Ulpianum voluptare prædium: in quo viridaria, gestationes, & deambulationes, arboribus infructuosis opacæ atque amoenæ: id est, loca in quibus paterfamilias ambulet, vel gestetur sella, lectica, vel vehiculo, sanitatis vel amoenitatis gratia. talia enim loca gestationes & deambulationes appellari, jam notum est diligentia Justi Lipsii *d. loc.* & Guidonis Pancirolli *lib.* 1. *Thesaur. var. lect. c.* 55. Et est exemplum hujusmodi prædii in villa Plinii, de qua ipse sic *lib.* 5. *Epist.* 6. *Multa in hac* (villa) *membra: atrium etiam ex more veterum, ante porticum xystus concisus in plurimas species, distinctusque buxo, demissus inde, pronusque pulvinus, cui bestiarum effigies invicem adversas buxus inscripsit. Acanthus in plano mollis, & pene dixerim liquidus. ambit hunc ambulatio, pressis varieque tonsis viridibus inclusa: ab his gestatio in modum circi quæ buxum multiformem, humilesque & retentas manu arbusculas circumit. omnia maceria muniuntur. hanc gradata buxus operit & abscondit.* Detur igitur ejusmodi voluptaris prædii ususfructus. an poterit fructuarius illa quæ dixi, amoenitatis instrumenta dejicere: ut hortos faciat olitorios, vel aliud quod ad reditum spectet? negat Ulpianus. atqui faciet sic fructuarius utiliorem proprietatis causam. sed non idcirco meliorem: imo deteriorem, invito domino.

Caput VI.

Fructuarium cui competit ususfructus fundi, uti fundi servitutibus. etiam omnibus ejus partibus: ut cretifodinis, arenifodinis, lapidicinis, aliisque metallis a domino institutis. quid si ipse velit nova instituere: an possit? & quando? accessione alluvionis augeri fundi usumfructum: an & insula juxta fundum nata in flumine? non videri.

Igitur apparet, quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, fructuarii fieri perceptione; si boni viri arbitratu utatur & fruatur. Ipsum autem fundum accipi oportet, non simpliciter, sed qualis est cum juribus ei inhærentibus. ita non minus potest fructuarius fundi servitutibus, quam ipso fundo uti frui: quia verum est, eas non hominis, sed prædii esse *l.* 20. §. *ult. de servitutibus prædiorum rusticorum:* denique jura prædiorum sunt prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo *l.* 86. *D. de verborum significatione:* & optime sequens Lapis apud Gruterum, *pag.* 201. *Inscript.* 3.

PER. HANC.
VIAM. FUNDO.
C. MARCI. C. L.
PHILERONIS.
ITER. ACTUS.
DEBETUR.

Id usque adeo placet: ut si quis non patiatur, fructuarium uti frui prædii servitute; perinde habeatur, ac si non patiatur, eum fundo uti frui: quia non patitur, eum fundo cum suis qualitatibus uti frui *l.* 1. *D. Si ususfructus petetur.*

Vix opus admoneri, fundi appellatione omnes fundi partes comprehendi: quando fundus est integrum aliquid *l.* 60. *D. de verborum significatione*, quod suis constat partibus. igitur dato fundi usufructu, non circumscribitur fructuarius hac aut illa parte: sed poterit omnibus partibus uti frui. Ea ratione Ulpianus *l.* 9. §. 1. *D. de usufructu* scribit. *Si lapides in eo fundo sint, eorum quoque ususfructus ad eum pertinet.* Florentiæ editur, *apes:* quomodo & Græci, *Basilic. lib.* 16. *tit.* 1. *pag.* 246. *tom.* 2. nec improbo. passim tamen scribitur *lapides:* & ipse hoc malim. addam tantum, quod Ulpianus non ait, lapides, qui in fundo sint, ad fructuarium pertinere; (quod Accursius voluit, qui & *usumfructum* pro dominio imperite accepit) sed Ulpianus ait, lapidum usumfructum, si lapides in fundo sint, ad fructuarium pertinere. dubito autem, an per *lapides* intelligat lapidosam fundi partem quam Paulus *l.* 13. *D. de rebus eorum qui sub tutela* vocat fundum *saxosum:* ut sensus Ulpiani sit: si aliqua fundi pars sit saxosa, etiam ejus usumfructum ad fructuarium pertinere. Quid, si lapidicinæ sint, vel cretifodinæ vel arenæ? (Plinius *lib.* 36. *Nat. hist. c.* 23. facit tria harenæ genera: fossitiam, fluviatilem, & marinam.) ait Ulpianus §. 2. *d. l.* 9. *Sed si lapidicinas habeat, & lapidem cædere velit, vel cretifodinas habeat, vel arenas: omnibus his usurum Sabinus ait, quasi bonum patremfamilias. quam sententiam puto veram.* Sic: si hujusmodi fodinæ, vel lapidicinæ, a testatore sint institutæ. sed finge, inveniri post legatum usumfructum. ait Ulpianus *d. l.* 9. §. 3. *Sed & si hæc metalla post usumfructum legatum sint inventa, cum totius agri relinquatur ususfructus, non partium, contineantur legato.* Florentiæ est *Sed si hæc.* at probo vulgatam lectionem, *Sed & si hæc:* quam pleræque servant editiones, & præfert Russardus. porro *Metallum* generale vocabulum est, pertinens ad omnia quæ e terræ visceribus eruuntur *l.* 13. §. 5. *D. eod. tit. & l.* 3. § *ult. D. de rebus eorum qui sub tutela.* Ita sensus Ulpiani est, cum legatus est fundi ususfructus, non intelligi legatum alicujus partis; sed totius fundi usumfructum. posse igitur fructuarium fundo toto, atque omnibus ejus partibus uti frui. adeo si institutæ jam a testatore sint lapidicinæ, & lapidem cædere velit fructuarius, vel si sint cretifodinæ, vel arenæ; omnibus his velut partibus usurum, exemplo boni patrisfamilias. imo si hæc metalla demum post legatum usumfructum sint inventa; etiam ipsorum usumfructum, quasi partium fundi, legato contineri. Sic Ulpianus: & recte. Nisi quis metuat: ut fructuarius, institutis a se metallis, videatur prædio rustico boni viri arbitratu uti frui: cum ea ad fundi culturam, remque rusticam parum pertineant. Sed non hoc periculum est. ut enim ad agriculturam proprie non spectent metalla: patrifamilias tamen bono & diligenti, si in quo agro idonea esse possint, negligenda non esse, Varro commode opinatur *lib.* 1. *De re rustica c.* 4. sic scribens. *Sed neque lapidicinæ, neque arenariæ, ad agriculturam pertinent, sic figlinæ, neque ideo non in quo agro idoneæ possint esse, non exercendæ, atque ex eis capiundi fructus.* Potest igitur fructuarius vel vetera metalla exercere, vel nova instituere.

Nec tamen hoc semper ei licere, arbitratus olim fuit Ulpianus *l.* 13. §. 5. & 6. *D. de usufructu:* nunc alio flectunt adulterata ejus verba. subjeci ea qua eduntur forma: vocaturus ad diligentius examen; mox etiam emendaturus. Ulpiani verba. *Inde est quæsitum, an lapidicinas vel cretifodinas, vel arenifodinas ipse instituere possit? Et ego puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem ne-*

necessariam huic rei occupaturus est. Proinde venas quoque lapidicinarum, & hujusmodi metallorum inquirere poterit: ergo & auri, & argenti, & sulphuris, & æris, & ferri, & cæterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit, exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agriculturæ nocebit. Et si forte in hoc quod instituit, plus reditus sit, quam in vineis, vel arbustis, vel olivetis, quæ fuerunt: forsitan etiam hæc dejicere poterit, siquidem ei permittitur meliorare proprietatem. §. 6. *Si tamen quæ instituit usufructuarius, aut cœlum corrumpant agri, aut magnum apparatum sint desideratura, opificum forte, vel legulorum, quæ non potest sustinere proprietarius: non videbitur viri boni arbitratu frui.* Quid hic Ulpianus? Primum ait, fructuario esse jus, lapidicinas, vel cretifodinas, vel arenifodinas, instituere; si quæ in fundo idoneæ esse possint, etiamsi nullæ sint a domino institutæ: nec tamen hoc semper jus esse; sed *si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est.* scilicet, quia aliter existimantibus, non videretur fundo, salva ejus conditione, id est, boni viri arbitratu, uti frui. Deinde hinc infert Ulpianus, quod potest quoque fructuarius venas lapidicinarum & hujusmodi metallorum inquirere. præterea potest auri, & argenti, & sulphuris, & æris, & ferri, fodinas exercere, si quas paterfamilias, id est, proprietarius, instituit. quod si is nullas exercuit; adhuc potest ipse novas instituere: utique, *si nihil agriculturæ nocebit.* sic enim rursus definit Ulpianus: & hanc addit causam quæ verissima est: quod ei permittitur meliorare proprietatem: dum, sic opinor, ejus qualitatem non immutet: hoc vero non facit, ex agricultura quæ fuit, nihil informans, tollensve: ut si neque vineas, neque arbusta, neque oliveta quæ fuerint, dejiciat. Quamquam hoc quoque casu, si quæ instituat fructuarius, magnum apparatum sint desideratura, forte opificum, vel legulorum, eaque sustinere nequeat proprietarius, non videtur Ulpiano fructuarius boni viri arbitratu uti frui. sine dubio convenienter huic Columellæ, *lib.* 1. *De re rustica*, *c.* 1. dicentis, *Qui studium agricolationi dederit, antiquissima sciat hæc sibi advocanda, prudentiam rei, facultatem impendendi, voluntatem agendi.* Idem esse, Ulpianus ait, si quæ instituit fructuarius, cœlum corrumpant agri. Nam & Varro *lib.* 1. *De re rustica c.* 5. *Utilissimus*, inquit, *is est ager, qui salubrior est, quam alii, quod ibi fructus certus, contraque in pestilenti calamitas quamvis in feraci agro colonum ad fructus pervenire non patitur. Etenim ubi ratio cum orco habetur, ibi non modo fructus est incertus, sed etiam colentium vita. Quare, si salubritas non est, cultura non aliud est, quam alea domini vitæ, ac rei familiaris.* Sic, si fructuarius, institutis a se fodinis, nihil principaliter noceat agriculturæ. An idem dicemus, si vineas, vel arbusta, vel oliveta, quæ fuerunt, velit dejicere? sed non puto. non enim dubito, quin sic palam sit agriculturæ nociturus. quod eum facere prohibet Ulpianus. Nam ad agriculturam omnia hæc pertinere, vel Cato ostendit, *De re rustica c.* 1. *Prædium*, inquiens, *quod primum siet, si me rogabis, sic dicam. De omnibus agris optimoque loco si emeris jugera agri centum, vinea est prima, si vino multo siet, secundo hortus irriguus, tertio salictum, quarto oletum, quinto pratum, sexto campus frumentarius, septimo silva cædua, octavo arbustum, nono glandaria silva.* Verum demus, e metallis majores sperari reditus; quam e vineis, olivetis, aut arbustis. an ideo dicemus, dejecturum ea fructuarium? nequaquam. Atqui Ulpianus *d. l.* 13. §. 5. *D. de usufructu*, *Et si forte*, inquit, *in hoc quod instituit, plus reditus sit, quam in vineis, vel arbustis, vel olivetis quæ fuerunt; forsitan etiam hæc dejicere poterit.* Qui potest? ut enim prætéream, *spem* (auctore Seneca, *Epist.* x.) *incerti boni nomen esse:* quis: nisi stultus, aut insanus, vineas vel arbusta, vel oliveta, metallis mutet, magnis præsertim impensis quas eæ fodinæ desiderant, nisi ex his majores speret reditus, quam ex vineis, arbustis, aut olivetis? nemo unus. non enim fodinæ ad amœnitatem, in quam impensæ etiam stultæ & inanes plerumque fiunt, sed ad utilitatem, referuntur. Ulpianus tamen non patitur, fructuarium metalla instituere, nisi si non sit necessariam agri partem huic rei occupaturus, neque agriculturæ nociturus. Igitur si ad Ulpianum spectamus, non debet fructuarius, quo ex metallis majores inveniat reditus, quam ex agricultura, vel vineas, vel arbusta, vel oliveta dejicere: quia non debet metalla instituere spe majoris utilitatis; nisi his non sit occupaturus necessariam agri partem, nec agriculturæ nociturus. Et si rem putamus: quod fructuario jus est, constituto ei non dominio, quod fructu libero atque infinito censetur; sed usufructu, hoc est, fructu qui usu coërcetur, & ideo proprietarii modo ac rei conditione circumscribitur: ut de domini utilitate, eo invito, disponat, & alieni fundi usum faciat alium, quam ei dominus concessit? Atque hoc Neratius in domus usufructu indigitat *l.* 44. *De usufructu:* nec is tantum, sed Ulpianus quoque *l.* 7. §. *ult.* & *l.* 8. *D. eod. tit.* Adeo quoties de fructuarii jure disputatur, numquam quæritur, quantos percipiat fructus, sed an eos quos percipit, ad rei conditionem percipiat. An aliud agit Ulpianus *l.* 13. §. *ult. D. eod. tit.* scribens, si domus ususfructus legatus sit, fructuarium illic meritoria facere non debere; nec domum per cœnacula dividere; nec balneum ibi facere; etsi balneum sit in domo, usibus dominicis solitum vacare in intima parte domus, vel inter diætas amœnas, non recte, nec ex boni viri arbitratu facturum, si id locare cœperit, ut publice lavet? Sed res certa; & subjicit Paulus *l.* 14. *D. eod. tit. Licet multo minus ex ea re fructum percipiat.* sic Florentiæ editur: sed scribo, *fructUm;* id est, *fructuum:* quomodo est in aliis libris. Scio, Dionysium Gothofredum, V. Cl. ad *d. l.* 13. §. 5. *lit. E.* domum separare a fundo: & si fundi ususfructus sit, existimare, eum vel formæ mutatione meliorem a fructuario fieri posse: si domus; non posse: alteroque casu annonæ utilitati, altero urbis decori adversus ruinas consuli. Sed ea Gothofredi sententia minime vera est. Primum, quod periculum est: ne urbs ruinis deformetur; si fructuarius ædium parietibus qui rudes essent, novum tectorium, id est, novam incrustationem, velit imponere? Negat tamen Neratius, facturum id suo jure fructuarium *d. l.* 44. *D. eod. tit.* Sed & si balneum in intima domo solitum sit vacare dominicis usibus, atque id locare cœperit fructuarius, ut publice lavet; aut si in domo diversoria, vel alia meritoria facere velit: quis metuat, ne sic ruina urbis dignitas deformetur? Tamen hæc & similia fructuario concedenda esse, Ulpianus negat *d. l.* 13. §. *ult.* nec aliam ob causam, quam quod non recte, nec ex boni viri arbitratu, sit facturus. Non igitur placet Gothofredi sententia, quantum attinet ad urbana prædia. Nec venustior est circa rustica. quid enim annonæ cum lapidicinis aut metallis de quibus loquitur Ulpianus *d. l.* 13. §. 5. cum præsertim non hic quærat Ulpianus, utrum lapidicinæ, aut metallifodinæ, possint a fructuario converti in agros fertiles: sed an vineæ vel arbusta vel oliveta possint a fructuario dejici, ut venas lapidicinarum & hujusmodi metallorum in-

inquirat. qua in re tantum abest, ut annonæ favor vertatur: ut e contrario quæratur; an agriculturæ nocere possit fructuarius, lapidicinis & metallifodinis institutis; modo si ex his majores reditus, quam ex vineis, arbustis, vel olivetis, id est, ex agricultura, sperare possit. Non igitur probari potest Gothofredi sententia: verumque est, fructuarium, neque a domus, neque a fundi, conditione recedere posse; sive deteriorem, sive meliorem, utilioremque, domum aut fundum facere velit. Nec jam verbis opus. intelligitur id ipsius testimonio Ulpiani: in §. 4. *d. l.* 13. hoc est, eo in loco ex quo in §. 5. facit deinde illationem ad metallifodinas, lapidicinasque, sic scribentis, *Si forte voluptare fuit prædium, viridaria, vel gestationes, vel deambulationes, arboribus infructuosis opacas atque amœnas habens, non debet dejicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid quod ad reditum spectet.* Postremo non omittam, quod Ulpianus § 6. *insequente*, id est, ipso in loco quo de agitur, scribit, fructuarium, instituentem metalla quæ aut agri cœlum corrumpant, aut majorem apparatum sint desideratura, quam sustinere possit proprietarius, non videri boni viri arbitratu frui. Hoc enim quo pertinet? nisi ut probet, eum, quamvis ex metallis majores, quam ex agricultura, reditus sit percepturus, tamen agriculturæ quam invenit, conditionem mutare non posse. Hæc, inquies, quo pergunt? nempe, ut ostendam, hunc versum qui est §. 5. *d. l.* 13. *Et si forte in hoc quod instituit, plus reditus sit, quam in vineis, vel arbustis, vel olivetis quæ fuerunt, forsitan etiam hæc dejicere poterit*, Ulpiani verbis misceri male: cum sit Interpretis, Veteris quidem, sed neque ad Ulpiani mentem, neque ad Juris rationem attendentis; & sequentia Ulpiani verba, *Siquidem ei permittitur meliorare proprietatem*, inconsideratius explicantis. An est probabile, Ulpianum, id est, hominem doctum ac sapientem, in re minime controversa, scripsisse secum, & cum Civili Jure, tam manifeste pugnantia? Mihi quidem non placet: etsi non ignoro, eum versum etiam exstare apud Græcos, *Basilic. lib.* 16. *tit* 1. *tom.* 2. *pag.* 250. Sed id non alio pertinet, quam ut liqueat, jam olim deformatum eo fuisse Ulpianum. Igitur ut hunc Græci quoque indigitent, tamen ne Ulpiano somnus, ne quid gravius dicam, surrepsisse videatur, ego eum interpolatione tam seditiosa & male cohærente liberandum censeo. interim quo clarior fiat Ulpianeæ forma dissertationis, uno conspectu integram exhibebo, conjunctis verbis §. 4. 5. & 6. *d. l.* 13. *Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet: meliorem facere potest. Et aut fundi est ususfructus legatus, & non debet neque arbores frugiferas excidere, neque villam diruere, nec quicquam facere in perniciem proprietatis.* † *Et si forte voluptare fuit prædium, viridaria vel gestationes vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amœnas habens, non debebit dejicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid, quod ad reditum spectat.* §. 5. *Inde est quæsitum, an lapidicinas, vel cretifodinas, vel arenifodinas ipse instituere possit? Et* [ego] *puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est.* † *Proinde venas quoque lapidicinarum, & hujusmodi metallorum inquirere poterit. Ergo & auri, & argenti, & sulphuris, & æris, & ferri, & cæterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit, exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agriculturæ nocebit,* * *siquidem ei permittitur meliorare proprietatem.* §. 6. *Si tamen quæ instituit usufructuarius, aut cœlum corrumpant agri, aut magnum apparatum sint desideratura, opificum forte vel legulorum quæ non potest sustinere proprietarius: non videbitur boni viri arbitratu frui.*

A §. 3. *d. l.* 9. *D. de usufructu* pergo ad §. 4. mox insequentem. dixi enim de fundi parte quæ jam fuit tempore constituti ususfructus. potest vero etiam esse inspectio circa partem deinde subnatam. verba ejus §. sunt. *Huic vicinus tractatus est qui solet in eo quod accessit tractari: & placuit, alluvionis quoque usumfructum ad fructuarium pertinere. sed si insula juxta fundum in flumine nata sit, ejus usumfructum ad fructuarium non pertinere Pegasus scribit; licet proprietati accedat: esse enim veluti proprium fundum cujus ususfructus ad te non pertineat. quæ sententia non est sine ratione. nam ubi latitet incrementum, & ususfructus augetur: ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit.* Proponitur insula in flumine nata juxta fundum fructuarium. etiam proponitur fundo fructuario pars accessisse per alluvionem. & quæritur, an utraque augeatur fundi ususfructus? poterat videri: eo quod utraque augetur fundi proprietas. Sed non placet Ulpiano, a proprietate fieri argumentum ad usumfructum. adeo distinguit insulam in flumine natam juxta fundum fructuarium, ab ejus incremento per alluvionem. negat autem, ea insula augeri jus ususfructus fundi; licet proprietati accedat insula: & pro ratione addit: quod ea insula non est pars fundi fructuarii, sed est ab illo evidenter separata. licet igitur proprietarii fiat, tamen non auget usumfructum: quia habetur velut proprius fundus, cujus ususfructus ad fructuarium non pertinet. cæterum alluvionis incrementum fundo fructuario ita paulatim adjicitur: ut non appareat, quoquo temporis momento, quantum ei adjiciatur. placet igitur latentis hujus incrementi usumfructum ad fructuarium pertinere: quia quidquid accrescit quoquo tempore, est pars fructuarii fundi. nec abs re videtur, eum qui potest totius fundi usumfructum suum dicere, singularum partium fundi usumfructum suum dicere. qua igitur parte per alluvionem augetur fructuarius fundus, ea parte ejus ususfructus augetur. Sic Ulpianus. At Paulus, *lib.* 3. *Sentent. tit.* 6. §. 22. *Accessio*, inquit, *alluvionum ad fructuarium fundum, quia fructus fundi non est, non pertinet.* Ita editur. male. corrigo: *Accessio alluvionum ad fructuarium, quia fructus fundi non est, non pertinet.* Delevi verbum, *fundum*: quo deleto, est sensus justus & Ulpiano consentiens: non enim jam negat Paulus, fructuarii fieri usumfructum alluvionis, velut partis: sed negat, alluvionum accessionem, quasi fundi fructum, ad fructuarium pertinere. verissime. non enim nascitur ea alluvio ex corpore fundi; neque igitur fructuarii est, sed proprietarii. nihilominus quia fundi pars est: ideo verius est, ejus fructum ad fructuarium pertinere. Dixi quid mihi venerit in mentem. hoc vero in familiari sermone ubi aliquando communicabam cum Eruditissimo meo amico, & cognato, Antonio Schultingio, Jurisconsulto & Antecessore Franekerano, incidebat ei, post aliquam deliberationem, posse legi, *Accessio alluvionum ad fructuarium* fundi, *quia fructus fundi non est, non pertinet.* eodem plane sensu, sed minore molimine. quod nolui reticere.

Ca-

* *Et si forte in hoc quod instituit, plus reditus sit, quam in vineis, vel arbustis, vel olivetis quæ fuerunt, forsitan etiam hæc dejicere poterit.*

CAPUT VII.

Sub usufructu fundi contineri usumfructum instrumenti fundi. an fructuarii sunt venationes, aucupia, piscationes? & quid in seminario, salicto, harundineto, silva palari, silva cædua, aut alia?

Igitur dato fundi usufructu, datus esse intelligitur usus fructus omnium partium fundi. An & instrumenti fundi? succurrit: quod instrumentum est apparatus rerum diutius mansurarum, sine quibus exerceri nequiret possessio *l.* 12. *D. de instructo vel instrumento legato:* at fundi pars non est: sicut nihil fundi est, nisi quod terra se tenet *l.* 17. *D. de actionibus empti & venditi.* igitur nec fundo legato, aliter legato cedit instrumentum, quam si hoc specialiter a testatore sit expressum *l. ult. D. de supellectile legata.* Obtinuit tamen, legato fundi usufructu, etiam instrumenti usumfructum ad fructuarium pertinere *l.* 15. §. 6. *D. de usufructu:* puto, quia usus fructus fundi in utendo fruendo eo ad certum modum & ad tempus absolvitur. contra perpetua est proprietas, & omnes in infinitum utilitates admittit: prorsus ut mutari & alienari possit. adeo nulla necessitas est, fundo legato, rem accipi: quasi legatum videatur fundi instrumentum; eo quod licet legatario eo fundo, si non ad testatoris, certe ad suum modum uti. non ita est, legato fundi usufructu. tum enim suadet interpretatio voluntatis defuncti, non minus instrumenti, quam ipsius fundi usumfructum legatum videri: quia absque eo foret; facilius posset possessio a fructuario ad suum, quam ad proprietarii, modum exerceri. igitur ut fundi instrumentum proprie non sit pars fundi: tamen domini destinatione paratum est fructus causa, a fructuario non suo, sed domini arbitrio percipiendi. pertinet igitur ad fructuarium, legato fundi usufructu, non tantum fundi, sed & instrumenti ejus usus fructus. nisi (quod Ulpianus monet *d. l.* 15. §. 6.) contraria sit testatoris voluntas: supervacua, si illa liqueat, interpretatione. cæterum placet Ulpiano in *l.* 8. *D. De instructo vel instrumento legato,* in fundi instrumento ponere parata fructus quærendi, cogendi, conservandi gratia: simul illa in lege & sequentibus plurima enumerare exempla. sed in *d. l.* 15. §. 6. adfert cupas & dolia, cum defossa, tum alia: præterea serias, etiam cados & amphoras: de quibus quia egit ex professo V. CL. Guido Pancirollus *lib.* 1. *Thesaur. var. lect. c.* 61. *& c.* 64. non agam actum.

Potius attingam venationes, aucupia, piscationes, puta, ornithones, leporaria, piscinas (quæ tria genera villaticæ pastionis facit M. Varro, *De re rustica lib.* 3. *c.* 2. ex eoque A. Gellius *lib.* 2. *Noct. Attic. c.* 20.) & est pulchræ, nec satis expeditæ quæstionis, an illorum quoque usus fructus ad fructuarium pertineat. sane feræ, aves, pisces, qui in fundo sunt, non sunt fundi fructus: non enim ex fundo nascuntur. non etiam sunt fundi partes: nam, ut ante dixi, nihil fundi est, nisi quod terra se tenet *l.* 15. 16. *&* 17. *D. de actionibus empti & venditi.* tamen si vivaria sint, id est, ut A. Gellius *d. loc.* interpretatur, septa loca in quibus feræ vivæ pascuntur: aut ornithones, quæ ex Varrone eidem Gellio sunt omnium alitum quæ intra parietes villæ solent pasci: aut piscinæ, quas Varro ait in aqua dulci aut salsa inclusos habere pisces ad villam: (Gellius sic definit, *Lacus & stagna quæ piscibus vivis coërcentur, clausa suo atque proprio nomine piscinas nominaverunt*) si, inquam, in fundo sint vivaria, ornithones, aut piscinæ, cum utique ad hoc habeatur fundus, ut ex venatione, aucupio, aut piscatione fructus aut reditus percipiatur; ut multis docet Varro *d. lib.* 3. *c.* 1. *& seqq.* non absurdum fuerit, quæstum ex feris, avibus, aut piscibus perceptum, fructuarii fieri *l.* 9. §. 5. *D. de usufructu:* quia jam feræ, aves, *ac pisces*, ut non sint fundi fructus, aut partes, adhuc in fundi instrumento habentur *l.* 11. *l.* 12. §. 12. *&* 13. *D. de instructo vel instrumento legato:* cujus instrumenti usus fructus, nisi contraria sit testatoris voluntas, ad fundi fructuarium pertinet *l.* 15 §. 6. *D. de usufructu.* Quod, si non sint vivaria, aut ornithones, aut piscinæ, sed stagna, aut silvæ non circumseptæ? magis est, ut venatio aut piscatio non sit in fundi fructu. hoc Julianus vult libro sexto ex Minicio: negans, *Venationem fructus fundi esse, nisi fructus fundi ex venatione constet l.* 26. *D. de usuris.* Quamquam id sic accipiendum est, ut fructuarius, etsi fructus fundi non constet ex venatione, nihilominus suo jure possit venari in fundo fructuario. nam posset hoc facere suo jure, etsi non haberet fundi usumfructum: nisi a domino prohiberetur eum ingredi venandi gratia. quid ni igitur in eo venari possit, habens usumfructum, & per eum accipiens jus ingrediendi fundum, etiam invito domino: licet fundi fructus non constet ex venatione. tendit huc Tryphoninus *l.* 62. *pr. &* §. 1. *D. de usufructu:* sed obscuriore via, quam conveniat publico usui. dabo igitur operam: ut ei aliquam affundam lucem, & quæstionem curiosæ definitionis distinctius explicem: verba Tryphonini sunt. *Usufructuarium venari in saltibus vel montibus possessionis probe dicitur. nec aprum aut cervum quem ceperit, proprium domini capit. sed fructus aut jure* [*civili*] *aut gentium suos facit.* §. 1. *Si vivariis inclusæ feræ in ea possessione custodiebantur, quando usus fructus cœpit, num exercere eas fructuarius possit, occidere non possit? alias, si quas initio incluserit operis suis, vel* [*post*] *sibimet ipsæ inciderint delapsæve fuerint, hæ fructuarii juris sint? commodissime tamen, ne per singula animalia facultatis fructuarii propter discretionem difficilem, jus incertum sit, sufficit eumdem numerum, per singula quoque genera ferarum finito usufructu domino proprietatis adsignare qui fuit cœpti usus fructus tempore.* Quia Tryphonini disputatio est de venatione in saltibus vel montibus fructuariæ possessionis seu fundi, ante monebo, Saltum a Gallo Aelio libro Significationum quæ ad jus pertinent, apud Festum ita definiri; *Saltus est ubi silvæ & pastiones sunt, quarum causa casæ quoque. Si qua particula in eo saltu pastorum aut custodum causa aratur, ea res non peremit nomen saltus.* Etiam addam, quod Virgilius *lib.* 1. *Georgic. vers.* 140. tales saltus vocat *magnos*, cum iisque venationem jungit, Tryphonini exemplo, *Magnos*, inquiens, *canibus circumdare saltus.* Et *lib.* 2. *vers.* 471. *Illic saltus ac lustra ferarum.* Nunc reliqua persequar. Ait Tryphoninus fructuario licere in saltibus vel montibus fructuariæ possessionis venari: sive in ea sit vivarium, sive non sit: ac si quem aprum aut cervum capiat; non proprium domini, id est, ut mea fert opinio, non utique, sive non semper, proprium domini capere. nam si non sit vivarium; nullius esse aprum aut cervum, libere vagantem in possessionis saltibus aut montibus non circumseptis; ideoque captum a fructuario, ejus fieri occupatione, non civili u-

ſusfructus, ſed gentium Jure. quod ſi ſit vivarium, circumſeptis ſaltibus aut montibus poſſeſſionis, in eoque vivario capiat fructuarius aprum aut cervum a domino incluſum: proprium domini capere; & captum neque civili, neque gentium jure ſuum facere: tantum illi jus eſſe, ea fera, quaſi fundi inſtrumento, uti frui ſalva ejus ſubſtantia. ſic in apro aut cervo. Quid, ſi non ipſum capiat; ſed fructus? Ait Tryphoninus, *Sed fructus aut jure civili, aut gentium ſuos facit.* Tryphoninus *fructus* pro *fœtu* accipit: quomodo Manilius *lib.* 4. *verſ.* 128. de ariete loquens, inſit.

In jugulumque dabit fructus & mille per artes
Vellera, diverſos ex ſe parientia quæſtus.

Et apud Gajum *l.* 28. *D. de uſuris*, *In pecudum fructu etiam fœtus eſt: ſicut lac, pilus, & lana.* Apud Varronem quoque *lib.* 3. *De re ruſtica c.* 2. ſic extat. *In plano cobors in qua paſcebantur gallinæ; & earum fructus erant ova & pulli.* Diſtinguit igitur Tryphoninus feram a fructu, id eſt, ab ejus fœtu: volens, feram quidem occupatione non fieri fructuarii: præterquam ſi nullius eſt; ut, ſi non ſit vivario incluſa: ſed ejus fœtum ſemper fructuarii fieri vel gentium, vel civili jure: illo, ſi ipſa fera, id eſt mater, nullius fuerit, non circumſepto fundo: hoc, ſi domini ſit; ab eoque in fundi inſtrumento habeatur. finge, (quod eſt exemplum §. 1. *d. l.* 62.) in poſſeſſione ſunt vivaria; & cum cœpit uſusfructus, his incluſæ feræ, puta, apri vel cætera ſilveſtria animalia, in ea poſſeſſione cuſtodiebantur: (pro Veterum more de quo M. Varro, etiam A. Gellius *dd. locc.* & Plinius *lib.* 8. *Nat. hiſt. c.* 52.) quærit Tryphoninus, utrum fructuarius ea exercere quidem poſſit; occidere autem non poſſit? ea quæſtio continetur his Tryphonini verbis, *Num exercere eas fructuarius poſſit, occidere non poſſit?* Sed huic quæſtioni tacita inhæret reſponſio; etſi non appareat palam: uſitata Veteribus ratione quam ſæpe alibi indicamus. ſenſus: ſi, cum cœpit uſusfructus, feræ vivariis incluſæ, in ea poſſeſſione cuſtodiebantur; poterit fructuarius eas exercere; non poterit occidere. *Exercere* autem *feras* Accurſius exponit, cum feris ludere: eamque ſententiam ſequitur V. Cl. Antonius Dadinus Alteſerra, *ad Tryphonini lib.* 7. *Diſputat.* in expoſitione *d. l.* 62. nam *feras exercere* interpretatur, *eas duntaxat agitare delectationis cauſa.* Male. non id egit Tryphoninus. dixit, fructuarium *feras exercere*, pro habere feras ex quibus capiat utilitatem. quo ſenſu Ulpianus in *l.* 4. §. 2. *D. de edendo*, *Labeo*, inquit, *ſcribit, patrem non cogendum (edere); niſi ſciente eo argentaria exercetur. Sed recte Sabinus reſpondit, tunc id admittendum, cum patri* quæſtum *refert.* Similiter ait Ulpianus, *navem, cauponam, ſtabulum, exercere l.* 1. §. 2. & 5. *D. Nautæ, caupones, ſtabularii:* qui habet navem, cauponam aut ſtabulum, ut utilitatem ex iis percipiat. Et *exercitorem eſſe ad quem obventiones omnes & reditus perveniunt l.* 1. §. 15. *D. de exercitoria actione.* Eodem ſenſu ait, fructuarium & auri, & argenti, & ſulphuris, & æris, & ferri *fodinas exercere l.* 13. §. 5. *D. de uſufructu:* cum ex his utilitatem percipit. Item, *Inſtrumentum eſſe apparatum rerum diutius manſurarum ſine quibus exerceri nequiret poſſeſſio l.* 12. *D. de inſtructo vel inſtrumento legato:* id eſt, in meliorem uſum & fructum formari. ſic enim Nonius *c.* 4. *De Varia ſignificatione ſermonum* exponit verbum *exercere* in eo Virgilii *lib.* 1. *Georgic. Exercetque frequens tellurem atque imperat arvis.* Igitur ſi feræ vivariis incluſæ, in ea poſſeſſione, ſeu eo in fundo cuſtodiebantur; cum cœpit uſusfructus: vult Tryphoninus, eſſe fructuario jus, eas exercere, id eſt, ad quæſtum & reditum habere; non etiam occidere. Atqui utrumque domini proprietatis jus eſt. Scio; & docuit me Columella *De re ruſtica lib.* 9. *c.* 1. ſequentibus verbis, *Feræ pecudes, ut capreoli, damæque, nec minus orygum, cervorumque genera & aprorum modo lautitiis ac voluptatibus dominorum ſerviunt, modo quæſtui ac reditibus.* Idem in præfatione ejusdem libri. *Mos antiquus lepuſculis capreisque ac ſimilibus feris juxta villam plerumque ſubjecta dominicis habitationibus ponebat vivaria, ut & conſpectu ſuo clauſa venatio poſſidentis oblectaret oculos, & cum exegiſſet uſus epularum, velut e cella promerentur.* Sed non quod domini proprietatis jus eſt, etiam hic fructuarii eſſe Tryphoninus putat. Igitur ſi cum cœpit uſusfructus, feræ vivariis incluſæ, in ea poſſeſſione cuſtodiebantur, poteſt eas fructuarius exercere; id eſt, ad reditum & quæſtum habere: occidere non poterit: quia feræ vivariis incluſæ a proprietario, ejus ſunt *l.* 3. §. 14. *D. de adquirenda vel amittenda poſſeſſione:* ſicut equi, boves, & ſimilia, fundo exercendo comparata, domini proprietatis ſunt; ab eoque in fundi inſtrumento habentur *l.* 8. *D. de inſtructo vel inſtrumento legato*; & a fructuario exerceri poſſunt, occidi non poſſunt. Sic, ſi uſufructuarius accedens ad uſumfructum, repperit feras vivariis a proprietario incluſas. Quid, ſi quas ipſe initio operis ſuis incluſerit, vel ſi quæ ſua ſponte inciderint, delapſæve fuerint? Ait Tryphoninus, has fructuarii juris, id eſt, dominii ejus fore. Et recte. nam ante nullius fuerunt: vivario autem incluſæ a fructuario, ab eo & poſſideri & adquiri intelliguntur *d. l.* 3. §. 14. poſſunt igitur ab eo non tantum exerceri, ſive ad quæſtum haberi; ſed etiam occidi. interim difficilis fuerit diſcretionis, quæ animalia ex ſingulis generibus, tempore conſtituti uſusfructus, in vivariis fuerint, & quæ deinde ex his nata, aut fructuarii operis in ea dilapſa ſint: eaque obſcuritate facile poſſit incertum ac prope inutile fieri jus uſusfructus. eam igitur ob cauſam ſuadet Tryphoninus (quod eſſe boni Juriſconſulti, libro *De Eurematicis Modeſtini*, pridem demonſtravit amicus meus, Henricus Brenckman Juriſconſultus, egregia doctrina, ut ſpero, allaturus brevi magnum arti noſtræ incrementum) cogitari de eurematico ſive temperamento quo adjuvetur fructuarius adverſus juris ſubtilitatem. id temperamentum continetur his ejus verbis: *Commodiſſime tamen, ne per ſingula animalia facultatis fructuarii propter diſcretionem difficilem jus incertum ſit, ſufficit, eundem numerum per ſingula quoque genera ferarum, finito uſufructu, domino proprietatis adſignare qui fuit cœpti uſusfructus tempore.* Tryphoninus ſignificat, fructuarium, ne ob difficilem diſcretionem, utrum animalia jam in vivariis fuerint tempore conſtituti uſusfructus; an poſt demum in ea illapſa, ibive nata fuerint, jure ſuo uti impediatur, poſſe & hæc, & illa occidere: modo per ſingula quæque ferarum genera domino proprietatis eumdem adſignet numerum qui fuit tempore cœpti uſusfructus. Quod, puto, æquum eſt: ſed neque noſtris eſt inſolens, propter difficilem diſcretionem, indulgere quod alioquin non eſſet licitum. Sic, ſi in fundo ſint vivaria.

Quid, ſi ſint apiaria? quæ Varro μελιττῶνας, & *mellaria* appellat: ut A. Gellius refert *lib.* 2. *Noct. Attic. c.* 20. Puto, eorum quoque fructum ad fructuarium ſpectare: idque indigitare Ulpianum *l.* 9. §. 1. *D. de uſufructu* ſequentibus verbis; ſi ſervamus lectionem Florentinam. *Et ſi apes in eo fundo ſint, earum quoque uſusfructus ad fructuarium pertinet.* Sic habent Pandectæ Florentini; Græci quoque: ſed in aliis libris pro *apes* conſtanter ſcribitur,

bitur, *lapides*. quam scripturam supra magis probavi: etsi nec Florentinam damnarem. utcumque erit: si in fundo sint apes, & fundi reditus etiam ex melle constet; magis est, eum quoque reditum ad fructuarium pertinere: quia verum est, jam apes sub fundi instrumento contineri *l.* 12. §. 13. *& l.* 10. *D. de instructo vel instrumento legato.*

Simile putemus de seminario, salicto, harundineto, silva palari. est vero de his diligens, sed obscura, disputatio Ulpiani, & Pomponii, *l.* 9. §. 6. *&* 7. *item l.* 10. *D. de usufructu:* nec pigebit me, eorum verba meo more interpretari: initio facto ab Ulpiano. verba §. 6. *Seminarii autem fructum puto ad fructuarium pertinere: ita tamen, ut & vendere ei & seminare liceat. debet tamen conserendi agri causa seminarium paratum semper renovare, quasi instrumentum agri; ut finito usufructu domino restituatur.* §. 7. *instrumenti autem fructum habere debet: vendendi tamen facultatem non habet. Nam & si fundi ususfructus fuerit legatus, & sit ager, unde palo in fundum, cujus ususfructus legatus est, solebat paterfamilias uti, vel salice vel arundine: puto fructuarium hactenus uti posse, ne ex eo vendat. nisi forte salicti ei, vel silvæ palaris vel arundineti ususfructus sit legatus: tunc enim & vendere potest. Nam & Trebatius scribit, silvam cæduam & arundinetum posse fructuarium cædere, sicut paterfamilias cædebat: & vendere, licet paterfamilias non solebat vendere, sed ipse uti; ad modum enim referendum est, non ad qualitatem utendi.* Primum agit Ulpianus de *seminario*, quod alio nomine vocatur *plantarium:* estque locus in quo vitium arborumve plantæ, quas Veteres appellabant semina, ad hoc habentur, ut adultæ cum radicibus inde transferantur in pomaria vineasve. id (ne adducam alios jam citatos a Budæo, V. Cl. *Annotat. ad Pand. pag.* 207.) ostendit Ulpianus *l.* 3. §. 4. *D. Arborum furtim cæsarum: Si quis*, inquiens, *stirpitus e seminario arborem transtulerit, antequam terram comprehenderit, arborem videri.* Igitur legato usufructu fundi in quo sit seminarium: ait Ulpianus, *d.* §. 6. seminarii fructum ad fructuarium pertinere: utique (sic opinor) si in fundi reditu habeatur, more cæterarum partium fundi. nam legato fundi usufructu, legatus intelligitur ususfructus omnium partium fundi. legatus igitur videtur seminarii ususfructus, tamquam partis. quo modo? ait Ulpianus, ita ut ei & vendere & seminare liceat. nam & proprietatis dominus eo seminario usus est ad compendium: id est ad hoc, ut vendat & seminet. quod si paratum habuit seminarium agri conserendi causa: (ut oportere bonum patremfamilias, ait Columella, *De re rustica lib.* 5. *c.* 6.) contra censet Ulpianus §. 6. *d. l.* 9, ita demum fructuarii fore ejus fructum: si eo utatur pro fundi instrumento: id est, ut habeat ex quo vites plantasve substituat in locum demortuarum arborum vitiumve: non item, ut vites plantasve vendat. qua ratione? ait Ulpianus *d. l.* 9. §. 7. quia habet instrumenti fructum; vendendi facultatem non habet. potest igitur fructuarius seminario, agri conserendi causa parato, uti tamquam instrumento ad agri usum; non ad suum compendium. satis de seminario. videamus de silva palari, salicto, & arundineto, in quibus plane similia. Optime sane Columella *lib.* 3. *c.* 3. solere hanc quoque *dotem, id est*, ut inquit, *instrumentum vineis præparari.* Et addit *lib.* 4. *c.* 30. *Hæc quasi quædam dotes vineis ante præparantur, quibus si deficitur agricola, causam faciendi vineta non habet, cum omnia quæ sunt necessaria extra fundum quærenda sint, nec emptionis tantum (sicut ait Atticus) pretium onerat rustici rationem, sed est etiam comparatio molestissima. convehenda sunt enim tempore iniquissimo hyberni.* Hoc eo lubentius adscripsi: quia non est ab aliis adductum; atque interim proderit præsenti loco; etiam eo clarior fiet ratio legati annui ex silva palari, vel salicti, vel arundineti, relicti prædio, opportunitate ejus instrumenti destituto, in *l.* 12. *D. de annuis legatis*, & in sequente capite testamenti M. Megonii, apud Gruterum, *Corp. Inscript. pag.* 215. *Inscr.* 2. HOC. AMPLIUS. AB. HEREDIBUS. MEIS. VOLO. PRAESTARI. REIP. PETELINORUM. ET. A. REP. PETELINORUM. CORPORI. AUGUSTALIUM. EX. PRAEDIS. CETERIS. MEIS. PALUM. DICARE. OMNIBUS. ANNIS. SUFFICIENS. PEDATURAE. VINEAE. QUAM. AUGUSTALIBUS. LEGAVI. Igitur finge, legatum esse usumfructum fundi; in eoque esse agrum, unde palo in fundum cujus legatus est ususfructus, uti solet paterfamilias: finge, salicem esse: finge, harundinem. ait Ulpianus *d.* §. 7. *l.* 9, tantum usurum his fructuarium pro fundi instrumento: non etiam ut vendat. scilicet, quia & paterfamilias iis non aliter, quam pro fundi instrumento utebatur: nec potest fructuarius re fructuaria, ejusve instrumento aliter, quam ad modum patrisfamilias uti. Non idem est: si in his quoque fundi vectigal esse consuevit: nam tum cæsæ arundinis vel pali compendium ad fructuarium pertinere, Paulus scribit *l.* 59. §. 2. *D. de usufructu:* satis convenienter his quæ dixi de seminario, ad compendium parato. Mitto Paulum. quid Ulpianus? idem *d.* §. 7. *l.* 9. his verbis, *Nisi forte salicti ei vel silvæ palaris, vel arundineti ususfructus sit legatus: tunc enim & vendere potest.* Sensus est, Si forte relictus sit ususfructus salicti, vel silvæ palaris vel arundineti, non tamquam instrumenti fundi, sed ut salicti, vel silvæ palaris, vel arundineti, cædi & vendi soliti, tum fructuarium cædere ac vendere posse. Et adfert Ulpianus hanc Trebatii sententiam. *Nam & silvam cæduam & arundinetum posse fructuarium cædere, sicut paterfamilias cædebat, & vendere, licet paterfamilias non solebat vendere, sed ipse uti.* Nimirum, quia non spectant alio, quam ad fructum. vult igitur Ulpianus *d. l.* 9. §. 7, relicto usufructu cæduæ silvæ, eam, quamvis soleat saltem in usum patrisfamilias cædi, non hactenus quoque, ut cæsa vendatur: tamen quatenus a patrefamilias cædi solet, posse a fructuario cædi, & cæsam vendi. & præfatur Ulpianus, esse id ad modum referendum, non ad utendi qualitatem. hoc in tantum, ut fructuarius etiam intempestive cædere possit; perinde, ut in fœno & oliva immatura dictum supra. Dedi quam promisi lucem Ulpiano *d. l.* 9. §. 6. *&* 7. *D. de usufructu.*

Petit & sibi præferri aliquam Pomponius *l.* 10. *D. eod. tit.* ait, *Ex silva cædua pedamenta & ramos ex arbore usufructuarium sumpturum: ex non cædua in vineam sumpturum, dum ne fundum deteriorem faciat.* Silva cædua, Gajo *l.* 30. *D. de verborum significatione* est quæ in hoc habetur, ut cædatur: modo succisa rursus ex stirpibus aut radicibus renascatur. sic enim exaudio, quod ex Servio addit Gajus. etiam noto, quod Gajus separat stirpes a radicibus: quomodo Cicero *lib.* 2. *De natura Deorum cap.* 15. *Et*, inquiens, *arborum omniumque rerum quæ altæ aut radicibus a terra, aut stirpibus continerentur.* Igitur Pomponius, huc enim venio, cæduam silvam distinguit a non cædua. & si cædua sit; patitur, fructuarium, quod solet cædi, ex ea auferre & vendere: & quidem, si sic cædua sit, ut ex radicibus renascatur, in fructu esse pedamenta: sin ex stirpibus resurgat, magis ramos: eosque fructus utroque in casu fructua-

ctuarii arbitrio aut pro ligno adhiberi ad combustionem, aut pro perticis palisve ad vineam: sive ipse his sic uti malit, sive ea vendere aliis. quod in quibusdam quarto, in quibusdam septimo, in quibusdam ulteriore anno fieri, Plinius refert *lib.* 17. *Nat. hist. c.* 20. Hoc jus cæduæ silvæ: & ipsum a Græcis annotatum, *Basilic. lib.* 16. *tit.* 1. *in Scholio. tom.* 2. *pag.* 265. Quid, si non cædua sit? ait Pomponius *d. l.* 10. fructuarium ex ea sumpturum ad vineam; id est, ad palum & perticam; & consequenter ad materiam, non ad lignum. perticam enim & palum non pro ligno, id est, non comburendi causa, haberi: sed materiæ annumerari; id est, ad ædificandum vel fulciendum adhiberi, constat ex *l.* 55. *&* 56. *D. de legatis lib.* 3. Ait igitur Pomponius *d. l.* 10. sumpturum ex his fructuarium non ad compendium suum, sed ad vineam: dum ne fundum deteriorem faciat. grandes certe arbores non cædet, prohibente Paulo *l.* 11. *D. de usufructu.*

Caput VIII.

Adminicula, quibus eget usufructus fundi, fructuario præstanda esse ab herede. id observari: si legatus sit ususfructus fundi ad quem non sit aditus, nisi per hereditarium fundum. Quid, si is fundus a testatore sit legatus tertio; & heres eum possideat, aut legatario tradiderit? Quid, si ad fundum fructuarium non possit venire per hereditarium; & vicinus nolit per suum fundum concedere aditum ad fructuarium, ne precibus quidem aut pretio? fuisse hic aliud Juris regulis receptum: aliud consuetudine. ea non inductam esse civilem actionem ad petendum aditum; sed interpellationem extra ordinem, sub specie persuasionis; cui tamen cohæreret vis & auctoritas Prætoris: eumque colorem etiam alibi fuisse observatum in constitutione novi juris.

Proxima fundi instrumento sunt adminicula: id est, ea quibus eget fundi ususfructus. atque hæc fructuario competere, summæ rationis est: inutili futuro usufructu non habenti sine quibus eum omnino nequeat percipere. sed hoc noluisse videtur testator, legans usumfructum. contra credendus est, ejus datione fructuario indulsisse omnia ad fructuum perceptionem necessaria: ut in antecessum est demonstratum. Ea ratione videtur testator, legans usumfructum fundi aditu destituti, per consequentiam ususfructus legasse aditum: sine quo exerceri omnino non posset ususfructus. hoc: si de aditu nihil dixerit testator. verum quid, si usumfructum legaverit ita, ne heres cogatur viam præstare? puto, hoc inutiliter adjecisse: ne sibi contradixisse existimetur. simili ratione puto, si usufructu legato, iter adimat; inutilem esse ademptionem: quia semper sequitur usumfructum. proinde quid est? si legetur ususfructus fundi carentis itinere: ab herede non minus iter, quam ususfructus debetur. utique, si possit heres fructuario præstare aditum ad fructuarium fundum per fundum hereditarium: qui est sensus Ulpiani *l.* 1. §. 1. *D. Si ususfructus petetur.* sed quid, si non possit? finge: (qui est casus *l.* 15. §. 1. *D. de usu & usufructu legato*) testator habens duos fundos, legat unius proprietatem Titio: alterius usumfructum Sejo. non est via ad fructuarium fundum, nisi per fundum legatum. quæritur, an Sejo fructuario debeatur servitus per fundum Titii? dices, deberi; & recte: quia ususfructus sine ea nullus est. Verum a quo petet servitutem Sejus? non enim habet actionem in personam adversus Titium: quia cum eo non contraxit. nec magis habet confessoriam in rem actionem: quia non potest servitus deberi soli fructuario. aget igitur Sejus adversus heredem actione ex testamento. nisi & sic frustra aget: quomodo enim præstabit heres servitutem in fundo qui est jure legati statim Titii factus a morte testatoris; ac ne momento quidem substitit in persona heredis? si tamen in hereditate mansisset fundus per quem potest præstari via: exigeret eam fructuarius ab herede secundum voluntatem defuncti: qui ubi legat usumfructum, creditur quoque legare adminicula sine quibus percipi omnino nequit ususfructus. nunc heres rei vindicatione conventus a legatario, ab eo petet: ut fructuario præstet jus transeundi, & in agris servetur forma quæ fuit vivo testatore, sive donec ususfructus permanet, sive dum ad suam proprietatem redit. id si patietur legatarius; bene est: alioquin non concedet ei Prætor vindicationem fundi: nisi fructuario ex defuncti voluntate prius præstiterit jus transeundi per suum fundum *d. l.* 15. §. 1. *D. de usu & usufructu legato.* Eodemque vertit hoc Ulpiani *l.* 44. §. *ult. D. de legatis lib.* 1. *Si duos fundos habens testator, alterius mihi usumfructum, alterum Titio leget: aditum mihi Titius non debebit, sed heres cogitur redimere aditum & præstare.* Sensus Ulpiani. Heredem teneri, sua opera, suisque impensis fructuario redimere, id est, accipere, sive procurare servitutem. ut enim *emere* pro *accipere* apud Veteres ponebatur, auctore Festo in *Redemptores*: sic *redimere* aliquando transfertur ad qualemcumque aliam speciem redemptionis, quam pecunia factam. hoc modo Tacitus, *Agricola c.* 6. §. 3. *Proconsul*, inquit, *in omnem aviditatem pronus, quantalibet facilitate redempturus esset mutuam dissimulationem mali.*

Igitur si legetur ususfructus fundi, indigentis itinere: fructuario tam iter, quam ususfructus, ab herede debetur: modo si possit heres fructuario ad fundum fructuarium præstare aditum per hereditarium fundum, licet tertio legatum. Sed quid, si ne sic quidem possit? jam eveniet duorum alterum. aut enim inutilis erit ususfructus, deficiente aditu: aut hic quoque aget fructuarius ex testamento adversus heredem: ut cum aditu sibi præstet usumfructum. Sed finge, heredem damnari ad præstationem aditus: quomodo præstabit aditum quem non habet? a vicino, inquies, petit precario, aut emet justo pretio. sed quid, si hic nolit ei aditum aut precibus aut pretio concedere? melius ominare. nil tamen quæro temere: nam si quis habeat fundum aut sepulchrum; iter ad fundum aut sepulchrum non habeat: ei iter a vicino aut precario dari, aut pretio vendi, semper quidem visum est viris probis æquum ac bonum: sed jam pridem ostendi in *Julio Paulo, sive de partus expositione & nece*, *c.* 10. *&* 11, quæ honestatis atque officii sunt, ut semper Juris præceptis commendentur; non idcirco Juris regulis contineri; & fori necessitate adstringi. id vero in proposito usu venit: si enim vicinus vicino indigenti itinere, nolit iter vendere aut precario concedere: cedo, quæ posita fuit Jure Civili actio qua vicinus teneatur vicino iter vendere aut precario dare? nulla. Ne res careat testimonio, adducam Ciceronem, de suo tempore ita loquentem,

tem, *Pro S. Roscio Amerino cap. 9. Multa simul ante oculos versabantur: mors hominis florentissimi S. Roscii crudelissima: filii autem ejus egestas indignissima; cui de tanto patrimonio prædo iste nefarius ne iter quidem ad sepulchrum patrium reliquisset.* Interim quod Ciceronis tempore passæ non sunt Juris regulæ, induxit deinde adversus eas consuetudo: non quidem directo, sed adhibito schemate. utrumque (meretur enim res) demonstrabo. de consuetudine ita Ulpianus *d. l.* 1. §. 2. *D. Si usus fructus petetur. Sed si ususfructus sit legatus, ad quem aditus non est per hereditarium fundum, ex testamento utique agendo fructuarius consequetur, ut cum aditu sibi præstetur ususfructus.* Sic editur Florentiæ. in aliis libris est. *Ad quem aditus non est, nisi per hereditarium fundum.* atque ab his stare videntur Græci, *Basilic. lib.* 16. *tit.* 6. *tom.* 2. *pag.* 285. Sed proba est Florentina lectio, *Ad quem aditus non est per hereditarium fundum.* definit enim Ulpianus in §. 1. *d. l.* 1. quid juris sit, cum non potest fructuario esse aditus ad fructuarium fundum, nisi per hereditarium. tractanda igitur in sequente §. 2. fuit alia species: in qua ne est quidem fructuario ad fundum fructuarium aditus per hereditarium: ideoque is petendus ei est per vicinum alium. de quo etiam quæri solitum fuisse, constat ex illo Marcelli *l.* 10. *D. de servitutibus prædiorum urbanorum. Et de illo quæro, an per alienas ædes accessum heres ad eam rem quæ legatur præstare debet: sicut solet quæri, cum ususfructus loci legatus est, ad quem locum accedi, nisi per alienum non potest.* Sed de lectione Ulpiani satis. Transeo ad sensum. is sensus est: quod ei cui legatus est ususfructus fundi cui non sit aditus per hereditarium fundum, datur ex testamento actio adversus heredem: ut cum aditu sibi præstet usumfructum; etsi non possit ei dare aditum per hereditarium fundum: modo si possit eum a vicino emere, aut precario accipere. imo si non possit, nolente vicino iter vendere, aut precario concedere. certe non distinguit Ulpianus: puto, quia vicinus regulis Juris quidem non cogitur, nulla constituta actione jure ordinario: sed nihilominus potest extra ordinem cogi a Prætore, vicino iter aut precario dare, aut pretio vendere. atque hoc Ulpiano non tantum in itinere placet, sed etiam in via, amplius in luminibus & aquis: modo fructuarius sine his omnino uti nequeat *d. l.* 1. §. 3. *&* 4. scilicet, ne quis suo dominio acerbe atque inhumane utatur: quo ejus vicino usus dominii aut cujuscumque juris inutilis sit adversus fidem, homini ab homine debitam jure humano, distinctis dominiis. Dedi Ulpiano sensum, atque eo probabiliorem: quia adjuvatur auctoritate Siculi Flacci, *De conditionibus agrorum pag.* 9. de his omnibus ita scribentis. *Ad omnes autem agros semper iter liberum est. nam aliquando deficientibus viis vicinalibus per agros alienos iter præstatur. quæ etiam conveniunt precario, uti servitutem præstent his agris ad quos necesse habent transmittere pervium. nam & his verbis comprehenditur, ita ut optimus maximusque est. nam & aquarum ductus solent per alienos agros hoc jure transmittere. itaque ut diximus, viæ sæpe necessario per alienos agros transeunt: qua non universo populo itinera præstari videntur, sed eis ad quorum onera, & eis ad quorum agros per eas vias pervenire necesse est.* Curiose Siculus Flaccus, atque ut decuit hominem Juris peritum. nisi quid turbat quod addit de fundo, *ut optimus maximusque est*, vendito. nostri enim Jurisconsulti ajunt, ea formula in emptione & venditione quidem agi; ut liber præstetur fundus: sed non æque, ut ei iter aut alia servitus debeatur *l.* 75. *D. de evictionibus.* optime tamen observat Siculus Flaccus, speciale jus esse: si deficiat ad fundum aditus per vicinalem viam: nam tum oportere a venditore præstari iter, vel precario impetratum a vicino: quia alioquin non videtur optimus maximusque tradi fundus: in quo non potest emptoris usus ac fructus esse sine aditu: ait igitur Siculus Flaccus, in hoc casu a naturali formulæ significatione recedi: suadente contrahentium animo, & fine negotii, non ad inane fundi sive proprietatis nomen, sed ad ejus emolumentum, effectumque respicientis. Probavi, ut promisi, consuetudinem. superest, ut ostendam formam, qua inducta sit adversus Juris regulas. puto autem, non directo esse inductam; sed adhibito schemate; atque id schema fuisse: ut si vicinus nolit vicino precario concedere iter ad fundum aut sepulchrum: possit vicinus cui iter deest, eum interpellare per Prætorem, ei persuasurum causa cognita: ne acerbe utatur dominii jure: sed potius id aliqua temperet humanitate: usque adeo, ut vicino cujus alioquin inane jus sit, omni tempore iter det precario: motus necessitate jus faciente; cum non licet facere aliter. atque hujus generis precarium nescio an in sequente exstet Lapide, apud Gruterum, *Corp. Inscript. pag.* 827. *Inscr.* 5.

D. M. SERTORIA. PAULINA
FEC. M. DOMITIO. SUCCES
SO. CONIUGI. B. M. AD. HOC
SEPULCHRUM. ITUM
AMBITUM. OMNI. TEM
PORI. PERMISSUM
EST. AB Q. SULPICIO.
EPITYNCHANO.

Sic: si vicinus patiatur, sibi a Prætore persuaderi: ut vicino iter precario det omni tempore. quod si non moveatur reverentia Magistratus; obtinuit, eum compelli a Prætore, iter vicino vendere justo pretio. utrumque indicat Ulpianus *l.* 12. *D. de religiosis*, verba sunt. *Si quis sepulchrum habeat, viam autem ad sepulchrum non habeat, & a vicino ire prohibeatur: Imperator Antoninus cum patre rescripsit, Iter ad sepulchrum peti precario & concedi solere: ut quoties non debetur, impetretur ab eo qui fundum adjunctum habeat. Non tamen hoc Rescriptum, quod impetrandi dat facultatem, etiam actionem civilem inducit: sed extra ordinem interpelletur. Præses etiam compellere debet, justo pretio iter ei præstari: ita tamen, ut Judex etiam de opportunitate loci prospiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum.* Principio monendum est, quod Ulpianus hic tractat de itinere ad sepulchrum: non quod vellet, singulare in eo jus esse: sed quod interpretanti Edictum de religiosis occurrebat quæstio de sepulchro, carente itinere: sicut Severus & Antoninus consulti, de facto, in quo deërat iter ad sepulchrum, de eo rescripserunt: idem responsuri; si de alio rogati essent. adeo neque Ulpianum, neque Imperatores, in proposito movit favor religionis: sed generalis causa; ne post distincta dominia evanescat jus dominii, effectu carituri ob defectum aditus: ut in antecessum demonstravi. hoc præmittendum fuit. nunc cætera exequar. proponitur ab Ulpiano factum: in quo quis dicitur sepulchrum habere, viam ad sepulchrum non habere, & a vicino ire prohiberi. in eo facto adfert Ulpianus Rescriptum Impp. Severi & Antonini, non quasi jus novum constituentium, sed quasi ad factum respondentium de jure jam certo & recepto. apparet: quia ait, rescripsisse eos Imperatores, solere, atque adeo tum moris fuisse, precario peti & concedi iter ad sepulchrum. quomodo? ut quoties non debetur, a vicino fundum adjunctum

ctum habente, impetretur persuasione Magistratus, verbi gratia Præsidis, interpellati, non ordinario jure, & civili actione, sed extra ordinem: id est, jure adversus regulas Juris recepto singulari ratione: hoc enim significare id verbum, ostendi *lib.* 2. *De jurisdictione & imperio c.* 4. porro vicinum, si nec sic rationi cedat, a Præside compelli, vicino iter præstare justo pretio: ita ut Judex de opportunitate loci prospiciat; ne vicinus magnum patiatur detrimentum. Is Rescripti sensus. sunt autem Veteres, etiam alias usi illo schemate persuasionis: postulante utilitate, negligi Juris rigorem: plerumque tamen subnixi Principalis auctoritate Rescripti: egressuri alioquin modum privatæ jurisdictionis legibus alligatæ. est eo ex genere egregium Divorum Fratrum Rescriptum, apud Ulpianum *l.* 1. *D. de ventre inspiciendo.* est & sequens hoc ejusdem Ulpiani *l.* 1. §. *ult. D. de liberis exhibendis. Si qui filiam suam, quæ mihi nupta est, velit abducere, vel exhiberi sibi desideret: an adversus interdictum exceptio danda sit, si forte pater concordans matrimonium, forte & liberis subnixum, velit dissolvere? Et certo jure utimur, ne bene concordantia matrimonia jure patriæ potestatis turbentur: quod tamen sic erit adhibendum, ut patri persuadeatur, ne acerbe patriam potestatem exerceat.* Ulpianus (exponam enim locum) proponit matrimonium a filiafamilias, permittente patre, contractum, non Jure Civili, id est, usu, farre, aut coëmptione; (quo casu solveretur patria potestas) sed Jure Gentium solo consensu. (quo casu patria potestas non tollitur) ait vero Ulpianus, quod is pater ex regulis Juris tale matrimonium, licet concordans & liberis subnixum, id est, sine ulla causa justa, potuit solvere vi patriæ potestatis. verum hoc jure utimur: (id est, adversus Juris regulas usu obtinuit extra ordinem) ut pater, volens tale matrimonium dissolvere, sine magna causa, audiendus non sit: intercedente D. Marci Constitutione, qua mutatus est vetus rigor: (auctoribus Diocletiano & Maximiano *l.* 5. *C. de repudiis*) etsi non directo; sed ut patri persuadeatur; ne acerbe exerceat patriam potestatem. quin recepto hoc jure, deinde longius, ut fit, perrectum est. nam (quod Hermogenianus ait *l.* 2. *D. de liberis exhibendis*) huc itum est: ut magis de uxore exhibenda ac ducenda pater etiam qui filiam in potestate habet, a marito recte conveniatur.

Caput IX.

De oneribus fructuarii fundi.

Vidimus fundi commoda. exspectas onera. oportet enim fructuarium non tantum frui, sed uti quoque: siquidem fructui usus inest; ut supra dictum. uti autem fundo est, fundum exercere ita, ut solet bonus paterfamilias. is vero non magis commoda aufert, quam onera sustinet. proinde apparet, & fructuarium tam fundi onera, quam ejus commoda, habere. Ulpianus sane haud dubitat, quin oporteat eum *salarium* vel alimenta *ab ea re relicta* præstare: ita Florentiæ editur *l.* 7. §. 2. *in fin. D. de usufructu.* alibi legitur *solarium:* fortasse melius; ut alias monui. non æque probo, quod in Accursii exemplari scribitur, *ab eo relicta.* servanda hic Florentina lectio, *ab ea re relicta:* quæ Græcis placet; & exemplum invenit *l.* 8. §. 1. *D. de transactionibus.* Ait Ulpianus, debere fructuarium & arare, & colere, sed & arbores afferere *d. l.* 7. §. 3. Paulus *l.* 18. *D. de usufructu* generaliter ait, debere in locum demortuarum arborum alias substituere. recte: debet enim tueri fundum, qualis fuit, cum eum accepit. erat autem tum cum arboribus. debet igitur eum cum arboribus tueri. id fiet: si novas mortuis substituat. quod & paterfamilias solet: ne, si arboribus mortuis novas non substituat, fundum deteriorem faciat. cæterum substitutæ, fundo quidem accedunt fructuarii voluntate; eoque fundi proprietatem sequuntur: at mortuæ fiunt juris fructuarii pro cura & onere substitutionis *d. l.* 18. & §. 38. *Inst. de rerum divisione.* Ita; si demortuæ sint arbores. quid, si eversæ sint vi tempestatis? fortasse idem dices: quippe solere bonum patremfamilias evulsis vi tempestatis æque ac mortuis alias substituere. quod & præcipit Columella, *De re rustica, lib.* 5. *c.* 6. verba Columellæ hæc sunt. *Qui volet frequens & dispositum arbustum paribus spatiis fructuosumque habere, operam dabit, ne emortuis arboribus rarescat, ac primum quamque senio aut tempestate afflictam summoveat, & in vicem novellam sobolem substituat.* Sed aliud visum Paulo *l.* 59. *D. de usufructu.* ait enim, *Arbores vi tempestatis, non culpa fructuarii eversas, ab eo substitui, non placet.* Nempe, ne fructuarius, obligatus novas substituere evulsis vi tempestatis, vicissim putet, evulsas sui juris esse oportere. quod etsi ei indulgeri possit, mortuis arboribus, ob exiguum ejus lucrum, & leve proprietarii damnum; arboribus præsertim grandibus rarius senio morientibus: evulsis tamen arboribus vi tempestatis, possit durius videri: maxime, si totus ager sit hunc casum passus; velitque fructuarius, ob novarum arborum substitutionem, omnes auferre arbores: quibus sæpe fundi emolumentum censetur. id igitur ne fiat cum notabili proprietarii damno; non placuit Paulo, novas arbores a fructuario substitui evulsis vi tempestatis *d. l.* 59. Et tamen Ulpianus *l.* 12. *D. eod. tit.* sic scribit. *Arboribus evulsis, vel vi ventorum dejectis, usque ad usum suum & villæ posse usufructuarium ferre, Labeo ait: nec materia eum pro ligno usurum, si habeat, unde utatur ligno. Quam sententiam puto veram: alioquin, & si totus ager sit hunc casum passus, omnes arbores auferret fructuarius. materiam tamen ipsam succidere, quantum ad villæ refectionem, putat posse: quemadmodum calcem, inquit, coquere, vel arenam fodere, aliudve quid ædificio necessarium sumere.*

Præter hæc quæ dixi fructuarii onera, ostendit alia Ulpianus *l.* 27. §. 3. *D. eod. tit.* primum est: *Si quid cloacarii nomine debeatur.* ita Florentiæ: dicitur autem hic, & in *l.* 39. §. 5. *D. de legatis lib.* 1. cloacarium, ut *solarium* ibidem, & in *l.* 2. §. 17. *D. Ne quid in loco publico.* quomodo etiam in *l.* 7. §. 2. *D. de usufructu* quædam exemplaria, & melius fortasse habent, quam *salarium.* eodem modo *locarium*, & *columnarium*, & *linguarium* dici, annotavit nuper Carolus Andreas Dukerus, Vir Doctissimus, ad *Var. opusc. de Latinitate Jurisc. Veter. pag.* 395. Deinde ait Ulpianus, *Vel si quid ob formam aquæductus quæ per agrum transit.* Est vero forma (quod ad Sidonium Apollinarem *Epist.* 5. *lib.* 1. indicat Johannes Savaro) canalis structilis per quem aqua ducitur. In ejus formæ refectionem purgationemque ab his per quorum agros aqua transibat, annuatim contribui, intelligitur ex *l.* 41. *D. de actionibus empti;*

empti; & refert Vetus auctor, *De limitibus*, a Brissonio adductus *lib.* 3. *Select. antiq. c.* XI. Porro ait Ulpianus, *Sed & si quid ad collationem viæ.* Et hoc ex Siculo Flacco, *De conditionibus agrorum*, *pag.* 9. declarat Brissonius *d. c.* XI. tantum addam, quod viarum munitiones esse locorum, non personæ munera, constat ex *l.* 14. §. 2. *D. de muneribus & honoribus*, & *l.* 11. *D. de vacatione & excusatione munerum.* Rursus ait Ulpianus, *Et quod ob transitum exercitus confertur.* Ad hujus rei intellectum pertinet hoc ex Siculo Flacco *pag.* 25. a Brissonio quoque proditum *d. loc. Quotiens militi prætereunti, aliive cui comitatui annona publica præstanda est, si ligna aut stramenta deportanda, quærendum, quæ civitates, quibus pagis hujusmodi munera præbere solitæ sint.* Sic ille; possitque ei jungi Rævardus *lib.* 3. *Conjectan. c.* 6. Pergit Ulpianus. *Sed & si quid municipio: nam solent possessores certam partem fructuum municipio viliori pretio addicere.* Nescio, an huc respiciat illud Arcadii Charisii *l.* 18. §. 25. *D. de muneribus & honoribus. Præterea habent quædam civitates prærogativam, ut hi qui in territorio earum possident, certum quid frumenti pro mensura agri per singulos annos præbeant: quod genus collationis munus possessionis est.* Postremo ait Ulpianus, *Solent & fisco fusiones præstare.* Apud Haloandrum legitur, *functiones.* sed retinenda vox, *fusiones.* meminit ejus Glossarium vetus, quod est Philoxeni, a Leunclavio allegatum, *lib.* 2. *Notatorum c.* 25. & *fusio quinta l.* 6. *Cod. Theod. de indulgentiis debitorum:* quod Cujacium vidisse primum, ait Rævardus *lib.* 3. *Varior. c.* 13. & Jacobus Gothofredus ad *d. l.* 6. In his fusionibus sunt stipendia & tributa. ea utique fructuario imponit Ulpianus *l.* 7. §. 2. *D. de usufructu.* Est autem tributum, quod ad alendum exercitum indicitur, præter solemnia vectigalia. Cicero, *lib.* 2. *De officiis c.* 21. *Danda etiam opera est, ne (quod apud majores nostros sæpe fiebat propter ærarii tenuitatem assiduitatemque bellorum) tributum sit conferendum.* Et *Pro Flacco cap.* 9. *In ærario nihil habent civitates, nihil in vectigalibus. duæ rationes conficiendæ pecuniæ, aut versura, aut tributo.* Et *Ad familiares lib.* 12. *Epist.* 30. *Conquiritur* (pecunia) *undique, ut optime meritis militibus promissa solvantur: quod quidem fieri sine tributo posse non arbitror.* At stipendium est solemnis & anniversaria collatio. auctor Cicero, in *Verrem lib.* 3. *c.* 6. *Inter Siciliam, ceterasque provincias, Judices, in agrorum vectigalium rationibus hoc interest, quod ceteris aut impositum vectigal est certum, quod stipendiarium dicitur, ut Hispanis & plerisque Pœnorum, quasi victoriæ præmium ac pœna belli.* Igitur stipendium solemne, tributum temporarium est: alterum levius, alterum gravius habetur. utrumque Livius *lib.* 33. *c.* 46. ostendit, *Quia*, inquiens, *pecunia quæ in stipendium Romanis suo quoque anno penderetur, deërat, tributumque grave privatis imminere videbatur.* Sic Livius. nec aliter Theophilus ad §. 40. *Inst. de rerum divisione:* præterquam, quod is, post provinciarum divisionem ab Augusto factam, stipendium refert ad Populi, tributum ad Principis provincias: eo quod in his plerumque erant bella, in illis non erant.

Dixi, quid stipendium sit, quid tributum. & utrumque fructuarii onus haberi *d. l.* 7. §. 2. *D. de usufructu.* nisi specialiter nomine fideicommissi testatori placuisse probetur, hæc quoque ab herede præstari *l.* 52. *D. eod. tit.* Atqui sunt onera rei ex qua nascuntur fructus. Sed rei propter fructus indicuntur: eoque fructuum onera habentur *l.* 13. *D. de impensis in res dotales factis;* præterquam si ab herede ea præstari jusserit testator *d. l.* 52. *D. de usufructu.* atqui nec sic a fisco liber erit fructuarius: ne alieno facto fiscalis forma mutetur *l.* 42. *D. de pactis.* adhuc igitur poterit fructuarius conveniri nomine fructuarii prædii *l.* 7. *D. de publicanis.* cæterum conventus habebit regressum adversus heredem *l.* 52. §. 2. *D. de pactis*, & *l.* 5. *D. de censibus.* Ne illud quidem prætermittendum, quod si temporariæ sint indictiones, vel etiam solemnes, atque ipsæ debitæ, indictæve ante constitutum usumfructum, ad heredis onus pertinent: post constitutum usumfructum indictæ aut debitæ, ad fructuarium spectant *l.* 28. *D. de usufructu legato. l.* 39. §. 5. *D. de legatis lib.* I.

CAPUT X.

De domus sive ædium usufructu. quid domus, quid ædes? ædificia distingui ab ædibus. domus aut ædium usufructu etiam partium usumfructum contineri. nec minus instrumenti; ut specularium & velorum; & quando?

Sequitur, ut de usufructu domus, sive ædium, disputemus: sed primum, quid sit domus, quid ædes. Isidorus *lib.* 15. *Originum c.* 3. domum definit, unius familiæ habitationem. eamque ab ædibus distinguit Plautus, *Casina* 3. 5. *vers.* 31. *Insectatur*, inquiens, *omnes domi per ædes.* ac verisimile est, (quod observat Sanctius, *Minerva lib.* 4. *De Ellipsi, cap.* 4.) domus quidem appellatione totum quid significari: ædium vero, conclavia in quibus sint arcæ & cubilia. Sanctio sequentia favent Plauti verba. *Nec quemquam prope ad se sinit adire: ita omnes sub arcis, sub lectis latentes metu mussitant.* Eodem redit quod dicitur, *est domi:* non, *est ædium:* item quod domum in singulari dicimus numero: ædes in plurali; præterquam ubi templum indigitatur: quo casu hanc ædem dicimus; non has ædes: eo quod in templo non est conclavium, aliorumque locorum, distinctio quæ est in domo: ut notat Doctissimus Vossius, *lib.* 7. *De arte Grammatica c.* 67. *pag.* 594. Ne hoc quidem silebo, quod palam *ædem* pro cubiculo, itemque pro cœnatione dixit Curtius *lib.* 8. *c.* 6. Hæc propria domus & ædium significatio est. at factum est usu loquentium: ut domus ædesque pro iisdem accipiantur. Videtur & differentia inter ædes & ædificia fieri in his Livii verbis *lib.* 38. *c.* 38. *Rhodiorum sociorumve quæ ædes ædificiaque intra fines regni Antiochi sunt.* Eo modo ædes, ut domus, totum quid significant: cum ædificium sit, verbi gratia, balineum aut horreum, aut quid simile, ædibus junctum, aut propter eas plerumque positum. hoc sensu Ulpianus *l.* 41. §. 8. *D. de legatis lib.* I. verba ejus. *Hoc Senatusconsultum non tantum ad ædes, sed & ad balinea vel aliud quod ædificium, vel porticus sine ædibus, vel tabernas, vel popinas extenditur.* Labeo quoque *l.* 31. *D. de legatis lib.* 3. *Si cui*, inquit, *ædes legatæ sint, is omne habebit id ædificium, quod solum earum ædium erit.* Rursus Ulpianus *l.* 15. §. 13. *D. de damno infecto. Si tam ampla domus sit, ut & spatia inter vitiosam partem intercedant, & eam quæ vitium non facit: dicendum, in eam solam* par-

partem mitti. si vero unita sit contextu ædificiorum: in totam. & reliqua.

Igitur quid est? placet Ulpiano *l.* 7. §. 1. *D. de usufructu*, eum qui habet usumfructum domus vel ædium, uti frui non tantum domo sive ædibus: sed & cæteris quæcumque ædium sunt. talia vero quasi partes ædium esse, vel propter ædes haberi, idem Ulpianus definit *l.* 13. §. *ult. D. de actionibus empti.* Sunt autem utriusque generis multa: nec opus enumerare omnia. tantum dicam, quod inter cæteras partes sunt ædificia *d. l.* 7. § 1 forte (ut in *l.* 13. §. *ult. D. de usufructu*) stabulum domus jumentis aut carrucis comparatum: item balneum usibus dominicis solitum vacare in intima domus parte, vel inter diætas amœnas; ut in villa Plinii, *lib.* 2. *Epist.* 17. & *lib.* 5. *Epist.* 6. tale enim balneum esse domus portionem, constitit. quod si testator publice id præbuit. (nam & hoc factum, aliquando gratis, plerumque mercede, id est, quadrante: ut dudum notavit Jacobus Rævardus, V. Cl. *lib.* 2. *Conject. c.* 3) ait Papinianus *l.* 91. §. 4. *D. de legatis lib.* 3. ita esse domus portionem, si per domum quoque intrinsecus adiretur, & in usu patrisfamiliæ vel uxoris nonnumquam fuit, & mercedes ejus inter cæteras meritoriorum domus rationibus accepto ferebantur, & uno pretio comparatum vel instructum communi conjunctu fuisset. Ulpianus *d. l.* 7. §. 1. *D. de usufructu* domus partibus annumerat etiam areas: quas Varro, *De lingua Latina lib.* 4. §. 4. exponit, loca in urbe pura: id est, sine ædificio *l.* 211. *D. de verborum significatione.* Potest & areæ, sicut & aliarum partium, ususfructus separatim relinqui: eoque casu Pomponius *l.* 73. *D. de usufructu*, *Si*, inquit, *areæ ususfructus legatus sit mihi, posse me casam ibi ædificare custodiæ causa earum rerum quæ in area sint.*

De instrumento domus vel ædium fuit dubitatum, legato domus vel ædium usufructu: eo quod instrumentum non est pars ædium vel domus; sicut nec fundi. accedit, quod legatis ædibus aut fundo, instrumentum non aliter cedit legato, quam si id ipsum a testatore nominatim sit expressum *l. ult. D. de supellectile legata.* Sed placuit Ulpiano *l.* 15. §. 6. *D. de usufructu*, ut fundi, sic domus, instrumenti fructum ad fructuarium pertinere: & est ei exemplum in specularibus. de quorum usu & inventione sic Seneca *Epist.* 90. *Quædam nostra demum prodisse memoria scimus, ut speculariorum usum perlucente testa, clarum transmittentium lumen.* Prudenter tamen, quod ex Ulpiano dixi, exaudiendum est: reputantibus, quod apud eum Pegasus *l.* 12. §. 16. *D. de instructo vel instrumento legato* dicit, instrumentum domus esse id quod tempestatis arcendæ, aut incendii causa paratur; non quod voluptatis gratia: & addit Pegasus, itaque nec specularia, nec vela quæ frigoris causa vel umbræ in domo sint, deberi: eamque fuisse Cassii sententiam: dicentis, inter instrumentum & ornamentum multum interesse: instrumenti esse quæ ad domus tutelam pertinent: ornamenti quæ ad voluptatem. Ei sententiæ si adest auctoritas: vela quæ in domo sint frigoris aut umbræ causa, in domus instrumento non sunt: ut si in hypæthris, id est, locis subdialibus extendantur, item si quæ sint circa columnas *d. l.* 12. §. 20. cæterum parata, ne ædificio gravis sit ventus aut pluvia; magis instrumenti esse, Cassius & Ulpianus probant *d. l.* 12. §. 17. Id in velis annotandum: quia idem in specularibus. nam in §. 16. *ejusdem loci* hæc quoque ab instrumento separat Ulpianus: si voluptati posita sint in hypæthris aut hortis in quibus specularia poni, auctor est Martialis, *lib.* 8. *Epigr.* 14. at non semper serviunt voluptati: sæpe ædium fenestris opponuntur ad arcendas tempestates, maxime hieme. de talibus est illud Senecæ *lib.* 4. *Natur. quæst. ad fin. Quamvis cœnationem velis ac specularibus muniant & igne multo doment hiemem.* De porticibus suis Plinius *lib.* 2. *Epist.* 17. *Egregium hæc adversus tempestates receptaculum: nam specularibus ac multo magis imminentibus tectis muniuntur.* De hoc igitur specularium usu sensisse videtur Ulpianus *d. l.* 15. §. 6. talia enim instrumento annumerari, non vetat *d. l.* 12. §. 25. quamquam putat, adfixa pro domus parte haberi.

Caput XI.

Quomodo oporteat fructuarium uti frui domo aut ædibus. non posse lumina immittere: nec colores & picturas & marmora & sigilla & si quid ad domus ornatum pertineat: non magis, quam diætas transformare, vel conjungere, vel separare: vel aditus, posticasve vertere; vel atrium mutare: vel viridaria ad alium modum convertere, & quid his omnibus indigitetur.

Hactenus de domo & ædibus, quæque ædium sint, item de instrumento. sequitur modus & finis his utendi fruendi. de hoc ita Ulpianus *d. l.* 13. §. 7. *Sed si ædium ususfructus legatus sit, Nerva filius & lumina immittere eum posse ait: sed & colores & picturas & marmora poterit, & sigilla, & si quid ad domus ornatum. sed neque diætas transformare vel conjungere aut separare ei permittetur: vel aditus posticasve vertere: vel refugia aperire: vel atrium mutare: vel viridaria ad alium modum convertere. excolere enim quod invenit potest, qualitate ædium non mutata. Item Nerva, eum cui ædium ususfructus legatus sit, altius tollere non posse, quamvis lumina non obscurentur: quia tectum magis turbatur. Quod Labeo etiam in proprietatis domino scribit. Idem Nerva nec obstruere eum posse.* Hic locus est impeditus, & quantum teneo memoria, nondum explicitus: securis de verborum sensu ac fine Interpretibus. at me vexat, quod Ulpianus ait, Nervam filium dicere fructuarium legato ædium usufructu, posse lumina immittere, etiam colores & picturas & marmora & sigilla & si quid ad domus ornatum pertinet: at non posse diætas transformare, vel conjungere, vel separare: vel aditus posticasve vertere: vel refugia aperire: vel atrium mutare: vel viridaria ad alium modum convertere. cur enim, priora facere potest fructuarius, sequentia non potest: pari utrimque ratione? rursus si illa licent fructuario: quo ore ait Ulpianus, eum posse excolere quod invenit, qualitate ædium non mutata. eoque (quod ex eodem refert Nerva) non posse altius tollere, quamvis lumina non obscurentur: sed neque obstruere posse? fluctuat igitur hæc Nervæ atque Ulpiani disputatio. nec sat scio; an eam ipse sim confirmaturus satis. tentabo tamen, quid valeam: non futurus deterior, si non obtineam quod intendo: sed melior, si assequar. cæterum quo facilius expediatur nodus, ante quod facti est, verborum explicatione investigabo. Primum ait Ulpianus, si cui ædium ususfructus legatus sit, Nervam filium putare, *& lumina immittere eum posse.* Lu-

Lumina autem sunt fenestræ: ut in *l.* 6. *D. de servitutibus prædiorum urbanorum*, & apud Ciceronem, *Ad Atticum*, *lib.* 2. *Epist.* 3. Inde lumina immittere est, fenestras imponere *l.* 59. *D. de rei vindicatione*, sive fenestras immittere, aperto pariete communi: vel, aperto pariete *cæco:* quo modo apud Paulum *l.* 40. *D. de servitutibus prædiorum urbanorum* a Græcis legi, observavit Jacobus Cujacius, *lib.* 1. *Observ. c.* 31. vel aperto pariete *inlumine;* ut conjicit Johannes Leunclavius *lib.* 2. *Annotat. c.* 29. *pag.* 265. quod & ipse malui aliquando. nunc minime damnem vulgatam lectionem, *pariete communi.* Hoc nunc obiter. plene ad Tit. Pand. *De servit. præd. urban.* Deinde ait Ulpianus, (redeo enim ad *d.* §. 7. *l.* 13.) *Sed & colores & picturas & marmora poterit, & sigilla, & si quid ad domus ornatum.* His verbis puto, indigitatur tectorium ad tegendos ornandosque parietes comparatum. Erat id variæ speciei. una dicebatur opus albarium: de quo Vitruvius, *lib.* 7. *De architectura c.* 2. Ad hanc speciem refero hæc Ulpiani verba, *Et sigilla, & si quid ad domus ornatum.* Indicio Plinius *lib.* 36. *Nat. hist. c.* 24. scribens *Usus gypsi in albariis, sigillis ædificiorum, & coronis gratissimus.* Tertullianus quoque, *De idololatria c.* 8. *pag.* 89. *Scit*, inquit, *albarius tector & tecta sarcire, & tectoria inducere, & cisternas liare, & cymatia distendere, & multa ornamenta præter simulachra parietibus incrispare.* Alterum tectorii genus est quod arenatum & marmoratum appellat Vitruvius *d. lib.* 7. *c.* 3. addens, iis, cum sunt uda, solere colores ac picturas induci. atque hoc pertinet ad illustranda hæc Ulpiani verba, *Colores & picturas.* sicut ea juvat quoque insignis hic Plinii locus *lib.* 35. *c.* 10. *Primus* (M. Ludius Divi Augusti ætate) *instituit amœnissimam parietum picturam, villas & porticus, ac topiaria opera, lucos, nemora, colles, piscinas, euripos, amnes, littora, qualia quis optaret, varias ibi obambulantium species aut naviganitium, terraque villas adeuntium asellis aut vehiculis. jam piscantes aucupantesque aut venantes aut etiam vindemiantes. sunt in ejus exemplaribus nobiles palustri accessu villæ, succollantium specie mulieres, labentes trepidæque feruntur. plurimæ præterea tales argutiæ, facetissimi sales.* Sic Plinius: ex quo præterea intelligitur, potuisse has picturas a Proculo *l.* 13. §. 1. *D. de servitutibus prædiorum urbanorum* optimo jure vocari pretiosissimas. Non subsistit ad hæc Ulpianus *d.* §. 7. *l.* 13. præterea ait, *& marmora:* nam fiebat quoque tectorium ex crustis marmoris secti in tenues laminas easque crustas ædium esse, idem definit Ulpianus *l.* 17. §. 3. *D. de actionibus empti.* Origo & descriptio apud Plinium *d. lib.* 36. *c.* 6. verba Plinii. *Primum Romæ parietes crusta marmoris operuisse totius domus suæ in Celio monte Cornelius Nepos tradidit Mamurram, Formiis natum, equitem Romanum, Præfectum fabrorum C. Cæsaris.* Initium hoc fuit. plus ausa luxuria. Imperatore Claudio: tum enim picturis ornari cœperunt laminæ: mox sub Nerone quoque auro tegi. quid? quod cœperunt laminis etiam inseri parvæ crustæ marmoris diversi coloris, repræsentaturæ rerum & animalium figuras quas deliciis parabat artificis curiosa industria. auctor Plinius *lib* 35. *c.* 1. simul illa contigisse elegantia: ut pictura ante laudata, minus placeret. Plinio addi potest egregius Senecæ locus *Epist.* 86. quia in eo (ut apud Vopiscum quoque in *Firmo*, quod ad Senecam in Notis attingit Lipsius) insuper adfertur species tectorii, soliti fieri pictura vitri in tabulis æneis ignem ferentibus: nam in igne factam esse hanc picturam, verisimile est. postremo fuere parietibus pro tectorio immissæ atque inclusæ picturæ: eoque habitæ pro ædium partibus, exemplo crustarum *d. l.* 17. §. 3. Sequitur apud Ulpianum *d.* §. 7. *l.* 13. *Sed neque diætas transformare vel conjungere aut separare.* Diætæ sunt certæ domus partes unius habitationi destinatæ, ita ut ibi alii non versentur, nisi admissi aut vocati. inde separata diæta *l.* 66. §. 1. *D. de donationibus inter virum & uxorem;* & diæta in qua habitabam *l.* 41. §. 1. *D. de legatis lib.* 3. & apud Plinium *lib.* 5. *Epist.* 6. *Hac adeuntur diætæ duæ, quarum in altera cubicula quatuor, altera tria.* Porro vetat Ulpianus *d.* §. 7. *aditus posticasve verti* a fructuario. tantum monebo, indicare anticam & posticam: de quibus Festus in *posticum.* Præterea ait *d.* §. 7. *l.* 13. Ulpianus, *Vel refugia aperire.* Hæc quæ sint, unus docuit me V. CL. Isaacus Casaubonus, ad Spartianum, *Hadriano c.* x. *pag.* 87. *n.* 1. dicens, per *refugia* hic significari quæ alias appellantur cryptæ, etiam cryptoporticus, item hypogææ: id est, ambulationes subterraneæ: quas sibi comparabant delicati homines, evitantes æstatis incommoda: eamque ob rem hic refugia dici, mihi verisimile est. quo modo aperti subterranei specus suffugium hiemi in hoc Taciti, *De moribus Germanorum c.* 16. *Solent & subterraneos specus aperire, eosque multo insuper fimo onerant, suffugium hiemi & receptaculum frugibus: quia & rigorem frigorum ejusmodi locis molliunt.* Cæterum cryptas sive refugia, ut ea vocat Ulpianus, sic describit allegatus a Casaubono Ambrosius, *Luxuriosorum est hypogæa quærere, captantium frigus æstivum, eo quod resoluti delitiis, æstus aliter ferre ac tolerare nequeant, & ideo quærant umbrosa penetralia: vel quod desidiosi ignava sub terris agant otia.* Casaubonus, quod miror, citat hunc locum ex *Epist.* 12 Ambrosii. sed extat *Observatione* Ambrosii *in Aggæum Prophetam ad Irenæum*, *tom.* 2. *pag.* 1144. *Edit. Parisiens. A.* 1661. Ambrosio jungam hoc Plinii *lib.* 5. *Epist* 6. *p.* 291. *Subest cryptoporticus subterraneæ similis, æstate incluso frigore riget.* Rursus negat Ulpianus *d.* §. 7. *l.* 13, fructuarium *atrium mutare.* De usu atriorum in ædibus eorum qui non communi sunt fortuna, Vitruvius *lib.* 6. *c.* 8. addens in fine, *Quod in urbe atria proxima januis esse solent: ruri pseudourbanis statim peristylia, deinde tunc atria habentia circum porticus pavimentatas, spectantes ad palæstras & ambulationes.* Postremo subjicit in *d.* § 7. *l.* 13. Ulpianus, *Vel viridaria ad alium modum convertere.* Supra monui, in ædibus ac villis illis amplis ac spatiosis, quales describit Ulpianus, viridaria fuisse. Præsentis loci est, addere, fuisse arte tonsa atque inflexa ad varium modum ac formam. spectat eo illud Julii Firmici Materni, *lib.* 8. *Mathes. c.* 10. *Qui buxeas arbores tondens, in belluas fingat, aut virides porticus in circulum flexis vitibus faciat.* Hoc quoque Plinii, de sua villa sic scribentis *lib.* 5. *Epist.* 6. *Multa in hac membra: atrium etiam ex more Veterum, ante porticum xystus concisus in plurimas species, distinctusque buxo, demissus inde pronusque pulvinus, cui bestiarum effigies invicem adversas buxus inscripsit. acanthus in plano mollis, & pene dixerim liquidus. ambit hunc ambulatio, pressis varieque tonsis viridibus inclusa: ab his gestatio in modum circi quæ buxum multiformem, humilesque & manu retentas arbusculas circumit.* Unde apparet, *viridaria ad alium modum convertere* apud Ulpianum esse, viridaria ad aliam speciem plantando, tondendo, inflectendoque deducere: ut si figuras bestiarum, avium ve, aut similes quæ ante erant, fructuarius mutet specie piramidum, columnarum, vasorum, aut quæcumque alia. Illustravi in exemplis Ulpiani res facti. nunc quod reliquum est, jus consi-

de-

derabo. Ait Ulpianus, *Sed si ædium usufructus legatus sit, Nerva filius & lumina immittere eum posse ait.* Molesta mihi sunt hæc verba: non quod damnem loquendi formam, *lumina immittere:* quam ostendi esse justam; ac significare, fenestras immittere, aperto pariete cœco atque inlumini. aliud me torquet: puto, illam, servata ejus potestate, esse incongruam naturæ usufructus, fructuarii facultatem terminantis domus atque ædium conditione & modo: ideoque non patientis, ab eo aperiri parietem cœcum atque illuminem: si necessaria usufructui non sint nova lumina; ut ut fructuario alioquin commoda atque utilia futura. itaque deliberavi sæpe mecum, an pro *lumina immittere* præstet scribi, *lumina tueri.* tale verbum habet Neratius *l.* 44. *D. de usufructu:* idemque aut simile in proposito postulat ratio usufructus certa ac vera. quamquam si cui religio sit, emendare lectionem constantem & receptam: (varia enim sunt hominum ingenia) nil obtrudam invito: modo liceat mihi sic interpretari Ulpiani verba, quasi significent, fructuarium posse tueri, sive reficere vetera lumina, ac tectoria, ætate aut aliter corrupta atque exesa. durius. non inficior. sed non ubique accuratus est Veterum sermo; & hoc modo in *l.* 7. §. *ult. D. de usufructu*, prout editur Florentiæ, etiam in vulgato Accursii exemplari, ipse ait Ulpianus, *Nec solum necessarias refectiones facturum, sed etiam voluptatis causa, ut tectoria & pavimenta & similia facere:* cum vellet, fructuario licere tectoria & pavimenta reficere. Subsidium hoc meæ interpretationi unum ac firmum. est & alterum non minus validum. id argumentum est, quod sic cohæret tenor disputationis Ulpiani, alioquin fluxus ac vacillans. huc autem redit: quod fructuarius potest reficere & tueri vetera lumina, etiam vetera tectoria: id est, colores & picturas & marmora & si quid ad domus ornatum pertinet. at nihil potest immutare ex priore domus forma ac specie: sive enim velit diætas transformare, vel conjungere, aut separare: sive aditus, id est, anticas posticasve vertere: vel refugia, id est, hypogæas & cryptoporticus aperire: sive atrium mutare: sive viridaria ad alium modum convertere: nulla ei in his permittitur novatio aut immutatio. quam ob caussam? clara ac certa est hæc Ulpiani: dicentis, *Excolere quod invenit potest, qualitate ædium non immutata.* Atque inde Nerva quoque dicit apud Ulpianum, Eum cui ædium usufructus legatus sit, *altius tollere non posse, quamvis lumina non obscurentur:* id est, quamvis luminibus nocitura non sit altior ædificatio & est optima Ulpiani ratio, quia *tectum magis turbatur:* id est, quia fructuarius sic domo non utitur ad modum & arbitrium domini: turbans qualitatem tecti a domino positi. quod ei non licet, prohibente natura usufructus. Amplius ait Ulpianus *d.* §. 7. Idem Nerva, *nec obstruere eum posse.* Obstruere est, obturare, occludere aperta: ut in hoc Taciti *lib.* 3. *Histor. c.* 21. *Is terror obstructas mentes consiliis ducis aperuit.* Eodem sensu Gajus *l.* 6. *D. de servitutibus prædiorum urbanorum*, *Si*, inquiens, *ædes tuæ ædibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum ædium officiatur, & ego per statutum tempus fenestras meas perfixas habuero vel obstruxero.* Ita sensus Nervæ apud Ulpianum, adeo non licere fructuario aperire occlusa: ut ne aperta quidem obturare atque occludere possit. Restitui, pro facultate, Ulpiano sensum, ubi erat strepitus verborum nihil significantium. & remedia petii præsertim ex §. 7. *d. l.* 13 nunc foris quæram adminicula. Primum igitur sic censeo, si in parietibus fructuariæ domus sint vetera lumina, ætate aut aliter corrupta; immissurum rursus alia fructuarium: id est, tuiturum veterem qualitatem: si non sint vetera, non immissurum nova: nisi sine his domo uti omnino nequeat: tum enim deneganda ei non est necessarii luminis immissio. aliter ac si necessaria non sit, etsi commodior futura. ipse hoc Ulpianus *l.* 1 § *ult. D. Si usufructus petetur:* sic scribens, *Sed an & alias utilitates & servitutes ei heres præstare debeat, puta luminum & aquarum, an vero non? Et puto, eas solas præstare compellendum, sine quibus omnino uti non potest: sed si cum aliquo incommodo utatur, non esse præstandas.* Idem putemus de his Ulpiani verbis *d.* §. 7. *l.* 13 *Sed & colores & picturas & marmora poterit, & sigilla, & si quid ad domus ornatum.* Nam eis indigitatur tectorium. atque id si fuerit: reficere potest fructuarius. si non fuit: novum imponere rudibus parietibus non potest. Non accersam argumenta. aperte Neratius *l.* 44. *D. de usufructu. Usufructuarius novum tectorium parietibus, qui rudes fuissent, imponere non potest.* Qua ratione? ait Neratius, *Quia tametsi meliorem excolendo ædificium domini caussam facturus esset, non tamen id jure suo facere potest; aliudque est, tueri quod accepisset, an novum faceret.* Nihil potest ad propositum dici fortius, nihil accommodatius. nec tamen solus sic definit Neratius; etiam Ulpianus: id est ipse is de cujus sententia sumus solliciti. sic enim scribit *l.* 7. §. *ult.* & *l.* 8. *D. eod. tit. Nec solum necessarias refectiones facturum, sed etiam voluptatis causa, ut tectoria & pavimenta & similia facere. nec autem ampliare, nec utile detrahere posse: quamvis melius repositurus sit. quæ sententia vera est.*

Caput XII.

An fructuarius possit parietibus fructuariæ domus imponere rivum novum: aut consummare ædificium inchoatum?

Sed ut non potest fructuarius rudibus parietibus imponere novum tectorium: ita negat Neratius *l.* 61. *D. de usufructu*, eum posse parietibus imponere rivum novum. præterea negat, posse ædificium inchoatum consummare, etiamsi nequeat eo loco aliter uti. verba Neratii quia nondum invenerunt idoneum intellectum, apposui, ut illustrem, & servem. nam vitiosa quoque aliquibus videntur verba. *Usufructuarius novum rivum parietibus non potest imponere* §. 1. *Edificium inchoatum fructuarium consummare non posse, placet; etiamsi eo loco aliter uti non possit. sed nec ejus quidem usumfructum esse: nisi in constituendo vel legando usufructu hoc specialiter adjectum sit, ut utrumque ei liceat.* Sensus hujus loci liquebit, formata totius specie & quæstione. species hæc est. Legatus est usufructus non fundi, nec ædificii; sed domus vel ædium. duo quæruntur: primum, an fructuarius possit novum rivum imponere ædium parietibus? deinde, an possit ædificium inchoatum consummare: maxime, si eo loco, id est, eo ædificio (loci enim appellatio non solum ad rustica, sed ad urbana quoque prædia pertinet *l.* 60. §. 1. *D. de verborum significatione*) aliter uti

uti non possit? Quod ad primam quæstionem attinet: ait Neratius fructuarium non posse parietibus novum rivum imponere. sic in *d. l.* 61. recte legi, monuit Franciscus Hotmanus *lib.* 2. *Amicabil. respons. c.* 36. etsi Jacobus Cujacius *lib.* 1. *Observ. c.* 36. ex conjunctione *l.* 44. *D. eod. tit.* quæ item Neratii est, malit *novum tectorium;* idque placeat Jacobo Labitto, *Indicis sui usu tertio n.* 5. Solere enim Veteres (quæ eorum luxuria fuit) augendæ amœnitati ædium parietibus imponere rivos aquæ fluentis, verissime ostendit Emundus Merillius, *lib.* 3. *Variantium ex Cujacio c.* 1. sequente Manilii testimonio ex *lib.* 4. *Astronomic. vers.* 261.

- - - Undas inducere tectis,
Ipsaque conversis aspergere fluctibus astra,
Littoribusque novis per luxum ludere ponto,
Et varios fabricare lacus, & flumina ficta,
Et peregrinantes domibus suspendere rivos.

Cui de meo addam hoc ex Sidonio Apollinari, *Carm.* 22. *vers.* 207.

Alta volubilibus patet hinc cœnatio valvis.
Fusilis euripus propter... cadit unda superne
Ante fores pendente lacu, venamque secuti
Undosa inveniunt nantes cœnacula pisces.

Eamdem causam habent quæ de derivatis in domos rivis & fluminibus olim tradidi *lib.* 1. *Probabilium c.* 3. Tantum de priori quæstione. Quod ad alteram attinet: placet Neratio *d. l.* 61. §. 1. fructuarium non posse ædificium inchoatum consummare; etiamsi eo loco, sive eo ædificio, aliter uti nequeat. An vere? ambigi potest: quia intelligitur fructuario, constituto usufructu, dari omne sine quo ipse uti frui nequeat *l.* 1. §. 1. *& seqq. D. Si ususfructus petetur:* ac si cui datus sit ususfructus fundi in quo necessarium ad percipiendos fructus sit ædificium, posse ab eo poni ædificium, Ulpianus ait *l.* 13. §. 6. *D. de usufructu.* Ei rei si, ut oportet, adest fides: quid ni dicemus, si testator ædificium inchoavit, & fructuarius eo, nisi consummato, uti nequeat, posse eum ædificium suo jure consummare? Atque ita foret, si nominatim legatus esset ædificii ususfructus; idque ædificium, nisi consummatum, non reciperet usumfructum: sicut in *d. l.* 13. §. 6. nominatim datus erat ususfructus fundi in quo necessarium ad percipiendos fructus erat ædificium. Sed Neratii sermo in §. 1. *d. l.* 61. est de usufructu non ædificii, nec fundi, sed domus, seu ædium. plurimum autem interest inter ædificium & ædes, seu domum: ut initio capitis x demonstravi. & bene, quod sufficit; si fructuarius domo cujus legatus erat ususfructus, uti possit; quamquam ædificio quod domui addi cœperat, uti nequeat. pone, ut exemplo rem demonstrem, testatorem habere domum: cœpisse ei jungere ædificium, balneum, verbi gratia, vel simile; nec absolvisse. finge, legasse Titio domus aut ædium usumfructum. an Titius poterit absolvere ædificium a testatore inchoatum? non poterit: etsi eo loco, id est, ut dixi, eo ædificio, aliter uti nequeat: quia ei non ejus ædificii, sed domus ususfructus datus est. Sufficit igitur, si domo uti possit; etsi eo balneo, sive eo ædificio, uti non possit: quia usumfructum non ejus, sed domus accepit. Atque hoc esse opinor, quod Neratius ait, *Sed nec ejus quidem usumfructum esse.* Si tamen testator in constituendo usufructu fructuario nominatim dedit consummandi ædificii potestatem: dubium non est, quin id consummare possit: sicut poterit quoque novum rivum parietibus imponere; si in constituendo usufructu hoc specialiter sit adjectum. id indigitant postrema Neratii verba, *Nisi in constituendo vel legando usufructu hoc specialiter adjectum sit, ut utrumque ei liceat.* Nam verbum, *utrumque*, & ad novum rivum parietibus imponendum, & ad ædificii consummationem respicit.

CAPUT XIII.

Fructuarium etsi locare aut vendere possit usumfructum domus; tamen non posse domum dividere per cœnacula; nec balneum illic facere, nec alia meritoria. & quid hoc?

Ostendi, quale sit jus fructuarii, per se utentis ædibus fructuariis. restat, quid competat utenti per alium, vendito aut locato usufructu? ait autem Ulpianus *l.* 7. §. 1. *D. de usufructu*, quicumque fructus, quæcumque obventiones sunt non modo ex domo aut ædibus, sed ex ædificiis quoque & areis & cæteris quæcumque ædium sunt, ad fructuarium pertinere. Ex areis, inquit. nam & areas locari solitas, ex *l.* 62. *D. de rei vindicatione*, *l.* 3. *D. In quibus causis pignus tacite*, & Cicerone, observavit doctissimus Interpres, Jacobus Cujacius, *lib.* 9. *Observ. c.* 8. Licet igitur fructuario, domo fructuaria uti frui per se, vel per alium: modo non aliter det fruendam, quam conveniat boni viri arbitrio: certo, oportere fructuarium æque hic, atque alibi, non minus uti, quam frui. Præclare Ulpianus *l.* 27. §. 1. *D. de usufructu. Si dominus solitus fuit tabernis ad merces suas uti, vel ad negotiationem, utique permittetur fructuario locare eas & ad alias merces. & illud solum observandum est, ne vel abutatur usufructuarius, vel contumeliose, injurioseve utatur usufructu.* Sit exemplum in hoc ejusdem Ulpiani *l.* 13. §. 8. *D. eod. tit. Item si domus ususfructus legatus sit, meritoria illic facere fructuarius non debet: nec per cœnacula dividere domum. atquin locare potest: sed oportebit, quasi domum, locare. nec balneum ibi faciendum est. Quod autem dicit, meritoria non facturum, [ita] accipe quæ vulgo diversoria vel fullonica appellant. Ego quidem, & si balneum sit in domo usibus dominicis solitum vacare in intima parte domus, vel inter diætas amœnas, non recte, nec ex boni viri arbitratu facturum, si id locare cœperit, ut publice lavet: non magis, quam si domum ad stationem jumentorum locaverit; aut si stabulum, quod erat domus jumentis & carrucis vacans, pistrino locaverit.* Ne confusior, quam par est, videatur oratio: observandum est, locum esse desumptum ex Ulpiani *libro* 18. *Ad Sabinum:* sic quoque constare partim verbis Sabini, partim Ulpiani Notis. primum negat Sabinus, domus usufructu legato, fructuario licere illic meritoria facere: nec addit, quæ sint meritoria. illustrat igitur Ulpianus in Notis rem exemplo: scribens, Sabinum dicere meritoria, verbi gratia, quæ vulgo diversoria vel fullonica appellant: eoque nolle, hæc & similia ex domo fieri a fructuario. occurrebat quidem: quod fructuarius potest locare domum fructuariam. sed in promptu est solutio: nisi locatio cadat in abusum, numquam fructuario a testatore concessum. potest igitur fructuarius ex Sabini sententia, domum locare, ut domum; id est, ad habitationem unius familiæ ad quam habuit eam testator: ad hospites autem

tem recipiendos, id eft, ut diverforium fit, locare non poteft: manifefta domus & diverforii differentia, vel Ciceronis teftimonio, *De senectute cap. ult.* in his verbis, *Ex ista vita sic discedo, tamquam ex hospitio, non tamquam ex domo. commorandi enim natura diversorium nobis, non habitandi dedit.* Sed eo redeo. ait Sabinus, *Nec per cœnacula dividere domum.* Hoc quid fit, accipe a Vitruvio *lib. 2. De architectura c. 8.* fic fcribente; *Cum recipere non posset (Romæ) area plana tantam multitudinem ad habitandum in urbe, ad auxilium altitudinis ædificiorum res ipsa coëgit devenire. itaque pilis lapideis, structuris testaceis, parietibus cæmentitiis altitudines extructæ, contignationibus crebris coaxatæ & cœnaculorum summas utilitates perficiunt, & despectationes.* Sic Vitruvius nullo fenfu. Salmafius, *Plinian. exercit. pag.* 708. *col.* 1. *edit. Ultraject.* reftituit ex optimo codice, *Altitudines extructæ contignationibus crebris coaxatæ cœnaculorum, ad summas utilitates, proficiunt disparatione.* Senfu apto: puto enim, a Vitruvio fignificari, altitudines ad fummas utilitates proficere ædificiorum difparatione per cœnacula: pari forma qua apud Ulpianum *d.* §. 8. *l.* 13. dicitur domus dividi per cœnacula. Ut ut eft: apparet, cœnacula effe fuperiora domus loca: ad quæ fcalis adfcendi, Feftus ait. ea per partes conducebant tenuiores, non impleturi totas ædes. exemplum apud Suetonium *Vitellio c.* 7. Ab hac caufa Prudentius, *lib.* 1. *Adversus Symmachum*, cœnacula dicit celfa, ac fcandi a vulgo. verba Prudentii.

Omnis qui celsa scandit cœnacula vulgus.

Ipfa quoque idcirco domibus, ædibus, infulisque opponuntur. mitto Livium *l.* 39. *c.* 14. *l.* 30. *D. Locati*, Martialem, *lib.* 1. *Epigr.* 109. Juvenalem *sat.* 10. *vers.* 8. eo modo apud Reinefium, *Class.* 7. *Inscr.* 34. *p.* 509. ex Fragmento Petronii ex Dalmatia. C. POMPEIUS. DIOGENES. EX. KALENDIS. IULIIS. COENACULUM. LOCAT. IPSE. ENIM. DOMUM. EMIT. Inferuit hoc editioni Petronii nuper Vir Cl. Petrus Burmannus *c.* 38. *p.* 165. quem etiam vide in Notis. Igitur quid eft? ficut fructuarius in domo fructuaria non debet facere meritoria, diverforia, verbi gratia: ita non debet domum dividere in cœnacula; divifamque pluribus cœnaculatim locare: facturus illic & fic meritoria, ex fententia Suetonii, *Vitellio c.* 7. cœnaculum meritorium appellantis. certe non ufurus hoc modo domo, tamquam domo, id eft, pro habitatione unius familiæ: ficut convenit arbitrio viri boni. Poftremo dicit Sabinus, *Nec balneum ibi faciendum est.* Obfcure. folum enim fignificant ea verba, non effe faciendum ibi a fructuario novum balneum quod ante non fuerit. fed, fi audimus Ulpianum verfu, *Ego quidem & si balneum sit*, quo verfu continetur Nota ad Sabinum; eft id extra omnem dubitationem. vult igitur Ulpianus, a Sabino plus dici: nam & fi ante jam fuerit balneum, ufibus dominicis folitum vacare in intima parte domus, vel inter diætas amœnas, & id locare cœperit fructuarius, ut publice lavet: non recte neque ex boni viri arbitratu facturum illic meritorium, & addit Ulpianus, non magis facturum hoc jure fuo effe fructuarium, quam fi domum habitationi deftinatam, locaverit ad ftationem jumentorum; aut ftabulum domefticis jumentis carrucisve paratum, piftrino locaverit in quo effe manifeftum domus aut ftabuli abufum, fructuario illicitum, negari nequit. idque Paulus confirmat *l.* 14. *D. de usufructu. Licet*, inquiens, *multo minus* fructum *percipiat.* Sic Florentiæ legitur: fed fcribendum, *fructUm:* id eft, fructuum: ut oftendi pridem *lib.* 2. *Observ. c.* 16. Sed de *d.* §. 8. *l.* 13. vel nimis: nifi addendum obiter, *carrucam* cujus ab Ulpiano ibi fit mentio, effe vehiculum dignitatis, & bijuge *l. unic. C. de honoratorum vehiculis. l. unic. Cod. Theod. eod. tit.* atque argentatum aliquando, aut auratum. fed hoc occuparunt Viri doctiffimi, Ifaacus Cafaubonus, Notis ad Lampridium, *Alexandro Severo c.* 43. Guido Pancirollus, *Thesauro Var. lect. lib.* 1. *c.* 57. & Jacobus Gothofredus *ad Cod. Theod. d. loc.*

Caput XIV.

De oneribus fructuariæ domus.

Sed fructuarius non tantum commoda fructuariæ domus percipit, verum & onera ejus fuftinet: certa ratione, eum non minus uti, quam frui oportere. in primis autem tenetur domum quam accepit, tueri *l.* 44. *D. de usufructu:* id eft, veterem quæ eft, reficere. quo modo? hactenus ut fit farta tecta *l.* 7. §. 2. *D. eod. tit.* Feftus porro, *Sarte*, inquit, *ponebant pro integre: ob quam causam opera publica quæ locantur, ut integra præstentur, sarta tecta vocantur. sarcire enim est integrum facere.* Sartum igitur & tectum fervare eft, (ut obfervavit Budæus, *Annot. in Pand. pag.* 205. *& seq.*) integrum & incorruptum fervare. Faciet autem fructuarius refectiones non folum neceffarias, fed etiam voluptatis caufa, ut tectoria, & pavimenta & fimilia; modo nil ampliet, nec utile detrahat *d. l.* 7. §. 3. debet enim uti arbitratu boni viri: id eft, non ad fuum, fed ad domini modum. De tectorio fatis dictum. at pavimenta quæ fint, quando inventa, qua conftiterint arte, forma, elegantia picturæ atque operis teffellati, poftremo quomodo ex humo in cameras feu fornices tranfierint, dicendum foret: nifi plene executus effet Plinius *lib.* 36. *Nat. hist. c.* 25. cui adde fis Cafaubonum ad Suetonii *Julium c.* 46. & Salmafium, *Plinian. exercit. Edit. Ultraj. pag.* 854. Igitur fufficit fructuario, (nam huc revertor) domum fartam tectam præftare modica refectione & tutela. Ad novæ ædificationem, aut veteris fine culpa fua collapfæ, reftaurationem non tenetur. Sed nec heredem cogi, collapfam reftituere, curiofe obfervat Cicero, *Topicis n.* 3. Verba Ciceronis. *Si ædes eæ corruerunt, vitiumve fecerunt, quarum ususfructus legatus est, heres restituere non debet, nec reficere, non magis, quam servum restituere, si is cujus ususfructus legatus est, deperisset.* Sic Cicero. etiam Ulpianus *d. l.* 7. §. 2. *& l.* 65. §. 1. *D. eod. tit.* fcilicet, quia ufusfructus refpectu domini proprietatis eft fervitus: cujus proprium eft; ne dominus facere, fed ut pati, teneatur *l.* 15. § 1. *D. de servitutibus.* Si tamen heres, ut poteft, fponte refecerit collapfam partem: ait Ulpianus, paffurum uti fructuarium *d. l.* 7. §. 2. Tenetur igitur fructuarius domum fartam tectam fervare: ac fi ceffet; ait Ulpianus *d. l.* 7. §. 2. poffe per arbitrum cogi. addit, quod & alia onera agnofcit: *ut puta*, inquit, *stipendium, vel tributum, vel salarium, vel alimenta ab ea re relicta.* Ita Florentiæ, alibi legitur *solarium:* fortaffe melius: ut fupra monui. de fo-

solarii autem ratione & causa non est, quod hic plura exspectes: cum sufficiat diligentia CL. Viri, Petri Burmanni, *De vectigalibus Populi Romani*, *c.* 12. Minus probo, quod in *d.* §. 2. alias editur, *ab eo relicta*. servanda Florentina lectio: *ab ea re relicta*. erat, opinor, scriptum, *ab ea RElicta* inde factum, *ab eo relicta:* cum oporteret poni, *ab ea re relicta*. juvant Græci; & exemplum in *l.* 8. §. 1. *D. de transactionibus*. Præter hæc tenetur fructuarius, si vicinus petat, sibi caveri damni infecti nomine, ei cavere, & quidem datis fidejussoribus. quod si cesset facere, cum petit vicinus, eoque compulsus est dominus repromittere, (repromissione enim is defungi potest) prohiberi debet fructuarius uti frui *l.* 9. §. 5. *D. de damno infecto*. Ea igitur causa non est fructuarius, si paratus sit usumfructum derelinquere, cogendus domum reficere, in quibus casibus ei hoc onus incumbit. ita ante acceptum contra eum Judicium: imo & post acceptum, si paratus sit derelinquere usumfructum, absolvi debet a judice *l.* 64. *l.* 48. *D. de usufructu*. Nisi si quid sit deterius factum suo suorumque facto. nam tum, licet velit usumfructum derelinquere, non est absolvendus. debet enim omne quod diligens paterfamilias in sua domo facit, & ipse facere *l.* 65. *D. eod. tit.* alioquin eo obligatur nomine, nec obligatione, nisi præstatione ejus quod debet, liberatur.

Nec hoc quidem improbo: quod Ulpianus *l.* 7. §. 1. *D. de usufructu* ait, placuisse, fructuarium mitti in possessionem vicinarum ædium ex causa damni infecti, & eas, si perseveretur non caveri, jure dominii possidere: nec quidquam amittere, finito usufructu. nec tamen in hoc semper itum fuit omnium consensu: si credimus Ulpiano *l.* 13. §. 8. *D. de damno infecto:* dicenti, Superficiarium & fructuarium damni infecti utiliter stipulari, hodie constat: cur enim ait, Hodie: nisi quod olim idem non peræque constitit. Est interim ratio ejus juris non injusta: quia (ut Paulus ait *l.* 18. *D. eod. tit.*) Damni infecti stipulatio competit non tantum ei cujus in bonis res, sed etiam cujus periculo res est. tenetur porro fructuarius, durante usufructu, uti frui arbitratu boni viri, & finito, restituere quod extabit. debet igitur, durante usufructu, providere, ne ruina vicinarum ædium vitientur aut tollantur fructuariæ ædes: sicut solet bonus paterfamilias. quod si neglexerit facere, & ruina damnum fiat fructuariis ædibus: æquum est, id nocere ei cujus culpa accidit. vice versa non fuerit absurdum, lucrum si quod inciderit ex causa damni infecti, ad fructuarium pertinere: volente ratione, quem sequuntur incommoda, eum sequi commoda. quod autem sic perceptum est a fructuario jure usufructus, ejus manet finito usufructu: siquidem sufficit ei, restituere quod ex re fructuaria superest. porro interest inter rem fructuariam, & quod ex ea, ejusve occasione percipitur jure usufructus. nam illa est domini proprietatis: hoc fructuarii. est igitur illa domino restituenda, finito usufructu: hoc non restituitur ei, sed fructuarii manet.

CAPUT XV.

De constituenda a proprietario servitute prædii ex consensu fructuarii.

Postquam explicui usumfructum fundi & ædium, vix mihi tempero: ne hic tractem de jure imponendæ, adquirendæve servitutis prædii rustici vel urbani. de quo est vetus & molesta quæstio: cui causam præbuit Ulpianus *l.* 15. §. *ult. D. de usufructu*, Paulus *l.* 16. *D. eod. tit.* & Pomponius *l.* 2. *D. Si ususfructus petetur*. agam diligenter: sed primum Ulpiani verba apponam. dabunt enim certius consilium subjecta oculis Ulpiani verba. *Sed nec servitutem imponere fundo potest proprietarius, nec amittere servitutem. adquirere plane servitutem eum posse, etiam invito fructuario, Julianus scripsit. Quibus consequenter, fructuarius quidem adquirere fundo servitutem non potest: retinere autem potest; & si forte fuerint, non utente fructuario, amissæ, hoc quoque nomine tenebitur. Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest.* Primum negat Ulpianus, fructuarium fundo adquirere servitutem. puto, quia servitus est fundi qualitas quæ potest a fundi domino adquiri fundo: a fructuario qui non est fundi dominus, fundo adquiri non potest. at quamquam fructuarius non potest servitutem fundo adquirere: potest tamen, ut Ulpianus ait, servitutem fundo retinere. nam eam utendo retinet proprietarius cui constituta est: nullo discrimine, utrum per se utatur servitute, an per alium *l.* 20. *& seqq. D. Quemadmodum servitutes amittuntur.* potest igitur servitutem per fructuarium retinere. idque in tantum placet: ut fructuarius, propter servitutem non utendo amissam, domino teneatur. debet enim fundo uti frui arbitratu boni viri: non soliti, prædii servitutes non utendo amittere. igitur si id fecerit fructuarius, tenetur domino proprietatis. ita in fructuario jus est. Quid in proprietario? ait Ulpianus *d.* *l.* 15. §. *ult.* posse fundo adquirere servitutem, & consentiente, & invito fructuario: amittere non posse. idque verum est.

De eo quæritur, an possit fundo imponere servitutem, utique usuifructui noxiam? & negat Ulpianus, impositurum: dissentiente fructuario. nam ut fundi dominus sit, ac jus constituendæ servitutis a jure dominii procedat, recteque possit fundum suum dicere, etiam cum alienus est ususfructus *l.* 25. *D. de verborum significatione:* non idcirco debebit impedire fructuarium utentem: ne deteriorem efficiat ejus conditionem. atque hoc quoque æquum esse, ultro omnes fatentur.

Illud durius videtur, quod porro ait Ulpianus *d. l.* 15. §. *ult. Proprietatis dominus, ne quidem consentiente fructuario, servitutem imponere potest.* Adeo non ferunt hoc Eruditissimi Juris Interpretes. quin putant, Ulpiano malam nocuisse manum. nec interim sunt contenti uno medicinæ genere. At meo judicio, potuerunt parcere supervacuæ emendationi. habet enim hæc Ulpiani definitio rationem juris non insubtilem. ea ratio est: quod prædii servitus est prædii qualitas: quam, si nocitura sit constituto jam usuifructui, non potest dominus prædio fructuario imponere: neque invito fructuario; quia non habet plenam proprietatem: neque consentiente; quia nihil facit consensus non habentis prædii proprietatem, neque solidam eo modo facientis, quamdiu retinet usumfructum ab ea separatum. optime Prudentius, *Hamartigenia*.

Jus varium non est plenum: quia non habet alter
Quidquid dispar habet: cumulum discretio carpit.

Erit huic sententiæ pignus atque indicium, quod mox idem Ulpianus in *l.* 17. *D. de usufructu* (quæ est ex eodem *lib.* 18. *Ad Sabinum* ex quo est *d. l.* 15.

15. §. *ult.*) ita subjicit. *Locum autem religiosum facere potest consentiente fructuario. & hoc verum est favore religionis.* Ulpianus significat, non posse quidem proprietarium ex regulis Juris facere locum religiosum, quamquam consentiente fructuario: recipi autem favore religionis: ut a proprietario possit consentiente fructuario fieri religiosus; atque id quia singulari jure fit favore religionis, qui favor cessat in constituenda servitute: consequens esse, ut non possit servitus a proprietario imponi fructuario fundo, etsi consentiente fructuario: dum is usumfructum suum retineat. hic est utriusque loci sensus: ut apparet ex utriusque comparatione. Aliquis dicat, posse fructuarium juri suo renuntiare vel in totum, vel pro parte: & cum consentit domino imponenti servitutem, recedere ab usufructu, quatenus est contraria usuifructui servitus. quomodo consentiens creditor pignoris venditioni, pignus amittit. Sed vereor: ne non procedat hoc argumentum. imo arbitror, esse tale pactum ad hoc inutile: ut proprietario fiat jus constituendæ servitutis. id vel inde intelligitur: quod ut dicat fructuarius, se consentire impositioni servitutis; ob id non facit domini plenam proprietatem: non enim hoc pacto perit ususfructus; neque eo solida fit proprietas: quia eam sic solidam facere non potuit: servantibus formam Juris: quo ususfructus certis finitur modis: inter quos est in jure cessio domino proprietatis facta, pactum conventum non est. Nil facit argumentum desumptum a consensu creditoris, hypothecæ alienationi consentientis. tollitur enim hypotheca nudo consensu; sicut eo constituitur. sed ususfructus habet modos certos quibus constituatur & finiatur: inter quos nuda pactio non est; ut dixi. id eo clarius certiusque fuerit: quia similiter dici possit, servandum esse pactum quo fructuarius consentiat domino; volenti, locum religiosum facere: quasi illo pacto juri suo renuntiet: quod & ei & aliis licet. videri enim renuntiare juri ususfructus sui deinde in religioso loco non consistentis. verum negat Ulpianus, quatenus ad regulas Juris attinet, id fructuarii consensu fieri: etsi contra obtineat favore religionis. quid ni igitur negat, hoc pactum & in servitute valere ex regulis Juris? Dices, esse proprietario jus imponendi prædio servitutem, non facturam deteriorem fructuarii conditionem: atque ita Paulum præire in his verbis *d. l.* 16. *D. de usufructu. Nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat; veluti si talem servitutem vicino concesserit, jus sibi non esse altius tollere.* Paulus vult, dominum proprietatis posse ædibus fructuariis sine fructuarii consensu imponere servitutem usuifructui non nocituram. quod si est: quid ni possit illi nocituram imponere consensu fructuarii? Sed aliter se res habet. distinguenda enim est servitus peræque ad proprietatem & usumfructum pertingens, a servitute ad proprietatem quidem respiciente, sed ad usumfructum non pertingente. nam si servitus & proprietatem & usumfructum afficit: tum sive interveniat fructuarii consensus, sive non interveniat; non potest ea a proprietario imponi fundo fructuario; ut dictum, quia fructuarius neque jus proprietatis habet, neque consensu suo quidquam confert ad impositionem juris fundo inhæsuri. at si proponatur servitus ad solam pertingens proprietatem, non prohibetur dominus eam fundo imponere: supervacuo fructuarii consensu, ubi sola servitutem debitura est proprietas: veluti, (quod est exemplum *d. l.* 16.) si dominus proprietatis vicino talem concedat servitutem, Ne sibi liceat altius tollere. respicit enim hæc servitus in non faciendo consistens, nudam proprietatem: ad usumfructum non pertinet. potest igitur a domino imponi prædio, etiam sine fructuarii consensu: sicut si usumfructum afficeret, non posset a domino imponi fundo, consentiente fructuario. At enim potest superficiarius servitutem imponere superficiei quam non habeat omni jure. Sed id nil obstat: sicut enim ad servitutis impositionem necessarium ei est dominium a quo separatum non sit jus utendi fruendi: ita non opus est, id ejus esse omni jure. quin sufficit, ipsum uti frui superficie: & ut nequeat servitutem superficiei imponere Civili Jure; quia eo Jure non est superficiei dominus: tamen si ei imposuerit servitutem, Prætor qui eum pro domino habet constituta superficie, eam servitutem tuetur non directis, sed utilibus actionibus *l.* 1. §. *ult. D. de superficiebus.*

Exposui Ulpianum & Paulum *d. l.* 15. §. *ult. l.* 16. & 17. *D. de usufructu.* transeo ad Pomponium *l.* 2. *D. Si ususfructus petetur.* verba Pomponii *Si ab herede ex testamento fundi ususfructus petitus sit, qui arbores dejecisset, aut ædificium demolitus esset; aut aliquo modo deteriorem usumfructum fecisset, aut servitutes imponendo, aut vicinorum prædia liberando: ad judicis religionem pertinet, ut inspiciat, qualis ante judicium acceptum fundus fuerit, ut usufructuario hoc quod interest, ab eo servetur.* Prima facie vult Pomponius: quod heres potest suo jure, etiam irrequisito fructuarii consensu, servitutem fundo fructuario imponere: eoque facto, una competit fructuario actio ad id quod ejus interest, talem servitutem fundo non esse impositam: quod superioribus est contrarium. nam si heres, id est, dominus proprietatis, solus potest servitutem imponere fundo fructuario: quæ dabitur ratio; cur minus faciat consensu fructuarii? videamus tamen, ne nihil faciat Pomponius. non enim loquitur de constituto jam usufructu, de quo nos egimus hactenus: sed de usufructu nondum constituto. hoc ut intelligatur, ita concipienda species est. testator aliquem instituit heredem; & ab eo alii legavit usumfructum fundi Corneliani. is heres ante traditum legatario usumfructum, imponit fundo Corneliano servitutem; aut vicina prædia liberat debitis servitutibus. hæc species, in qua non debuit heres illa agere, etsi nondum constituto usufructu. & tamen si fecit; jure fecit: quia erat pleno jure dominus. cæterum, quia sic adversus defuncti voluntatem deteriorem fecit ususfructus causam, licet rescindi quod actum est, non possit, tamen dabitur fructuario ex testamento actio adversus heredem: ut quanti interest fructuarii, non esse sic actum, ab herede servetur. sic ante traditum usumfructum. postea non est opus actione ex testamento: nam deinde non potest heres, invito fructuario, servitutem imponere fructuario fundo, aut vicina prædia servitute debita liberare: & si contra faciat, nihil agit ipso jure. est hoc summopere notandum: simul, quod ante traditum usumfructum, eo rectius potest heres servitutem fundo fructuario imponere: quod in reliquis quidem legatis traditiones ab herede factæ, ad tempus aditæ hereditatis referuntur *l.* 8. *D. de rebus creditis.* at legatum ususfructus non perinde retro agitur: non enim intelligitur cedere a morte testatoris, neque ab adita hereditate *l. unic.* §. 6. *C. de caducis tollendis:* quod in facto, hoc est in fruendo consistit *l. unic. D. quando dies ususfructus legati cedat.* ita quamquam pro debito ex die aditæ hereditatis habetur, tamen non habetur pro adquisito, ante traditionem ab herede factam; quando nullam admittit retro fictionem:

cum

cum non possit constitui sine persona vera quæ fruatur. ergo antequam constitutus, sive traditus sit, validum quidem est factum heredis deteriorem facientis usumfructum: nec tamen est impunitum: quia nil debuit facere in injuriam fructuarii: cui jam ex die cedentis legati ex testamento debebatur ususfructus. proinde pertinet ad religionem Judicis, ut inspiciat, qualis ante judicium acceptum fundus fuerit. Sed de domo & ædibus vel nimis.

CAPUT XVI.

De usufructu servi.

Veni ad servi usumfructum. placet vero Veteribus, quidquid ille ex operis suis, vel ex re fructuarii adquirat, fructuario adquiri: si extra eas causas quid persecutus sit, ad dominum proprietatis pertinere, auctor Gajus *l.* 10. §. 3. *D. de adquirendo rerum dominio.* Paulus quoque *lib.* 5. *Sentent. tit* 7. §. 3. ait vero Ulpianus *l.* 21. *D. de usufructu*, id obtinere in primis, si legatus sit ususfructus servi. sed in *l.* 25. §. *ult. D. eod. tit.* quærit, an & tunc locum habeat, si per traditionem vel stipulationem vel alium quemcumque modum sit constitutus? subjicit autem, *Et vera est Pegasi sententia, quam & Julianus libro sexto decimo secutus est, omnia fructuario adquiri.* Sic editur. sed jam observavit Jacobus Cujacius, *lib.* XI. *Observ. c.* 36. scribendum, *omni fructuario adquiri.* quo modo Græci legerunt, *Basilic. lib.* XVI. *tit.* I. *tom.* 2. *pag.* 256. nec tamen dissimulabo, servari posse receptam lectionem, nulla detracta linea: modo restituatur, *omni a fructuario adquiri.* quod curiose nuper animadvertit Gulielmus Best, quem honoris causa hic appello, *lib. de Ration. emendandi leges, c.* 7. §. 7. *pag.* 89. *& seq.*

Primum igitur adquiritur fructuario quod ex servi operis adquiritur. sunt enim operæ in fructu servi, & ob operas mercedes *l.* 3. *&* 4. *D. de operis servorum.* solet certe haberi servus, ut serviat: & a fine ad quem habetur res, ejus fructus æstimatur. dato igitur servi usufructu, debet servus fructuario, vel ei cui is velit, operas: ac si operari nolit, cogi potest *l.* 23. §. 1. *D. de usufructu.* quando intelligitur fructuario concessione ususfructus concedi omne sine quo exerceri nequit.

Sed hoc procedit: dum ne servus sub pœna emptus sit, interdictis ei certis quibusdam. nam observare hæc debet fructuarius. alioquin non, ut debet, utitur & fruitur boni viri arbitratu *l.* 27. §. *ult. D. eod. tit.* Ea quoque ratione curabit: ne servi artificium contrariis & inusitatis ministeriis corrumpat; neve eum cicatricibus deformet. nam vel hæc ei cavenda esse, Ulpianus monet *l.* 17. §. 1. *D. eod. tit.* quia ut competat ei servi ususfructus: non tamen ei competit fructus liber atque infinitus: sed fructus cui usus inest fruendi causa. usus autem rei ejus conditione finitur, potest igitur fructuarius servo uti ad ejus conditionem *l.* 15. §. 1. *D. eod. tit.* sed eo abuti, id est, contrariis & inusitatis ministeriis ejus artificium corrumpere non debet. ut si (quod exemplum habet Ulpianus *d. l.* 15. §. 1.) *Librarium rus mittat, & qualum ac calcem portare cogat.* Librarius est qui plenius Scriba librarius appellatur in veteribus Inscriptionibus: ejusque officium esse, inter alia libros describere, cum ex Gajo liquet *l.* 49. *D. de operis libertorum*, tum ex Cicerone *lib.* XII. *Ad Atticum, Epist.* 39. & Suetonio in *Domitiano c.* X. notum est. Qualum porro Festus in *Canephora* exponit canum, seu cistæ genus. Est & qualus vindemiatorius exceptoriusque in quo uvæ comportantur: auctore Ulpiano *l.* 8. *D. de instructo vel instrumento legato.* Isidorus *lib.* 20. *Originum, c.* 14. interpretatur corbem colaque per quæ mustum fluit, & ita Virgilius usus fuit *lib.* 2. *Georgic. vers.* 241. quod præter Cujacium, *lib.* XI. *Observ. c.* 36. etiam annotavit Pancirollus, *Thesaur. var. lect. lib.* 1. *c.* 63. Habes unum exemplum contrarii & inusitati ministerii. Alterum in *d. l.* 15. §. 1. est, *Si histrionem balneatorem faciat, vel de symphonia atriensem, vel de palæstra stercorandis latrinis præponat.* Ulpianus *de symphonia* dixit pro symphoniaco: & *de palæstra* pro palæstrita. quomodo Justinus *lib.* 1. *c.* 6. servum *de ergastulo* dixit: & Cicero *lib.* 2. *De oratore c.* 7. hominem *de schola.* sic apud Apulejum *lib* 1. *Metamorphos. Alium* de foro *quidem quod adversus eam locutus esset, in arietem deformavit.* Atriensis munus attingit Jacobus Cujacius *lib.* X. *Observ. c.* 34. fuisse eum inter lautiores servos, ostendit Fredericus Taubmannus, ad Plautum, *Asinar* 2. 1. *vers.* 16. *& Pseudol.* 2. 2. *vers.* 15. Porro latrinas stercorare est, exstercorare, extergere, lavare. quod vilissimi mancipii esse, res loquitur, & ex Plauto tradit Cujacius, *d. c.* 36. *lib.* XI. Cæterum ut non potest fructuarius artificium servi quod certum sit, corrumpere contrariis & inusitatis ministeriis: ita ait Ulpianus *l.* 27. §. 2. *D. de usufructu*, fructuarium usurum arte vel peritia servi, cujus quasi vacuo ministerio testator utebatur: si eum ipse disciplinis vel arte instituerit. Recte. sed quod est vacuum servi ministerium, idem arti & disciplinæ oppositum? nempe, quod non est uni & certo officio aut arti designatum, & contra omni operi vacans. quo sensu dicitur vacuus locus, vacua hereditas, vacantia bona: quum non sunt occupata. quod si est: videtur servus cujus veluti vacuo ministerio utitur testator, esse idem mediastino. nam & is artifici opponitur *l.* 6. *D. de operis servorum*, & ordinario *l.* 15. §. 44. *D. de injuriis;* videtur etiam, (ut dudum ab aliis traditum) dici mediastinus, quod in medio stet servus expositus omnibus, non certi officii, sed varii usus, ideoque ordinario vilior. quales qui in balneis thermisque sunt: qui, ut Nonius auctor est, proprie mediastini vocantur: etsi loquendi usu obtinuit, ut qui in ædibus omni vacant ministerio, eo nomine continerentur. igitur si vacuum est servi ministerium, quia non est a domino assignatus uni arti aut officio: nihil prohibet, eum a fructuario alicui adhiberi arti aut disciplinæ; artisque ejus ac peritiæ fructum ad fructuarium pertinere. quod si occupatum jam a proprietario sit ejus ministerium: deinde resistit jus proprietatis, & forma ususfructus, ne a fructuario contrariis & inusitatis ministeriis ejus servi officium corrumpatur. Addit Ulpianus *d. l.* 17. §. 1. *D. de usufructu*, nec oportere servum *cicatricibus deformare.* nimirum, ne his quoque deterior fiat proprietarii conditio. intelligit autem Ulpianus cicatrices in primis stigmatum quæ in servorum frontibus aut vultibus uri aut scribi solent pluribus non modo literis aut verbis, sed etiam versibus, & crimen, & causam stigmatis indigitantibus: qua de re copiose & erudite V. CL. Justus Lipsius *lib.* 2. *Electorum c.* 15. Eadem causa non debet fructuarius servum torquere aut flagellis cædere *l.* 23. §. 1. *D. de usufructu.* utrumque

que enim cicatricibus eum deformat: illud etiam membra ejus divellit ac luxat: ut Prudentius indicat, *Perijtephan. Hymno Vincent. Mart.* & Imperatores *l.* 7. *C. de maleficis & mathematicis.* Ita licita sit fructuario modica servi coërcitio: at atrox, ut flagellorum ac tormentorum, non est *d. l.* 23. §. 1. spectat enim ad plenam quæ non est fructuarii, sed domini: modo si sine dolo malo faciat *d. l.* 17 §. 1.

At fructuarii juris fit non tantum quod ex operis suis, verum etiam quod ex re fructuarii adquirit fructuarius servus *d. l.* 10. §. 3. *D. de adquirendo rerum dominio:* ut, si quod fecerit compendium ex administratione peculii a fructuario ei concessi; aut ex administratione rerum ejus *l.* 31. *D. de usufructu:* cujus complura exempla adfert Theophilus *ad* § 4. *Inst. Per quas personas cuique adquiritur.* est vero id consequens rationi: quæ voluit, distinctis dominiis, si quid utilitatis ex alicujus re pervenerit, ejus fieri. Et tamen ita est: nisi servus nominatim proprietario aut ejus jussu adquirat. nam tum magis est, proprietario, quam fructuario, adquirere *l.* 25. §. 3 *D. de usufructu*, *l.* 37. §. 5. *D. de adquirendo rerum dominio.* id eo certius dixero: quia & si proprius servus sit hoc animo, ut nolit domino quærere, non adquirit domino *d. l.* 37. §. 4. & *l.* 1. § 19. *D. de adquirenda possessione:* & si duorum communis servus nominatim uni stipuletur, quod non vult alteri adquisitum, uni soli adquirit *l.* 5. *D. de stipulatione servorum.* miramur igitur, si non fructuario adquisitum velit fructuarius servus, sed domino proprietatis; non fructuario, sed domino adquiri? utique recto jure. nam ne locupletior eo prætextu fieret dominus cum injuria fructuarii: potest id domino condici utroque in casu *l.* 39. *D. de stipulatione servorum:* quemadmodum, si communis servus adquisierit ex re alterius domini, est quidem id commune utriusque; sed potest is ex cujus re adquisitum fuerit, eam summam præcipere communi dividundo judicio *l.* 28. §. 1. *D. eod. tit. l.* 45. *D. de adquirendo rerum dominio.*

Igitur quod ex operis suis, vel ex re fructuarii adquirit fructuarius servus, fructuarium sequitur. si extra has causas quid adquirat ille servus: ad proprietarium pertinet *l.* 10. §. 3. *D. de adquirendo rerum dominio.* quia enim servus naturaliter adquirit domino in cujus potestate est; sit quodammodo necessitate: ut quod fructuario adquiri nequit, domino adquiratur *l.* 25. §. 3. *D. de usufructu.* est hoc rationis in his quæ ex re proprietarii adquirit fructuarius servus. finge, hominem emisse & traditum accepisse, antequam solvat: in pendenti est, cui adquirat proprietatem. nam si solverit ex peculio fructuarii, ejus fuisse homo intelligitur: si solverit ex peculio proprietarii, videtur hujus ex post facto fuisse *d. l.* 25. §. 1. *l.* 43. §. 2. *D. de adquirendo rerum dominio.* Idem est: si quid adquirat servus, etsi non ex re proprietarii, tamen aliunde, quam ex re fructuarii, aut operis suis: ut si heres sit institutus, aut si quid ei sit donatum legatumve. non enim adquirit hoc ex operis suis, neque ex re fructuarii: sed ex benevolentia & liberalitate testatoris aut donatoris. non igitur fructuario adquirit, sed proprietario. præterquam, si illi sit fructuarii contemplatione donatum legatumve *l.* 21. *l.* 22. *D. de usufructu.* nam tum fructuarii fit: quia etsi non ex servi opera, neque e re fructuarii provenerit; tamen quia servo datum est fructuarii contemplatione, prope e re ejus adquisitum esse intelligitur *l.* 45. §. *ult. D. de adquirenda hereditate.* ita, si liqueat, servo donatum aut legatum esse fructuarii gratia. at si indistincte datum, legatumve est: magis est, proprietario adquiri. hoc Paulus vult *l.* 49. *D. de adquirendo rerum dominio*, his verbis. *Quod fructuarius ex re sua donat, ex re ejus est. sed si eo animo id fecerit, ut ad proprietatis dominum pertineat: dicendum est illi adquiri. si autem extraneus ei donet, indistincte soli proprietario adquiritur.* Sic Florentiæ interpungit Taurellius: & omnes exhibent editiones, quantum scio. sed præstat scribi, *si autem extraneus ei donet indistincte, soli proprietario adquiritur.* Sensus. Si extraneus, id est, alius, quam fructuarius, servo fructuario indistincte, hoc est, simpliciter donet: tum non fructuario adquiritur, sed soli proprietario.

Atque hoc quidem in donatione & legato sine dubio est. de hereditate autem ambigi possit, fructuario servo herede instituto; an fructuario aditione adquirat hereditatem. sed verius est, non adquirere fructuario *l.* 25. *D. de adquirenda hereditate.* atqui hereditas per servum aditur *l.* 3. *C. de heredibus instituendis.* sed placuit, aditionem hereditatis non esse in operis servi *l.* 45. *D. de adquirenda hereditate*, *l.* 47. *D. de adquirendo rerum dominio;* etsi verum sit, ejus facto fieri.

Similis quæstio est apud Tryphoninum *l.* 63 §. 3. *D. eod. tit.* si thesaurum inveniat fructuarius servus in loco ejus qui habet servum proprium: an totus illius sit? & si in alieno, utrum eidem adquirat partem, an fructuario? inspectio illa est, num ex operis servi adquiratur. finge, terram fodientem invenisse, ut hoc dicatur fructuarii esse. quod vero subito & in abdito loco positum nihil agens, sed aliter ambulans invenit, proprietatis domini fit. arbitratur tamen Tryphoninus, neque illius partem ad fructuarium pertinere: causatus, neminem servorum opera quærere thesaurum; nec servum ea propter tum terram fodisse; sed alii rei operam insumpsisse, & fortunam aliud dedisse. proinde si thesaurum servus invenerit in ipsius fructuarii agro, eum partem solam habiturum: sed non ut fructuarium; (quia a fortuna dari videtur thesaurus) sed ut agri dominum: alteram partem ad eum cujus in servo proprietas est, perventuram.

Fuit & de ancillæ partu vetus quæstio: in qua Brutum a Scævola & Manilio dissensisse, refert Cicero, *De finibus lib.* 1. *cap.* 4. Sed Ulpianus *l.* 68. *D. de usufructu*, Bruti, inquit, sententia obtinuit, fructuarium in eo locum non habere. neque enim in fructu hominis homo esse potest. hac ratione nec usumfructum in eo habebit fructuarius. cæterum etsi ancillæ partus, ancillæ dato usufructu, fructuarii non fit, repugnante natura ususfructus: tamen si relictus sit ipsius partus ususfructus, placet Ulpiano *d. l.* fructuarium habere partus usumfructum. cum enim legari possit partus, id est, proprietas partus: quid ni legari poterit ususfructus ejus?

Ex hisce apparet, quidquid ex operis suis vel ex re fructuarii adquirit fructuarius servus, fructuarii esse: si extra eas causas adquisiverit, proprietario quæri. idque in tantum verum est: ut si is servus velit, hoc fructuario stipulari, nihil agere intelligatur *l.* 25. §. 3. *D. de usufructu*, *l.* 32. *D. de stipulatione servorum.* nam ut dictum supra, potest fructuario tantum ex duabus causis adquirere: scilicet, ex re ejus, & ex suis operis: etsi possit domino proprietatis ex omnibus causis, id est, etiam aliunde, quam ex re ejus, & ex suis operis adquirere.

Inde subnascitur alia quæstio apud Julianum *l.* 1. §. 5. *D. de stipulatione servorum*, verbis sequentibus. *Si fructuarius servus stipulatus esset fructuario aut proprietario: si quidem ex re fructuarii stipulatus*

latus esset, inutilis est stipulatio: quia utrique ex re fructuarii actionem adquirere potuisset. sed si aliud stipulatus fuisset, proprietarium petere posse: & si promissor fructuario solvisset, liberatur. Quæritur: si fructuarius servus stipulatus esset proprietario aut fructuario; an valeat stipulatio? & ait Julianus, si quidem ex re fructuarii stipulatus esset, inutilem esse stipulationem: quia potuisset actionem utrique ex re fructuarii adquirere: in proposito autem non liquet, utri maluerit obligationem adquirere. igitur incertum rei, &, ut Ulpianus *l.* 13. *D. eod. tit.* infit, τὸ ἰσάζον, id est, æquivalens, facit, ut stipulatio corrumpatur: idem de solutione dicendum: eo quod non invenitur, in cujus persona stipulatio, in cujus solutio consistat: ut & evenit in *l.* 9. §. 1. *l.* 10. *l.* 11. 12. & 13. *D. eod. tit.* Sic: si ex re fructuarii esset stipulatus proprietario aut fructuario dari. at si aliud stipulatus fuisset, puta ex re proprietarii, vel certe aliunde, quam ex re fructuarii; jam valet stipulatio: quia apparet, eam proprietario, non fructuario adquiri. nam, ut dixi, solum potest fructuario ex re ejus, aut ex servi operis adquiri a fructuario servo: non æque quod extra eas causas ab eo adquiritur; ut ut ei nominatim stipuletur. contra potest fructuarius servus proprietario & ex re ejus & aliunde stipulari. proinde si ex re domini proprietatis stipulatus sit domino aut fructuario: adquiretur quidem domino ex ea stipulatione obligatio: fructuario autem ea non adquiritur: tantum est is pro adjecto solutionis gratia: nec ei exactio competit; sed ei solvi potest: & si solutum ei sit; liberatus obligatione esse promissor intelligitur. atque huc redit Julianus *d. l.* 1. §. 5. nec hic tantum: sed Gajus quoque *l.* 28. *D. eod. tit.* amplius Paulus *l.* 98. §. 7. *D. de solutionibus.* illud insuper observandum: quod alter Julianum allegat, utrumque casum ad hanc concipientem formam, *Si ex re domini domino aut fructuario servus stipulatus fuerit.* quæ igitur mora est: ne eodem modo restituatur in *d. l.* 1. §. 5. Julianus: *Si fructuarius servus stipulatus esset proprietario aut fructuario:* licet cuncta exemplaria transpositis verbis, habeant, *Si fructuarius servus stipulatus esset fructuario aut proprietario.* Sed hanc emendationem tuetur Juris forma: quam magno ingenio, nec minore diligentia, dudum demonstravit Vir Summus, quem, ut sæpe, honoris causa appello, Jacobus Cujacius *lib.* 21. *Observ. c.* 14.

Dixi quid juris sit: si unus habeat usumfructum servi. sequens lis erit: si duo eum habeant, & servus sit nominatim uni stipulatus ex ea re quæ ad utrosque pertineat. eam litem definit Paulus *l.* 32. *D. de stipulatione servorum.* quam corruptam esse, & egere emendationis existimavit V. Cl. Franciscus Hotmanus *lib.* 5. *Observ. c.* 3. sed integer est Pauli locus, mea sententia: nec desiderat correctionem. verba Pauli. *Si cum duorum ususfructus esset in servo,* [&] *is servus uni nominatim stipulatus sit ex ea re quæ ad utrosque pertinet: Sabinus ait, quoniam soli obligatus esset, videndum esse, quemadmodum alter usuarius partem suam recipere possit, quoniam inter eos nulla communio juris esset: sed verius est, utile communi dividundo judicio inter eos agi posse.* Utitur Paulus sententia Sabini: dicentis, soli cui stipulatus sit servus, obligatum esse promissorem. potestque eo confirmari illa sententia: quod si servus duorum communis uni sit nominatim stipulatus; similiter soli adquirit *l.* 5. *D. eod. tit.* verum videndum esse ait Paulus *d. l.* 32. quemadmodum alter usuarius: (id est, alter fructuarius: ut *usum* pro usufructu dixit Salvianus *lib.* 3. *Adversus avaritiam*) ait, inquam, Paulus videndum esse, quemadmodum alter usuarius partem suam recipere possit. aliquis forte dicat: quod si duorum communis servus nominatim uni sit stipulatus, uni quidem adquirit *d. l.* 5. sed juris communio facit: ut alter possit partem recipere communi dividundo judicio *l.* 45. *D. de adquirendo rerum dominio.* Sed hoc in fructuariis non procedit: *quoniam,* ait Paulus, *inter eos nulla communio juris est,* id est, ut ego expono, quoniam inter eos nulla dominii sive proprietatis communio est. *Jus* enim est dominium sive proprietas distincta ab usufructu: ut apud Salvianum *d. loc.* & sæpe alias. Addit tamen Paulus *d. l.* 32. *Sed verius est, utili communi dividundo judicio inter eos agi posse.* quo colore? nam si nulla est inter eos juris communio; ut Paulus ait: qui potest inter eos vel utile communi dividundo judicium dari? Sed Paulus juris communionem dixit communionem dominii rei fructuariæ: quæ nulla est inter duos fructuarios. quando ususfructus non est rei dominium: sed jus a dominio rei separatum. est enim jus utendi fruendi rebus alienis. si tamen ad dominium non rei fructuariæ, sed ususfructus spectes: etsi ususfructus non est verum dominium, tamen habetur quasi dominium *l.* 3. *D. Si ususfructus petetur,* & jus in re appellatur *l.* 19. *D. de damno infecto.* ita cum cessat inter fructuarios directa communi dividundo actio, sicut inter eos cessat rei fructuariæ dominium: tamen (quod Paulus ait *d. l.* 32.) verius est, utili communi dividundo judicio inter eos agi posse: quia inter eos est jus dominio simile. Exposui Paulum. Neque obstat Neratius *l.* 24. *D. de stipulatione servorum; Etsi,* inquiens, *duorum ususfructus sit, quod ex operis suis alteri eorum stipulatus sit, pro ea duntaxat parte ex qua ususfructus ejus sit, adquiri.* Non enim respicit Neratius ad initium obligationis, sed ad rei exitum: instituta communi dividundo actione.

Superiori quæstioni est affinis sequens tractatus apud Ulpianum, *l.* 25. §. 6. *D. de usufructu. Si duos fructuarios proponas, & ex alterius re servus sit stipulatus, quæritur, utrum totum, an pro parte qua habet usumfructum, ei quæratur. nam & in duobus bonæ fidei possessoribus hoc est apud Scævolam agitatum libro secundo Quæstionum? & ait, vulgo creditum, rationemque hoc facere,* [*ut*] *si ex re alterius stipuletur, partem ei duntaxat quæri, partem domino: quod si nominatim sit stipulatus, nec dubitari debere, quin adjecto nomine, solidum ei quæratur. idemque ait, & si jussu ejus stipuletur: quoniam jussum pro nomine accipimus. idem & in fructuariis erit dicendum: ut quo casu non totum adquiretur fructuario, proprietatis domino erit quæsitum; quoniam ex re fructuarii quæri ei posse ostendimus.* Quærit Ulpianus, si duo fructuarii sint, & servus sit ex re alterius stipulatus, utrum ei totum quæratur, an pro parte qua habet usumfructum. Addit Ulpianus, esse hoc idem apud Scævolam *lib.* 2. *Quæstionum* agitatum in duobus bonæ fidei possessoribus: quorum simile jus esse ei quod sit duorum fructuariorum, certi juris est *l.* 10. §. 4. *D. de adquirendo rerum dominio.* Ait autem Ulpianus, Scævolam dicere, vulgo creditum esse, & rationem efficere: ut servus, si ex re alterius bonæ fidei possessoris stipuletur, non ei solidum quærat: sed partem ei, partem domino. opinor, quia bonæ fidei possessor, ex cujus re stipulatus est servus, ejus non in solidum est possessor, sed ex parte: neque igitur potest ei servus in solidum adquirere, sed pro parte qua est possessor; alteram autem partem non potest alteri bonæ fidei possessori adquirere: quia non ex re ejus adquisivit servus, neque ex suis operis,

ris, ex quibus ei poteſt tantum adquirere: ſupereſt igitur, ut eam partem vero adquirat domino: cui poteſt ex omnibus cauſis adquirere. Sic Scævola in ſervo a duobus bona fide poſſeſſo. idemque eſſe, Ulpianus ait, ſi duos proponas fructuarios, & ex alterius re ſtipulatus ſit ſervus: quia is fructuarius ex cujus re eſt ſtipulatus ſervus, non in ſolidum fructuarius eſt, ſed pro parte. non igitur poteſt ei a ſervo adquiri in ſolidum, ſed pro parte qua fructuarius eſt: altera autem pars non adquiritur alteri fructuario; (quia neque ex re ejus, neque ex ſervi operis adquiritur) ſed domino proprietatis: cui adquiritur etiam quod fructuario adquiri nequit *d. l.* 25. §. 6. *D. de uſufructu.* Hoc, ſi ſervus ex alterius vel fructuarii vel bonæ fidei poſſeſſoris re vel ſimpliciter vel utrique ſtipuletur. At ſi nominatim ſtipuletur ei cujus res eſt: ait Ulpianus *d. loc.* dubitari non debere, quin adjecto nomine ei ſolidum quærat: nempe, quia ei nominatim ſtipulatus eſt, & ex re ejus, ex qua potuit ei adquirere: idemque eſſe, & ſi ejus juſſu ſtipuletur: quia juſſum pro nomine accipimus. ita Scævola, ſi Ulpiano credimus, *libro ſecundo Quæſtionum.*

At eam ſententiam mutaſſe Scævolam *libro* 13. *Quæſtionum*, apparet ex *l.* 19. *D. de ſtipulatione ſervorum*: quam deſcriptam eſſe ex eo libro, ejus Inſcriptio indicat. Verba hæc ſunt. *Si alienus ſervus duobus bonæ fidei ſerviens, ex unius eorum re adquirat, ratio facit, ut ei ex cujus re adquiſiit, id totum* [*ei*] *adquirat: ſive ei ſoli, ſive quaſi duobus ſerviat. nam & in veris dominis, quotiens utrique adquiritur, totiens partes adquiri. cæterum ſi alii non adquiratur, alium ſolidum habiturum. igitur eadem ratio erit & in propoſito, ut hic ſervus alienus qui mihi & tibi bona fide ſervit, mihi ſolidum ex re mea adquirat: quia tibi non poteſt adquiri, quia non ſit ex re tua.* In his verbis proponitur ſervus ſervire duobus bonæ fidei poſſeſſoribus, & ex unius eorum re adquirere. quæritur, utrum utrique, an uni adquirat? ait Scævola, rationem facere: ut ei ex cujus re adquiſiit, totum adquirat: neque referre, ſive ei ſoli, ſive quaſi duobus ſerviat: hoc eſt, utrum ei ſoli vel nominatim vel ejus juſſu; an quaſi duobus, hoc eſt, ſimpliciter adquirat: idque firmat argumento deſumpto a veris dominis quorum imaginem ferunt bonæ fidei poſſeſſores. id argumentum tale eſt: Si ſervus duorum communis hoc agit, ut utrique adquirat quod utrique adquiri poteſt; utrique partes adquiruntur: ſi vero ſit quod alteri nequit adquiri; hoc alter in ſolidum habet: etſi id agat ſervus, ut utrique adquirat. ita in veris dominis, ipſumque etiam traditum *l.* 7. §. 1. *l.* 9. *D. de ſtipulatione ſervorum. l.* 12. *D. de auctoritate tutorum.* Idem in propoſito erit in duobus bonæ fidei poſſeſſoribus. prorſus, ut ſervus qui mihi & tibi ſervit bona fide, mihi ſolidum ex re mea adquirat: quia non poteſt tibi adquirere quod ex re tua non ſit. Unde apparet, Scævolæ ſententiam *libro* XIII Quæſtionum aliam fuiſſe, quam Ulpianus ei *libro* II fuiſſe ſcribit. Eamque variationem ipſe indigitat Ulpianus *l.* 23. § 3. *D. de adquirendo rerum dominio*, ſequentibus verbis. *Si quis duobus bona fide ſerviat: utrique adquiret, ſed ſingulis ex re ſua. Quod autem ex re alterius eſt, utrum pro parte ei cui bona fide ſervit, pro parte domino, ſi ſervus ſit; aut ſi liber ſit, ei* [*cui bona fide ſervit*]*: an vero ei debeat adquirere totum ex cujus re eſt, videamus? quam ſpeciem Scævola quoque tractat lib.* 2. *Quæſtionum. ait enim: ſi alienus ſervus duobus bona fide ſerviat, & ex unius eorum re adquirat; rationem facere, ut ei duntaxat in ſolidum adquirat: ſed ſi adjiciat ejus nomen, ex cujus re ſtipulatur: nec dubitandum eſſe, ait, quin ei ſoli adquiratur. quia & ſi ex re ipſius ſtipularetur, alteri ex dominis nominatim ſtipulando,* [*ſolidum*] *ei adquiret. Et in inferioribus* [*probat*]*: ut quamvis non nominatim, nec juſſu meo, ex re tamen mea ſtipulatus ſit, cum pluribus bona fide ſerviret: mihi ſoli adquirat. nam & illud receptum eſt, ut quoniam communis ſervus omnibus adquirere non poteſt; ei ſoli eum adquirere, cui poteſt. & hoc Julianum quoque ſcribere, ſæpe retuli, eoque jure utimur.* Depravatum eſſe Ulpiani locum, recte ſuſpicatus eſt Jacobus Cujacius, *lib* 4. *Obſerv. c.* 1. ſed quod Ulpiano obtulit remedium, ut quidem mihi videtur, non ſucceſſit ex ſententia: etſi id usque adeo laudet Antonius Faber *lib.* 4. *Conject. c.* 16. ut a Doctiſſimo illo Viro nihil umquam verius aut elegantius obſervatum fuiſſe opinetur. Nec tamen inficior, egregie vidiſſe D. Cujacium, circa initium *d.* §. 3. pro, *aut ſi liber ſit, ei* [*cui bona fide ſervit*] *an vero* eſſe ſcribendum, *aut ſi liber ſit, ſibi: an vero.* Unum ſaltem dico, quod ubi pro his verbis, *rationem facere, ut ei duntaxat in ſolidum adquirat*, ſubſtituit, *rationem facere, ut ei duntaxat partem adquirat*, prope eſt, ut procul vero ſit; longeque aliam & Ulpiano & Scævolæ fieri medicinam oporteat. quod enim neque Cujacius animadvertit, neque alius, deſunt verba, *Si juſſu ejus ſtipuletur.* Inſere & lege. *Quam ſpeciem Scævola quoque tractat lib.* 2. *Quæſtionum. ait enim, ſi alienus ſervus duobus bona fide ſerviat, & ex unius eorum re adquirat; rationem facere ut ei duntaxat in ſolidum adquirat*, ſi juſſu ejus ſtipuletur: *ſed ſi adjiciat ejus nomen, ex cujus re ſtipulatur, nec dubitandum eſſe ait, quin ei ſoli adquiratur.* Sic ex conjectura ſupplevi locum: ſi dicenda eſt conjectura ad quam ducit ſenſus clarus & certus. is ſenſus eſt, Scævolam velle *libro ſecundo Quæſtionum*, Servum qui a duobus bona fide poſſidetur, ei ex cujus re ſtipulatur, ſolidum quærere: ſed tum dumtaxat, ſi aut juſſu ejus, aut ei nominatim, ſtipuletur: non etiam, ſi ſimpliciter ſtipuletur ex re alterius. quod eſt conſentaneum illis quæ ex eodem libro ſecundo Scævolæ ſupra attulit Ulpianus *d. l.* 25. §. 6. *D. de uſufructu*: convenit quoque Ulpiani verbis quibus paulo poſt in *d.* §. 3. *l.* 23. novam & ſuperiori contrariam Scævolæ ſententiam ex ejus libro XIII tradit: quæ verba ſunt. *Et in inferioribus probat, ut quamvis non nominatim, nec juſſu meo, ex re tamen mea ſtipulatus ſit. &c.* Sed de his verbis paulo poſt. interim examinanda ratio eſt qua definitionem quæ *libri ſecundi* eſt, Scævola & ex eo Ulpianus firmat *d.* §. 3. ea ratio his ejus verbis continetur. *Quia & ſi ex re ipſius ſtipularetur, alteri ex dominis nominatim ſtipulando,* [*ſolidum*] *ei adquiret.* Ita ſolent hæc verba interpungi. ſed malim. *Quia & ſi ex re ipſius ſtipularetur alteri ex dominis, nominatim ſtipulando ſolidum ei adquiret.* Senſus, nihil mirum eſſe, hæc in bonæ fidei poſſeſſoribus a Scævola recipi *libro ſecundo Quæſtionum;* cum eadem placeant in veris dominis. nam ſi ſervus duorum communis, nominatim uni ex re ipſius ſtipuletur, ei ſolidum adquirit. quamquam, ſi ſimpliciter ſtipuletur ex re alterius dominorum, nihilominus commune id erit: ut Gajus refert *l.* 45. *D. de adquirendo rerum dominio, & l.* 18. §. 1. *D. de ſtipulatione ſervorum.* Sic ſediſſe Scævolæ *libro ſecundo Quæſtionum*, Ulpianus ait *d.* § 3. *l.* 23. ſed addit, eum hanc ſententiam mutaſſe *in inferioribus*; puta libris: id eſt, *libro* XIII *Quæſtionum.* verba hæc ſunt. *Et in inferioribus* [*probat*]*: ut quamvis non nominatim, nec juſſu meo ex re tamen mea ſtipulatus ſit, cum pluribus bona fide ſerviret: mihi ſoli adquirat.* Ulpianus ſignificat, Scævolam libro XIII mutare ſententiam quam tenuit

nuit libro II. malle enim libro XIII, (quod & ante ostendi ex *d. l.* 19. *D. de stipulatione servorum* quæ ex eo libro est) servum qui a duobus bona fide possidetur, cum ex re alterius possessoris stipulatur, sive ex jussu ejus cujus res est, sive ei nominatim stipuletur, ei solidum omnibus illis casibus indistincte acquirere. Et addit rationem Ulpianus: ea ratio est. *Nam & illud receptum est, ut quotiens communis servus omnibus acquirere non potest, ei soli acquirat cui potest.* Ulpianus petit argumentum a servo duorum communi: qui si stipuletur rem quæ potest utrique adquiri, eam utrique adquirit: sin minus, soli adquirit ei cui potest: etsi neque ejus jussu, neque ei nominatim stipulatus sit. atque ita Julianum existimasse, ex eoque sæpe retulisse se, Ulpianus ait. quod verum est, & apparet ex *l.* 7. §. 1. *D. de stipulatione servorum, & l.* 12. *D. de auctoritate tutorum.* Hoc igitur cum in communi obtineat servo; idem vult Scævola *d. lib.* XIII, ex eoque Ulpianus *h.* §. etiam obtinere in servo a duobus bona fide possesso: nempe, ut, si ex re unius stipuletur, sive simpliciter, sive ejus jussu, sive ei nominatim, indistincte ei solidum adquirat: tantum quia non potest alteri ex re alterius adquirere. Sed finiamus: satis enim demonstravi quod demonstrandum fuit, totum Ulpiani locum qui est in *d. l.* 23. §. 3. *D. de adquirendo rerum dominio*, esse hoc restituendum modo. *Si quis duobus bona fide serviat: utrique adquiret, sed singulis ex re sua. Quod autem ex re alterius est, utrum pro parte ei cui bona fide servit, pro parte domino, si servus sit: aut si liber sit, sibi: an vero ei debeat adquirere totum ex cujus re est, videamus? quam speciem* Scævola *quoque tractat* lib. 2. Quæstionum *ait enim: si alienus servus duobus bona fide serviat, & ex unius eorum re adquirat; rationem facere, ut ei duntaxat in solidum adquirat*, si jussu ejus stipuletur: *sed si adjiciat ejus nomen, ex cujus re stipulatur: nec dubitandum esse ait, quin ei soli adquiratur. quia & si ex re ipsius stipularetur alteri ex dominis, nominatim stipulando [solidum] ei adquiret.* Et in inferioribus *[probat]: ut, quamvis non nominatim, nec jussu meo, ex re tamen mea stipulatus sit, cum pluribus bona fide serviret: mihi soli adquirat. nam & illud receptum est, ut quotiens communis servus omnibus adquirere non potest; ei soli eum adquirere, cui potest. Et hoc Julianum quoque scribere, sæpe retuli: eoque jure utimur.*

Huc usque de commodis fructuarii servi. sequuntur onera: nam & hæc sustinere fructuarium, rationis est: eo quod obligatur servo illo non minus uti quam frui. est autem uti servo, eum exercere ad modum boni patrisfamilias soliti tam servi onera ferre, quam ejus commoda percipere. res loquitur; & apud Catonem, *De re rustica, c.* 5. in officiis villici extat, *Familiæ male ne sit, ne algeat, ne esuriat.* Quin Seneca, *De beneficiis, lib.* 3. *c.* 21. *Est*, inquit, *aliquid quod dominus præstare servo debeat: ut cibaria, vestiarium.* Ait, *debeat.* quomodo Marcianus *l.* 40. §. 1. *D. de peculio*, *Si*, inquit, *id adquisiit servus, quod dominus necesse non habet præstare, id esse peculium: si vero tunicas aut aliquid simile, quod ei dominus necesse habet præstare, non esse peculium.* Ita jam non officii res est: cœpit necessitatis esse: posito Præfecto Urbi, qui audiat servum de fame & duritie querentem. clare Ulpianus *l.* 1. §. 8. *D. de officio Præfecti urbi:* & ante Seneca, *d. c.* 21. verba Senecæ. *De injuriis dominorum in servos qui audiat positus est, qui & sævitiam, & libidines, & in præbendis ad victum necessariis avaritiam compescat.* Sic in domino. miramur igitur, idem in fructuario esse? atqui oportet fructuarium non ad suum, sed ad domini modum uti frui. igitur nec qualiter qualiter alet & vestiet servum: (ea forma qua describuntur illi apud Apulejum *lib.* IX. *Metamorph. Scissili centunculo magis inumbrati quam obtecti: nonnulli exiguo tegili tantummodo pubem injecti: cuncti tamen sic tunicati, ut essent per pannulos manifesti*) sed ut Ulpianus ait, *l.* 15. §. 2. *D. de usufructu*, debet fructuarius sufficienter alere & vestire, secundum ordinem & dignitatem mancipiorum. fuisse autem alia urbanorum, alia rusticorum cibaria, apparet ex *l.* 99. *D. de legatis lib.* 3. postremo monet Gajus *l.* 45. *D. de usufructu*, quod sicut impendia cibariorum in servum cujus usufructus ad aliquem pertinet, ita & valetudinis impendia ad eum respicere, natura manifestum est.

CAPUT XVII.

De Usufructu pecoris.

Tantum de usufructu servi. restat pecoris: nam ejus quoque usufructus expositionem promisi in fine capitis IV. ait autem Isidorus *lib.* XVII. *Origin. c.* 6. *pag.* 1242. *Fructus proprie dici agrorum & arborum quibus utique utimur. in animalibus vero abusive & translative vocari fructus.* Esse igitur Isidoro videtur pecoris fructus: in eoque assentientem sibi habet Varronem *De re rustica*, toto libro secundo. talis fructus est, verbi gratia, fœtus, præterea lac, pilus & lana. clare Imperator §. 37. *Inst. de rerum divisione*, forte ex Gajo *l.* 28. *D. de usuris*) *In pecudum*, inquit, *fructu etiam fœtus est, sicut lac, pilus & lana. itaque, agni, hœdi, & vituli, & equuli, & suculi statim naturali jure dominii fructuarii sunt.* idque & Sabinum & Cassium de fœtu esse opinatos, Ulpianus refert *l.* 68. §. 1. *D. de usufructu.* nec male de ariete Manilius *lib.* 4. *Astronomic. vers.* 128.

In jugulumque dabit fructus, & mille per artes.
Vellera diversos ex se parientia quæstus.

At sicut hæc aliaque pecoris commoda perceptione fructuarii juris fiunt: ita æquum est, eum convenientem pecori adhibere culturam & curam. id facere bonum patremfamilias, cujus exemplo uti fructuarium oportet §. 38. *Inst. de rerum divisione*, non minus res postulat, quam suadent plerique rei rusticæ scriptores. Neque vero refert, utrum sit unius usufructus capitis, an plurium. nam si unius sit capitis usufructus: debet fructuarius id, quamdiu vivit, colere boni viri arbitratu. mortuum domino reparare ne substitutione quidem agnati capitis potest aut debet: non magis, quam servum mortuum, aut domum collapsam. quod enim priori substituitur caput, non est idem quod fuit, sed aliud. nec est hæc conditio dati usufructus: ut fructuarius, extincto quod accepit capite, pro eo aliud domino restituat: sed ut id constante usufructu tueatur, quantum licet: & finito, (quod fit ejus interitu) tantum quod superest, restituat. Sic, si unius capitis sit usufructus. Idem est, si complurium sit, at certorum: nam & tum debet fructuarius illa quamdiu vivent, curare arbitratu boni viri. mortuis autem alia substituere non cogitur *l.* 70. §. 3. *D. de usufructu.* Ut enim sit usufructus complurium capitum, tamen singulorum usufructus est.

est. ac si quæ moriantur capita; ea sic esse desinunt, ut fructuarius ea nec servare, nec restituere possit aut debeat. quod si est: apparet, durare quidem usumfructum superstitum capitum: defunctorum autem finiri: & solum quod ex his superest, domino restitui a fructuario oportere. Hoc, si unius aut certorum capitum sit ususfructus. At si sit armenti aut gregis ex pluribus confecti capitibus, aliud dicendum est *d. l.* 70. §. 3. *l.* 68. §. *ult. D. de usufructu.* constet enim grex ex pluribus, hisque distantibus capitibus; at universa non soluta habentur, sed uno & nomine & corpore continentur *l.* 30. *D. de usurpationibus & usucapionibus*: ita, si quæ moriantur capita, dum tot supersint, quot ad gregem sufficiunt, nihilominus grex est qui ante fuit, aliquot licet minor capitibus. idemque est; si defunctis nova substituantur. nam & tum idem videtur grex qui fuit: ut ut jam aliis constet capitibus, quam ante fuerunt. nimirum, quia eadem manet gregis species, quamvis mutatis partibus. necesse autem est, eamdem putari rem cujus eadem perseverat species, licet aliquibus mutatis partibus vel omnibus. auctor Alfenus *l.* 76. *D. de judiciis.* & argumento esse ait, quod idem appellatur populus qui ab hinc centum annis fuit, ut nemo jam vivat ex illis qui tunc fuerint. item eadem habetur legio ex qua decesserint multi quorum in locum rursus sublecti fuerint alii. eadem quoque existimatur navis adeo sæpe refecta, ut nulla permanserit tabula quæ non esset nova. imo si quis putet, mutatis partibus, aliam fieri rem: ait Alfenus, fore: ut ex ejus ratione nos ipsi non iidem simus futuri qui ab hinc anno fuerimus, propterea quod, ut Philosophi dicunt, ex quibus particulis minimis consistimus, hæ quotidie ex corpore nostro decedunt, aliæque extrinsecus in earum locum accedunt. sit igitur eadem gregis ratio. putemus, quamdiu eadem consistit gregis species, eumdem quoque gregem consistere. ita non possint singula gregis capita a morte servari; nec magis post mortem reparari: tamen quia potest idem servari grex, hoc est, eadem universitas, pereuntibus per temporum spatia ejus capitibus: ideo si gregis ususfructus sit; rationis est, pertinere ad officium fructuarii, curare ac colere non dicam singula gregis capita, sed ipsum in primis gregem; eumque quotannis reficere substitutione agnatorum capitum in locum mortuorum aut inutilium: eaque efficere providentia; ne aut pereat grex, aut minuatur *l.* 68. §. *fin. l.* 70. §. 3. *D. de usufructu:* prout bonum & diligentem patremfamilias quotannis facere præcipit, præter Virgilium *lib.* 3. *Georgic. vers.* 65. *& seqq.* etiam Columella, *De re rustica lib.* 7. *c.* 3. ut commode observavit Cujacius *lib.* 11. *Observ. c.* 36.

Ita est: debet fructuarius habens gregis usumfructum, quotannis admittere gregem, & ex agnatis capitibus in locum defunctorum vel inutilium alia substituere capita. quod si non facit: non utitur grege secundum ejus conditionem; eoque nomine tenetur proprietario *l.* 70. *D. de usufructu.* Hoc, si sint agnata capita ex quibus grex refici & suppleri possit. quid, si non sint? finge, quo tempore editi sunt fœtus non fuisse quod summitteretur: deinde aliqua mori capita. quid dicemus, ex his quæ edentur, an ex his quæ edita sunt, summissurum fructuarium? ait Ulpianus *d. l.* 70. §. 4. pleno grege edita ad fructuarium pertinere: posteriorem gregis casum nocere fructuario. peritissime: nam de officio boni pastoris ad cujus exemplum regere se fructuarium oportet, hac in parte sic scribit Columella *d. c.* 3. *lib.* 7. *De re rustica. Nec committi debet, ut totus grex effœtus senectute dominum destituat: cum præsertim boni pastoris vel prima cura sit annis omnibus in demortuarum vitiosarumque ovium locum totidem vel etiam plura capita substituere: quoniam sæpe frigorum atque biemis sævitia pastorem decipit, & eas oves interimit, quas ille tempore autumni ratus adbuc esse tolerabiles, non summoverat. quo magis etiam propter bos casus, nisi validissima quæ non comprebendatur bieme, novaque progenie repleatur numerus.*

Effectus hujus substitutionis est, quem indicat Pomponius *l.* 69. *D. de usufructu*, ut substituta quidem capita statim domini proprietatis fiant: ea autem in quorum locum facta est substitutio, desinant ejus esse ex natura fructus: nam alioquin quod nascitur, fructuarii est, & cum substituit, definit ejus esse. verba Pomponii ubique sic eduntur. *vel inutilium alia summittere: ut, post substituta, fiant* propria *fructuarii, ne lucro ea res cedat domino. & sicut substituta statim domini fiunt, ita* priora *quoque ex natura fructus desinunt ejus esse.* Ita, ut dixi, passim editur. sed non est improbabilis conjectura V. Cl. Jani a Costa, *ad* §. 38. *Inst. de rerum divisione* legentis, *ut, post substituta, fiant* priora *fructuarii*, quam conjecturam & sequentia juvant, & similis locutio *l.* 18. *D. eod. tit.* Sic, si jam facta sit substitutio. sed quid, si nondum facta sit? quæri potest, cujus interim sit fœtus, donec mortua suppleantur capita? sed ait Ulpianus, Julianum scribere lib. 35. Digestorum, pendere eorum dominium: ut, si summittantur, proprietarii sint: alioquin fructuarii *l.* 70. §. 1. *D. eod. tit.* & recte: summittere enim facti est: & Julianus proprie dicit, dispertire & dividere & divisionem quamdam facere *d. l.* 70. §. *ult.* Secundum quæ, si decesserit fœtus, erit periculum non proprietarii, sed fructuarii. qui & necesse habebit, alios fœtus summittere. unde Gajus Cassius lib. 8. scribit, carnem demortui fœtus ad fructuarium pertinere *d. l.* 70. §. 2.

Caput XVIII.

De cautione a fructuario præstanda ex Edicto Prætoris. id Edictum restitutum, & explicitum.

Descripsi multis omnem ususfructus rationem; iisque ostendi, fructuarium, constante quidem usufructu, re fructuaria quacumque ratione uti frui; modo ea utatur arbitratu boni viri: finito autem usufructu, teneri quod extabit, domino proprietatis restituere. ordo nunc postulat: uti deinde de cautione fructuaria disseram. nam sicut re fructuaria uti frui debet fructuarius, ita oportet dominum de sua proprietate esse securum. proinde æquissimum esse, Prætor existimavit, legato usufructu, de utroque cavere legatarium. Edicti formam ita confinxit V. Cl. Gulielmus Ranchinus ex *l.* 1. *D. Usufructuarius quemadmodum caveat. Si cujus rei ususfructus legatus esse dicatur, usufructuarium se usurum boni viri arbitratu: & cum ususfructus ad eum pertinere desierit, se ei restituturum ad quem ea res pertinebit, satisdare jubebo.* Sic Ranchinus: & probo, quod satisdationis mentionem fecit. nam Prætorem satisdari jussisse, apparet ex *l.* 13. *D. de usufructu*, *l.* 4. *C. eod. tit. & l.* 5. §. 1. *D. Usufructuarius quemadmodum caveat.* quamvis Ulpianus *d. l.* 1. *D. eod. tit.* fa-

faciat mentionem cautionis. Non æque probo, quod simpliciter ait Ranchinus, *se restituturum.* non enim jussit Prætor, caveri de restituenda re, sed de restituendo eo quod extabit *d. l.* 1. Præterea fugit Ranchinum, quod edixit Prætor de pœna non præstitæ satisdationis: quæ pœna est; ut, si non satisdat fructuarius, ei denegetur actio *l.* 13. *D. de usufructu.* Sed & si usus sine fructu legatus erit; voluit Prætor, adempta fructus causa, satisdari *d. l.* 5. §. 1. Nulla igitur erit per me mora: ne Edictum ad hunc concipiatur modum. *Si cujus rei usufructus legatus esse dicetur: jubebo, legatarium satisdare, usurum fruiturum se boni viri arbitratu: & cum ususfructus ad eum pertinere desinet, quod inde extabit restituturum ei ad quem pertinebit, si usus sine fructu legatus erit, adempta fructus causa, satisdari jubebo. si non satisdabit actionem non dabo.* Restitui, ut debui, Edicti formam. nunc sensum dabo.

Ait Prætor. *Si cujus rei ususfructus legatus erit.* Hæc verba, *si cujus rei*, sive si alicujus rei, cum generalia sint, & late pateant; apparet, qualiscumque rei legatus sit ususfructus, sive mobilis, sive immobilis, cautionem a Prætore desiderari *l.* 1. §. 1. *D. Usufructuarius quemadmodum caveat.*

Ait Prætor, *Ususfructus.* igitur si legatus erit alicujus rei ususfructus, de eo satisdari jubet Prætor. idemque est, si usus sine fructu legatus erit. nam & tum adempta fructus causa satisdari, jubet Prætor. hoc merito: ut de solo usu, non etiam de usufructu caveatur *d. l.* 5. §. 1. suadet enim ratio, quod de usufructu proditum, vel in usu observari. ergo & si fructus sine usu obtigerit: (quod aliquando fieri, ostendit Jacobus Cujacius *lib.* 13. *Observ c.* 12. ex *l.* 14. §. *ult. D. de usu & habitatione*) stipulatio locum habebit *d. l.* 5. §. 2. quid, si habitatio, vel operæ hominis vel cujus alterius animalis relictæ fuerint? poterat aliqua esse dubitatio: quia in his neque merus fructus, neque merus usus est. sed Ulpiano visum *d. l.* 5. §. *ult.* hic quoque admittere satisdationem. verba Ulpiani. *Et si habitatio vel operæ hominis, vel cujus alterius animalis relictæ fuerint, stipulatio locum habebit: licet per omnia hæc usumfructum non imitantur.* Sic editur: sed scribendum. *Licet per omnia hæc usum fructumve non imitantur.* ostendi id *Probabilium lib.* 3. *c.* 8. nec jam agam actum.

Potius transibo ad *l.* 6. *D. eod. tit.* in qua vacillat exemplarium fides. Florentiæ exhibet Taurellius. *Idem est & in reditu prædii: sicuti si vindemia legata esset, vel messis: quamvis ex usufructu ea percipiantur. quæ legata morte legatarii ad heredem redeunt.* Alias legitur. *Idem est & in reditu prædii: sicuti si vindemia legata sit vel messis: quamvis ex usufructu ea percipiantur, morteque legatarii, ad heredem redeat.* ita Haloander. sunt præterea conjecturæ Francisci Connani *lib.* 4. *Com. jur. c.* 5. *n.* 3. & Antonii Fabri, *Rationalib.* Sed, mea sententia, constat ratio Florentinæ lectioni. in ea quæritur, si legatus sit fundi reditus, aut vindemia, aut messis: an teneatur legatarius præstare fructuariam cautionem? alius enim est ususfructus prædii, alius reditus, aut messis, aut vindemia. nam ususfructus est jus percipiendi reditum vel messem, vel vindemiam, ex fundo. reditus, messis, vindemia, est quod ex prædii usufructu percipitur. De reditu liquet ex *l.* 38. *D. de usu & usufructu legato.* Messis autem sic apud Justinum accipitur *lib.* 24. *c.* 7. *Prohibiti agrestes oraculis feruntur, messes vinaque villis efferre.* Non igitur videtur Edictum quod de legato usufructu aut usu loquitur, pertinere ad legatum reditus, messis, aut vindemiæ prædii: quia messis, vindemia, reditus, non est jus, ut ususfructus, sed magis est corpus quod ex usufructu percipitur. Paulus tamen putat, Edictum etiam ad tales formulas respicere: eo quod sub his plerumque aut ipse continetur ususfructus, aut jus aliquod usuifructui non dissimile: cum utique talia legata æque ad heredem legatarii morte revertantur, atque ususfructus morte fructuarii.

Ait Prætor, *Legatus erit.* Apparet, eum loqui de legato usufructu. sed utilitas præstandæ cautionis fecit: ut etiam, si fideicommisso, mortis causa donatione, Judicis sententia, vel alia ratione, constituatur, licet Edicti verba deficiant, tamen ex ejus sententia præstanda videatur satisdatio *l.* 1. §. 2. *D. Usufructuarius quemadmodum caveat, l.* 4. *C. de usufructu.* idque est quod Ulpianus *l.* 13. *D. eod. tit.* ait, Julianum scripsisse, *hæc ad omnem usumfructum pertinere.* Præterea monet Ulpianus *l.* 9. § 1. *D. Usufructuarius quemadmodum caveat*, sive ipso jure quis habet usumfructum, sive etiam per tuitionem Prætoris, nihilominus cogendum esse fructuarium, aut cavere, aut actiones suscipere. Et recte: nam si satisdare jubetur qui ipso jure habet usumfructum, quanto magis tenebitur satisdare qui eum habet tantum per tuitionem Prætoris: soliti auxilium unicuique præbere ad juris sui conservationem: nulli in præjudicium disciplinæ. igitur sive ipso jure quis habet usumfructum, sive per tuitionem Prætoris: ait Ulpianus, cogendum esse, cavere aut suscipere actiones quibus acturus adversus eum sit dominus proprietatis: quales actiones sunt rei vindicatio & condictio *l.* 7. *D. eod. tit.* Habet porro, ut hoc addam, fructuarius usumfructum ipso jure: verbi gratia, si ususfructus ei sit in jure cessus: aut a vero rei domino legatus per vindicationem. tuitione Prætoris habet usumfructum is, verbi gratia, cui est traditus ususfructus ab herede, cum esset legatus per damnationem: auctore Paulo *lib.* 3. *Sentent. tit.* 6 §. 17. item si in fundo vectigali, vel superficie, non jure constitutus sit *l.* 1. *D. Quibus modis ususfructus amittitur, l.* 1. §. 6. & 7. *D. de superficiebus*, aut si non legato, sed per fideicommissum *relictus sit l.* 3. *D. Si ususfructus petetur, l.* 29. *D. de usu & usufructu legato.*

Ait porro prætor, *Legatarium satisdare jubebo.* Non ait, cavere, sed satisdare. & est inter utrumque differentia. nam cautio fit non tantum fidejussoribus, sed pignoribus quoque *l.* 1. §. 9. *D. de collatione bonorum.* contra satisdatio desiderat personas intervenientium: pignoribus contenta non est *l.* 7. *D. de stipulationibus Prætoriis.* tenetur igitur legatarius satisdare: id est, (ut Paulus ait, *lib.* 3. *Sentent. tit.* 6. §. 27.) cogitur cavere datis fidejussoribus. sed quid? ait Prætor, *Et usurum fruiturum se boni viri arbitratu: & cum ususfructus ad eum pertinere desinit, restituturum quod inde extabit.* Habet autem stipulatio ista (quod Ulpianus notat *l.* 1. §. 6. *D. Usufructuarius quemadmodum caveat*) duas causas: id est, duas clausulas; ut bene interpretatur Jacobus Cujacius *lib.* 9. *Observ. c.* 39. una est, si quis utatur aliter, quam vir bonus arbitrabitur: altera est de usufructu restituendo. prior statim committetur, quam aliter fuerit usus; & sæpius committetur *d. l.* 1. §. 6. quid porro velit hæc clausula, Usurum fruiturum boni viri arbitratu, in antecessum satis abundeque demonstratum est. Ulpianus *l.* 1. §. 3. *D. eod. tit.* breviter definit. *Viri boni arbitratu perceptum iri usumfructum, hoc est, non deteriorem se causam ususfructus facturum cæteraque facturum quæ in re sua faceret.* Paulus *d. lib.* 3. *tit.* 6. §. 27. ait. *Usufructu legato, de modo utendi cautio a fructuario solet interponi: & ideo perinde omnia se usurum, ac si optimus paterfamilias uteretur, fidejussoribus oblatis*

tis cavere cogetur. Poteſt vero in hanc partem multis impingi modis: nec minus dubitari poſt aliquantum temporis, utrum res deterior facta ſit, an non ſit. igitur recte facient & heres & legatarius, ſi in teſtatum redegerint, qualis res ſit, cum frui incipit legatarius; ut inde apparere poſſit, an & quatenus rem pejorem fecerit legatarius *d. l.* 1. §. 4. Altera clauſula committitur, finito uſufructu *d. l.* 1. §. 6. indiſtincte autem infit Prætor, *Et cum pertinere deſinet.* optime igitur Ulpianus *l.* 3. *D. eod. tit. Omnes*, inquit, *caſus continentur huic ſtipulationi quibus uſusfructus amittitur.* Sic Florentiæ editur. apud Haloandrum eſt, *continentur hac ſtipulatione.* Non male. nec tamen abſurda eſt Florentina lectio: ut jam oſtenderunt Clariſſimi, Eruditiſſimique Viri, Barnabas Briſſonius, *Parergis*, & Carolus Andreas Dukerus, *Animadverſionibus ad Opuſcula varia de Latinitate Juriſconſultorum Veterum pag.* 337. *n.* 2. Committitur igitur poſterior cautionis clauſula, ubi ad aliquem pertinere deſiit uſusfructus, poſtquam ad eum cœpit pertinere. Illud mirere: quod Ulpianus in *d. l.* 3. §. 1. ait uſumfructum poſſe deſinere, ubi numquam cœpit. an enim poteſt deſinere ad aliquem pertinere uſusfructus qui ad eum numquam pertinere cœpit *l.* 208. *D. de regulis juris?* videamus tamen, ne hoc accidat: ſi uſusfructus ſub conditione legatus, ea pendente ſit per errorem, aut per humanitatem traditus. numquam enim fuit uſusfructus, pendente conditione; quamvis traditus. nihilominus interpoſita a legatario cautione de reſtituendo, cum deſierit ad eum pertinere non reſiſtit ratio, quo minus is, deficiente conditione, verbi gratia, ad reſtitutionem perinde teneatur, ac ſi cœpiſſet ad eum pertinere uſusfructus: quamvis ex verborum ſubtilitate non magis deſierit, quam cœperit. Simili modo Seneca *Epiſt.* 23. *in fin. Quidam ante vivere defecerunt, quam inciperent.*

Sequitur in Edicto, *Reſtitutum iri quod inde extabit.* Et notandum: quod non jubet Prætor, proprietarium ſtipulari, ipſam rem dari: (nam rem ſuam dari inutiliter ſtipulatur: cum quod ejus eſt, amplius ejus fieri nequeat) ſed jubet, eum ſtipulari; reſtitutum iri quod inde extabit: quia quod meum eſt, etſi non poſſit mihi dari, mihi tamen reſtitui poteſt *l.* 1. §. *ult. D. Uſufructuarius quemadmodum caveat.* Non magis prætereundum eſt: quod in hanc ſtipulationem tantum venit reſtitutio ejus quod extabit. ſic enim juſſit Prætor: nempe quia fructuario ſit jus terendæ rei attritioni obnoxiæ, ſi ea utatur boni viri arbitratu. ſed & alias poteſt fieri; ut res minuatur ſine culpa fructuarii. bonum igitur factum Prætoris: jubentis, rem reſtitui, non qualis fuit tempore conſtituti uſusfructus; ſed qualis erit tempore finiti *l.* 9. §. 3. *D. eod. tit.* Ait igitur Prætor, *Quod inde extabit.* hac vero appellatione & res fructuaria, & ejus æſtimatio comprehenditur. primum res: ſi extat, & poteſt reſtitui. quid, ſi non poſſit: quia deſiit extare? ſi quidem ſine culpa & mora fructuarii? ceſſat ſtipulatio, neque ex ea agi poteſt *d. l.* 9. §. 3. at ſi fructuarii dolo, aut culpa, aut poſt moram ejus deſiit exſtare: interpretatione quidem Juris exſtat *l.* 91. §. 3. *& 6. D. de verborum obligationibus:* ſed interim non poteſt reſtitui quæ naturaliter non eſt. igitur neceſſitate fit, ut in locum rei ſuccedat æſtimatio ejus *l.* 2. §. 1. *& l.* 5. §. *ult. D. de in litem jurando*, & fructuarius eam præſtans, quod ex re fructuaria extat, præſtare intelligatur. idem dicendum eſt, ſi res non poſſit reſtitui, licet extet: dum apud fructuarium non extet. ſit exemplum in uſucapione rei fructuariæ: quam fructuarius, cum poſſet interpellare lite conteſtata, neglexit interpellare: procul dubio uſucapta ea res, durante uſufructu, eſt fructuarii culpa: ſuſcepit enim in ſe omnem rei curam; eoque cuſtodiam præſtare ei debet *d. l.* 1. §. *ult. & l.* 2. interim, ut dixi, quum poſſet, & teneretur, ceſſavit uſucapionem interrumpere. adhuc extat quidem res; at apud fructuarium non extat; ejus certe culpa factum eſt, ut ab eo reſtitui nequeat. placet igitur, hoc quoque caſu ſtipulationi ineſſe proprietatis æſtimationem *d. l.* 1. §. *ult.* prorſus, ut illa æſtimatio, quia ſuccedit in locum rei fructuariæ, ob id ea ex re ſupereſſe intelligatur. Poſtremo addendum eſt hoc in loco: quod ſatisdatio quam Prætor interponi jubet, continet, dolum malum abeſſe, abfuturumque eſſe. Ad hanc clauſulam alludit Ulpianus *l.* 5. *D. Uſufructuarius quemadmodum caveat* his verbis. *Huic ſtipulationi dolum malum abeſſe abfuturumque eſſe continetur; & cum in rem ſit doli mali mentio concepta, omnium dolum comprehendere videtur, ſucceſſorum, & adoptivi patris.* Ait, *Huic ſtipulationi continetur:* ut in *l.* 3. *D. eod. tit.* quo de paulo ante.

Huc usque dixit Prætor, quemadmodum caveat fructuarius. ſequens locus erit, cui cavere eum oporteat. oſtendit hunc Prætor: cum ait, *Ei ad quem ea res pertinebit.* Is vero eſt proprietarius, heres, verbi gratia. non igitur dubium eſt, quin ei cavere debeat fructuarius *l.* 10. *D. eod. tit.* quod ſi plures ſint domini proprietatis: pro ſua quisque parte ſtipulabitur *l.* 9. §. *ult. D. eod. tit. l.* 13. *D. de uſufructu.* proinde ſi tibi uſusfructus & mihi proprietas legetur: mihi cavendum eſt *l.* 8. *D. Uſufructuarius quemadmodum caveat.* quod ſi mihi proprietas ſit legata ſub conditione: ait Paulus *d. l.* 8. quosdam, ut Marcianum, putare, & heredi & mihi cavendum eſſe, eamque ſententiam veram eſſe. ſcilicet, quia alter eſt dominus, alter futurus ſperatur. Eadem ratione, ſi mihi proprietas legata ſit, & cum ad me pertinere deſierit, alii: & hic utrisque cavendum, ut ſupra placuit. æque ſi duobus conjunctim legatus ſit uſusfructus: facit incertum juris accreſcendi: ut & invicem ſibi cavere debeant fructuarii, & heredi in caſum illum, ſi ad ſocium non pertineat uſusfructus, heredi reddi. ſic Paulus *d. l.* 8. & ad eumdem modum Julianus *l.* 6. §. 1. *D. de uſufructu earum rerum.* Plane, ſi proprietas ſit legata ex die, uſusfructus pure: verius eſt, remittendam fructuario eſſe cautionem: quod certum eſt, proprietatem vel ad eum, vel ad ejus heredem perventuram *l.* 9. §. 2. *D. Uſufructuarius quemadmodum caveat.* Cæterum, ſi heredi cautum ſit de reſtituenda re, finito uſufructu: competit ei, commiſſa ſtipulatione, ex hac cauſa ex ſtipulatu actio: niſi repetitus legato ſit uſusfructus: id eſt, niſi ita ſit legatus, ut teſtator velit, eum quoties amiſſus erit, rurſus legatum *l.* 3. §. 2. *D. eod. tit.* Idem eſt, ſi quis tibi legaverit uſumfructum, & ſub conditione, Si liberos habueris, proprietatem. Nam amiſſo uſufructu, committetur ſtipulatio; ſed exceptio locum habebit *d. l.* 3. §. 3. Quid, ſi heres alienaverit proprietatem, & poſtea amittatur uſusfructus? tum (ut Ulpianus ait *d. l.* 3. §. 4.) fortius dici poteſt, ipſo jure non committi ſtipulationem: quia neque heredi, ſucceſſoribusve ejus reſtitui poteſt; neque is cui poteſt, (id eſt, ad quem pervenit proprietas) pertinet ad ſtipulationem. addit Ulpianus, Sed is ad quem pervenit, tempore quæſiti dominii ſibi proſpicere alia, id eſt, nova ſive propria cautione debet. quod etſi non fecerit, nihilominus in rem actione uti poteſt. vice quoque verſa, ſi fructuarius proprietatem adſecutus fue-

fuerit: definit quidem ufusfructus ad eum pertinere, propter confufionem: fed fi ex ftipulatu cum eo agatur, aut ipfo jure inutiliter agi dicendum eft, fi boni viri arbitrium huc usque porrigitur: aut in factum excipere debet *l.* 4. *D. eod. tit.*

CAPUT XIX.

Fructuario, fi heredi non fatisdet, a Prætore negari actionem de ufufructu, etfi remiffa ei a teftatore fit fatisdatio; nec intereffe inter priorem & pofteriorem ejus claufulam. idem effe, fi remiffa fructuario fatisdatio fit pactione heredis. an deneganda fit actio fructuario non invenienti fidejufforem qui pro eo fatisdet? videri durum: fed effe ferviendum claræ Edicti voluntati. alia.

Deinde ait Prætor, *Si non fatisdabit, actionem ei non dabo.* Oportet igitur fructuarium fatisdare: & fi non fatisdet; eft hæc pœna: quod Prætor ei non dabit actionem *l.* 13. *D. de ufufructu.* funt vero generalia Edicti verba, *Si non fatisdabit.* quacumque igitur ex caufa non fatisdet fructuarius, non dabit ei actionem Prætor. Id citra dubitationem eft, non remiffa a teftatore cautione. Et quid, fi hoc fit? non enim diftinguit Prætor. Atqui pro lege fervatur teftatoris voluntas *l.* 120. *D. de verborum fignificatione.* Nifi legibus, aut bonis moribus, adverfatur *l.* 55. *l.* 112. § *pen. D. de legatis lib.* 1. id vero hoc in cafu obfervatur. nam Prætor jubet, fatisdationem a fructuario præftari. præterea videtur ea remisfio invitare fructuarium ad peccandum in re aliena. fruftra igitur ei remittitur a teftatore cautio: legibus & bonis moribus contrariis. utique quatenus ad priorem ejus claufulam pertinet. nam in hac omnes confentiunt. quod vero ad pofteriorem attinet, plerique contra opinantur: caufati, remiffionem hac in fpecie non adverfari bonis moribus: argumentoque effe, fatisdationem legati aut fideicommiffi fervandi caufa a Prætore introductam: quam teftatoris voluntate jam remitti poffe *l.* 2. & *l.* 4. *C. Ut in poffeffionem legatorum.* quod, fi in ea placuit illa remiffio: quid caufæ effe; ne in noftra quoque recipiatur. ita certe præire Imp. Alexandrum *l.* 7. *C. eod. tit.* verbis fequentibus. *Scire debetis, fideicommiffi [quidem] & legati fatisdationem remitti poffe, Divum Marcum & Divum Commodum conftituiffe. ut autem boni viri arbitratu is cui ufusfructus relictus eft, utatur fruatur, minime fatisdationem remitti teftamento poffe.* Sic Alexander. putant vero plerique, eum Imperatorem negare, teftamento remitti fatisdationem, *Ut boni viri arbitratu is cui ufusfructus relictus eft, utatur fruatur:* verum de fatisdatione, *Cum ufusfructus ad eum pertinere definet, reftituturum quod inde exftabit,* tale nihil dicere. igitur alteram cautionis claufulam teftamento remitti poffe: alteram non poffe. At ea fententia, utcumque probabilis primo adfpectu, mihi fordet: quia in toto Juris Corpore non occurrit locus, in quo teftatori indulgeatur remiffio cautionis, a fructuario præftandæ; five fit quæftio de priore, five de pofteriore ejus claufula. fit igitur utriusque remiffio contra Edictum Prætoris; eoque Regulis Juris peræque infirmatur. Non me urit: quod ex *d. l.* 2. & *d. l.* 4. eft contradictum de remiffione cautionis, legati aut fideicommiffi fervandi gratia. nam ea eft nominatim Divi Marci Conftitutione permiffa: verum ut æque licita effet remiffio fructuariæ cautionis, nulla Principis Conftitutione effectum eft. quod igitur de illa cautione nominatim placuit Divo Marco; abfit, ut ad hanc fine Principis indulgentia a privato Magiftratu, aut Jurisconfulto, porrigatur. Nolo, me fpectes: ipfe fic colligit Imp. Alexander; fi ejus verba in *d. l.* 7. recta putamus via. non enim habenda ea eft pro lege proprie dicta; ut poffit quis argumentari a contrario aut a confequentia: tantum eft Refcriptum ad factum Libello Proculiani, & quorumdam aliorum, ut tum moris erat, Imperatori oblatum. in eo Libello petierat Proculianus fibi & quibusdam aliis, fecundum teftatoris voluntatem, concedi remiffionem fatisdationis, Ufurum fruiturum boni viri arbitratu; id eft, concedi remiffionem fructuariæ cautionis; ficut Divus Marcus & Divus Commodus fideicommiffi & legati fervandi caufa fatisdationem cujus eadem videbatur ratio, jam remitti, paffi effent. Hæc Libelli fumma. quid Imp. Alexander? Scire, inquit, debetis, non procedere argumentum quod facitis a remisfione cautionis legati vel fideicommiffi fervandi gratia ad remiffionem fructuariæ cautionis, quæ eft, Ut boni viri arbitratu is cui ufusfructus relictus eft, utatur fruatur. nam priorem quidem remitti poffe, Divus Marcus & Divus Commodus conftituerunt; (cognito, utile effe, fatisdationes voluntatis defunctorum tuendæ gratia inventas, eorumdem voluntate remitti *d. l.* 2) de pofteriore autem neque illi, neque alii, fimile refcripferunt. poteft igitur fatisdatio legati aut fideicommiffi fervandi caufa in teftamento remitti: quia id Conftitutionibus Divorum Marci & Commodi jufta ratione permittitur. at fatisdatio, Ut boni viri arbitratu is cui ufusfructus relictus eft, utatur fruatur, minime remitti teftamento poteft: quia non placuit Principibus teftatori indulgere remiffionem fructuariæ fatisdationis, magis ad heredis, quam ad ipfius utilitatem, refpicientis. manet igitur hæc fatisdatio fub antiqui Juris Regulis a quibus exempta non eft. Ad liquidum adduxi Alexandrum. Nifi is magis meminit prioris partis fructuariæ cautionis: quam pofterioris de qua nobis lis eft. At quid abfurdum eft. integram cautionis formulam primis ejus verbis indigitari? ufitata Veteribus locutione; fed in præfentia Interpretibus non obfervata. igitur pauca apponam exempla. hoc modo Ulpianus *l. ult. D. Ufufructuarius quemadmodum caveat, Si*, inquit, *vaforum [ipforum] ufusfructus relictus fit, non erit cautio Senatusconfulti neceffaria, fed illa fola, Boni viri arbitratu ufurum fruiturum.* Ulpianus fignificat, relicto vaforum ufufructu, non defiderari cautionem quafi ufusfructus Senatusconfulto inventam: fed fufficere illam cujus initium eft, *Boni viri arbitratu ufurum fruiturum:* quæ eft cautio veri ufusfructus. Similiter in *l.* 13. *D. de ufufructu*, ait, *Si ufusfructus legatus fit, non prius dandam actionem ufufructuario, quam fatisdederit, Se boni viri arbitratu ufurum fruiturum.* Senfus Ulpiani eft, Non prius dandam effe fructuario actionem, quam præftiterit fructuariam cautionem. Mitto Ulpianum. quid Imp. Alexander cujus fententiam quærimus? & ipfe hanc formulam primis defignat ejus verbis *l.* 4. *C. de ufufructu:* fic refcribens. *Ufufructu conftituto, confequens eft, ut fatisdatio boni viri arbitratu præbeatur ab eo ad quem id commodum per-*

pervenit, quod nullam læsionem ex usu proprietati adferet. Alibi quoque evenit: ut a primis Edicti verbis quo actio aut interdictum proponitur, actio aut interdictum appelletur: & exemplum in *l.* 1. *D. Quod legatorum:* in qua Ulpianus, *Hoc,* inquit, *interdictum vulgo* Quod legatorum *appellatur.* Unde: nisi a primis Edicti verbis quæ sunt §. 2. ejusdem loci? Et in *l.* 1. §. 1. *D. Quorum bonorum* infit, *Hoc interdictum* Quorum bonorum *appellatur.* nempe a primis Edicti verbis quæ sunt in principio ejusdem capitis. Sed & certi condictio vocatur actio *Si certum petetur l.* 1. *D. de condictione triticiaria.* Unde: nisi a primis Edicti verbis quibus promissa a Prætore hæc actio fuit?

Satis dictum de remissione fructuariæ cautionis a testatore facta. videamus; an possit fieri pactione heredis aut alterius domini, usumfructum tradentis. Sed non puto. est enim talis pactio adversus leges: quia est adversus formam, usuifructui a Prætore datam: nempe, ne fructuarius in re fructuaria grassetur cum injuria proprietarii. negat autem Prætor *l.* 7. §. 7. *de pactis*, se servaturum pacta adversus leges facta: id est, (ut ad Edictum de pactis & transactionibus pridem ostendam) adversus Jus Civile, aut Prætorium: quo data plerisque rebus est forma a publica utilitate non aliena. Nec magnam moram huic liti facit Tryphoninus *l.* 46. *D. de pactis:* ita scribens. *Pactum inter heredem & legatarium factum, ne ab eo satis accipiatur, cum in Semestribus relata est Constitutio Divi Marci, servari in hoc quoque defuncti voluntatem, validum esse constat: nec a legatario remissa heredi satisdatio per pactionem, ex pœnitentia revocari debet: cum liceat sui juris persecutionem, aut spem futuræ perceptionis deteriorem constituere.* Est enim hæc Tryphonini species diversa a nostra. nempe testator, apud Tryphoninum, legatario reliquit legatum sub conditione aut in diem: & quia non potest legatarius agere ante quam dies veniat, aut conditio existat: interim tenetur heres ex Edicto Prætoris, (cujus mentio in *l.* 1. *D. Ut legatorum aut fideicommissorum servandorum causa*) legatario cavere datis fidejussoribus de legato præstando, veniente die, aut existente conditione. eam igitur cautionem cum peteret legatarius; pactus est heres, ne exigatur. an valet pactum? movet dubium: quod creditur esse adversus jus publicum: volens, legatarium de liberalitate testatoris, veniente die aut existente conditione, esse securum: cum sit e republica, defuncti voluntatem habere exitum. ea certe ratione non potuit testator eam cautionem heredi in testamento remittere. cæterum D. Marcus, intellecto, talem cautionem magis ad privatam testatoris, quam ad publicam utilitatem pertinere, testatori, quod non licebat, permisit *l.* 2. *C. Ut in possessionem legatorum.* sicut igitur D. Marcus permisit, eam cautionem a testatore heredi in testamento remitti: ita patitur, Tryphoninus, eam heredi a legatario pacto convento remitti: volente ratione, licere æque legatario ac testatori, a suo jure sua voluntate recedere: ubi non intercedit res publica. Sic in cautione legatorum servandorum gratia, a qua nolim fieri argumentum ad remissionem cautionis fructuariæ, qua de quærimus: quia putavit Prætor, hanc spectare ad rem publicam. nec circa eam facta umquam est similis alicujus Principis interpretatio: imo vetuit Imperator Alexander *l.* 7. *C. eod. tit.* ab una ad alteram argumentando fieri collectionem: ut supra dixi: ideoque existimem, fructuariam cautionem neque testatoris voluntate, neque heredis pactione, fructuario remitti posse.

Aliud est: si heres, aut alius proprietatis dominus, fructuario tradens rem fructuariam, omittat cautionis exactionem. nam id facti est: ideoque, si eum pœniteat omissæ cautionis, nihilominus poterit rem fructuariam vindicare: & si ei objiciatur exceptio de re tradita ususfructus nomine; poterit replicare. æque licebit ei, si volet, stipulationem condicere *l.* 7. *D. Usufructuarius quemadmodum caveat.*

Igitur jubet Prætor, (huc enim redeundum est) fructuarium satisdare: & si non satisdet: negat, se ei daturum esse actionem. justissime: si possit satisdare fructuarius. sed quid, si non possit: non inveniens fidejussorem qui pro eo satisdet? prope hæreo. facit enim hinc securitas quam dominio proprietatis satisdatione contingere voluit Prætor. inde movet: quod hanc præstare nequit fructuarius; & iniquum videtur, eum a petitione liberalitatis ei factæ arceri propterea, quod ei desit satisdandi facultas *l.* 6. *D. Si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit.* Est tamen is Edicti rigor: ne fructuario vel hoc casu sit actio de usufructu. nam districte ait Prætor *l.* 13. *D. de usufructu*, Si non satisdabit, actionem ei non dabo. apparet igitur, fructuario, etsi ideo non satisdet, quod non inveniat fidejussorem qui pro eo promittat, denegandam esse ex Edicto actionem. At enim nulla impossibilium est obligatio. quis negat? hæc tantum inspectio est, an conditio sub qua Prætor fructuario pollicetur actionem de usufructu, impossibilis sit? sed non est, mea opinione. dicatur difficilis fructuario satisdationis conditio: at non est impossibilis quæ potest natura impleri, nec Jure impeditur. impossibilis appellatur cui natura aut Jus est impedimento, quo minus existat. difficilis contra quæ neque Jure impeditur, & interim difficilem ac pene impossibilem habet existentiam. ita impossibile in re, difficile in persona esse, non minus subtiliter ingenioseque, quam vere definit Venulejus *l.* 137. §. 4. *D. de verborum obligationibus.* verba Venuleji, etsi compluscula sint, apposui, quia digna sunt quæ notentur. *Illud inspiciendum est: an qui centum dari promisit, confestim teneatur; an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre possit? quid ergo, si neque domi habet, neque inveniat creditorem? Sed hæc recedunt ab impedimento naturali, & respiciunt ad facultatem dandi. est autem facultas personæ commodum incommodumque, non rerum quæ promittuntur. & alioquin, si quis Stichum dari spoponderit, quæremus, ubi sit Stichus: aut si non multum referre videatur, Ephesi daturum se, an quod Ephesi sit, cum ipse Romæ sit, dare spondeat. nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet: quia in pecunia & in Sticho illud commune est, quod promissor in præsentia dare non potest. Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet: ne incipiat dici, eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit.* Elegans Venuleji exemplum. æque sequens Pauli *l.* 4. §. 1. *D. de statuliberis. Non est statuliber, cui libertas in tam longum tempus collata est, ut eo tempore is, qui manumissus est, vivere non possit: aut si tam difficilem, imo pene impossibilem conditionem adjecerit, ut aliunde* (Gronovius Pater, V. Cl. De pecunia vetere cap. 5. pag. 81. legit, *illi inde*, probabiliter admodum) *ea libertas contingere non possit; veluti, si heredi millies dedisset: aut cum moreretur, liberum esse jussisset. sic enim libertas inutiliter datur: & ita Julianus scribit: quia nec animus dandæ libertatis est.* Ecce, proponitur servo data libertas sub conditione, si heredi millies dedisset: videtur Paulo conditio, non impossibilis, sed difficilis. recte: quippe cum natura, & jure impleri possit. est igitur difficilis: sed non

non impossibilis, etsi sit pene impossibilis. inter quæ differentiam esse, etiam Ulpianus observat *l.* 55. *D. Familiæ erciscundæ*, & Jacobus Cujacius *lib.* 21. *Observ. c.* 39. proinde ut nil necesse sit, impossibilem impleri conditionem, tamen difficilem & pene impossibilem impleri, quid vetat? Hac ratione datur fructuario a Prætore de usufructu actio, si proprietario satisdet. quod si non facit, cum potest facere, etsi difficulter: ei denegatur a Prætore actio. Volui hic recedere ab hac parte. sed moratur me Callistratus *l.* 6. *D. Si cui plus, quam per Legem Falcidiam licuerit*, quam supra pro contraria attuli parte. verba ejus hæc sunt ex *lib.* 4. *De cognitionibus*, *Cum non facile satisdationem offerre legatarius vel fideicommissarius possit; & futurum sit, ut propter hoc a petitione liberalitatis ex testamento submoveatur: numquid onus satisdationis eis remittendum erit? quod videtur adjuvari Rescripto Divi Commodi in hæc verba: Is cujus ea de re notio est, aditus si compererit, ideo cautionem a te exigi, ut a fideicommissi petitione avertaris, onus satisdationis tibi remitti curabit.* Species. Aliquis petit legatum vel fideicommissum, sibi in testamento relictum. heres dicit, se dubitare; an locum habitura sit lex Falcidia. petit igitur, sibi a legatario satisdari: ut, si apparuerit, eum legati nomine cepisse amplius, quam a Lege Falcidia capere licebit, quanti ea res erit, tantam pecuniam det. sic enim heredi a legatario caveri, jussit Prætor *l.* 1. *D. eod. tit.* quid legatarius? non facile potest, id est, non potest, eam offerre satisdationem. negat igitur heres, esse ei dandam a Prætore adversus se actionem. quæritur, quid Prætorem facere oporteat? futuro sic: ut legatarius, nisi onus satisdationis ei remittatur, propter hoc submoveatur a petitione liberalitatis ex testamento. quod esse durum quis neget? interim (ut alibi loquitur Ulpianus *l.* 12. *D. Qui & a quibus manumissi*) ita scriptum fuit Edictum. nec potest legatario succurrere aut privatus Magistratus, aut Jurisconsultus; ne specie quidem æquitatis, tam certa Edicti voluntate. sed quod non licet Prætori, aut Jurisconsulto, servienti legibus; licet Principi, legibus soluto *l.* 1. *C. de legibus.* id Callistratus indicat *d. l.* 6. ait is, D. Commodum, cum is casus incidisset, rescripsisse in hæc verba. *Is cujus de ea re notio est, aditus si compererit, ideo cautionem a te exigi, ut a fideicommissi petitione avertaris, onus satisdationis remitti tibi curabit.* Unde apparet, Prætorem, quod non potuit facere suo jure, etsi suadente æquitate, potuisse facere ex permissu Principis. Sic illa in specie Callistratus. An idem dicemus in nostra? procul dubio: si in ea quoque intercedat Rescripti auctoritas. at non liquet. servandus igitur est Edicti rigor: etsi humanitas non vetet de temperamento cogitari. Neque ignoro, id aliquando egregie factum esse a Veteribus in *l.* 5. §. 2. *D. de Carboniano Edicto.* Sed in proposito nihil tale usquam occurrit. puto igitur, non esse privatæ interpretationis cui una in hac arte relicta est obsequii gloria, prætextu æquitatis recedere a stricta ratione certa & clara; quamdiu cessat benignitas Principalis. hoc eo minore dicam periculo: cum appareat, Justinianum putasse, adhuc fuisse sibi necesse, in matre circa cautionem hac in parte aliqua specialiter constituere *l.* 6. §. 1. *C. de secundis nuptiis.*

Ait igitur Prætor, *Si non satisdabit, actionem non dabo.* quid, si proprietas alicui legata sit ex die; ususfructus pure? si ad Prætoris verba spectamus: verius est, hunc quoque teneri satisdare: alioquin ei denegari actionem: quia Prætoris verbis non excusatur a cavendi necessitate. sed non fuit ea mens Prætoris: cum enim velit, proprietario consulere præstita cautione; una erit inspectio; utrum heredi, an sibi cavere debeat fructuarius. & quantum ad heredem attinet, is habet quidem proprietatem, sed nihil interest ejus: abitura ab eo post diem proprietate. quantum vero ad fructuarium pertinet; certum est, proprietatem vel ad eum, vel ad heredem ejus, perventuram esse: at sibi promittere, aut a se stipulari, nemo potest. igitur etsi teneatur fructuarius etiam ea in specie satisdare ex Prætoris verbis quibus non excipitur: tamen remittenda ei videtur cautio ex mente & sententia Prætoris *l.* 9. §. 2. *D. Usufructuarius quemadmodum caveat.*

Simile quid observari in patre, qui habet usumfructum in peculio filiifamilias adventitio, jussit Imp. Justinianus *l. ult.* §. 4. *ad fin. C. de bonis quæ liberis*, his verbis. *Hoc procul dubio observando, ut & mancipia ipse usufructuarius alere debeat, & omnia circa usumfructum facere, quæ nullo modo proprietatem possint deteriorem facere: paterna reverentia eum excusante, & a ratiociniis, & a cautionibus, & ab aliis omnibus quæ ab usufructuariis extraneis a legibus exiguntur secundum Constitutionis tenorem, quam super hujusmodi casibus tulimus.* Imp. Justinianus indigitat procul dubio suam Constitutionem quæ est *l.* 6. §. 2. *C. eod. tit.* in qua tamen ea cautio aliis fructuariis incumbens, patri non remittitur manifestis verbis: quamquam latitudine verborum quibus utitur Imperator, satis remissa intelligitur. Sic in patre.

At non is honos habetur matri transeunti ad secunda vota; præsertim in mobilibus *l.* 6. §. 1. *C. de secundis nuptiis:* sicut nec vetere Jure remittebatur ei cautio: relicto ei a marito domus usu, filiis heredibus institutis; etiam cum voluit pater, eos simul habitare cum uxore legataria: ut apparet ex *l.* 11. *D. Usufructuarius quemadmodum caveat.*

CAPUT XX.

De quasi usufructu quantitatum introducto a Senatu: & qua forma?

Hactenus dixi de usufructu rerum in quas cadere potest facultas utendi fruendi salva rerum substantia. quem usumfructum Jure Civili constitui, ait Ulpianus *tit.* 24. §. 26. Deinceps videbo de usufructu rerum quæ in abusu continentur. Eum usumfructum, cum esset Jure Civili incognitus, Senatusconsulto inductum esse, idem refert Ulpianus *d. tit.* §. 27. & *l.* 1. *D. de usufructu earum.* quando autem id factum sit, non est facile dictu. unum liquet, non adscendere ad tempora Ciceronis: in *Topicis* §. 3. nullum adgnoscentis usumfructum rerum quarum abusus sit. sub Tiberio jam viguisse, conjecit Marcus Aurelius Galvanus, V. CL. *De usufructu c.* 3. *num.* 12. & indicio *l.* 5. §. 1. & *l.* 3. *D. eod. tit.* certe altero in loco Senatusconsulti interpres laudatur Massurius Sabinus: quem sub Tiberio floruisse, Pomponius auctor est *l.* 2. §. 47. *D. de origine juris.* in altero proponitur disputatio Nervæ & Cassii: quærentium, an post Senatusconsultum possit legari ususfructus nominum. Cassium porro cum Quartinio sub Tiberio Consulem fuisse, & Nervam patrem quem indigitat *d. l.* 3. Tiberio familiarissimum fuisse, idem Pomponius memorat *d. l.* 2. §. 47. Satis de tempore.

Ve-

Venio ad Senatusconsultum: cujus si Galvano credimus, tantum unum fuit caput: in quo, quod permisit Senatus, legari usumfructum omnium quæ in bonis sunt, nec distinxit, utrum in usu sint, an in abusu, possit etiam eorum quæ in abusu sunt, ususfructus legari. nec hoc nego. etsi nec accedam Galvano, existimanti, remedium quo id fieri posset, a Prudentibus inventum esse. mea sententia, fuerunt duo Senatusconsulti capita. priore censuit Senatus: ut omnium rerum quas in cujusque bonis esse constaret, ususfructus legari posset. id caput extat in *l.* 1. *D. de usu & usufructu legato.* eoque inductum videri, Ulpianus ait *l.* 1. *D. de usufructu earum rerum:* ut earum rerum quæ usu tolluntur vel minuuntur, ususfructus legari possit. altero capite jussit Senatus, legato usufructu earum rerum quæ in abusu continerentur, eas legatario dari ab herede ita, ut ejus fiant: & legatarium vicissim cavere heredi, se, si mortuus aut capite minutus fuerit, tantumdem restituturum esse. Hoc ut opiner, persuadeor testimonio Ulpiani *d. tit.* 24. §. 27. remedium quasi ususfructus non Prudentum interpretationi ex Senatus sententia, sed claris Senatus verbis, imputantis: sic enim scribit. *Senatusconsulto cautum est, ut etiam si earum rerum quæ in abusu continentur, ut puta, vini, olei, tritici, ususfructus legatus sit, legatario res tradantur, cautionibus interpositis de restituendis eis, cum ususfructus ad legatarium pertinere desierit.* Similiter in *l.* 11. *D. de usufructu earum rerum* ait, *Si lanæ alicui ususfructus legatus sit, vel odorum, vel aromatum: nullus videtur ususfructus in istis jure constitutus: sed ad Senatusconsultum erit descendendum quod de cautione eorum loquitur.* Igitur remedium quasi ususfructus non Prudentum disputationi debetur; sed manifestis Senatusconsulti verbis: quæ, ut Ulpianus ait, de cautione loquuntur. Unde *impleta ex Senatusconsulto cautio*, apud Papinianum *l.* 24. *D. de usu & usufructu legato:* & apud Imperatorem §. 2. *Inst. de usufructu*, *Senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum, (nec enim poterat) sed per cautionem quasi usumfructum constituit.* Secundo igitur capite jussit Senatus, legato pecuniæ, verbi gratia, usufructu, eam ab herede sic dari legatario, ut ejus fiat: & eum heredi vicissim cavere de restituenda tanta pecunia, finito usufructu. quo facto, licet adhuc utendo perit pecunia: (non enim potest Senatus pecuniæ naturam mutare) interim tamen heredi cautum est de tanta pecunia restituenda; neque ejus interest, utrum eamdem an similem recipiat. est igitur ei quasi salva substantia quæ revera perit: & cum non sit verus ususfructus Jure Civili, Senatus remedio cautionis quasi usumfructum constituit *d.* §. 2. *Inst. & l.* 2. §. 1. *D. de usufructu earum rerum.* Sic: si legatus sit pecuniæ ususfructus: sed Ulpianus *l.* 10. §. 1. *D. eod. tit.* credidit, etiam, si legatus sit pecuniæ usus, interponendam esse istam stipulationem: præfatus, appellatione usus in hac specie etiam fructum contineri. præterea addit, quosdam velle, hanc stipulationem non interponi ante, quam data fuerit pecunia. ipse autem putat, sive antea, sive postea data sit, tenere stipulationem. Est igitur a Senatu remedio cautionis introductus pecuniæ ususfructus, qui ante non poterat esse Jure Civili: ideoque merito mirere, fuisse quæsitum a Veteribus: an ea cautio fructuario possit a testatore remitti? nam si legat pecuniæ usumfructum, & vetat exigi cautionem: sibi contradicere videtur. non enim ob id legat proprietatem, quod remittit fructuariam cautionem: ut autem posset usumfructum legare, a Senatu factum fuit remedio cautionis. porro remissa cautione, vetat servari formam huic usuifructui a Senatu datam. Quemadmodum tamen legatum cui adjecta sit impossibilis conditio, valet ea detracta: ita si legetur ususfructus pecuniæ, & adjiciatur, Ne eo nomine satisdetur: placet Juliano *l.* 6. *D. Ut in possessionem legatorum*, usumfructum valere: sed cautionis remissionem vitiari; simul legatario permitti, ex Senatusconsulto satisdare, & usumfructum petere. ac secundum hoc etiam Severus & Antoninus rescripserunt *l.* 1. *C. de usufructu.* cæterum ut hoc probo: sic non improbem, quod Papinianus, *l.* 8. *D. de usufructu earum rerum*, cum testator, tribus heredibus institutis, Titio legasset usumfructum quindecim millium, & jussisset, duos ex heredibus pro legatario satisdare: ait, utile esse cautionis quoque legatum: id est, non tantum ususfructus legatum, sed cautionis quoque: nec refragari Senatusconsultum: quia cautio non impediretur, & esse alterum legatum veluti certi, alterum incerti.

Est igitur a Senatu factum remedio cautionis: non ut verus esset pecuniæ ususfructus: sed ut quasi quidam ususfructus haberetur. est enim magna & multiplex inter utrumque differentia. prima est, quod verus ususfructus consistit in corporibus quorum post usum manet salva substantia: quasi ususfructus respicit ad quantitates in quibus salva post usum non est substantia. altera differentia est, quod in vero usufructu numquam transfertur dominium; eo quod res corporalis usum sui præbens salva substantia, potest usum sui præstare, non translato dominio: in quasi usufructu dominium semper transfertur; eo quod quantitas non præbet usum sui, nisi consumatur; nec consumi potest, præterquam a domino. est & tertia differentia, atque ipsa ex superiore profluens. ea differentia est, quod in vero usufructu fructuario competit jus re fructuaria utendi fruendi boni viri arbitratu: in quasi usufructu habet fructuarius jus ea suo arbitrio abutendi. alterum alieno corpori, alterum propriæ quantitati convenit. quarta differentia est, quod fructuarius, finito vero usufructu, non tenetur tantumdem, sed quod ex re superest restituere. contra in quasi usufructu tenetur fructuarius non id quod ex re superest restituere sed tantumdem. alterum enim consequens est rei, præbenti usum salva substantia, & functionem recipienti non in genere, sed in specie: alterum est consequens rei quæ usu consumitur, & functionem habet magis in genere, quam in specie. quinta differentia est, quod in vero usufructu cavet fructuarius, se usurum fruiturum arbitratu boni viri, & finito usufructu restituturum quod ex re fructuaria extabit: in quasi usufructu non hoc cavet fructuarius, neque enim potest; sed finito usufructu, id est, morte aut capitis deminutione, (solis enim his casibus amittitur *l.* 9. *& l.* 10. *D. de usufructu earum rerum*, *l.* 7. §. 1. *D. Usufructuarius quemadmodum caveat*) se tantumdem restituturum esse. Est igitur ingens differentia ususfructus Jure Civili & Senatusconsulto constituti. Nec tamen est, cur aliquis miretur, dici usumfructum qui non per omnia ad usumfructum accedit. nam & actio quasi Serviana simpliciter Serviana appellatur *l.* 18. *D. de pignoribus:* & commode Seneca, *De beneficiis*, *lib.* 5. *c.* 13. *Quædam*, inquit, *etiamsi vera non sint, propter similitudinem eodem vocabulo comprehensa sunt. sic pyxidem & argenteam & auream dicimus. sic illiteratum non ex toto rudem, sed ad literas altiores non perductum. sic qui male vestitum & pannosum vidit, nudum se vidisse dicit.*

CAPUT XXI.

Quo sensu dicatur usufructus Senatusconsulto constitui in rebus quæ usu tolluntur aut minuuntur? Vasorum usufructus pro usufructu rerum mobilium. Vestimentorum usufructus si legetur, legatum intelligi usumfructum verum; non quasi.

Cognita Senatusconsulti forma, pauca addam de rebus in quibus constituatur quasi usufructus: cum possit ambigi, quid in *l.* 1. *D. de usufructu earum rerum* velit Ulpianus: qui ubi dixit, Senatum censuisse, *Ut omnium rerum quas in cujusque patrimonio esse constaret, usufructus legari possit:* mox subjicit, *Quo Senatusconsulto inductum videtur, ut earum rerum quæ* usu tolluntur vel minuuntur, *possit usufructus legari.* Quo enim pertinet id, *quæ usu tolluntur vel minuuntur?* an quis nescit, quod verissime observat Cicero, *Pro Marcello cap.* 4. *Nihil esse opere aut manu factum, quod aliquando non conficiat, & consumat vetustas.* Age vero apud Ovidium, *De Ponto, lib.* 4. *Epist.* 10. *vers.* 5.

Gutta cavat lapidem, consumitur annulus usu,
Et teritur pressa vomer aduncus humo.

Et *lib.* 1. *Epist.* 4. *vers.* 18.

Firma sit illa licet, solvetur in æquore navis,
Quæ numquam liquidis sicca carebit aquis.

Eodem modo Cato, apud Gellium *lib.* XI. *Noct. Attic. c.* 2. *Vita*, inquit, *humana prope uti ferrum est: si exerceas, conteritur: si non exerceas, tamen rubigo interficit. item homines exercendo videmus conteri. si nihil exerceas, inertia atque torpedo plus detrimenti facit, quam exercitio.* Igitur naves, annuli, vomeres, homines, usu teruntur, minuuntur, consumuntur, tolluntur: & possit eorum æque ac quantitatum videri quasi usufructus. Sed hoc neque Senatui, neque Ulpiano, negotium fuit. atque ut negari nequeat, ea corpora æque usu minui & tolli ac quantitates: tamen refert; quod quantitates statim, ac sub usum cadunt, eo minui & tolli videmus: at corpora ita recipiunt usum; ut quoquo tempore quid decedat, non sentiatur. optime Lucretius *lib.* 1. *De rerum natura vers.* 312.

— — — Multis solis redeuntibus annis
Annulus in digito subtertenuatur habendo:
Stillicidi casus lapidem cavat: uncus aratri
Ferreus occulte decrescit vomer in arvis:
Strataque jam volgi pedibus detrita viarum
Saxea conspicimus: tum portas propter ahena
Signa manus dextras ostendunt attenuari
Sæpe salutantum tactu, præterque meantum.
Hæc igitur minui, cum sunt detrita, videmus:
Sed quæ corpora decedant in tempore quoquo
Invida præclusit speciem natura videndi.

Ex Lucretio apparet, corporum, etiam cum usu teruntur, salvam manere substantiam, eoque cum semel sub usum cecidere, adhuc recipere usum. manifestum contra est, quantitates, quatenus sub usum cadunt, ita statim esse desinere: ut cum semel functæ sunt, iterum non recipiant usum. hoc in genere sunt vinum, oleum, frumenta, sunt odores, sunt unguenta quæ Plinius *lib.* 13. *Nat. hist. c.* 3. ait, *illico exspirare & suis mori horis.* idem vel simile est in pecunia numerata: quæ si erogetur, etsi accipienti salva sit, tamen solventi perinde perit, ac si esse statim desinat, ideoque palam minui dicitur in illo Horatii, *lib.* 1. *Sermon. sat.* 1. *vers.* 43.

Quod si comminuas, vilem redigetur ad assem.

adhæc si quæ utendo sic mutentur, ut statim in aliud transeant nomen; (ut fit in lana, vestimento facto) quod dubium est, quin ea quoque usu minui & tolli dicantur? solas igitur quantitates quæ non occulte, nec tempore, sed palam & statim, usu delentur aut mutantur, eoque usum quatenus semel habuere, denuo non accipiunt, Ulpianus *d. l.* 1. usu tolli aut minui significat; earumque legato usufructu, non constitui usumfructum Jure Civili: sed esse descendendum ad Senatusconsultum quod de earum cautione loquitur *d. l.* 11. *D. de usufructu earum rerum.* in corporibus non est ita, ne mobilibus quidem, licet terantur, id est, tempore minuantur. Hoc Ulpianus observat *d. l.* 12. *D. Usufructuarius quemadmodum caveat*, verbis sequentibus. *Si vasorum* [*ipsorum*] *usufructus relictus sit, non erit cautio Senatusconsulti necessaria: sed illa sola, boni viri arbitratu usurum fruiturum. Si igitur tradita sunt fruendi causa, nemo dubitat, non fieri ejus, qui accepit: non enim ideo traduntur, ut dominium recedat ab eo qui tradit, sed ut utatur fruatur legatarius. Ergo cum non fiant fructuarii vasa, vindicari a proprietario possunt, cautione non data. videndum est de condictione, an possit locum habere? & proditum est, neminem rem suam, nisi furi condicere posse.* Sic Ulpianus non minus clare quam ad rem apposite. Tantum addam, quid *vasorum* appellatione comprehendat. puto autem, vasa ab eo sumi, ut sumuntur in illo Livii *lib.* 1. *c.* 24. *Rex facisne me tuum regium nuncium populi Romani Quiritium? vasa comitesque meos?* In quo loco notat Turnebus, *Vasorum* nomine contineri supellectilem. nam vasa significare omne instrumentum, etiam venatorium: & adducit sequentia Gratii verba. *Nec sibi turbam contraxit comitem, nec vasa tenentia late.* Turnebo addam ego hoc Constantini *l.* 22. *C. de administratione tutorum. Quod in veste, margaritis, gemmis, & vasculis, cæteraque supellectile necessarium est.* Jam Seneca *lib.* 1. *De beneficiis c.* 1. *Nomina facturi diligenter in patrimonium & vasa debitoris inquirimus.* Ubi optime Lipsius *vasa* interpretatur instrumentum, supellectilem, & quidquid non est soli. Eodem modo accipit Petrus Pithœus, *Notis ad Tit.* 1. *Collationis legum Mosaicarum & Romanarum*, §. 1. hæc Moysis verba. *Si autem per inimicitiam impulerit eum, vel immiserit super eum aliquod vas ex insidiis.* Possent hæc sufficere. addam tamen hoc ex *l.* 8. *D. de instruct. vel instrum. legat.* quia Ulpiani est. *Vasaque utilia culturæ. quæ sunt aratra, ligones, sarculi, falces putatoriæ, bidentes & si qua similia dici possunt.*

Quod de vasis dixi, simili ratione dicam de vestibus, legato ipsarum usufructu. At enim Tribonianus §. 2. *Inst. de usufructu* vestes inserit numero rerum in quibus quasi usufructus ex Senatusconsulto constituitur: hac ratione, quod usu consumuntur. Sed vereor: ne erret Tribonianus: forte deceptus verbo *minuuntur* quo in *d. l.* 1. *D. de usufructu earum rerum* usus est Ulpianus. nam is eo verbo non est complexus rerum attritionem paulatim incidentem, & interim substantiam post usum linquentem. contra indigitavit minutionem qua res statim, ac sub usum cadunt, delentur. talis minutio apparet in usu quantitatum de quibus dixi. at in vestimentorum usu nulla est. rem confirmat Plinius *lib.* 13. *Nat. histor. c.* 3. his verbis. *Margaritæ gemmæque ad heredem transeunt: vestes prorogant tempus: unguenta illico exspirant, ac suis moriuntur horis.* Non igitur est quasi usufructus vestium, ne quotidianarum quidem, etsi tempore terantur. non enim exspirant statim.

ve-

vestes omnes prorogant tempus, ut jumenta, mancipia, naves, vasa: quæ ut utendo sensim terantur, interim supersunt, & sæpius eumdem recipiunt usum; atque ut nova, ita attrita, vestimenta & mancipia appellantur *l.* 37. *D. de Ædilitio Edicto*, *l.* 6. *D. de rei vindicatione.* Siccine? ne dubita. qui enim habet alicujus usumfructum corporis, quem usumfructum appellamus verum, ejus quod officium est? nisi re fructuaria uti frui boni viri arbitratu: & si finitus erit ususfructus, restituere quod inde extabit. at nec aliud cavere eum oportet, quam usurum fruiturum se boni viri arbitratu; & cum desinet ususfructus ad eum pertinere, restituturum se quod inde exstabit *l.* 1. *D. Usufructuarius quemadmodum caveat.* Hæc est natura veri usufructus Jure Civili constituti. cui quin conveniat vestimentorum ususfructus, vix dubitare licet. potest enim & debet illis uti frui boni viri arbitratu fructuarius: potest etiam finito usufructu, domino quod ex his exstabit, restituere. accedit: quod, legato vestium usufructu, a fructuario exigitur cautio veri ususfructus: non ea quæ Senatusconsulti est. igitur nec domino tenetur fructuarius actione ex stipulatu: si finito usufructu, ei reddat vestem attritam boni viri arbitratu. id liquet hac in formula, *Reddi quod inde exstabit.* idem statuit Ulpianus in illa, *Vestem reddi l.* 9. §. 3. *D. eod. tit.* puto, quia est animus vestem utendam fruendam dantis, ut fructuarius eam terat boni viri arbitratu, inani illi futuro jure utendi fruendi re attritioni obnoxia; nisi accipiat facultatem eam terendi boni viri arbitratu. videtur igitur heres stipulatus, vestem reddi finito usufructu, stipulari quod ex veste exstabit. ac si hoc est: apparet, vestimentorum & cæterorum corporum Ulpiano parem esse usumfructum: pari utrimque cautione, pari utendi fruendi forma, & a quantitatis usufructu diversa. Ipse hanc expresserat Ulpianus *l.* 15. §. 4. *D. de usufructu.* sed alii ad hunc modum deformarunt. *Et si vestimentorum ususfructus legatus sit, non sicut quantitatis ususfructus legetur, dicendum est, ita uti eum debere, ne abutatur. nec tamen locaturum, quia ita vir bonus non uteretur. Proinde & si scænicæ vestis ususfructus legetur, vel aulæi, vel alterius apparatus: alibi quam in scæna non utetur. Sed an & locare possit videndum est? Et puto locaturum, & licet testator commodare, non locare solitus fuerit, tamen ipsum fructuarium locaturum tam scænicam, quam funebrem vestem.* Ita editur Florentiæ. Emendo nulla mutatione: ad Sigla respicientibus. *Et si vestimentorum ususfructus legatus sit, non sicut quantitatis usufructu legato, dicendum est.* & reliqua. Scripserat Ulpianus, *non sicut quantitatis uf. lg. dicendum est.* His Siglis uterque indicabatur sermo, *usufructu legato* & *ususfructus legetur.* auctores Valerius Probus, & Magno; scribentes, Nota hac VF. *usumfructum*, ista LG. *legatum* aut *legavit*, denotari. ita cum ambigua esset Siglorum ratio: miramur, Librarium errasse & alterum pro altero subjecisse? Longius a Florentina scriptura Haloandri editio: sed prope a meo sensu. *Et si vestimentorum ususfructus legatus sit, non quemadmodum si quantitatis ususfructus legetur.* & sequentia. Ut tamen propius accederem ad Florentinam scripturam: malui. *non sicut quantitatis usufructu legato.* a qua lectione etiam stant Græci, *lib.* 16. *Basilic. tit.* 1. sic vertentes, Fabroto interprete. *Qui vestis usumfructum habet, non sic ea abutitur, ut nummis quorum ususfructus legatus est, nec ipsam locat.* Possis forte & ita restituere, *non SIcut quantitatis ususfructus legetur*, & cætera: ut perinde sit, ac si scriptum esset, *non sicut si quantitatis ususfructus legetur.* Ac nescio, an simile quid occurrat in *l.* 11. *D. Quemadmodum servitutes amittuntur*, in qua Florentiæ editur. *Is cui via vel actus debebatur, ut vehiculi certo genere uteretur, alio genere fuerat usus: videamus, ne amiserit servitutem? & alia sit ejus conditio qui amplius oneris, quam licuit, vexerit, magisque hic plus, quam aliud egisse videatur: sicuti latiore itinere usus esset, aut si plura jumenta egerit, quam licuit.* Sic Florentiæ editur. sed conjicio. *SIcuti latiore itinere usus esset. &c.* & expono, *sicuti si latiore itinere usus esset.* quod res postulat, & in aliis libris exhibetur. Sed de scriptura satis. restat, ut sensum investigemus. is sensus est. Si vestimentorum ususfructus legatus sit: esse aliud dicendum, quam si quantitatis ususfructus legetur. nam quantitatem quidem fructuario dari ita, ut ejus fiat; & ea pro arbitrio suo abutatur. at vestes fructuario non sic dari, ut ejus fiant; neque ut his arbitrio suo abutatur: sed ut his utatur sic, ut vir bonus iis uteretur. an ergo locabit vestes fructuarius? possit alicui videri: eo quod fructuario competit rei fructuariæ locatio. sed non placet Ulpiano, locaturum vestes. quia vir bonus aliis non locaret vestes. debet autem fructuarius vestibus non sic, ut ipsi videtur, uti frui pro suo commodo: sed ut vir bonus his usurus fruiturus esset. proinde si sit scænicæ vestis ususfructus: oportet fructuarium veste ad scænam comparata, ad scænam uti. quod si ad alium usum adhibet, magis abuti ea, quam uti, videtur. Si tamen ad scænam adhibet: adhuc quæritur; utrum tantum per se uti frui debeat; an etiam per alium cui eam aut commodet, aut locet? sed putat Ulpianus, etiam alii locaturum talem vestem: neque referre; utrum eam commodare soleat testator, an locare: neutro a ratione boni viri abhorrente. De commodato testis Seneca, *Consolatione ad Marciam cap.* 10. *Alieni*, inquiens, *commodatique apparatus sunt. nihil horum dono datur: collaticiis & ad dominos redituris instrumentis scæna adornatur. alia ex his primo die, alia secundo referentur: pauca usque ad finem perseverabunt.* Dedi Ulpiani sensum: simul ostendi, esse verum qualiumcumque vestium usumfructum: nullo discrimine, utrum sint quotidianæ, an scænicæ: in eoque esse aliud dicendum, quam si legatus sit ususfructus quantitatis.

Sunt hæc certa, mea opinione. At te moratur reverentia Imp. Justiniani §. 2. *Inst. de usufructu:* palam attestantis, vestimenta ipso usu consumi; ideoque eorum quasi usumfructum esse. atque ego non dubito; quin potuerit Imp. Justinianus in vestimentorum usufructu, aliquod quærentibus temperamentum, pro faciliore expeditione, legislatoria uti potestate: sicut in *l.* 6. §. 1. *C. de secundis nuptiis* ea usi sunt Impp. Leo & Anthemius circa usumfructum rerum mobilium mulieris ad secunda vota transeuntis, in liberalitate prioris mariti. At in *d.* §. 2. non hoc agit Justinianus. contra disputat, an vestimenta utendo consumantur, itemque quis sit Veteris Jurisprudentiæ usus circa eorum usumfructum. utraque res facti est: non magis a Principis, quam a cujusque privati hominis fide atque auctoritate pendens. igitur dabis mihi veniam: existimanti, lapsum errore esse Imperatorem in re facti. apage. utinam solus hic argui posset ejus error. sed ego hominem esse, aliquoties deprehendi: possemque plura adferre exempla: nisi unum sufficeret ex *Nov.* 78. *c.* 5. ubi sic scribit is Imperator. *Antoninus Pius cognominatus (ex quo etiam ad nos appellatio hæc pervenit) jus Romanæ civitatis prius ab unoquoque subditorum petitus, & taliter ex iis qui vocantur peregrini, ad Romanam ingenuitatem deducens, hoc ille om-*

nibus in commune subjectis donavit. Sic quidem Justinianus. sed errat in re facti: nec ad rem pertinet tanti majestas nominis: palam refellentibus eum Dionis Coccejani Excerptis ex Collectaneis Constantini Augusti Porphyrogenetæ editis ab Henrico Valesio, Parisiis A. MDCXXXIV. pag. 744. quæ hoc acceptum ferunt Antonino Caracallæ, nec tamen ejus benignitati, ut indicare videtur Justinianus, sed ejus avaritiæ & studio onerandi peregrinos vectigalibus a quibus immunes erant. primus id animadvertit Valesius in Notis ad eum locum: mox annotavit Claudius Salmasius, *De modo usurarum, c.* 19. *pag.* 854. *& seqq.* etiam Rupertus *ad Enchiridion Pomponii, De origine juris, c.* 1. *pag.* 17. *&* 18. & novissime Ezechiel Spanhemius erudito tractatu cui nomen est *Orbis Romanus*, plenissime tradidit. verba Dionis si quis desideret, apposui ex versione Valesii: sunt autem hæc. *Postremo præter vectigalia tum alia quæ ab ipso primum reperta sunt, tum vectigal decimæ, quam pro vicesima constituit, tam eorum qui manumitterentur, quam hereditatum ac legatorum: cum succedendi jus & immunitates omnes quæ proximis defunctorum ac genere conjunctissimis concessæ legibus erant, sustulisset. cujus rei causa etiam omnibus qui in orbe Romano erant, civitatem dedit: specie quidem ipsa eis honorem tribuens, sed revera, ut fiscum suum augeret: quippe cum peregrini pleraque horum vectigalium non penderent.*

Dixi de pulchra & nobili quæstione quod mihi videtur. Nec tamen dissimulabo, aliis, ut servent Tribonianum, placere, interesse; utrum legatus sit ususfructus vestimenti ut corporis, an ut quantitatis; & illo casu verum, hoc quasi usumfructum legatum intelligi: idque juvari ab Ulpiano *d. l.* 15. §. 4. Sed hanc sententiam dudum refutavi *lib.* 2. *Probabilium c.* 4. *ad finem.*

CAPUT XXII.

De usufructu jurium, id est, servitutum & nominum.

Ex hactenus dictis liquet, omnium quæ in bonis sunt, usumfructum legari posse ex Senatusconsulto. An & jurium: ut servitutum, itineris, actus, viæ, aquæductus? Ea quæstio est *l.* 1. *D. de usu & usufructu legato*: cujus apponam verba, ut explicem. verba sunt. *Nec usus, nec ususfructus itineris, actus, viæ, aquæductus legari potest; quia servitus servitutis esse non potest. Nec erit utile ex Senatusconsulto, quo cavetur, ut omnium quæ in bonis sint, ususfructus legari possit, quia id neque ex bonis, neque extra bona sit. sed incerti actio erit cum herede, ut legatario, quamdiu vixerit, eundi, agendi, ducendi facultatem præstet, & ut ea servitus constituatur sub hac cautione, ut si decesserit legatarius vel capite deminutus ex magna causa fuerit, restituatur.* Quæstio est; possitne legari usus vel ususfructus itineris, actus, viæ, aquæve ductus? In ea quæstione Paulus, quod ostendit Inscriptio præferens ejus *librum tertium ad Sabinum*, primum proponit & fulcit Sabini sententiam: deinde eam in Notis refellit. Ea sententia est, Servitutis usum aut fructum inutiliter legari. Quæso, quamobrem? quia servitus servitutis esse non potest, prohibente regula. nam ususfructus: ut cæteræ servitutes, est jus in corpore *l.* 2. *D. de usufructu:* at servitus non est corpus, sed corporis qualitas *l.* 86. *D. de verborum significatione;* tantumque jure intelligitur: cum naturaliter non sit. Hæc causa. huic subjicitur Sabini objectio solutioque. Sensus objectionis est, Senatus voluit, *legari usumfructum omnium quæ in bonis sunt.* igitur etiam itineris, actus, viæ, aquæductus: est enim iter, actus, via & aquæductus in bonis. Illa objectio. Solutio talis est, Senatus cavit de omnibus quæ in bonis sunt: at id neque in bonis est, neque extra bona. Ut hoc intelligatur; primum monebo, fuisse ex Veteribus qui res incorporales accenserent magis his quæ non sunt, quam quæ sunt. hoc ex numero Cicero in *Topicis* §. 5. sic scribit. *Definitionum duo sunt genera prima. unum earum rerum quæ sunt, alterum earum rerum quæ intelliguntur. Esse ea dico, quæ cerni tangive possunt, ut fundum, ædes, parietem, stillicidium, mancipium, pecudem, supellectilem, penus, & cætera. Non esse rursus ea dico, quæ tangi demonstrarive non possunt, ut si usucapionem, si tutelam, si gentem, si agnationem definias, quarum rerum nullum subest quasi corpus; est tamen quædam conformatio insignita, & impressa intelligentia, quam notionem voco.* Ex his verbis apparet, Ciceronem res incorporales annumerasse his quæ non sunt. itaque, ut eo redeam; putem; illud Sabini, Servitutem neque in bonis, neque extra bona esse, perinde accipi oportere, ac si sic diceret, Servitus est ex his quæ non sunt, & ideo non pertinet ad Senatusconsultum, ut quasi in bonis sit, usumfructum recipiat. Hoc Livio, licet, credas: qui agens *lib.* 30. *c.* 37. de legibus a Scipione datis paci Carthaginiensi, fuisse, inquit, in his conventum sensu simili, Bellum *neve in Africa, neve extra Africam* injussu populi Romani gererent: pro nusquam. Contra ait Seneca, *lib.* 1. *Quæstion. natural. in præfat.* Deum opus suum & extra & intus tenere; significans, Deum (ut utar verbis Minucii Felicis *in Octavio*) ubique operi suo & proximum & infusum esse. Verba Senecæ. *Quid est Deus? Quod vides totum, & quod non vides totum. Sic demum magnitudo sua illi redditur, quia nihil majus excogitari potest, si solus est omnia, opus suum & extra & intus tenet.* Unde apparet, quis sit sensus ejus solutionis, *Servitus neque in bonis, neque extra bona est.* Possis eam & sic interpretari: Servitus non est in bonis, quia jus est, substantiam vero naturaliter non habet, neque accidentia: nec extra bona, quia animo concipitur, atque ab eo, licet substantiam non habet, tamen imaginem sumit. ita ambiguæ qualitatis est; verendumque, ut bonis accenseri debeat, & adversus regulam Juris ex Senatusconsulto usum fructumve recipere. Hoc ut censeam, impellit me similis locutio apud Tacitum *lib.* 1. *Histor. c.* 40. ubi enarrans finem Galbæ, ait, sub eum finem *neque tumultum fuisse, neque quietem;* id est, inter utrumque medium quid & dubium. Similiter Ulpianus *l.* 7. §. 1. *D. de administratione tutorum. Debuit tutor partibus suis fungi, non quidem præcipiti festinatione, sed nec moratoria cunctatione.* Item Livius, sed plenius *lib.* 8. *c.* 13. *Jam Latio is status erat rerum, ut* neque bellum, neque pacem *pati possent. ad bellum opes deërant: pacem ob agri adempti dolorem aspernabantur.* mediis consiliis *standum videbatur.* Apulejus quoque *lib.* 1. *De philosophia.* Verba Apuleji. *Materiam Plato neque corpoream, sed neque sane incorpoream esse concedit. ideo autem non putat corpus, quod omne corpus specie qualicunque non careat: sine corpore vero esse non potest dicere, quia nihil incorporale corpus exhibeat, sed vi & ratione eam sibi videri corpoream: atque ideo nec actu solo, neque tamen sola opinione cogitationis intelligi: namque corpora propter insignem evidentiam sui simili judicio cognosci: sed quæ substan-*

ſtantiam non habent corpoream, cogitationibus ea videri; unde adulterata opinione ambiguam materiæ hujus intelligi qualitatem. Hæc de Sabino. At Paulus? in aliam diſcedit partem, in Notis ad Sabinum ſic ſcribens. *Sed incerti actio erit cum herede, ut:* & reliqua. Paulus ſignificat, etſi tale legatum non valeat ex Sabini ſententia: eſſe tamen legatario dandam ex teſtamento actionem incerti: ut heres, quamdiu vixerit legatarius, ei præſtet eundi, ducendi facultatem & ea ſervitus conſtituatur ſub hac cautione; ut, ſi deceſſerit, vel capite deminutus ex magna cauſa fuerit, reſtituatur. Ita Paulus. qua cauſa, non addit: ſed puto, duplex fuit. una, quod animadverteret, eam regulam (ut alibi oſtendi) non usquequaque obſervari moribus populi Romani. altera cauſa fuit, quod ſervitus, quæ Jure civili ſuſtinetur, utique videtur eſſe, & rerum natura comprehendi; licet alioquin careat ſubſtantia. Sed hæc intelligitur ex Seneca: cujus de ſimilibus rebus verba hæc ſunt *Epiſt. ad Lucilium* 58. *In rerum natura quædam ſunt, quædam non ſunt. Et hæc autem quæ non ſunt, rerum natura complectitur, quæ animo ſuccurrunt, tanquam centauri, gigantes, & quidquid aliud falſa cogitatione formatum habere aliquam imaginem cœpit, quamvis non habeat ſubſtantiam.*

Similis quæſtio eſt de nominibus, legato eorum uſufructu *l.* 3. & 4. *D. de uſufructu earum rerum.* Verba *l.* 3. *Poſt quod omnium rerum uſusfructus legari poterit. An & nominum? Nerva negavit: ſed eſt verius, quod Caſſius & Proculus exiſtimant, poſſe legari. Idem tamen Nerva, ipſi quoque debitori poſſe uſumfructum legari ſcribit, & remittendas ei uſuras.* verba *l.* 4. *Ergo cautio etiam ab hoc exigenda erit.* Quæſtio eſt, an poſt Senatusconſultum legari poſſit uſusfructus nominum? ait Ulpianus, Nervam negaſſe. puto, quia nominis appellatione continetur actio *l.* 44. §. 6. *D. de legatis lib.* 1. *l.* 59. *D. de legatis lib.* 3. actio porro juribus, id eſt, rebus incorporalibus, annumeratur. non enim videri neque tangi poteſt; denique, nihil eſt; niſi fictio animi. Seneca *lib.* 7. *De Benefic. c.* 10. *Video iſta diplomata, & ſyngraphas, & cautiones, vacua habendi ſimulacbra, umbras quaſdam avaritiæ laborantis, per quas decipiant animum, inanium opinione gaudentem. Quid enim iſta ſunt? quid fœnus, & kalendarium, & uſura, niſi humanæ cupiditatis extra naturam quæſita nomina:* Et poſt. *Quid ſunt iſtæ tabulæ, quid computationes & vænale tempus & ſanguinolentæ centeſimæ? voluntaria mala ex conſtitutione noſtra pendentia, in quibus nihil eſt, quod ſubjici oculis, quod teneri manu poſſit, inanis avaritiæ ſomnia.* Si igitur proprie non exiſtunt nomina: non poſſunt in bonis, aut extra bona videri. Ita Nervæ ſedebat: utique, ſi uſusfructus nominis legetur, alii, quam debitori. cæterum, ſi debitori legetur, contra exiſtimabat: quaſi ei jam non tam legari videatur uſusfructus actionis: quam ei remitti uſura ejus quod debet. prorſus, ut ſi ab herede conveniatur, ſe tueri poſſit exceptione, Extra quam ſi ea pecunia utatur ſecundum voluntatem teſtatoris; non refragante Senatusconſulto. Sic Nerva. Sed verior viſa eſt ſententia Proculi & Caſſii, exiſtimantium, nominum uſumfructum legari poſſe non tantum debitori, ſed & cuicumque alii: quia placuit, omnium quæ in bonis ſunt, uſumfructum legari poſſe; bonorum autem appellatione non tantum corpora, ſed & actiones & nomina continentur *l.* 49. *D. de verborum ſignificatione:* quia quamquam re vera non ſint, tamen quatenus cogitatione & jure finguntur, eſſe intelliguntur. valet igitur legatum uſusfructus nominum: ſed adhibito remedio cautionis *d. l.* 3. & 4. ſcilicet de pretio nominis finito uſufructu reſtituendo.

Caput XXIII.

De uſufructu omnium bonorum vel partis bonorum.

Sed non tantum ſingularum rerum, verum etiam plurium, id eſt, partis bonorum, uſusfructus legari poteſt; ut Ulpianus refert in *Fragm. tit.* 24. §. 26. &, ſi non ſpecialiter facta ſit partis mentio; ait, dimidiam partem bonorum contineri *l.* 43. *D. de uſufructu.* amplius poteſt etiam omnium bonorum legari uſusfructus. *l.* 29. *D. eod. tit.* nam Lex Duodecim Tabularum juſſit ſine fine & modo, uti paterfamilias de pecunia ſua legaſſit, ita jus eſſe *l.* 120. *D. de verborum ſignificatione.* neque hoc mutavit Lex Falcidia. quamquam voluit, obſervari; ne heredes minus habeant, quam quartam partem hereditatis *l.* 1. *D. Ad legem Falcidiam.* eum enim modum ſi excedat teſtator, legans ultra dodrantem: Falcidia legatum non fecit inutile: ſed permiſit heredi, de legato quartam detrahere *l.* 73. §. 5. *D. eod. tit.* Eo igitur ſenſu Ulpianus *d. l.* 29. ait, *Omnium bonorum* uſumfructum poſſe legari; niſi excedat dodrantis æſtimationem.

Illud quæri poteſt, quid eo legato contineatur. & ſi quidem ad Jus Civile reſpicimus: verius eſt, quod de ſuis temporibus atteſtatur Cicero, *Topicis* § 3. omnium dumtaxat rerum quarum ſalva ſubſtantia, utendi fruendi poteſt eſſe facultas, legatum eſſe uſumfructum. at poſt Senatusconſultum quo placuit, omnium quæ in bonis ſunt, uſumfructum legari poſſe, uti ſuo loco vidimus, deinde nulla res eſt quæ non cadat in uſusfructus legatum *l.* 69. *D. Ad legem Falcidiam:* ſive ſint corpora, immobilia, mobilia vel ſeſe moventia; ſive ſint quantitates quæ pondere, numero, menſura, æſtimantur; ſive in jure conſiſtant, ut nomina. hoc Scævola *l.* 37. *D. de uſu & uſufructu legato. Uxori meæ uſumfructum lego bonorum meorum, usque dum filia mea annos impleat octodecim. Quæſitum eſt, an prædiorum tam ruſticorum, quam urbanorum, & mancipiorum, & ſupellectilis, itemque kalendarii uſusfructus ad uxorem pertineat? Reſpondit, ſecundum ea quæ proponerentur, omnium pertinere.* Sic Scævola: per uſumfructum kalendarii intelligens uſuras nominum: id eſt, uſuras ſortium quas aliis collocavit defunctus. eſt enim kalendarium liber in quo deſcriptæ uſuræ, ſingulis kalendis exigendæ ſolvendæque, pro more Veterum quo de egi *lib.* 2. *De fœnore & uſuris cap.* 1. Putemus igitur, legato omnium bonorum uſufructu, non modo omnium corporum & quantitatum, ſed amplius etiam rerum incorporalium, ut kalendarii, ſive nominum, & actionum, uſumfructum comprehendi. & tamen hoc ita exaudiendum eſt: ut eae contineantur actiones quas adverſus alios habebat defunctus *l.* 24. *D. eod. tit. l.* 1. *C. de uſufructu.* nam hæ demum veniunt appellatione bonorum ejus *l.* 49. *D. de verborum ſignificatione.* ſolæ quoque hæ habent utilitatem qua uſusfructus æſtimatur. cæteræ quibus aliis tenebatur defunctus, non ſunt in ejus, ſed in creditoris bonis. ita non poteſt harum, niſi deſipimus, legatus videri uſusfructus, legato a defuncto ſuorum bonorum uſufructu. præterea tenetur heres de defuncti ære alieno;

no: legatarius de eo non tenetur: ut ut maxime ei hereditas, aut bona, aut pars legetur: ut bene observavit V. Cl. Antonius Muretus, *Observ. jur. lib. sing. c.* 13. quamquam quia bona non dicuntur, nisi deducto ære alieno: (ut optime Paulus *l.* 39. *D. eod. tit.* & ante eum Quintilianus *Declam.* 273.) non est a ratione alienum, eum cui legatus sit omnium bonorum ususfructus, non aliorum, quam quæ deducto ære alieno supersunt, usumfructum habere *l.* 69. *D. Ad legem Falcidiam.* Ita: si testator legaverit usumfructum *bonorum.*

Sed quid, si dixerit, se *rerum* usumfructum legare? ut in *l. unic. C. Si secundo nupserit mulier cui maritus usumfructum reliquerit.* eam quæstionem sic tractat Venulejus in *l. ult. D. de usu & usufructu legato.* *Nihil interest, utrum bonorum quis, an rerum tertiæ partis usumfructum legaverit. nam si bonorum ususfructus legabitur, etiam æs alienum ex bonis deducetur: & quod in actionibus erit, computabitur. at si certarum rerum ususfructus legatus erit, non idem observabitur.* Sic Venulejus: sed vitiose procul dubio. si enim stemus verbis: caret sensu, quocumque ea vertas modo. quamquam qua ratione emendari eum oporteat, difficile dictu est. Esse scio, qui pro *Nihil interest*, quomodo Florentiæ editur, scribendum putent, *Non nihil interest*, vel *multum interest.* Sed neutra emendatio sufficit tollendo malo. sive enim legas, *multum interesse*, sive *non nihil interesse*, sive *nihil interesse*: adhuc ambigi possit, in quo videatur Venulejus facere, aut non facere differentiam inter legatum ususfructus bonorum & legatum ususfructus rerum: alterum tamen est quod demonstrandum sibi proposuit. Accedit, quod in fine capitis, *At si*, inquit, *certarum rerum ususfructus legatus erit, non idem observabitur:* nec apparet, cur ibi loquatur de usufructu *certarum rerum*: cum ante non meminerit ususfructus *certarum rerum*; sed ususfructus *bonorum*, & *rerum.* idque Accursius sensit; cum ait, a Jureconsulto in fine variari casum quem initio posuerat. Postremo quæri video; cur in principio capitis magis fiat mentio ususfructus tertiæ, quam dimidiæ, aut alterius, partis rerum. igitur ut tollatur scrupulus, & simul principio respondeat finis, sunt qui sic scribant. *Multum interest, utrum bonorum quis, an rerum certarum usumfructum legaverit.* Quæ si placet lectio; non intercedo. nam & plana omnia facit: & nihil habeo quod in ea improbem tamquam abhorrens a Civili Jure. Etsi si quis retinere malit Florentinam lectionem, *Nihil interest*, item sequentem, *Utrum bonorum quis, an rerum tertiæ partis usumfructum legaverit*; nec ei repugnem: quia nec in illa reperio quid absurdi. imo habuit hæc legati ususfructus species elegantem usum & frequentem Jure vetere: quo aliquando potuerunt vir & uxor inter se solidum capere, sed plerumque tantum decimam, & præter hanc usumfructum tertiæ partis bonorum: auctore Ulpiano in *Fragm. tit.* 15. & 16. & extat talis casus apud Scævolam *l.* 48. *D. de usuris*, & Javolenum *l.* 10. *D. de præscriptis verbis.* Quid igitur est? etsi pro, *rerum tertiæ partis usumfructum*, non male scribi possit, *rerum certarum usumfructum*, quod visum Doctis viris: tamen nulla est necessitas mutandi scripturam a qua neque ratio, neque Veterum usus abhorret, & quam constanter servant manu scripti codices.

Probabilius conjecerim, latere vitium in versu, *Et quod in actionibus erit:* in illo enim deësse verba, *si rerum:* quibus adjectis legendum. *Nihil interest, utrum* bonorum *quis, an* rerum *tertiæ partis usumfructum legaverit. nam si* bonorum *ususfructus legabitur, etiam æs alienum deducetur: & si* rerum, *quod in actionibus erit, computabitur. at si* certarum rerum *ususfructus legatus* erit, *non idem observabitur.* Species talis est. Vir uxori legavit usumfructum tertiæ partis *bonorum*; aut usumfructum tertiæ partis *rerum.* Quæritur, num intersit, utrum dixerit, usumfructum tertiæ *bonorum*, an usumfructum tertiæ partis *rerum?* Quærendi causa est: quod si bonorum usumfructum legavit, possit videri, tam quod ipse debet, quam quod ei debetur, legato comprehendisse: quia bona in multis, ac præsertim cum universitate æstimantur, non tantum commoda, sed incommoda quoque significant: ut apparet ex *l.* 1. & *l.* 3. *D. de bonorum possessionibus*, *item l.* 2. & 3. *D. de sententiam passis & restitutis.* At non ita fuerit; si legare se *rerum* usumfructum testator dixerit. primum, quia æris alieni personalis actio non rem, id est, fundum, verbi gratia, sed heredem sequitur *l.* 1. §. 16. *D. Ad Senatusconsultum Trebellianum.* deinde vereri quis possit, ne actiones quoque quæ defuncti fuerint adversus alios, eo legato non contineantur: quia in rebus non computantur actiones *l.* 92. *pr.* & §. 1. *D. de legatis lib.* 3. & *d. l.* 1. §. 16. *D. Ad Senatusconsultum Trebellianum*; licet in bonis maxime numerentur *l.* 49. *D. de verborum significatione.* Habes quærendi causam. sequitur Venuleji definitio. in qua ne quem turbet disputandi forma, observandus est mos Veterum: ea attingentium, de quibus posset ambigi: cætera quæ non procul certo essent, relinquentium tacito lectoris intellectui. Sed hoc in præsentiarum ostendet tenor loci. Ait Venulejus. *Nihil interesse, utrum quis* bonorum, *an* rerum *tertiæ partis usumfructum legaverit.* Et addit rationem. *Nam si* bonorum *ususfructus legabitur, etiam æs alienum deducetur.* Significat Venulejus, si vir uxori, verbi gratia legat usumfructum tertiæ partis *bonorum*, uxori quidem actionum quæ defuncto adversus alios competierint, usumfructum deberi: quia eæ actiones procul dubio in defuncti bonis fuerunt *l.* 49. *D. de verborum significatione:* sed quibus aliis tenebatur defunctus, eas negat Venulejus ad usumfructum pertinere: quippe cum verum sit, nil fuisse in defuncti bonis; nisi quod deducto ære alieno superest *l.* 39. §. 1. & *l.* 83. *D. eod. tit.* Quod si est; optima ratione huc decurrit Venulejus: ut in proposito demum ejus quod detracto alieno ære superfuerit, legatum esse usumfructum existimet. idque & Pomponio placet *l.* 69. *D. ad legem Falcidiam.* Sic, si *bona* dixerit testator. Sed quid, si *res* dixerit? idem censet Venulejus verbis sequentibus. *Et si rerum, quod in actionibus erit, computabitur.* Sic lego; Sensus Venuleji est: Si *res* dixerit testator, etsi actiones quibus aliis tenebatur, non spectent ad *rerum* usumfructum, quia non magis in ejus rebus, quam in ejus bonis fuere: tamen actionum quas adversus alios habuit, ususfructus debetur: quia, cum res suas legat testator, æque ac si *bona sua* dicat, universitatem indicat *l.* 14. §. 5. 6. 7. 8. & *l.* 15. & 16. *D. Ad Senatusconsultum Trebellianum.* At enim, inquies, si legata *bonorum* aut *rerum* parte, legata videtur universitas; quid refert, utrum ab aliis fuerit defuncto debitum, an ipse aliis debuerit? cum utique universitas tam incommoda, quam commoda Civili Jure complectatur *d. l.* 1. & *d. l.* 3. *D. de bonorum possessionibus*, & *d. l.* 2. & 3. *D. de sententiam passis & restitutis.* Sed jam in antecessum monui, ubi universitas legatur, legatarium numquam defuncti ære alieno teneri. Ita; si uxori legatus a viro sit ususfructus tertiæ partis vel *bonorum* vel *rerum.* At quid, si legatus ei sit ususfructus, non tertiæ partis *bonorum*, neque tertiæ partis *rerum*, sed

sed *certarum rerum?* quæ est postrema species *d. l. ult. D de usu & usufructu legato.* Ait Venulejus, *Non idem observabitur.* Et recte: quia uxor jam non modo non tenetur de defuncti ære alieno; sed ne actionum quidem quæ defuncti adversus alios fuere, usumfructum habet: quia certarum rerum appellatione non continentur actiones: ut apparet ex specie & definitione *l. 92. pr. & §. 1. D. de legatis lib. 3. & l. 1. §. 16. D. Ad Senatusconsultum Trebellianum.* igitur verissimum est, quod Venulejus ait, *Nihil interesse, utrum bonorum quis, an rerum tertiæ partis usumfructum legaverit. nam si bonorum usus fructus legabitur, etiam æs alienum deducetur:* id est, si *bonorum* usus fructus legabitur, æque deducetur æs alienum, ac cum *rerum* legatur ususfructus: *& si* rerum; *quod in actionibus erit, computabitur:* id est, & si legatus sit *rerum* ususfructus; non minus quod in actionibus erit, computabitur; quam cum legatus est *bonorum* ususfructus. *at si* certarum rerum *ususfructus legatus erit; non idem observabitur:* id est, quod in actionibus erit, non computabitur.

Ut in viam redeam: apparet, quod legato omnium bonorum usufructu, perinde omnium rerum quæ in testatoris bonis sunt, legatus intelligitur ususfructus, ac si singularum specierum, quæ in ejus bonis sunt, ususfructus legatus esset: quia sub genere singulas ejus species contineri, verum est. Et tamen est aliqua (quam Julianus observat *l. 34. §. ult. D. de usufructu*) differentia; utrum universorum bonorum, an singularum rerum quæ in bonis sint, ususfructus legetur. nam qui specialiter legat ædium usumfructum, legat eum qui ex ædibus in specie percipiatur: & ideo, si extent ædes, potest legatarius ædium usumfructum petere. sin incendio combustæ sint, tantum area supersit: neque ædium usumfructum petere potest, quia nullæ sunt quarum legatus ususfructus est: neque areæ usumfructum petere potest, quia non est legatus. longe aliter, ac si legatus sit omnium bonorum ususfructus. tum enim, si incendio perierint ædes, quæ in bonis fuerint, etsi ædium ususfructus peti nequeat, quia ædes esse desierunt: potest tamen areæ ususfructus peti; quoniam qui bonorum suorum usumfructum legat, non solum eorum quæ in specie sunt, sed & omnis substantiæ usumfructum legat: in substantia autem bonorum est area.

Potest igitur legari omnium bonorum ususfructus. nec est dubium: quin eo legato contineatur ususfructus bonorum omnium præsentium. De futuris quæri potest? sed mihi videtur, eo legato ususfructus bonorum præsentium, non futurorum, comprehendi: quando hæc verba, *meorum bonorum*, si nihil addatur, in sermone tempus præsens, non futurum, indigitant. videtur igitur testator ea formula legasse usumfructum bonorum quæ ejus erant tunc, cum testaretur: non eorum quæ tum nondum erant ejus. ita Paulus *l. 7. D. de auro argento mundo.* Verba Pauli. *Si ita esset legatum*, Vestem meam, argentum meum, damnas esto dare: *id legatum videtur, quod testamenti tempore fuisset; quia præsens tempus semper intelligeretur, si aliud comprehensum non esset. nam cum dicit* Vestem meam, argentum meum: *hac demonstratione* meum *præsens, non futurum tempus ostendit. idem est, etsi quis ita legaverit*, servos meos. Sic Paulus: eodemque modo Scævola *l. 41. §. 4. D. de legat. lib. 3.* Non me confundit *l. ult. C. Quæ res pignori obligari possunt.* nam is locus loquitur de generali pignore: quod solita sunt obligari bona omnia, cum præsentia, tum futura *l. 15. §. 1. D. de pignoribus, & l. ult. C. de remissione pignoris.* hoc vero quod est fieri solitum, pro facto haberi, facile leges sinunt *l. ult. C. de fidejussoribus, l. 31. § 20. D. de Ædilitio Edicto.* at nostra disputatio est de legato usufructu omnium bonorum: in quo ea cessat interpretatio: quia nemo facile legat omnia bona; & si legat omnia præsentia, non utique legat futura. quod igitur non est solitum fieri, hoc nec factum esse credendum est.

Occurrit hic & alius tractatus qui est Florentini in his verbis *l. 42. §. 1. D. de usufructu. Rerum: an æstimationis ususfructus tibi legetur, interest. nam si quidem rerum legetur, deducto eo, quod præterea tibi legatum est, [ex] reliquis bonis usumfructum feres: sin autem æstimationis [ususfructus] legatus est, id quoque æstimabitur, quod præterea tibi legatum est. Nam sæpius idem legando, non ampliat testator legatum: re autem legata, etiam æstimationem ejus legando, ampliare legatum possumus.* Valde obscurus est hic Florentini locus. sed ut intelligatur, duo sunt fingendi casus. prior talis est: Testator cum alicui legasset usumfructum omnium suarum rerum: deinde ei legavit proprietatem certi fundi. alter casus est: Testator jussit, omnes res suas æstimari; ejusque æstimationis usumfructum dari Titio: simul legavit ei proprietatem fundi certi. ait Florentinus, interesse inter utramque legati formam. nam si legatus sit ususfructus rerum, & proprietas fundi certi: deducendum ex legato ususfructus esse id cujus proprietas nominatim legata est: quia re sua frui nemo potest. eo igitur casu habebit, ex Florentini sententia, fructuarius fundi proprietatem, cæterarum rerum usumfructum. aliter ac cum, æstimatis omnibus bonis, testator legavit usumfructum æstimationis: nam tum æstimabitur quoque fundus cujus legata est proprietas; nec minus ejus, quam reliquarum rerum, ususfructus ad legatarium pertinebit. aliquis dicat, obstare huic explicationi: quod videtur legatarius sic idem bis accipere: primum fundi proprietatem; deinde usumfructum æstimationis ejus. sed non est hoc periculum, si Florentino credimus. non enim, inquit, bis idem accipit legatarius. magis auctum est legatum proprietatis per legatum æstimationis usumfructum. id vero eo facilius fuit recipiendum: quia placuit, æstimationem rei posse legari ei cui legata res est *l. 21. §. 1. D. de legatis lib. 3. & l. 34. §. 1. 2. 3. D. de legatis lib. 1.* Sic mihi videtur.

Explicit. Liber I. De Usufructu.

GERARDI NOODT,

Jurisconsulti & Antecessoris,

DE

USUFRUCTU

LIBER SECUNDUS.

Caput I.

De modis usumfructum constituendi Jure Civili: & primum de legato.

Superiore libro tradidi, quid sit usus-fructus, & quid sit juris fructuario in re fructuaria. sequente tradam modos quibus constituatur & finiatur ususfructus. nec silebo remedia, ad tuendum eum pertinentia. initium faciam a modis quibus ususfructus constituitur. tales fuerunt jure Pandectarum duo: voluntas domini proprietatis, & Judicis sententia in judicio familiæ ercifcundæ & communi dividundo. postea tertius accessit modus, lex. Primæ partes erunt voluntatis domini: qui ut est suæ rei arbiter; ita quid ni, si velit, constituat suæ rei usumfructum? constituit autem hunc sua voluntate duobus modis: id est, vel legato, vel pactionibus & stipulationibus *l.* 3. *D de usufructu.* primum legato *l.* 6. *D. eod. tit.* quo ususfructus a proprietate separetur. idque pluribus modis contingere, ait Justinianus §. 1. *Inst. eod. tit.* unus est, si legatus fuerit ususfructus, sic enim fit, ut heres nudam habeat proprietatem, legatarius usumfructum. alter modus est, si testator fundum legaverit, deducto usufructu: quo casu habet legatarius nudam proprietatem, heres usumfructum. tertius modus est, si testator uni leget usumfructum, alii fundum deducto usufructu. nam si alii leget fundum, alii usumfructum ejusdem fundi: ait Modestinus, si eo fecit proposito, ut alter nudam haberet proprietatem, errore labi. oportere enim eum proprietatem deducto usufructu legare, hoc modo: Titio fundum detracto usufructu lego: Sejo ejusdem fundi usumfructum dato. quod nisi fecerit: usumfructum inter eos communicari: quod interdum plus valet scriptura, quam peractum sit *l.* 19. *D. de usu, & usufructu legato.* Præter superiores modos, occurrit adhuc alius modus, idem, ut mihi videtur, inventus subtilitate & diligentia Proculi, in his Pomponii verbis ex *l.* 19. *D. de usufructu. Proculus putat, insulam posse ita legari, ut ei servitus imponatur, quæ alteri insulæ hereditariæ debeatur, hoc modo: Si ille heredi meo promiserit, per se non fore, quo altius ea ædificia tollantur, tum [ei] eorum ædificiorum usumfructum do lego. vel sic: ædium illarum, quoad altius, quam [uti] nunc sunt, ædificatæ non erunt, illi usumfructum do lego.* Corruptum esse hunc Pomponii locum, & egere emendationis, credidit Antonius Faber, *Rationalib.* Sed mihi non persuadet Vir ille ingeniosissimus aut scripturæ vitium, aut suam correctionem. quamquam obscurum esse Pomponii locum, non inficior. fiet clarior: intelligentibus Proculi propositum. quod est indicare, quemadmodum insula possit ita legari: ut ei imponatur servitus adquirenda alteri insulæ hereditariæ. non opus probari Proculi propositum. id perspicue intelligitur ipsius Pomponii verbis. igitur ut possit legatarius cogi ad tradendam heredi legatarum ædium servitutem: ait Pomponius, Proculum invenisse duas formulas. Prior ostendit, quod dixi, facile impetrari: si testator legatario insulæ quam ei legat, & vult servire insulæ hereditariæ, usumfructum leget sub conditione præstandæ cautionis per quam servitus alteri insulæ hereditariæ constituatur. & recte: sic enim legatario proprietas legatur pure; ususfructus sub conditione. nec interim permittit testator, legatarium habere insulæ potestatem, ante quam heredi tradiderit servitutem. nam remedio cautionis induci quasi traditionem servitutis, sequente ostendam capite. donec igitur illa præstetur cautio; erit ususfructus apud heredem a proprietate separatus. Altera formula suadet, usumfructum insulæ legatario a testatore legari ad certam conditionem. nempe ut, si legatarius non patiatur, heredem uti servitute: ad heredem redeat ususfructus, nuda proprietate apud legatarium remanente. Atque hoc convenit formæ ususfructus ex regulis Juris; ut apparet ex *l.* 4. *D. de usufructu:* etsi in proprietate legata non potuerit fieri ante *l. ult. C. de legatis:* quia ante eam non poterat legari temporalis proprietas.

Potest igitur ususfructus constitui legato: sive fiat per damnationem, ut, Damnas esto heres illi dare usumfructum fundi; vel, Heredem meum dare jubeo: sive per vindicationem, ut hoc modo, Do lego usumfructum fundi; vel, capito, sumito, tibique habeto. meminit harum formularum Ulpianus, *in Fragm. tit.* 24. §. 3. & 4. Est vero Jure vetere (novo enim sublata a Justiniano est ea subtilitas §. 2. *Inst. de legatis, & l.* 1. *C. Communia de legatis*) manifesta utriusque formulæ differentia. nam si per vindicationem legetur ususfructus, ipso jure constituitur: sin per damnationem, ab herede præstabitur: ut Paulus ait, *lib.* 3. *Sentent. tit.* 6. §. 17. videtur porro per heredem præstari ususfructus: si legatarium in fundum induxerit, eumve uti frui patiatur *l.* 3. *D. de usufructu.* quod si non faciat: legatario quidem ad præstandum usumfructum tenetur actione ex testamento, quasi ex contractu nata obligatione *l.* 2. *D. Si ususfructus petetur:* at interim confessoria in rem actio ei non dabitur. aliter ac si ususfructus per vindicationem sit legatus. tum enim ipso jure constitutus, etiam potest a fructuario vindicari. itaque accipiendus Julianus *l.* 10. *D. de usu & usufructu legato,* & Ulpianus *l.* 34. §. 14. *D. de legatis lib.* 1.

Con-

Constituitur igitur ususfructus legato. an & fideicommisso? non puto: utique ipso Jure. quia fideicommissum non ex rigore Juris Civilis proficiscitur: sed datur ex voluntate relinquentis: ut Ulpianus ait *tit.* 25. *in Fragm.* §. 1. Jure igitur Civili per fideicommissum non constituitur ususfructus: Lege Duodecim Tabularum in testamentis tantum approbante verba directa & imperativa, non etiam precaria, qualia sunt fideicommissi, & tamen nil vetat, postquam recepta sunt fideicommissa, usumfructum ex fideicommisso servari Jure Prætorio. adeo si quis rogatus sit alii restituere legatum sibi usumfructum; adversus eum tantum competet fideicommissario extraordinaria persecutio ad hoc, ut ei tradat usumfructum: manebitque hoc casu quidem apud legatarium jus ususfructus, hoc est, dominium ususfructus; possessio autem ejus ad fideicommissarium Jure Prætorio transferetur *l.* 3. *D. Si ususfructus petetur*, *l.* 29. *D. de usu & usufructu legato.*

Hæc de genere legandi. quod ad verba attinet: parum refert, quibus utatur testator: modo sint ad exprimendam ejus voluntatem idonea. sic nulla est dubitatio, si dicat, se legare usumfructum. sed quid, si non integro utatur verbo, sed parte? ut, si leget fructum, aut fructum deducto usu; aut usum sine fructu; aut legato primum fructu, deinde usum adimat? tractat hæc pluribus Ulpianus *l.* 14. §. 1. *D. de usu & habitatione*: sed obscurius, quam ut dissimulari debeat. igitur ipsa apponam ejus verba. ea verba sunt. *Ususfructus, an fructus legetur, nihil interest: nam fructui & usus inest: usui fructus deest. & fructus quidem sine usu esse non potest: usus sine fructu potest. denique si tibi fructus, deducto usu, legatus sit: inutile esse legatum, Pomponius lib. 5. ad Sabinum scribit. &, si forte, usufructu legato, fructus adimatur, totum videri ademptum scribit. Sed, si fructus sine usu: videri constitutum, qui & ab initio constitui potest. Sed si, fructu legato, usus adimatur: Aristo scribit, nullam esse ademptionem. Quæ sententia benignior est.* Sensus Ulpiani est, Legatarium partim fructum; partim usum habere: non modo, cum ususfructus; sed etiam, cum fructus datur. proinde utrum ususfructus, an fructus legetur, nihil interesse; quia ut non fiat usus mentio, ubi fructus legatur: tamen fructui inest usus: non quidem ex verbi proprietate: (nam ea usus a fructu distinguitur) sed ex sententia testatoris: qui legans fundi fructum, non intelligitur eo verbo legare fructum liberum atque infinitum: (qui, ut alibi dixi, proprietatem absolvit; rectiusque fundus, quam fundi fructus dicitur) sed videtur eo verbo, quasi breviore sermone, usumfructum designasse. atque huc quoque intendit Florentinus *l.* 42. *D. de usufructu* sequentibus verbis. *Si alii usus, alii fructus ejusdem rei legetur, id percipiet fructuarius, quod usuario supererit; nec minus [&] ipse fruendi causa & usum habebit.* Igitur testator cum simpliciter dixit, *fructum fundi do lego*; etsi palam non dederit usum; tamen quia eum palam non inhibuit, tacite dedisse videtur. idque Paulus confirmat *lib.* 3. *Sentent. tit.* 6. § 25. Quid, si testator ei cui fructum constituit, usum neget? ut si leget fundi fructum, deducto usu? valebitne fructus sine usu? movet, quod si usus sine fructu legetur: valet legatum nudi usus. igitur si detur nudus fructus sine usu, cur non valebit legatum nudi fructus, evidente testatoris voluntate? Sed ne huc flectamus. nam testator, si fructum legat sine usu, neque est hoc animo, ut legatario det dominium, sibi contradicere videtur. fructus enim infinitus & liber quem se dare profitetur, est dominium, id est, jus pro arbitratu disponendi, quod non vult testator dare. igitur si dat fructum, deducto usu: nihil dare intelligitur. aliter ac si leget usum sine fructu. tum enim valet legatum: quia potest habere exitum. poterit enim legatarius uti ad necessitatem; etsi non possit frui ad compendium. & hoc Ulpianus vult in *d. l.* 14. §. 1. sic scribens. *Et fructus quidem sine usu esse non potest: usus sine fructu potest. denique si tibi fructus, deducto usu, legatus est, inutile esse legatum, Pomponius lib. 5. ad Sabinum scribit.* Quid, si testator prius leget usumfructum, mox adimat fructum? possit dubitari. interim fructus appellatione continetur usus fruendi causa. magis igitur est; ut legato usufructu, & mox adempto fructu, totus ademptus videatur ususfructus: ac ne usus quidem nudus debeatur. scilicet, quia legato usufructu, erat legatus usus, non ille qui separatam facit servitutem: verum hic qui tantum fruendi causa habetur; eoque non superest sublato fructu. Huc eunt sequentia Ulpiani verba *d.* §. 1. *l.* 14. *Et, si forte, usufructu legato, fructus adimatur, totum videri ademptum scribit.* Pergit Ulpianus. *Sed, si fructus sine usu: videri constitutum, qui & ab initio constitui potest.* Sic Florentiæ. at vulgata Accursii editio habet, *Sed si de fructu sine usu adimendo sensit, quare non dicamus usum videri constitutum qui & ab initio constitui potest.* Sic vulgata. a qua stant Græci, *Basilic. lib.* 16. *tit.* 1. *pag.* 293. *tom.* 2. & Haloander: præterquam, quod sic scribit, *Sed si de fructu sine usu sensit: usum videri constitutum, quia & initio constitui potest.* quomodo & Vintimilius edit. hæ vero lectiones ut sunt pleniores, ita aptum produnt sensum: qui in Florentina non est. nisi ea sic restituatur. *sed si fructus sine USUm videri constitutum qui* &c: ut sit, *sed si fructus sine usu, usum videri constitutum qui* &c. Hoc primus, quantum recordor, suspicatus est Vir illustris Elbertus Leoninus, *lib.* 6. *Emendationum, c.* 10. ingeniosissime. idemque incidit deinde Marco Aurelio Galvano, *De usufructu c.* 21. Sensus est, Si legato primum usufructu, deinde adimatur fructus, ademptum videri totum ususfructus legatum: prorsus, ut ne usus quidem debeatur: nisi appareat, fuisse testatoris mentem; ut fructum quidem adimeret; sed usum nudum & a fructu separatum legaret: tum enim pro usufructu substituisse usum: quem etiam ab initio si voluisset constituere, potuisset constituere. Versus ultimus *d.* §. 1. *l.* 14. talis est. *Sed si fructu legato, usus adimatur: Aristo scribit, nullam esse ademptionem: quæ sententia benignior est.* Sensus est, Si testator fructum leget, mox usum adimat: posse metui. ut valeat legatum fructus. nam & si fructum leget, deducto usu: inutile esse legatum, supra scriptum est. si tamen testator non totum tollit usumfructum; sed usum ex usufructu: posse benigne dici, potius esse, ut vitietur ademptio usus, quam ut vitietur legatum ususfructus: quippe hoc initio constitisse: & si testator ex postfacto abstulit ejus partem, quam non potest auferre: sibi contradicere non in legando fructu, sed in tollendo usu ex usufructu. melius igitur & benignius dici, salvum esse legatum ususfructus, sed usus ademptionem vitiari. aliter ac si initio legatus sit fructus, deducto usu. tum enim a testatore legari fructum sine usu qui non potest esse: ideoque videri eum sibi contradicere in legando fructu; & totum legatum facere inutile. Expositus est §. 1. *d. l.* 14. *D. de usu & habitatione.* sequitur §. 2. *ejusdem loci.* verba hæc sunt. *Usu legato, si eidem fructus legetur, Pomponius ait, confundi eum cum usu. idem ait, & si tibi usus, mihi fructus legetur, concurrere nos in usu, me solum fructum habiturum.* Sensus prioris versus est, Si cui primum usus, deinde fructus legetur;

Pomponio mutatam videri voluntatem; & usumfructum pro usu substitutum esse. etsi enim primum usus legatus fuerit; utique mox est legatus fructus, nec is liber atque infinitus, sed hic cui usus inest, ut supra dixi. unde necesse est; ut, quod Pomponius ait, alicui legato usu, si eidem fructus legetur; fructus cum usu confundatur; eoque jam non usus nudus, sed ususfructus legatus intelligatur. Satis de priore versu. Sensus posterioris est, Si tibi usus, mihi fructus legetur: utrique legatum esse usum: tibi quidem nudum; mihi autem non nudum, sed illum qui fructui inest. igitur nos in usu concurrere, fructum ad me dumtaxat pertinere. id enim valet hoc, *me solum fructum habiturum*. Superest §. *ult. d. l.* 14. *D. de usu & habitatione*. verba ejus. *Poterit autem apud alium esse usus, apud alium fructus sine usu, apud alium proprietas: veluti si qui habet fundum, legaverit Titio usum, mox heres ejus tibi fructum legaverit, vel alio modo constituerit.* Ulpianus vult, Si Sempronius habens fundi proprietatem, (hæc enim fundi appellatione venit) ejus usum leget Titio; mox Sempronii heres tibi leget usumfructum ejusdem fundi: fieri, ut ejus heres habeat nudam proprietatem; Titius nudum usum; tu fructum sine usu, utique separato a fructu: usum enim qui fruendi causa fructui inest, nihilominus te habere, Florentinus ait *l.* 42. *D. de usufructu*. Secundum hæc igitur etiam explicandum esse Ulpianum *l.* 5. §. 2. *D. Usufructuarius quemadmodum caveat*, alibi ostendi ex Cujacio *lib.* 13. *Observ. c.* 12.

Occurrit & alia difficultas. quid enim, si testator non usumfructum, neque fructum leget: sed fructus annuos? attingit hanc quæstionem Javolenus *l.* 41. *D. de usu & usufructu legato*. Dixerat testator, Fructus annuos fundi Corneliani Publio Mævio do lego. quærebatur, quid legatum videretur? ait Javolenus, hoc perinde esse accipiendum, ac si ususfructus fundi esset legatus; addit que, putare ita Labeonem. quia vero idem censet Ulpianus lib. XVIII. Ad Sabinum, ex quo desumpta est *l.* 20. *D. de usufructu*, facile mihi persuadeo, in hoc consensisse auctores utriusque sectæ: etsi non ob vim verbi; (nam proprietatem quærentibus, *fructus* magis fructuum corpora, quam jus eos percipiendi, id est, usumfructum significant *l.* 43. *D. de evictionibus*) sed quod illa interpretatio conveniret menti testatoris: qui ubi dixit, Fructus annuos fundi do lego, fecit legatario potestatem ex fundo percipiendi fructus annuos. qui autem potest quid facere in alieno, aut inde percipere, invito domino; huic constituta est servitus *l.* 15. §. 1. *D. de servitutibus*: si quidem ad usum prædii, realis: sin ad personæ necessitatem aut compendium, usus vel ususfructus. Hoc, si testator fructus fundi annuos legavit his verbis, do lego: id est, per vindicationem. at si eos legavit per damnationem, hoc modo, Fundi Æbutiani reditus uxori meæ, quoad vivat, dari volo: quæ est species *l.* 38. *D. de usu & usufructu legato*: non videtur legasse usumfructum, id est, jus fructus aut reditus ex fundo quotannis percipiendi; sed corpora fructuum quotannis nasciturorum. non enim voluit, uxorem quotannis reditus suo jure percipere, eumque in finem in fundo quod oportet, facere: (quod est proprium fructuarii) contra voluit, heredem habere fundi arbitrium; ex eoque fructus producere, ac productos percipere, & perceptorum dominum esse: sed uxorem demum perceptos ab herede petere actione ex testamento. ususfructus autem non est jus petendi reditus ab herede: sed jus utendi fruendi re aliena. putat igitur Scævola *d. l.* 38, tale legatum distare a legato usufructu. Tamen nec hoc caret scrupulo, propter *l.* 58. §. 1. *D. de usufructu*. dixerat ibi testator. *Sempronio do lego ex redactu fructuum oleris & porrinæ quæ habeo in agro Farrariorum, partem sextam.* ita Florentiæ. alibi extat, *ex reditu*. sed justam esse Florentinam lectionem, suo more, id est, erudite ostendit Excellentissimus Jurisconsultus, Cornelius van Bynckershoek, Supremæ Curiæ Hollandiæ, Zelandiæ & Frisiæ Senator Amplissimus *lib* 1. *Observ. c.* 25, eo nomine jure laudatus a V. CL. Carolo Andrea Dukero, *Animadversionibus ad Opuscula Varia de Latinitate Veterum Jurisconsultorum*, *pag.* 391. Dixerat igitur testator, Do lego ex redactu oleris & porrinæ quæ habeo in agro Farrariorum, partem sextam. eis vero verbis, etsi non sint damnationis, sed vindicationis, ait Scævola, non usumfructum legatum, sed ex eo quod redactum erit, legatam partem sextam intelligi. Sed videamus: ne observet Scævola, quod non dixit testator, Do lego fructuum partem sextam: sed Do lego ex redactu oleris & porrinæ, quæ habeo in agro Farrariorum, partem sextam. referre autem; utrum per vindicationem leget fructuum partem; an partem ex redactu fructuum. nam cum per vindicationem legat partem fructuum: legatario facit potestatem quotannis partem suo jure percipiendi; simul agendi omnia sine quibus illa quotannis percipi nequit. creditur igitur ei dare usumfructum fundi pro parte. verum cum legat partem ex redactu fructuum; non vult, legatarium quotannis partem jure suo percipere; eumque in finem agere omnia sine quibus percipi nequeant fructus. tantum legat ei ex hoc quod redactum erit, partem sextam. sinit igitur, integrum fundi jus esse heredis; eum colere fundum, eum percipere, & redigere fructus: cæterum ex redactu, id est, ex eo quod redactum erit, vult demum partem sextam venire ad legatarium. heredi igitur relinqui integram fundi proprietatem, non separatam usufructu: ab eoque redacta fructuum corpora dat legatario. quod ab usufructu remotum esse, existimavit Scævola.

CAPUT II.

Usumfructum constitui pactionibus & stipulationibus: at sequente quasi traditione. quæ illa sit? cur inventa? & a quibus?

Sed non tantum testamento constituitur ususfructus: verum etiam pactionibus & stipulationibus. auctor Gajus *l.* 3. *pr. D. de usufructu*: appellans pactiones quæ sunt Juris Gentium; cum stipulationes sint Juris Civilis. vix opus moneri, quod Gajus non omnes indigitat Juris Gentium pactiones; sed dumtaxat ad transferendum dominium idoneas: qualis est emptio & venditio. Illud prætereundum non est quod ut Gajus ait, usumfructum pactionibus constitui: ita Ulpianus *l.* 11. §. 1. *D. de Publiciana in rem actione* ait, eum constitui per traditionem vel patientiam. Sed neutrum offendit. nam Gajus respexit ad constitutionis initium; Ulpianus ad finem; uterque partis demonstratione integram constitutionem est complexus. adeo sic accipiendus *d. l.* 3. *pr.* est Ga-

Gajus; quasi dicat, usumfructum constitui pactionibus & stipulationibus; modo eas insequatur traditio: Ulpianus *d. l.* 11. §. 1. quasi velit, usumfructum constitui traditione vel patientia; si fiat ex justa causa. interim sunt duo usuifructui constituendo necessaria. primum pactio aut stipulatio: deinde traditio. altera est causa ex qua promittatur ususfructus: altera est modus per quem promissus adquiratur. quod si tradatur, nulla praevia causa ex qua fiat traditio; non transit ususfructus. sicut numquam nuda traditio transfert dominium: sed ita, si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur: auctore Ulpiano, *in Fragm tit.* 19. §. 7. & Paulo *l.* 31. *D. de adquirendo rerum dominio.* vice quoque versa, si pactione aut stipulatione promittatur ususfructus: non habet is cui promittitur, actionem confessoriam in rem; quasi adquisita servitute tantum habet actionem in personam promissoris: eo quod effectus pactionis & stipulationis est, parere obligationem: cujus substantia non consistit in hoc, ut aliquod corpus nostrum, aut aliquam servitutem nostram faciat; sed ut personam nobis adstringat ad aliquid dandum vel faciendum vel praestandum *l.* 3. *D. de obligationibus & actionibus.* igitur ut constituatur ususfructus, non sufficit nuda traditio, sed desideratur insuper pactio aut stipulatio. sola quoque non sufficit stipulatio aut pactio, sed praeterea requiritur traditio.

Ea qualis? nam proprie traditur res corporalis §. 40. *Inst. de rerum divisione:* quae sola tenetur ac possidetur *l.* 3. *D. de adquirenda possessione.* res incorporalis proprie non traditur. *l.* 43. §. 1. *D. de adquirendo rerum dominio:* quia proprie non possidetur res non corpore, sed intellectu consistens. igitur non est quaerenda in constituendo usufructu naturalis traditio. opus est ficta: quam admittat rei incorporalis natura. talem invenerunt Veteres, ut solent, adhibito remedio. id remedium est cautio qua promittat dominus proprietatis, per se non fieri, quo minus suo jure utatur fructuarius. primus dedit hoc remedium Labeo. auctor Javolenus *l.* 20. *D. de servitutibus:* cujus *lib.* 5. *Ex posterioribus Labeonis* verba haec sunt. *Quotiens via aut aliquod jus fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri, quo minus eo jure uti possit: quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset.* Sic Labeo. &, opinor, Labeonem sequutus hac in parte fuit Sabinus. adeo Pomponius *l.* 3. §. 2. *D. de actionibus empti & venditi,* qui locus est ex ejus *lib.* IX. *Ad Sabinum,* sic scribit. *Si iter, actum, viam, aquaeductum, per tuum fundum emero, vacuae possessionis traditio nulla est. itaque cavere debes, per te non fieri, quo minus utar.* caeterum invento a Labeone hoc remedio, ut fit, itum longius a Javoleno, invitante utilitate. placuit certe ei Notis ad Labeonem, nulla esse opus cautione: si intervenerit usus fructuarii & patientia domini proprietatis. verba Javoleni, ut dixi, in Notis ad Labeonem in *d. l.* 20. talia sunt. *Ego puto, usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse. ideoque & interdicta veluti possessoria constituta sunt.* Nempe, quia cautio quam pro remedio invenerat Labeo, non alio spectabat quam ad praestandi usus securitatem: poterat ea videri supervacua ex Javoleni observatione; si fructuarius re fructuaria, domino patiente, frueretur: id est, cautionis finem atque effectum obtineret. ita tandem factum: ut (quod Gajus ait *l.* 3. *pr. D. de usufructu*) traditus intelligatur ususfructus; si dominus proprietatis in fundum inducat fructuarium; cumque patiatur eo uti frui.

Fere oblitus eram, quod de usufructus traditione dixi, Praetoris tuitione procedere. nam ususfructus Jure Civili non ea constituitur, sed cessione in jure: ea forma quam tradit Ulpianus *in Fragm. tit.* 19. §. 9. *& seqq. his verbis. In jure cessio quoque communis alienatio est & mancipi rerum & nec mancipi, quae fit per tres personas, in jure cedentes, vindicantes, addicentes. in jure cedit dominus; vindicat ei cui ceditur: addicit Praetor. in jure cedi res etiam incorporales possunt, velut ususfructus.* Sic formam exprimit Ulpianus. plenius aliquanto Boëthius *lib.* 3. *Comment. in Topica Ciceronis.* verba ejus. *Cessio tali fiebat modo, ut secundo commentario idem Cajus exposuit. in jure autem cessio fit hoc modo. Apud Magistratum populi Romani, vel apud Praesidem provinciae is cui res in jure ceditur, rem tenens ita vindicat. Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo. deinde postquam hic vindicaverit, Praetor interrogat eum qui cedit, an contra vindicet: quo negante aut tacente, tunc ei qui vindicaverit, eam rem addicit, idque legis actio vocabatur.* Igitur ususfructus Jure Civili non quasi traditione, sed in jure cessione, constituitur: haec vero quia necessariam habebat solemnitatem Praetorem adeundi in jure, ob res qualescumque maximas, minimas, tam ex remotis, quam ex propinquis locis, magnis saepe impensis, majoribus difficultatibus: evitandae ejus molestiae gratia, optima ratione inventa est a Jurisconsultis in usufructu quasi traditio. interim, ut Ulpianus ait *l.* 1. *D. Quibus modis ususfructus vel usus amittitur,* sic traditus quamquam ex justa causa ususfructus, Jure non constituitur, sed tuitione Praetoris. idque idem vult Ulpianus *l.* 1. §. 2. *D. de servitutibus praediorum rusticorum:* sic scribens, *Traditio plane & patientia servitutium inducet officium Praetoris.* Sensus est, traditionem efficere, ut Praetor eam possessionem, licet impropriam, tamen quasi veram, tueatur. Et notandum: quod ait, *traditio & patientia:* pariter ut in *l.* 11. §. 1. *D. de Publiciana in rem actione:* usumfructum & servitutem urbanorum praediorum *per traditionem constitui vel per patientiam* plane simili sensu: quia *vel* pro *&* accipitur frequente illorum seculorum usu: quem annotavit Salmasius, *Notis ad Vopisci Probum, c.* 14. *pag.* 663. & *ad Capitolinum, Gordiano. c.* 7. *f. pag.* 88.

Plane cum ususfructus Jure Civili cessione constituatur; possit aliquis mirari, cur in Pandectis non fiat cessionis, sed traditionis mentio. verum desinet mirari; intellecto, Imp. Justinianum sustulisse differentias quae utroque in modo apud Veteres fuere: cum sustulit differentias rerum mancipi & nec mancipi, item dominii bonitarii & Quiritarii. *l. unic. C. de nudo jure Quiritium tollendo.*

Caeterum, sive legato, sive pactionibus & stipulationibus constituatur ususfructus; ait Paulus *l.* 4. *D. de usufructu,* extare, sive (ut Ulpianus *l. unic.* §. 3. *D. Quando dies ususfructus legati cedat* infit) constare, quod ususfructus potest vel praesens, vel ex die dari. Sensus Pauli est: quod ususfructus vel pure dari potest, eoque casu est praesens ususfructus, ut dicitur praesens obligatio *l.* 9. *D. de rebus creditis,* quae est pura: vel potest dari ex certo die; tum vero ante, quam dies venit, non est ususfructus. nempe ususfructus est jus personae, atque ipsum in utendo fruendo, id est, in personae facto, consistit *l.* 61. §. 1. *D. de adquirendo rerum dominio.* proinde sive legetur, sive promittatur ususfructus; ejus dies numquam cedit, antequam fructuarius possit uti frui *d. l. unic. pr. &* §. 1. sed nec causa est, cur ante cedat dies: quippe cum ususfructus cum persona fructuarii finiatur; nec ad ejus heredem transfera-

ratur *l.* 2. *l.* 3. *& l.* 5. *D. Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat.* Porro priusquam cedat ususfructus dies, non est ususfructus: quia ante non est qui utatur fruatur. Ita apparet, usumfructum ex die constitui: cæterum ante diem constitutum, neque fructuario deberi, neque ab eo vindicari: quia ante nullus est. At enim ex die constituta prædii servitus, etiam ante diem ipso jure existit: & potest ipso jure vindicari *l.* 4. *D. de servitutibus.* Verum interest, quod prædii servitus non est personæ jus, neque ex personæ facto consistit, neque ejus morte finitur; sed est prædii qualitas, sive jus quod prædio constituitur, & prædio inhæret, atque ipsum, non ejus dominum, sequitur; neque adeo, ut esse incipiat, aut adquiratur ex die, desiderat utentis factum. contra fuit, atque adquisita est servitus, ex quo constituta est; nec potest fingi deinde ob diei adjectionem aut non fuisse, aut non esse prædio adquisita. Quod si ex die constituta servitus, prædio quæsita est ante diem; quæso, qui potest fieri, ne prædii dominus eam ipso jure vindicet statim; uti vindicat prædium cujus ea servitus est?

CAPUT III.

Usumfructum Judicis sententia constitui in judiciis divisoriis.

Nunc videamus de sententia Judicis. nam & ea constituitur ususfructus in judicio familiæ ercifcundæ & communi dividundo: si Judex alii adjudicaverit proprietatem, alii usumfructum *l.* 6. §. 1. *D. de usufructu.* est vero ejus adjudicationis effectus: ut ususfructus statim fiat ejus cui adjudicatus est §. *ult. Inst. de officio Judicis:* cum alioquin dominium aut servitus Judicis sententia declaretur magis, quam constituatur *l.* 8. §. 4. *D. Si servitus vindicetur.* Verum speciale jus est sententiæ Judicis in judiciis divisoriis uni proprietatem adjudicantis, alteri usumfructum: ea enim constituitur ususfructus. Idem esse, si uni fundum, alteri usumfructum adjudicaverit Judex, Ulpianus auctor est *l.* 6. §. 10. *D. Communi dividundo:* & notandum, eum in *l.* 16. §. 1. *D. Familiæ ercifcundæ* præterea scribere ex Juliani sententia, si Judex alii fundum, alii usumfructum, adjudicaverit; non communicari usumfructum. Id vero vult, unum nudam habiturum fundi proprietatem, alterum solidum ejus usumfructum. atque hoc quoque singulare jus est. in legato certe aliter respondit Julianus *l.* 6. *D. de usufructu earum rerum:* ut jam alibi ostendi.

CAPUT IV.

Usumfructum etiam lege constitui novo Jure.

Hactenus ostendi usumfructum Jure Civili constitui domini voluntate, & Judicis sententia in judicio familiæ ercifcundæ & communi dividundo. porro agam de lege: qua novo Jure constituitur ususfructus: cum is modus ante Jure Civili esset incognitus. constituitur autem lege patri in bonis filii in potestate existentis, non omnibus, sed adventitiis: idque, ut dixi, novo Jure. nam olim quidquid adquirebat filiusfamilias, ejus proprietas pleno jure erat patris in cujus potestate erat filius. res nota: & clare Seneca *lib.* 7. *de beneficiis c.* 4. *Omnia patris sunt quæ in liberorum manu sunt.* adeo nihil erat tum filiifamilias, nisi jure peculii ex permissu patris. De Tiberio, jam arrogato ab Augusto, Suetonius, *Tiberio c.* 15. *Nec quidquam postea pro patrefamilias egit: aut jus quod adoptione amiserat ex ulla parte retinuit: nam neque donavit, neque manumisit, nec hereditatem quidem aut legata percepit ulla aliter, quam ut peculio referret accepta.* Una exceptio fuit in castrensi peculio: in quo placuit Principibus, filiumfamilias pro patrefamilias habere. meminit Juvenalis *sat.* 16. *vers.* 52.

- - - *Quæ sunt parta labore*
Militiæ, placuit non esse in corpore census
Omne tenet regimen cujus pater. - - -

Hoc exemplo est consimile jus datum peculio quasi castrensi *pr. Inst. Per quas personas cuique adquiritur. l. ult. C. de inofficioso testamento.* Præterea est eodem exemplo alia, eaque notabilis exceptio in *l.* 50. *D. Ad Senatusconsultum Trebellianum* Decreto Imperatoris Hadriani, cum deficeret auxilium ordinarii juris, extra ordinem inducta, movente singulari ratione. Licetque ei addere exceptionem etiam alteram, receptam benevolentia Rescripti Divi Pii *l.* 52. *D. de adquirenda vel omittenda hereditate.*

Sic jus fuit usque ad Constantinum. inde mutatum in bonis maternis: quorum dominium vetuit Constantinus deinceps adquiri patri. tantum voluit eum, quamdiu vivit, in his habere usumfructum. extat ea Constitutio *l.* 1. *C. de bonis maternis*, & plenior in *l.* 1. *Cod. Theod. eod. tit.* Initium hoc ususfructus lege constituti. longius iverunt Gratianus, Valentinianus & Theodosius *l.* 6. *Cod. Theod. eod. tit.* quod enim in maternis bonis constituerat Constantinus, illi traxerunt quoque ad bona materni generis. idemque firmarunt Arcadius & Honorius *l.* 7. *Cod. Theod. eod. tit.* quæ est posita a Triboniano *l.* 2. *C. eod. tit.* Jusserunt postea Theodosius & Valentinianus *l.* 1. *C. de bonis quæ liberis*, simile jus esse in his quæ uxor marito non emancipato, vel maritus uxori in potestate positæ, quocumque titulo vel jure concesserit, sive transmiserit. Justinianus *l.* 6. *C. eod. tit.* ne hoc quidem stetit fine. nam si quis filiusfamilias non ex substantia ejus cujus in potestate sit, sed ab aliis sibi aliqua adquisierit quibuscumque ex causis, vel ex liberalitate fortunæ, vel laboribus suis; ea patri non in plenum, sicut ante obtinebat, sed usque ad usumfructum solum adquirat; & eorum ususfructus quidem apud patrem cujus in sacris sit, permaneat, dominium autem filiofamilias inhæreat, ad exemplum rerum maternarum, & ex nuptialibus causis adquisitarum: exceptis peculiis castrensibus & quasi castrensibus: quorum nec usumfructum habere patrem priores leges concessere. cæterum voluit Justinianus *d. l.* 6. §. 2. *& l. ult.* §. 4. *C. eod. tit.* ut pater, habens usumfructum adventitiorum bonorum filii, sit liber a præstatione cautionis fructuariæ itemque a necessitate reddendarum rationum, finito usufructu; habeatque interim liberam fructuariæ rei administrationem, una dempta alienatione: quod in aliis fructuariis non ita esse, in loco dictum est. Illud quoque noviter constitutum est a Justiniano *d. l.* 6. §. 3. ut patris, si filium suum emancipet, nisi privilegio specialiter renuntiet, sit ususfructus partis dimidiæ bonorum quæ patri non adquiruntur; cum ex Constantini constitutione

quæ

quæ est in *l.* 1. *Cod. Theod. de bonis maternis*, ante retineret tertiam proprietatis partem. & tamen hic quoque ab usufructu excipit Justinianus castrensia & quasi castrensia filii bona *l.* 6. §. 3. imo invenit complures casus in quibus ne in adventitiis quidem filii bonis usufructus patri adquiratur: qui casus extant *l.* 7. *&* 8. *item Auth. Excipitur, & seqq. C. de bonis quæ liberis.*

At ususfructus non patri tantum lege constituitur, sed mulieri quoque, si quid acceperit liberalitate prioris mariti, aut successione prioris matrimonii, deindeque transeat ad secundas nuptias, superstitibus prioris matrimonii liberis. nam visum Imppp. Gratiano, Valentiniano, & Theodosio *l.* 3. *C. de secundis nuptiis*, proprietatem reverti ad liberos: mulierem habere jus ususfructus, quamdiu ipsa viva, prioris matrimonii filii vel omnes vel aliqui eorum vivent. quod si moriatur superstitibus liberis; placuit, ea bona ad eos ex æquo redire; non ad certos quos mater eligat. quod si nulli sint liberi, vel esse desinant, illa viva: jam plenam esse ejus proprietatem, ut de his pro arbitratu suo possit statuere.

Similiter si moriatur conjux, relictis liberis & inope conjuge: voluit Imp. Justinianus, conjugem ei succedere ab intestato in partem quartam ususfructus: si quidem sint liberi tres vel pauciores: in virilem autem portionem; si sint plures. *Auth. præterea C. Unde vir & uxor.*

Caput V.

Quibus modis ususfructus tollatur. & primum de tempore ad quod sit constitutus ususfructus.

Expositis modis quibus constituatur ususfructus: tempus est, ut tractem eos quibus tollatur. ne enim in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu; placuit, quod Gajus observat, eum certis modis exstingui, & ad proprietatem reverti *l.* 3. §. 2. *D. de usufructu.* Eos modos enumerat Paulus *lib.* 3. *Sentent. tit.* 6. §. 28 verbis sequentibus. *Ususfructus amissus ad proprietatem recurrit. amittitur autem quinque modis, capitis minutione, rei mutatione, non utendo, in jure cessione, dominii comparatione. Et* §. 33. *Finitur ususfructus aut morte, aut tempore.* Paulus dicit, usumfructum finiri, vel amitti: finiri duobus modis, morte, aut tempore: amitti quinque, capitis minutione, non utendo, in jure cessione, dominii comparatione, & rei mutatione. De singulis serio agere, animum induxi.

Igitur ait Paulus, tempore (inde enim incipiam) finiri usumfructum. & exemplum Paulo, si legetur ad certum tempus: puta biennium, aut triennium *d.* §. 33, aut in tempus pubertatis *l.* 5. *C. de usufructu.* idem censet Ulpianus *l.* 16. §. 2. *D. Familiæ erciscundæ*; si sententia Judicis constituatur ususfructus, ait enim, posse ex certo tempore, & usque ad certum tempus, & alternis annis adjudicari. Est autem effectus ejus rei hic notabilis: quod ususfructus ad tempus constitutus, elapso tempore, non exceptione, sed ipso jure finitur. Atqui tempus in Jure Civili non est modus tollendæ obligationis. meminit hujus Regulæ Paulus *l.* 44. §. 1. *D. de obligationibus*, & Pomponius *l.* 55. *D. de legatis lib.* 1. nec alia ratione Papinianus *l.* 4. *D. de servitutibus* scribit, Servitutes ipso quidem Jure neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem, verbi gratia, quamdiu volam constitui posse: sed tamen, si hæc adjiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurri contra placita servitutem vindicanti: idque & Sabinum respondisse, Cassium retulisse & sibi placere. Verum singularis est ratio ususfructus. nam quotidie constituitur, & quotidie finitur. pertinet autem Juris Regula ad res durantes post constitutum tempus. nam eæ res si cœperint deberi, deinde pergunt deberi; donec obligatio suis tollatur modis: in quibus non est tempus. sed ea Regula non pertinet ad res desinentes esse post constitutum tempus. intelligitur enim tempore finiri obligatio: cum veniente tempore, superest res jam ante deberi cœpta; & nihilominus temporis lapsu deberi desinit. quæ enim tum est causa finiendæ obligationis, præter tempus? Atque hoc impedit Juris Regula: nullam temporis vim sine lege agnoscens. At si res post tempus esse desierit sine debitoris mora aut culpa: tum hac causa desinit Jure Civili deberi: nec resistit Regula; quo minus obligatio sic ipso jure pereat tempore: quia non tam tempore finitur, quam interitu rei debitæ. Igitur ususfructus ad tempus constitutus, existente tempore, finitur: non quia ei tempus adfert finem: sed quia, elapso tempore, ipse esse desinit sine culpa domini proprietatis: eoque deberi desinit ex Regula Juris: volentis interitu nauturali speciei debitæ liberari speciei debitorem. Erit hoc aliquanto clarius: cogitantibus, usumfructum, ut ut jus sit, tamen consistere in facto fructus percipiendis *l. unic. D. Quando dies legati ususfructus cedat:* hoc enim est, uti frui: ut in loco est dictum. porro hodie non sunt fructus hi qui heri fuerunt, aut cras erunt: nec est hodie eorum perceptio ea quæ heri fuit, aut cras erit. ita fit: ut eam perceptionem, id est, eum usumfructum, quotidie finiri, & quotidie constitui, magis fit *l.* 1. §. *pen. D. de usufructu accrescendo.* prorsus ut ad diem constituto usufructu, deinde elapso die, non debeatur ususfructus prioris diei, quia esse desiit; neque sequentis, quia non est constitutus. sed & si ita legetur ususfructus, ut alternis annis utatur fructuarius: non unum, sed plura legata sunt. aliter atque in servitute aquæ & viæ: est enim, ut Paulus ait *l.* 13. *D. de usu & usufructu legato*, una viæ servitus: & addit Paulus, quia natura sui habet intermissionem. Illud non omittam: quod legato alternis annis usufructu, plena proprietas ad dominum pertinet, quo tempore non licet fructuario uti frui *l.* 2. *D. Quibus modis ususfructus vel usus amittitur.* Atque hoc quoque in prædii servitute aliter jus est: sive ex pacto habeat intermissionem, sive ex natura sui. una enim est servitus, eadem perpetua, & continua, utique jure, licet temporibus secernatur ejus usus *l.* 5. §. 1. *& l.* 14. *D. de servitutibus.* Sic olim jus fuit mero Civili Jure. sed id, opinor, & forte solus, deinde mutatum fuit in servitutibus, post decretum Papiniani cujus meminit Paulus *l.* 40. *D. de rebus creditis:* quo de hic non dicam plura; quia de eo summa agam diligentia libro singulari ad Edictum, De Pactis & Transactionibus capite 12, De Pactis adjectis contractibus stricti juris: ubi, si vacat, & lubet, vide.

Interim putemus, usumfructum ad certum tempus, vel conditionem constitui, & existente tempore vel conditione, finiri ipso jure: maxime, si constitutus sit ad tempus aut conditionem quam, ipse impleat fructuarius. sed finge, adscribi conditionem aut tempus quod non ipse, sed alius debeat implere, & is decesserit: non impleto tempo-

pore aut conditione? fuit hic aliqua Veterum hæsitatio quam sua decisione sustulit Imp. Justinianus in *l.* 12. *C. de usufructu*, digna quæ hic explicetur, & emendetur. verba Imperatoris sunt. *Ambiguitatem antiqui juris decidentes, sancimus, sive quis uxori suæ, sive alii cuicunque usumfructum reliquerit sub certo tempore, in quod vel filius ejus, vel quisquam alius pervenerit, stare usumfructum in annos [singulos], in quos testator statuit: sive persona, de cujus ætate compositum est, ad eam pervenerit, sive non. Neque enim ad vitam hominis respexit, sed certa curricula: nisi ipse, cui ususfructus legatus sit, ab hac luce fuerit subtractus: tunc etenim ad posteritatem ejus usumfructum transmitti non est [penitus] possibile: cum morte usumfructum penitus extingui, juris indubitati sit.* §. 1. *Sin autem talis fuerit inserta conditio, Donec in furore filius, vel alius quisquam remanserit: vel in aliis similibus casibus; quorum eventus in incerto sit: siquidem resipuerit filius, vel alius, pro quo hoc dictum est, vel conditio extiterit, usumfructum finiri: sin autem adhuc is in furore constitutus decesserit, tunc quasi in usufructuarii vitam eo relicto, manere usumfructum apud eum. Cum enim possibile erat usque ad omne vitæ tempus usufructuarii non ad suam mentem venire furentem, vel conditionem impleri: humanissimum est, ad vitam eorum usumfructum extendi. Quemadmodum etenim si decesserit usufructuarius ante impletam conditionem, vel furorem finitum, extinguitur ususfructus: ita humanum est extendi eum in usufructuarii vitam, etsi antea decesserit furiosus vel alia conditio defecerit.* In hac lege duo occurrunt casus. prior talis est. Testator uxori vel alii legavit usumfructum sub certo tempore in quod pervenerit ejus filius: id est, donec fiat pubes, verbi gratia. is filius moritur impubes. quæritur; utrum ejus morte extinguatur ususfructus; an post mortem ejus duret ad tempus testamento expressum? Erant qui putarent, usumfructum filii morte extingui: quasi testator æque ad filii vitam respexerit, atque ad tempus testamento expressum. adeo perinde esse, ac si legato insit conditio; ut, si filius decesserit ante id tempus, ususfructus statim extinguatur? juvabatur hæc sententia eo: quod dies incertus dicitur in testamento facere conditionem *l.* 75. *D. de conditionibus & demonstrationibus*, *l.* 30. §. 4. *D. de legatis lib.* 1. porro incertum est, utrum venturus sit ad pubertatem filius, an non sit *l.* 22. *D. Quando dies legatorum*, *l.* 40. § 2. *D. de conditionibus & demonstrationibus.* credebatur igitur testator adjecisse tempus pubertatis, ut longissimum duraturi ususfructus spatium. prorsus ut si ante moriatur filius: ante extinguatur ususfructus. eratque hoc eo probabilius, quod si aliter interpretemur, possit metui: ne numquam finiatur ususfructus; numquam perventuro ad annos pubertatis filio qui est mortuus *d. l.* 22. Hoc pro illa sententia. Sed contra placuit Justiniano *d. l.* 12, hunc usumfructum, etiam mortuo filio, stare in annos in quos testator statuit; quasi is non tam respexerit ad filii vitam, quam ad tempus testamento expressum. judicavit igitur Imperator, usumfructum in proposito magis pure esse relictum, quam sub conditione; tempusque eo fruendi demum finiri pubertate filii. atque ita est: testator legans usumfructum, donec filius veniat ad certam ætatem, puta, pubertatem, non respexit ad incertum vitæ filii; sed ad certa curricula, id est, ad certum annorum numerum a filio implendum, non ut incipiat ususfructus, sed ut finiatur. igitur si vivat filius ad id tempus: finietur ususfructus. si non vivat filius ad id tempus: durabit ad id tempus ususfructus quasi nondum existente conditione qua finiatur. At enim dies incertus in testamento facit conditionem. Novi: sed non est incertus dies omnino exstiturus anno quarto & decimo a natali filii. nec interim inficior, incertum esse tenorem atque exitum vitæ filii: incerto, an veniente illo die sit victurus. at hoc quid facit ad rem præsentem? ubi legatus est ususfructus: non dum vixerit filius ad annum decimum quartum: sed donec erit quatuordecim annorum. idque perinde valet, quasi dixerit testator: Do lego tibi usumfructum ad tot annos, quot filio desunt, ut pubes fiat. quod si est: non respicit testator ad hominis vitam quam necesse sit durare, ut valeat ususfructus: sed ad certa annorum curricula quibus impletis demum finiatur ususfructus. At legatum, cum filius pervenerit ad annum quartum & decimum, conditionale esse dicitur locis ante allatis. Nisi refert, quod illis adjectum tempus est pro termino a quo incipiat legatum esse: quod tempus conditionem facit. sed in proposito adjectus est dies pro termino ad quem durare debeat ususfructus: qui terminus est legati pure relicti. datus igitur hoc in casu est ususfructus pure; & adjectus ei dies tantum pertinet ad finiendum usumfructum. ita videtur ususfructus, propter ejus diei adjectionem, magis sub conditione resolvi, quam sub conditione relinqui. Postremo non obstat: quod possit metui; ne aliquando non extinguatur ususfructus. Non enim datus est ad vitam filii quatuordecim annos nati & tum superstitis: sed ad eam ætatem filii, sive mortui, sive superstitis. Hæc pro Justiniani sententia. Excipit tamen is Imperator in *d. l.* 12. *Nisi ipse cui ususfructus legatus sit, ab hac luce fuerit subtractus: quia tunc ad posteritatem ejus transmitti usumfructum non est penitus possibile.* Satis clare. nisi nubeculam obtenderet Scævola *l.* 35. *D. de usu & usufructu legato*, verbis sequentibus. *Uxori usumfructum villæ legavit in quinquennium a die mortis suæ: deinde hæc verba adjecit, & peracto quinquennio, cum ejus ususfructus esse desierit, tunc eum fundum illi & illi libertis dari volo. Quæsitum est, cum uxor intra quinquennium decesserit, an libertis proprietatis petitio jam, an vero impleto quinquennio competat: quia peracto quinquennio testator proprietatem legaverat? Respondit, post completum quinquennium fundum ad libertos pertinere.* Sed tenuis illa nubes; ac facile transmissura lucem: animadverso, aliam esse Scævolæ, quam Imperatoris, speciem. sane apud Scævolam testator uxori legavit usumfructum villæ in quinquennium continuum, numerandum a die mortis suæ; & adjecit, *Et peracto quinquennio, cum ejus ususfructus esse desierit, tunc eum fundum illi & illi libertis dari volo.* Quæritur; an mortua intra quinquennium uxore, fundus debeat libertis statim restitui? negat Scævola: quia libertis fundus est relictus ex die. exspectanda igitur est dies; sed postrema quinquennii: quam significat adjecta vocula *tunc:* ut apparet ex *l.* 4. §. 1. *D. de conditionibus & demonstrationibus.* fundus igitur ex sententia Scævolæ, nisi completa postrema quinquennii die, ad libertos non pertinet: id est, fundus ex fideicommisso eis non debetur, nisi transacto quinquennio: & interim heredis est pleno jure. Tantum de priore casu *d. l.* 12. *C. de usufructu.*

Sequitur alter ex §. 1. *ejusdem legis.* est autem talis. Pater habens filium furiosum, Titio legavit usumfructum fundi, Donec remanserit filius in furore. is filius moritur in furore. quæritur, an ususfructus finiatur morte filii? quæstio ea vertitur: quod reliquerat pater usumfructum, Donec filius fureret. at mortuus filius, qui esse de-

desiit, quomodo adhuc furere videri potest? finitur igitur ususfructus morte filii: perinde ac si convaluerit filius. contra poterat dici, usumfructum non extingui filii morte. primum, quia in furore mortuus, non potest dici desiisse furere. deinde testator legans alicui usumfructum, Donec in furore erit filius, videtur velle, usumfructum esse apud Titium: nisi si convalescat filius. proinde, sanato filio, finietur ususfructus voluntate testatoris: non sanato, non finietur; ne si moriatur quidem: quia non id voluit testator; & est natura ususfructus, ut duret ad vitam fructuarii: nisi ei brevius præscribatur tempus. quod in proposito non est. id eo fortasse verius dicatur: quia simile quid in legatis alimentis: quæ perpetua sunt, nisi quod eis sit præstitutum tempus *l.* 14. *D. de alimentis legatis.* ita si legata sint libertis alimenta, quoad morati erunt cum Claudio Justo, debebuntur eis alimenta, non modo vivo Claudio Justo, sed etiam mortuo *l.* 13. §. 1. *D. eod. tit.* Atque hanc sententiam sequutus est Imp. Justinianus *d. l.* 12. §. 1. *Sin autem*, inquiens, *adhuc in furore constitutus decesserit, tunc quasi in usufructuarii vitam eo relicto, manere usumfructum apud eum.* Et causatur Imperator, hanc sententiam esse humanissimam, propter incertum resipiscentiæ, furioso sæpe numquam contingentis vivo fructuario. nam sicut æquum est, usumfructum ex voto testatoris ea in specie durare ad vitam fructuarii: ita putat Imperator, convenire ejus voluntati, usumfructum, etiam mortuo in furore filio, durare ad fructuarii vitam. ad hanc Imperatoris rationem accedit altera; quod quemadmodum moriente usufructuario ante finitum furorem, finitur ususfructus: ita vicissim putat Imperator, oportere eum, moriente furioso ante, quam resipuerit, apud fructuarium manere. Sic mihi videtur: & ideo in *d. l.* 12. §. 1. pro, *Quemadmodum* etenim *si decesserit*, quomodo omnes habent codices, reponendum esse, *quemadmodum* etiam *si decesserit.* ita enim planus fit sensus, qui alioquin est impeditus. video quoque, illa verba, *etiam* & *enim* vel *etenim*, aliquoties alterius locum occupare in libris Juris nostri. idque jam annotavi libro, *De forma emendandi doli mali*, *c.* VII. Cæterum quod in *d. l.* 12. §. 1. definivit Justinianus, idem olim sensit Scævola *l.* 32. §. 6. *D. de usu & usufructu legato: Nisi* (hanc addit exceptionem) *manifestissime probetur, aliud testatorem sensisse.* optime; est enim Justiniani decisioni locus in dubio; nec opus interpretatione: clara & certa voluntate testatoris.

Fuit & alia apud Veteres dubitatio: quam attingit & finit Justinianus *l.* 14. *C. de usufructu.* Testator Titio legavit fundum, deducto usufructu: quem jussit manere apud heredem. In ea specie fuit quæsitum, an valeat ususfructus? quia poterat dubitari, an finiatur. Erant quibus inutilis esse videbatur sic legatus ususfructus: eo quod heredis appellatio non tantum ad proximum heredem, sed ad deinceps quoque heredes refertur *l.* 65. *D. de verborum significatione*, & *l.* 194. *D. de regulis juris*: itaque inutilis erit proprietas a qua semper absit ususfructus. Aliis contra sedebat, magis valere legatum ususfructus. nam Titio fundum deberi, heredi usumfructum. eo in numero fuere Gajus *l.* 6. *D. de usufructu*, Africanus *l.* 36. §. 1. *D. eod. tit.* Julianus *l.* 4. *D. Si ususfructus petetur*, Papinianus *l.* 66. §. *ult. D. de legatis lib.* 2, & postremo Justinianus *d. l.* 14. movitque Imperatorem: quod ususfructus apud heredem manere jussus, possit finiri morte primi heredis. At heredis appellatio etiam ad deinceps successores pertinet. (sic loquitur *d. l.* 14. Justinianus: non sine exemplo, auctore Festo, in *deinceps*) Sed ea vocabuli latitudo cessat: quoties ei testatoris voluntas, aut rei qua de agitur, natura, aut simile, adversatur *l.* 70. *l.* 227. *pr.* & §. 1. *D. de verborum significatione*, *l.* 1. *D. de vulgari & pupillari substitutione*, *l.* 5. *D. de conjungendis cum emancipato liberis ejus.* quod hoc contingit casu: quia ususfructus natura sua cum persona fructuarii extinguitur; nec ad heredes ejus transit. accedit, quod testator legans Titio proprietatem, heredi usumfructum, voluit æque valere legatum proprietatis atque ususfructus. idque frustra vellet, si heredis appellatio etiam ad ulteriores heredes pertineret: inutili futura proprietate a qua semper abfuturus sit ususfructus. igitur (quod convenit testatoris voluntati, & naturæ ususfructus) in proposito placet, heredem intelligi non ulteriorem illum qui per heredem a testatore scriptum heres factus sit: sed hunc proximum, qui ipsius judicio testatoris heres scriptus est.

Ita: si testator Titio legavit fundum, deducto heredi usufructu. quod si quis sit usumfructum stipulatus sibi & heredi: duo erunt ususfructus, quorum unus morte stipulatoris, alter heredis morte extinguetur *l.* 38. §. 12. *D. de verborum obligationibus.*

Caput VI.

Quomodo ususfructus finiatur morte fructuarii?

Igitur finitur ususfructus tempore. amplius finitur fructuarii morte. sic Paulus *lib.* 3. *Sentent. tit.* 6. §. 33. nempe ususfructus est jus fruendi personæ: id est, jus consistens in facto personæ. qua sublata, necesse est, & ipsum tolli: sicut si quid aliud personæ cohæret *l.* 3. §. 3. *D. Quibus modis ususfructus vel usus amittitur*, *l.* 8. §. 3. *D. de liberatione legata.* Inde Modestinus *l.* 51. *D. de usufructu*, *Titio*, inquit, *cum morietur*, *ususfructus inutiliter relinqui intelligitur; in id tempus videlicet collatus quo a persona discedere incipit.* Nec male Salvianus *lib.* 3. *Adversus avaritiam* de fructuario ait, *Usum rerum habentem*, *jus rerum non habentem*, *quasi locupletem quidem vivere*, *sed quasi mendicum mori.* Finitur igitur ususfructus morte fructuarii. utique si is certus sit. Sed de eo fuit aliquando dubitatum. & exemplum; si ponatur populo aut civitati datus ususfructus. nam cum populum aut civitatem dicimus, quid intelligimus? puto, multos homines, at non solutos, sed uno nomine & corpore conjunctos *l.* 30. *D. de usurpationibus & usucapionibus* in primis societate vitæ civilis & consensu imperii, Hoc sensu Cicero, *De republica lib.* 3. *Populum esse* ait *cœtum multitudinis juris consensu & utilitatis communione sociatum.* Eodem modo Apulejus, *lib.* 2. *De Philosophia*, *Civitatem esse*, inquit, *conjunctionem hominum plurimorum in quibus sunt regentes alii*, *alii deteriores*, *conjuncti inter se concordia & invicem sibi opem atque auxilium deferentes*, *iisdem legibus*, *rectis tamen*, *officia temperantes.* Ita putemus, populum ex multis civibus consistere: sed interim alium esse populum, alios cives singulos: ac si civis hic aut ille decedat, & tandem omnes qui initio fuerint, moriantur cives; non ob id populum mori, aut alium fieri, sed eumdem manere

qui fuit. Atqui mortuis subinde aliquibus, aliis adgnatis adscitisve, mutantur populi partes. Esto: sed est eadem populi species, quamdiu spiritus summi imperii populum continens, servat formam unitatis: eadem semper re cujus eadem perseverat species, licet mutentur ejus partes: ut, præter Plutarchum, *De sera numinis vindicta*, *pag.* 559. *tom.* 2. *edit. Paris.* erudite disputat Alfenus *l.* 76. *D. de judiciis*, adductus supra lib. I. c. XVII. Ergo perpetuus erit ususfructus populo datus? fortasse dices: populo cui debetur, immortali. sane Cicero, *d. lib.* 3. *Debet*, inquit, *constituta sic esse civitas*, *ut æterna sit.* Apud Tacitum quoque est *lib.* 3. *Annal. c.* 6. *Rempublicam æternam esse.* Id tamen aliquando fallit. quamquam enim non efficit singulorum mutatio; ut esse desinat populus qui fuit: nihilominus urbes perinde, ac homines, nasci atque emori, optime observat Rutilius Numatianus, *Itinerario lib.* I. *vers.* 430. verbis sequentibus.

Non indignemur mortalia corpora solvi,
Cernimus exemplis oppida posse mori.

& suis exemplis ostendit Petrus Faber V. CL. *lib.* I. *Semestr. c.* 8. *&* 9. præclare autem animadvertit Vir Summus, Hugo Grotius, *lib.* 2. *De jure belli ac pacis c.* 9. §. 3. *& seqq.* civitatem perire duobus modis: id est, interitu corporis, aut spiritus quo cohæret. Primum interit corpus, sublatis simul partibus ex quibus constat: ut si populus absorbeatur terræ motu, chasmate, vel inundatione. quod sæpe contigisse, præter citatos a Grotio auctores, refert Apulejus, *De mundo.* Deinde perit populus, sublato spiritu quo jungebatur civile corpus. ac pro exemplo ponit Grotius; si cives a societate sponte discedant ob pestilentiam, aut seditionem, item sublata omni aut perfecta juris communione: eo quod in servitutem rediguntur singuli, aut quod imperio exuitur populus, servata singulis libertate. Nil opus addi, solere Veteres urbem deleturos, in eam aratrum inducere; indeque aratrum quasi urbium mortem habere. clare id Modestinus *l.* 21. *D. Quibus modis usufructus vel usus amittitur.* etiam P. Faber *d. c.* 8. & Jacobus Rævardus, *lib.* 2. *Conject. c.* 7. Hoc, si pereat populus. quod si non fiat: adhuc quæri potest, quamdiu tuendus sit in usufructu populus? prima facie possit perpetuus existimari usufructus: immortali populo cui debetur. at sic inanis erit proprietas a qua semper aberit usufructus. quod non fuit testatori propositum. is cum populo usumfructum, alii proprietatem legaret: non minus voluit legatum proprietatis, quam legatum usufructus, haberi utile: eoque usumfructum æque hoc in casu atque in aliis finiri. quando? Gajus *l.* 56. *D. de usufructu*, placuit, inquit, tuendos centum annis esse municipes. ac pro ratione addit, quia is est finis vitæ longævi hominis. ita sane seculum definiisse Veteres, multis declaravit is quem dixi, Petrus Faber *d. c.* 8. quibus addam illustrem Censorini locum *De die natali:* cujus sunt verba. *Nostri majores quod natura seculum quantum esset, exploratum non habebant, civile ad certorum annorum curriculum centum statuerunt. sed ut hunc numerum constituerent nostri, nonnihil causæ fuit. Primum quod multos suorum civium ad hanc ætatem vitam producere videbant. dein quod Etruscos quorum prima secula centenum fuerant annorum, etiam hic, ut in aliis imitari voluerunt. præterea fieri potest, quod refert Varro, quodque Dioscorides Astrologus scripsit, Alexandriæ inter eos qui mortuos solent conservare, constare hominem plus centum annis vivere non posse. id cor humanum declarare eorum qui integri perierunt sine corporis tabe, eo quod id multis annis pendendo omnis ætatis incrementa & diminutiones observant, & anniculi pendere duas drachmas, bini quatuor, & sic annos singulos usque ad quinquaginta accedere binas. ab iis centum drachmis atque anno quinquagesimo decedere in unoquoque binas. ex quo perspicuum sit, centesimo anno redire ad anni primi pondus, nec longius vitam posse produci.* Sic ille.

Æmilius tamen Macer *l.* 68. *D. Ad legem Falcidiam*, inventurus æstimationem quartæ Falcidiæ detrahendæ ex usufructu infanti aut civitati relicto, vitam hominis aut civitatis metitur spatio triginta annorum. non igitur durat is usufructus annis centum, sed triginta. At nihil mutat Æmilius Macer. ut enim possit usufructus civitati aut infanti relictus, durare annis centum *d. l.* 56. non tamen hoc vetat, eum in æstimatione quartæ Falcidiæ videri tanti, quantum est in reditu triginta annorum *d. l.* 68. nam consuetudo seculum annis centum circumscribens, non negat, usumfructum civitatis aut infantis aliquando breviore finiri spatio. est enim centum annorum tempus, terminus vitæ hominis: non cujusque, sed longævi. Gajus *l.* 8. *D. de usu & usufructu legato* ait, esse finem vitæ longissimum. at quoties fit humanis casibus; ne homo ad ætatem quæ est longissima, perveniat salvo statu? etiam civitati aliquando accidit; ne absolvat seculum. sæpe ejus corpus, sæpe ejus spiritus ante tollitur. proinde incerto, habiturusne naturales terminos sit usufructus civitati aut homini legatus; non est facilis definitio quartæ Falcidiæ. ea causa fuere Veteres, quod res suadebat, aliquanto contenti temperamento: id est, æstimatione redituum annorum triginta qui admodum complectuntur trientem seculi. certe cum plerique vivant usque ad annum sexagesimum: non putarunt Veteres, se recedere ab æquitate; æstimantes dimidiatam ejus ætatis partem: propter varios casus sæpe ex transverso incidentes rebus mortalium.

Ita est: si civitati relinquatur usufructus. aliud est: si ei annuum legetur. id enim non finitur seculo, sicut usufructus: licet ejus exemplo morte finiatur *l.* 8. *D. de annuis legatis;* utique, si privato alimenti vice detur *l.* 20. *D. Quando dies legatorum.* imo & si non sic legetur in annos singulos. sunt enim plura annua legata: primi anni purum: sequentium sub conditione, si vivat *l.* 4. *D. de annuis legatis.* Si tamen jussit testator, annuum Titio & ejus heredibus præstari: placet, omnibus heredibus, id est, etiam heredum heredibus deberi ex voluntate testatoris *l.* 22. *C. de legatis:* aliter ac si usufructus legetur Titio & ejus heredibus. tum enim Titio & primo ejus heredi, sed non heredis heredi & deinceps deberi *l.* 13. *C. de usufructu.* quapropter interest inter usumfructum & annuum: nec jam miror, annuum reipublicæ (quam dixi quodammodo esse immortalem) relictum, ei quotannis in perpetuum deberi *l.* 6. *l.* 24. *& l.* 20. §. I. *D. de annuis legatis:* etsi usufructus ei legatus, seculo, id est, spatio centum annorum finiatur. refert enim, quod legato rei usufructu, palam legatum est rei emolumentum: at annuo legato, non est hoc palam, sed tacite, legatum: multa autem tacite & per consequentiam tolerantur quæ palam facta, non valent.

CA-

Caput VII.

An capitis deminutione, & qua amittatur usufructus?

Absolvi modos quibus usumfructum finiri, Paulus ait *lib.* 3. *Sentent. tit.* 6. §. 28. Restant quibus amittatur. tales Paulus eodem loco facit quinque quos enumeravi supra capite v. Familiam ducet capitis minutio. quæ est status permutatio *l.* 1. *D. de capite minutis.* is autem status est triplex: libertatis, civitatis, & familiæ. fit igitur & triplex capitis minutio: maxima, media, & minima: maxima libertatem, media civitatem, minima familiam mutat *l. ult. D. eod. tit.* est tamen, ubi duplex dicitur, capitis minutio: alia magna, alia minor; nulla juris offensione: ut tradidi *lib.* 2. *Observat. c.* 21. igitur tollitur usufructus jure civili capitis minutione, & quidem omni: sive sit maxima, sive media, sive minima. nempe usufructus est jus personæ, quod perit sublata persona cui debeatur. fitque id non tantum morte, sed etiam status mutatione: quia hac homo fit alius, quam fuit. fit enim ex libero servus, aut ex cive peregrinus, aut ex patrefamilias filiusfamilias. ita, quod Paulus indigitat *d. tit.* 6. §. 29. omni capitis minutione tollitur usufructus. verba Pauli: *Capitis minutione amittitur* (usufructus), *si in insulam fructuarius deportetur, vel si ex causa metalli servus pœnæ efficiatur, aut si statum ex adrogatione, vel adoptione mutaverit.* Recte. nam omni capitis minutione esse definit is cui datus est usufructus: & qui esse cœpit, ei non est datus. certum id in maxima & media capitis minutione. comparantur enim cum morte *l.* 63. §. *ult. D. Pro socio:* neque absurdum est, usumfructum, id est, personæ jus, extingui æque civili ac naturali personæ morte: cum utraque tollantur ejus jura, cum civilia, tum naturalia. sed visum est Veteribus, idem in minima capitis minutione observare: quia usufructus, etsi quædam habeat ex facto; tamen plurimum ex jure mutuatur. quæ vero juris civilis sunt, jure civili, id est, minima capitis minutione, extinguuntur. aliter ac si habitatio legetur, aut legatum relinquatur in menses singulos aut in annos singulos. nam utrumque capitis deminutione perseverat: videlicet, quia tale legatum magis in facto, quam in jure, consistit. hanc differentiam, ut mihi videtur, observavit Modestinus *lib.* 8. *Differentiarum:* etsi tantum unam ejus partem posuerit Tribonianus in *l.* 10. *D. de capite minutis:* mutato altera in parte jure vetere in *l.* 16. §. *ult. C. de usufructu:* ut paulo post dicetur. interim monebo, quod ex vetere illo jure sic indistincte scribit Ulpianus *l.* 1. *D. Quibus modis usufructus amittitur, Usumfructum amitti capitis minutione constat.* Et observandum, quod addit, *Parvi refert, utrum jure sit constitutus usufructus, an vero tuitione Prætoris. proinde traditus quoque usufructus, item in fundo vectigali, vel superficie non jure constitutus, capitis minutione amittitur.* Ulpianus & hic, & in *l.* 9. §. 1. *D. Usufructuarius quemadmodum caveat* duplicem facit usumfructum: unum qui ipso jure constituatur: alterum qui constet tuitione Prætoris. ejusque exemplum procul dubio optimum quod Ulpianus *d. l.* 1. ponit in eo qui in superficie, aut in vectigali fundo constituitur. qui enim habet fundum talem aut superficiem, non est superficiei aut fundi dominus; sed in eo jus habet *l.* 19. *D. de damno infecto.* non igitur potest ejus usumfructum constituere: sicut nec potest ei aliam servitutem imponere. & tamen si constituat ejus usumfructum, licet non subsistat ipso jure usufructus, tamen jure Prætorio sustinetur *l.* 1. §. 6. *D. de superficiebus.* ubi enim cœpit Prætor eum qui habet superficiem, aut agrum vectigalem, id est, emphyteuticarium, domini loco habere, & ei accommodare utilem in rem actionem: deinde consequens fuit; ut perinde tueretur usumfructum ab his constitutum, ac si a domino constitutus esset. illud qui procedit: quod porro ait Ulpianus, traditum quoque usumfructum non ipso jure, sed Prætoris tuitione consistere? primum sciendum, usumfructum jure civili non traditione, sed in jure cessione constitui; auctore Ulpiano *in Fragm. tit.* 19. §. 11. deinde, res incorporales proprie non tradi *l.* 43. §. 1. *D. de adquirendo rerum dominio:* sed quasi tradi intelligi. ita traditæ non subsistunt jure civili, sed jure Prætorio servantur *l.* 20. *D. de servitutibus*, *l.* 1. §. 2. *D. de servitutibus rusticorum prædiorum.*

Quod exposui, vetus jus est. mutatum a Justiniano *l. pen.* §. *ult. C. de usufructu:* voluit is Imperator, usumfructum tolli deinceps capitis minutione tantum maxima & media; non etiam minima: puto, quod maxima & media morti comparantur; minima contra, etsi mutet familiæ statum, eoque aliam faciat personam, tamen pro morte non habetur; denique constat magis civili subtilitate, quam naturali ratione. Justinianus *d. loc.* id tali ostendit exemplo. *Quare enim si filiusfamilias fuerit is, qui usumfructum habet, forte ex castrensi peculio, ubi nec patri usufructus adquiritur, ei possessum, per emancipationem eum amittat.* Sensus est: quod filiusfamilias emancipatione amittit usumfructum ex castrensi peculio sibi comparatum: quamquam is usufructus utpote sequens castrensis peculii causam, numquam ad ejus patrem pertinuit; ne ante emancipationem quidem. ea vero in re mera est subtilitas, nullum habens rationabilem exitum. igitur motus hoc exemplo Imperator *d. l. pen.* §. *ult.* noluit deinceps usumfructum minima tolli capitis deminutione qua olim tollebatur. Dixi quod mihi videtur. Aliis placet, rationem mutati juris petere ex *l. ult. C. de emancipationibus liberorum:* in qua tolluntur emptiones ac venditiones, manumissionesque imaginariæ, quibus filius Jure Civili in servilem statum detrudebatur. sed quod dixerim, pace eorum qui sic sentiunt, errant tota via. etsi videntur sibi idoneam facere collectionem. non enim huc respexit Imperator; ne potuit quidem eo respicere. itane? subjecta oculis Subscriptione utriusque legis apparebit, *d. l. ult.* esse posteriorem *d. l. pen.* ita non potuisse rationem hujus Constitutionis peti ex illa quæ tum nondum erat. Verisimilius quis conjiciat, interpolata ex §. 1. *d. l. pen.* esse a Triboniano postrema Pauli verba in *l.* 1. *D. de usu & usufructu legato*, insertis verbis, *ex magna causa.* Sed de capitis minutione satis.

CAPUT VIII.

Usumfructum amitti non utendo per constitutum tempus.

Præterea amittitur usfusfructus non utendo. clare Paulus, *lib.* 3. *Sentent. tit.* 6. §. 30. *Non utendo*, inquiens, *amittitur usufructus*, *si possessione fundi biennio fructuarius non utatur*, *vel rei mobilis anno.* ait autem Pomponius *l.* 25. *D. Quibus modis ususfructus amittitur*, placere, vel certæ partis, vel pro indiviso, usumfructum non utendo amitti. videtur porro fructuarius non uti frui re fructuaria: quum ea nulla ex parte utitur & fruitur. quod si sit usus, non fruitus: putat Paulus *l.* 20. *D. eod. tit.* referre; utrum sciverit, se habere usumfructum, an ignoraverit. nam si sciens, se habere usumfructum, tantum uti velit; nihilominus & frui videtur: si vero ignoret; magis amittet usumfructum. & movet Paulum: quod non ex eo quod habet utitur, sed ex eo quod habere se putavit. igitur amittit usumfructum fructuarius; si per se usus non sit. at cum per alium quoque cui usumfructum vendidit, aut locavit, aut gratis concessit, uti frui ei liceat: magis est, ut per eos quoque usumfructum retineat *l.* 38. *D. de usufructu.* amplius, si usumfructum habeam, eumque non ipse locavero, sed absente & ignorante me, is qui negotia mea gessit, locaverit, aut certe fuerit usus & fruitus: nihilominus, si ratum habeo quod ab eo gestum sit, retineo usumfructum. idque & Pomponius & Ulpianus probant per hoc, quod negotiorum gestorum actionem adquisivi *l.* 12. §. 2. *D. eod. tit.* ex quo ratum habui ab illo gestum.

Igitur retinet usumfructum fructuarius etiam per alium: qui modo ejus nomine utatur usufructu. quod si is non utatur; distinguit Marcianus *l.* 38. *&* 40. *D. eod. tit.* nam si donavero alicui usumfructum; isque non utatur: negat, per eum retineri a me usumfructum: quia cessante ejus usu, neque in me, neque in illo apparet quo retineatur usfusfructus. quod si non donavero, sed vendidero, usumfructum, etiamsi non utatur emptor: contra putat Marcianus, a me retineri usumfructum: quia qui pretio utitur, (ut Gajus ait *l.* 39. *D. eod. tit.*) non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur. Nec tamen hoc semper verum est. quæsitum certe, si proprietarius a me qui sum fructuarius, fundum conduxerit, eumque Sejo vendiderit, non deducto usufructu, an usumfructum per emptorem retineam? Et ait Pomponius *l.* 29. *D. Quibus modis ususfructus vel usus amittitur*, licet pensionem mihi solverit proprietarius, tamen usumfructum amitti: quia non meo, sed suo nomine fruitus est emptor. teneri plane mihi ex locato proprietarium, quanti mea interfuit, id factum non esse. quamquam si a me conductum usumfructum alii quis locaverit, retinetur usfusfructus: sed si proprietarius eum locasset suo nomine, dicendum amitti: non enim meo nomine fruitur colonus.

Amittitur igitur usfusfructus non utendo, sed per constitutum tempus: quod Paulus *d. tit.* 6. §. 30. ait, fuisse biennium in re immobili, fundo, verbi gratia; annum in re mobili. Sed id tempus mutavit Justinianus *l.* 16. *pr. &* §. 1. *C. de usufructu:* præfatus, rebus mortalium multas incidere causas per quas illi jugiter quod habent, retinere non possint; & esse durum, eos per hujusmodi difficultates amittere quod semel possessum sit. vetuit igitur, usumfructum non utendo perire, *Nisi talis exceptio usufructuario opponatur quæ etiamsi dominium vindicaret*, *posset eum præsentem vel absentem excludere.* Sic loquitur Justinianus: ac fere creditur nolle, usumfructum non utendo perire: nisi fructuario talis opponatur exceptio quæ posset suum vindicantem dominium ab ejus petitione excludere. ea vero exceptio sive præscriptio, est triennii in re mobili; & decem annorum inter præsentes, viginti annorum inter absentes in re immobili *pr. Inst. de usucapionibus.* Sed ea interpretatio mihi numquam placuit, etsi sit hominum ingenio & doctrina illustrium. quin semper putavi, inter usumfructum rei mobilis, & immobilis, esse nullam hac in parte differentiam: utrumque enim tolli spatio decem annorum inter præsentes, & viginti inter absentes. Indicio mihi: quod Imp. Justinianus, postquam egit de rebus, cum mobilibus, tum immobilibus, deinde generaliter ait, fructuario nocere exceptionem quæ ei, si dominium vindicaret, vel præsenti, vel absenti noceret. ea porro distinctio præsentis & absentis locum habet in rebus immobilibus: in mobilibus non habet. vult igitur Imperator, in cujuscumque rei usufructu observari præscriptionem rerum immobilium: quæ præscriptio est decem annorum inter præsentes, & viginti inter absentes: licet in rerum corporalium præscriptione sit mobilium & immobilium differentia. Sed nil opus verbis: ipso Justiniano tenorem *d. l.* 16. plane ad hanc quam dixi, formam exponente sequente anno in *l.* 13. *C. de servitutibus & aqua:* ut ex utriusque Subscriptione facile liquere potest.

Non minus quis miretur eumdem Imperatorem in *d. l.* 16. velle, illo temporis spatio quo de disputavi, non modo usumfructum perire, sed etiam actionem de usufructu, non dicam hanc quæ in rem est: sed eam quæ est in personam: sive sit ex testamento, sive ex stipulatu. nam alioquin in personam actiones demum finiuntur spatio triginta annorum *l.* 3. *C. de præscriptione* 30 *vel* 40 *annorum.* Sed, ut videtur, fecit Imperator *d. l.* 16. §. 1. speciale jus actionis de usufructu, quantumvis personalis.

Longior videri possim, quam necesse sit ostensuro, usumfructum morte, capitis minutione, aut inusu, tolli. nec tamen licet mihi recedere a proposita quæstione. nam quæ dicta sunt de extinguendo his modis usufructu, tum demum certa sunt; ubi unius est usfusfructus: aut si plurium sit, suum quisque & distinctum habeat usumfructum. tum enim liquet, ex cujus morte, capitis minutione, aut inusu, amittatur. verum fingamus, (qui est casus *l.* 4. *D. Quibus modis ususfructus vel usus amittitur*) Titium rogari, usumfructum sibi legatum, Sempronio restituere: hic si incidat alterutrius inusus, mors, capitisve minutio, ambigi possit; ex utrius persona extinguatur usfusfructus. cum enim legata lege Duodecim Tabularum approbentur; fideicommissa non approbentur; ut dixi capite primo hujus libri: apparet, usumfructum non fideicommissarii, sed legatarii esse: quia non fideicommissario, sed legatario ipso jure adquiritur. ei autem quæsitus, deinde ejus, propter restitutionem, esse non desinit. quin ipsum jus etiam post restitutionem apud legatarium manet Jure Civili: & tantum fructuum perceptio quæ facti est, ad fideicommissarium transit Jure Prætorio. hoc sensu Julianus *l.* 3. *D. Si ususfructus petetur* ait, possessionem dumtaxat fideicommissarii fieri, non etiam dominium. oportet igitur usumfructum summo jure magis ex legatarii, quam ex fidei-

fideicommissarii, persona perire morte aut capitis minutione. cæterum extincto sic summo jure usufructu legatarii morte aut capitis minutione: adhuc placuit, tuendum in usufructu esse fideicommissarium: perinde ac si ei principaliter esset legatus. licet enim fideicommissarius, ne facta quidem restitutione fideicommissi, Jure Civili non sit fructuarius, id est, dominus usufructus: tamen Prætor, postquam eum facit possessorem ususfructus, sic eum tuetur utili actione *l.* 29. §. 2. *D. Quibus modis ususfructus vel usus amittitur* Jure Prætorio, ac si Jure Civili esset dominus ususfructus: auctore Gajo *l.* 29. *D. de usufructu legato.* porro quemadmodum Jure Prætorio amittitur ususfructus morte & capitis minutione fideicommissarii: ita Julianus *d. l.* 3. *D. Si ususfructus petetur*, & non usu ejus amitti: neque ei ad amissi restitutionem ullam dari actionem: præfatus, possessorem ususfructus, id est, fideicommissarium, alioquin plus juris habiturum, quam dominum, id est, legatarium. placet igitur, fideicommissarium non utendo amittere usumfructum: sicut legatarius non oneratus fideicommisso, eum amitteret non utendo.

Similis dubitatio fuit in usufructu relicto filio aut servo, & per hos adquisito patri aut domino. utrius enim spectanda in usufructu persona est? filii aut servi: an patris aut domini? nam illos testator indigitavit: hos Jus Civile fecit fructuarios. sed dubitationem exemit Justinianus *l. ult. C. de usufructu.* voluit enim, usufructu servo relicto, unam spectari domini personam. nempe, quia servus per se non habet personam Jure Civili; nisi quam accipit a domino: cui etiam ita adquirit usumfructum; ut ne momento quidem in persona servi subsistat *l.* 79. *D. de adquirenda hereditate.* sic vivo domino. quid mortuo? accipit jam personam servus ex persona heredis. is autem non succedit in usumfructum domino adquisitum: qui numquam transit ad heredem fructuarii. accedit: quod testator, cum servo relinquit usumfructum, quem scit servum esse: videtur eum non tam servi, quam domini contemplatione reliquisse. Hoc in servo. quid, si filiofamilias sit relictus ususfructus? voluit Imperator, & patri & filio datum intelligi: patri quidem primum, quamdiu vivit, & est integri status; etiam ejus manere, mortuo deinde filio. cæterum patre mortuo aut capite minuto, adhuc filii esse; etsi is patri suo non existat heres: id hoc colore, quasi ab initio magis sit filii, quam patris contemplatione constitutus.

Fere mihi exciderat, olim fuisse qui existimarent, dominum si usumfructum accepisset per servum, eumque ex parte alienasset, partis alienatione amittere ususfructus partem: fuisse quoque qui censerent, partis alienatione usumfructum totum amitti. inde sane hoc Ulpiani *l.* 5. §. 1. *D. Quibus modis ususfructus amittitur*, Si quis alienaverit usumfructum servi per quem is ususfructus ei adquisitus est, per eum retineri usumfructum. Et notandum, quod Ulpianus non de alienata servi proprietate loquitur, sed de alienato servi usufructu: quod poterat dubitari, an alienato servi usufructu, ejus pars alienata intelligeretur: certo, parte alienata, usumfructum amitti. Sed negat Ulpianus, si quis alienaverit usumfructum servi per quem vel adquisitus ei sit ususfructus, amitti usumfructum per eum adquisitum: scilicet, quia ususfructus non est dominii pars, sed jus: non potest, alienato servi usufructu, alienata servi pars videri *l.* 25. *D. de verborum significatione.* Sed hanc sententiam rejecit Imp. Justinianus *l.* 15. *C. de usufructu:* magis probata opinione Salvii Juliani; dicentis, alienatione partis servi non amitti usumfructum per eum quæsitum, neque in totum, neque pro parte. De eo inter omnes convenit, si totum eum servum alienaverit fructuarius, interire servi usumfructum, quasi mutato dominio; ut ait *l.* 18. *D. Quibus modis ususfructus amittitur.* verum & hoc mutavit Justinianus *d. l.* 15.

Caput IX.

An ususfructus Jure Civili amittatur non utendo per modum? credi: sed errore.

Proximum est: ut tractemus, an ususfructus non utendo per modum exstinguatur. id enim ab aliquot seculis consensu traditur a clari nominis Interpretibus, magnum, ut videtur, sequutis auctorem, Imp. Justinianum, §. 3. *Inst. de usufructu*, sic scribentem. *Finitur autem ususfructus morte fructuarii, & duabus capitis deminutionibus, maxima & media, & non utendo per modum & tempus: quæ omnia nostra statuit constitutio.* Subnixis vero & temporis præjudicio, & tanti nominis majestate congredi unum aut alterum, dementia haberi possit. Audebo tamen contendere, non fuisse eam Justiniani mentem; longeque aliter se rem habere. obtinebo id curatiore interpretatione verborum, *non uti per modum.* Ajunt, fructuarium non uti per modum: cum non utitur secundum formam ei a domino in constituendo usufructu præscriptam. nam modum esse legem dictam a domino proprietatis, ingens venire argumentum: quod Papinianus *l.* 4. §. 1. *D. de servitutibus* scribit, *Modum adjici servitutibus posse constat:* & hunc modum esse; *veluti quo genere vehiculi agatur, vel non agatur, veluti ut equo duntaxat, vel ut certum pondus vehatur, vel grex ille transducatur, aut carbo portetur.* Deinde addit, *Intervalla dierum & horarum non ad temporis causam, sed ad modum pertinere jure constitutæ servitutis.* Igitur si a domino proprietatis in constituendo usufructu palam positus sit fructuario modus, isque aliter fruatur; non ad modum uti eum, omnes docent. ipse quoque id verissimum esse profiteor. sed quid, si is modus in constituendo usufructu a domino sic præscriptus fructuario non sit; & hic re fructuaria abutatur, sive male utatur? jam negant Interpretes, eum re fructuaria uti non per modum. At ego didici multis magnisque rebus, fructuarium, sive ei palam sit præscriptus modus, sive non sit, si re fructuaria utatur aliter, quam ea uti solet paterfamilias, & abuti, & male uti. & non per modum uti. Magni hoc momenti ad explicationem pulchræ quæstionis; ideoque ad liquidum perduci postulas. Huc igitur pertinet, quod suo ostendi loco, cum usumfructum dicimus, non intelligi fructum liberum atque infinitum, sed illum cui inest usus; id est, qui ad modum, sive ad rei conditionem, vel quod idem est, boni viri arbitratu, exerceri debet. Hoc ex fonte scribit Ulpianus, Si cujus rei ususfructus legatus sit, legatarium cavere, usurum se boni viri arbitratu *l.* 1. *D. Usufructuarius quemadmodum caveat:* id vero significare, non facturum se deteriorem ususfructus causam; cæteraque facturum quæ in re sua faceret *d. l.* 1. §. 3. Paulus *lib.* 1. *Sentent. tit.* 11. §. 2. sic exprimit,

mit, *Usufructuarius de utendo usufructu satisdare debet, se perinde usurum, ac si ipse paterfamilias uteretur.* atque id esse usurum *ad modum*, idem ostendit Paulus *lib.* 3. *Sentent. tit.* 6. §. 27, verbis sequentibus. *Usufructu legato* de modo utendi *cautio a fructuario solet interponi: & ideo perinde omnia se usurum, ac si optimus paterfamilias uteretur, fidejussoribus oblatis cavere cogitur.* Unde apparet, *non per modum uti* utrumque significare: id est, non uti ad modum quem paterfamilias in constituendo usufructu fructuario palam præscripsit: & non uti ad modum ad quem paterfamilias habuit rem fructuariam, cum usumfructum constituit; etsi fructuario tum modum non præscripsit palam. Sic Paulus. etiam Ulpianus *l.* 9. §. *ult. D. de usufructu.* ait certe, *Trebatium scribere, silvam cæduam & arundinetum posse fructuarium cædere, sicut paterfamilias cædebat, & vendere, licet paterfamilias non solebat vendere, sed ipse uti.* ac pro ratione addit, *Ad modum enim referendum esse, non ad qualitatem utendi.* Ulpianus ait, *ad modum*, pro ad institutum patrisfamilias: nec, puto, dubium relinquit, si fructuarius male utatur re fructuaria, forte exscindens arbores, aut silvam non cæduam: quin ea non ad modum uti videatur *d. l.* 9 §. *fin.* Similiter dicit Ulpianus *l.* 15. §. 1. *D. eod. tit.* si librarium rus mittat, & qualum ac calcem portare cogat, histrionem balneatorem faciat, aut de symphonia atriensem, aut de palæstra stercorandis latrinis præponat: abuti proprietate. hoc est, ut eodem infit loco, *non secundum conditionem uti:* id est, non ad institutum, seu modum. Idem putat Ulpianus, *d. l.* 15. §. 3. esse generaliter dicendum, in omnibus rebus mobilibus quas sua feritate, vel sævitia corrumpat, non eum *modum* tenere. Quid, si ædium usufructu legato, non caveat damni infecti fructuarius; & ideo in possessionem mittatur is cui cavendum erat damni infecti? quid, si noxali judicio agatur de servo; & præsens fructuarius nolit defensionem suscipere? Et hic dicendum est, non uti ad modum patrisfamilias. Quid ergo est? placuit, fructuarium, ubi re fructuaria non per modum utitur, posse a domino prohiberi uti frui *l.* 9. §. *ult. & l.* 22. *D. de damno infecto:* licet dominus alioquin non possit impedire ita utentem, ne deteriorem ejus conditionem faciat *l.* 15. §. 6. *D. de usufructu.* Sed hoc non pertinet eo: ut putemus, usumfructum tali perimi prohibitione. minime. non tollitur statim usufructus non utendo per modum: etsi fructuarius propterea prohibeatur uti frui. nec hoc traditum, non dicam ab Ulpiano *d. loc.* nec a Paulo *lib.* 3. *Sentent. tit.* 6. §. 28. & 33, ubi enumerat modos tollendi usufructus: sed a nullo Veterum. His sedit, fructuarium idcirco prohibitum re fructuaria uti frui, quod ea utitur non per modum, usumfructum ipso jure retinere: nec amittere ante, quam si ea prohibitio duret per id tempus quo non utendo amitti solet usufructus. Clare Gajus, atque adducta insigni differentia quæ hac in parte sit inter usumfructum & pignus. verba Gaji *l.* 27. *D. de noxalibus actionibus* hæc sunt. *Si noxali judicio agitur de servo, qui pignoris jure tenetur, aut de eo, cujus usufructus alterius est, admonendi sumus, si creditor vel usufructuarius præsens defensionem suscipere noluerit, Proconsulem interventurum & pignoris persecutionem vel usufructus actionem negaturum. Quo casu dici potest, ipso jure pignus liberari: nullum enim pignus est, cujus persecutio negatur. usufructus autem, etiamsi persecutio [ejus] denegetur, ipso jure durat, eo usque donec non utendo constituto tempore pereat.* Dedi unum argumentum, atque idoneum. Sequitur alterum non minus firmum, ex Ulpiano *l.* 1. §. 5. *D. Usufructuarius quemadmodum caveat.* verba Ulpiani. *Utilius autem visum est, stipulatione de hoc caveri, ut si quis non viri boni arbitratu utatur, committatur stipulatio statim: nec expectabimus, ut amittatur usufructus.* Ulpianus dicit, convenire providentiæ proprietarii tradentis usumfructum, curare: ut sibi caveatur a fructuario, Usurum fruiturum se arbitratu boni viri: sic enim effici; ut fructuario non utente ad modum boni viri, proprietario statim committatur ex stipulatu actio ad id quod ejus interest; nec necesse ei sit, repetere rem fructuariam, eumque in finem exspectare tempus quo usufructus amittatur. quamquam & potest eum interim prohibere, ne utatur fruatur; ut supra dixi. Quod si est: demonstratum est, usumfructum non utendo ad modum non finiri statim: quia potest fructuarius statim, ac non utitur boni viri arbitratu, id est, non ad modum, ex fructuaria cautione conveniri, etiamsi nondum amissus sit usufructus. Hoc secundum argumentum. Addamne & tertium? addam atque ex eadem *l.* 1. §. 6. ubi porro Ulpianus, *Habet*, inquit, *stipulatio ista duas causas: unam, si aliter quis utatur, quam vir bonus arbitrabitur; aliam de usufructu restituendo; quarum prior statim committetur, quam aliter fuerit usus, & sæpius committetur; sequens committetur finito usufructu.* Ulpianus putat; priorem fructuariæ cautionis clausulam quæ est, Usurum boni viri arbitratu, (id est, ut dixi, usurum ad modum) non solum statim committi, ac aliter usus fuerit fructuarius: sed & sæpius. argumento certo atque indubitabili, usumfructum non amitti statim, ac aliter quam ad modum usus est fructuarius: cum alioquin non posset sæpius eadem committi cautio.

Dices, id verum esse; cum fructuarius re fructuaria abutitur, vel male aliterve utitur: non cum ea utitur non per modum: nam de hoc casu Imp. Justinianum testari in *d.* §. 3. *Inst. de usufructu:* de illo neque ibi testari, neque alibi. non igitur debere alterum casum facile ad alterum extendi. Sed jam in antecessum ostendi, aliter aut male uti, item abuti, & non uti arbitrio boni viri, & uti non per modum, in persona fructuarii plane idem valere. Proinde, si non utendo per modum statim tollitur usufructus, sequitur, & male aut aliter utendo, & abutendo, usumfructum tolli. at hoc falsum esse, omnes uno clamant ore. an igitur permittam mihi; ne illud quoque falsum esse existimem? numquam faciam. At supereminet auctoritas Justiniani in *d.* §. 3. Nisi est alius, quam putatur, ejus sensus. ipsa consideremus verba. *Finitur autem*, inquit, *usufructus morte fructuarii & duabus capitis deminutionibus, maxima & media, & non utendo per modum & tempus: quæ omnia nostra statuit constitutio.* Non simpliciter ait Imperator, usumfructum finiri non utendo per modum. ait, eum finiri *non utendo per modum & tempus.* hoc vero indigitat, usumfructum non utendo amitti: non quidem per tempus anni aut biennii, sicut olim jus erat: sed per modum temporis nova lege a Justiniano definiti: usitata loquendi figura Grammaticis ἓν διὰ δυοῖν appellata: quam observat Servius in hoc Virgilii, *lib.* 2. *Georgic. vers.* 192.

— — — *Pateris libamus & auro.*

significari, inquiens, pateras aureas. Eadem figura utitur A. Gellius *lib.* XI. *Noct. Attic. c.* 18. *Si qui*, inquiens, *super manifesto furto* jure & ordine *experiri velit, actio in quadruplum datur.* Pro ordine juris vel jure ordinario. Cicero quoque *lib.* 1. *Ad Lentulum epist.* 7. verba Ciceronis. *Hæc profecto vides, quanto expressiora, quantoque illustriora futura sint, cum aliquantum ex provincia at-*

quæ ex imperio laudis accesserit. pro ex imperio provinciæ. Sic mihi videtur; atque eo magis: quia in *d.* §. 3. addit Imperator, *quæ omnia nostra statuit Constitutio.* ait, se hæc constituisse in sua Constitutione: id est, in *l.* 16. *C. de usufructu.* hanc vero sæpius, ac serio, & attente legi, at numquam deprehendi, in ea dici, usumfructum amitti non utendo per modum. tantum ibi dicitur, usumfructum deinceps amitti capitis deminutione maxima & media; itemque non utendo: modo si fructuario talis opponatur exceptio, quæ etsi dominium quis vindicaret, posset eum præsentem vel absentem excludere. Non igitur solitus, ante Justinianum, fuit ususfructus tolli non utendo per modum; eoque non numerat hanc formam Paulus *lib.* 3. *Sentent. tit.* 6. §. 28. *&* 33. inter cæteras quibus ususfructus exstinguitur. non etiam voluit Justinianus inducere formam novam & Veteribus incognitam. tantum voluit in inusu ususfructus jam ante recepto, laxius observari tempus, quam a Veteribus fuerat constitutum. cum enim ad tollendum inusu usumfructum ante sufficeret spatium anni aut biennii: noluit Imperator, deinceps aliud esse tempus, quam decem annorum inter præsentes, vel viginti inter absentes. quod si est: efficitur, ut ususfructus non utendo per modum ne hodie quidem finiatur: quia hoc nove non constituit Imperator in *d. l.* 16, neque vetustas ante definivit: ut ex supra dictis intelligitur.

Nec tamen me præterit, Paulum *l.* 18. *D. Quemadmodum servitutes amittuntur*, in prædii servitute ita scribere, *Si quis alia aqua usus fuerit, quam de qua in servitute imponenda actum est: servitus amittitur.* Sed non sinam id captari temere. quod enim Paulus ait, utentem servitute non per modum, amittere servitutem: tum verum est demum: si servitute non ad modum sit usus per legitimi temporis spatium: id est, si ea toto illo tempore numquam est ita, ut debuit, usus, nec ulla ratione. Ita Paulum interpretor. audio. at quo auctore? Paulo; nec desideres certiorem. is vero *l.* 10. §. 1. *D. eod. tit.* sic scribit. *Si is qui nocturnam aquam habet, interdiu per constitutum ad amissionem tempus usus fuerit, amisit nocturnam servitutem, qua usus non est. Idem est in eo qui certis horis aquæductum habens, aliis usus fuerit, nec ulla parte earum horarum.* Sic Paulus. addam Marcellum: nam huic idem videtur: in primis si quis constituta certo modo servitute, ea utatur modo plane alio. quod si ita utatur; ut modum egrediatur tantum: putat Marcellus, hunc non aliud, sed plus egisse: ideoque non utendo non amittere servitutem: esse enim usum servitute, etsi aggravaverit servitutem: sufficere igitur hoc in casu, rem sic temperari; ne ei concedatur, in servitute habere plus, quam sit pactum. Verba Marcelli si quis considerare volet, apposui ex *l.* 11. *D. eod. tit. Is cui via vel actus debebatur*, ut vehiculi certo genere uteretur, *alio genere fuerat usus: videamus, ne amiserit servitutem; & alia sit ejus conditio, quia amplius oneris, quam licuit, vexerit: magisque hic plus, quam aliud egisse videatur: sicuti* (lego, *S Icuti*, id est, *sicuti si*) *latiore itinere usus esset; aut si plura jumenta egerit, quam licuit; aut aquæ admiscuerit aliam. Ideoque in omnibus istis quæstionibus servitus quidem non amittitur: non autem conceditur plus, quam pactum est, in servitute habere.*

Caput X.

Usumfructum tolli cessione in jure facta a fructuario. & quando? item de consolidatione.

Revertamur ad Paulum. is *lib.* 3. *Sentent. tit.* 6. §. 28. inter modos amittendi ususfructus etiam ponit in jure cessionem. & in §. 32. adfert exemplum. *In jure*, inquiens, *cessione amittitur ususfructus, quoties domino proprietatis eum fructuarius in jure cesserit.* Estque perspicua ejus exempli ratio. nam in jure cessio, ut dixi c. 2. hujus libri, est legis actio, qua contingit cujuscumque rei tam incorporalis, veluti ususfructus, quam corporalis, ut fundi, aut servi alienatio. fiebat illa hac forma. apud Prætorem in jure vindicabat cessionarius, suum esse quod ei cedebatur. Prætor deinde rogabat cedentem, an contra vindicaret. is si negaret, aut taceret: pronuntiabat Prætor hæc solemnia verba, Quando tu neque ais, neque negas, ego huic præsenti & vindicanti addico. eo igitur decreto cum cedenti omne jus ejus voluntate abjudicaretur, idemque cessionario addiceretur: an mirum erat, usumfructum domino proprietatis a fructuario in jure cessum, statim amitti? sed hoc clare Paulus.

Quid, si extraneo cedatur? silet Paulus *d. tit.* 6. §. 32. ideoque sunt qui sibi aliisque persuaserunt, cessione extraneo facta, non amitti usumfructum. Sed si mihi liceat meo uti ingenio: non recedam a contraria sententia existimantium, usumfructum etiam hoc casu amitti Jure Civili. ostendere id alii, suo quisque modo, & inter cæteros Marcus Aurelius Galvanus, *De usufructu c.* 38. non ero tamen molestus, etiam de meo aliquod sustinens Jurisprudentiæ adferre lumen. Dicam igitur, usumfructum Jure Civili amitti cessione extraneo facta: etsi non dicat Paulus. non enim id negat. magis de eo silet: nec oportet in scriptis Veterum temere fieri argumentum a consequentia, aut a contrario. esse enim lubricum, & plerumque extra scriptoris mentem, ostendi in *Julio Paulo c.* 7. nec tamen peccasset Paulus *d. loc.* etiam hujus casus aliquam faciens admonitionem. at non idcirco quod non fecit, illi contradixisse videri debet. quid, si enim habuit silentii causam, quod supervacua videretur disputatio de modo cessionis quo nemo sit usurus? ain' vero? sit ita, ut domino proprietatis usumfructum cum ratione cedat fructuarius; cujus intersit, id fieri ex causa donationis aut venditionis aut similiter: an eum cedat extraneo: nihil effecturus ejus respectu; & interim nociturus sibi, exstincto præter intentionem usufructu? non dices. supervacuo igitur sollicitus *d. loc.* sit Paulus circa cessionem a fructuario faciendam alii, quam domino proprietatis: cum præsertim nemo ea usurus sit sapiens & se spectans. Non quæram circuitiones: rectam ingressus viam, ac bono duce: nisi displicet Pomponius. at is in *l.* 66. *D. de jure dotium* sic scribens. *Si ususfructus fundi cujus proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur: difficultas erit post divortium circa reddendum jus mulieri: quoniam diximus, usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis; & si extraneo cedatur, id est, ei qui proprietatem non habet, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. Quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usumfructum mulieri maritus, vel vendat nummo uno: ut ipsum quidem jus remaneat penes maritum: perceptio vero fructuum ad mulierem perveniat.* Subjecta species manifestum dabit Pomponii intellectum.

ctum. Titius Sempronio pro Seja ei nuptura, in dotem dedit usumfructum fundi cujus proprietatem mulier non habebat. hoc matrimonium finitur divortio. quæritur, quemadmodum usufructus Sempronio in dotem datus, Sejæ restitui possit? præcipua difficultas est ob cessionem in jure: qua, ut dixi, solent apud Prætorem cedi res incorporales, ut usufructus. sed Pomponio non placet cessio Sejæ non profutura, sed nocitura, extincto usufructu. verba Pomponii. *Difficultas erit post divortium circa reddendum jus mulieri: quoniam diximus usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis; & si extraneo cedatur, id est, ei qui proprietatem non habet, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum.* Verum ipsum quoque hoc in obscuro est. quid enim significat, *Sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum?* utrum suo tempore, an statim, & per consequentiam cessionis? forte dabis humanitati, ut mitiora censeas: quod durum videtur, tam acerbe puniri levem conatum, non modo non habentem effectum, at nec crimen tam severa coërcitione dignum. mavis igitur, Pomponium sentire, reversurum usumfructum: non statim, nec per consequentiam cessionis: sed ubi finitus erit legitimis modis, veluti morte, aut capitis deminutione. Sed videamus; ne a jure aliena sit illa mollities. quod tamen vertitur delictum? sed sufficit, erratum esse ignorantia juris. ita ut non sit peccatum quod respublica vindicet ob læsam disciplinam. at est supina negligentia fructuarii sponte sua nocentis sibi juris forma, & solemnibus apud Prætorem male adhibitis. ea igitur re si amisit usumfructum sciens prudensque faciens cessionem; imputet sibi: sicut si alias in judicio; aut extra judicium damnum patiatur sua væcordia: ut sunt exempla ejus generis pulchra *l.* 9. §. 5. *D. de juris & facti ignorantia*, §. 33. *Inst. de actionibus*, *l.* 7. *D. de in integrum restitutionibus*, *l.* 1. §. 3. *D. de postulando.* hic certe id fit: est enim in jure cessio alienationis genus; quo agebatur; ut cedenti Prætoris decreto jus omne abjudicaretur: eique cui cessio fieret, adjudicaretur. quod si est; ut est verissimum: quæso, qui potest extraneo fieri cessio, salvo usufructu fructuario? concedamus, per eam nihil transire in extraneum: (quia neque civilis, neque naturalis, ratio patiatur, actum inter fructuarium & extraneum præjudicare domino proprietatis, qui usumfructum soli indulsit fructuario: non ei quoque in quem id transferre a se velit fructuarius) at quid vetat, fructuarium, cessione extraneo facta, usumfructum sibi sua voluntate abdicere? est enim, ut dixi, personæ jus usufructus; nec potest fieri, ut a fructuarii persona sine interitu sui discedat jus ejus personale *l.* 15. *D. Familiæ erciscundæ.* Proinde si fructuarius id a se discedere velit; (quod fit, cum extraneo cedit usumfructum) quid causæ est, cur negemus, usumfructum extraneo cessum, quamquam imprudenter, statim reversurum ad proprietatis dominum? Non me præterit, dici, non præstare impedimentum quod de jure non sortitur effectum. Sed non confundit me illa vulgaris jactatio. quoties enim fit in jure; ut quæ careant vi alii noxia, interim facienti damnum adferant? Et extat tale exemplum apud Ulpianum *in Fragm. tit.* 19. §. 12. *& seqq.* ipsum eo notabilius: quia est in ipsa qua de agimus, in jure cessione. verba Ulpiani. *Hereditas in jure ceditur, vel antequam adeatur, vel postea quam adita fuerit. antequam adeatur, in jure cedi potest ab herede legitimo: postea quam adita est, tam a legitimo, quam ab eo qui testamento heres scriptus est. Si antequam adeatur hereditas, in jure cessa sit, perinde heres fit cui cessa est, ac si ipse heres legitimus esset. Quod si postea quam adita fuerit, in jure cessa sit, is cui cessa est,* (legendum, *is qui cessit:* ut monui alibi) *permanet heres, & ob id creditoribus defuncti manet obligatus: debita vero pereunt, id est, debitores defuncti liberantur.* Ulpianus vult, quod cessio hereditatis in jure facta, postquam adita est hereditas, non quidem operatur hactenus, ne heres maneat is qui cessit; atque adeo, ut noceat creditoribus hereditariis: sed interim efficit, ut ab eo liberentur debitores hereditarii: eo quod ipse se omni heredis jure sciens volensque ea cessione abdicavit: nec tamen debitores hereditarii ob id cessicio heredi tenentur: quia ei non sunt obligati. Est hoc unum atque egregium exemplum. addam tamen & alterum ejusdem generis, atque æque ad rem nostram accommodatum. id exemplum est: quod Imp. Justinianus §. 4. *Inst. de donationibus* ait, fuisse olim modum civilis adquisitionis per jus accrescendi, eumque modum fuisse talem. si communem servum habens aliquis cum Titio, solus libertatem ei imposuerit vel vindicta, vel testamento, eo casu pars ejus amittebatur, & socio adcrescebat. addit Imperator, ea re evenisse, ut & libertate servus defraudaretur, & ex ea humanioribus dominis quidem damnum inferretur, sævioribus autem lucrum accederet. Nihil igitur fuerit præter juris rationem: si in proposito similiter dicat Pomponius *d. l.* 66. usumfructum extraneo cessum, non ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum statim, ac cessus sit. nempe, quia (ut supra dixi) sufficit, cedentem errasse juris ignorantia: licet alioquin non versetur ejus delictum legibus vindicandum. hoc sequentia quoque evincunt Pomponii verba. *Quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usumfructum mulieri maritus, vel vendat nummo uno: ut ipsum quidem jus remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat.* Quid hic Pomponius? indigitat, cessionem quæ in jure facta apud Prætorem continet juris alienationem, hic non recte adferri pro modo restituendi usufructus: quippe non effecturam quod volunt partes; & acturam contra, quod nolunt. non enim fore hunc ejus exitum: ut usufructus, quantum attinet ad jus, sive dominium usufructus, a marito transeat ad mulierem; quod faciendum erat: sed ut ipsum usufructus jus sive dominium statim ad dominum proprietatis revertatur: quod neque marito, neque mulieri erat propositum. oportere igitur, quod solitum fuit Jurisconsultis, cogitari de remedio quo neque pereat jus usufructus; & ejus utilitas nihilominus ad mulierem perveniat. Ait vero Pomponius, fuisse quibusdam visum, pro tali remedio adhibere colorem venditionis, vel locationis quæ fiat nummo uno. nam si maritus uxori vendat usumfructum nummo uno; eumque deinde non cedat, sed tradat: ipsum quidem jus, id est, ipsum usumfructum, penes maritum remanere: perceptionem vero fructuum, id est, utilitatem quæ facti est, ad mulierem pertinere. Sic illi: & recte ex Pomponii sententia. non enim ut cessio, sic traditio, est alienatio Civili Jure. tantum facit, ut quod traditur, sit in bonis ejus, cui fiat traditio: ut clare Ulpianus, *in Fragm. tit.* 1. §. 16. igitur si maritus uxori vendat usumfructum, & tradat: ipse, ut Pomponius loquitur, retinebit ipsum jus; id est, ipsum usumfructum; Julianus dominium usufructus appellat *l.* 3. *D. Si usufructus petetur:* sed ad mulierem mariti nomine pertinebit fructuum perceptio quæ facti est, & a Juliano *d. loc.* usus-

usufructus possessio vocatur. Idem vel simile erit: si maritus uxori nummo uno locet usumfructum. nam & tum ipse sibi retinebit usumfructum, id est, ut dixi, jus sive dominium usufructus; fructuum vero perceptio ejus nomine veniet ad uxorem. Rationis hoc fuit Pomponii tempore, obtinente tum vetere juris forma. sed postquam Imp. Justinianus *l. unic. C. de nudo jure Quiritium tollendo* hanc mutavit, sublata differentia dominii bonitarii & Quiritarii; tum modorum quibus ea dominiorum genera apud Veteres adquirebantur: cœpit vis traditionis esse eadem ei quæ est cessionis. huic quoque consequens fuit: ut deinde utroque modo aut usufructus tolli, aut nihil agi videretur: quia jam utroque peræque contingit alienatio; cum olim altero fieret alienatio, altero non fieret §. 40. *Inst. de rerum divisione.* Sed Justiniano placuit, magis tollere nominum vanitatem, quam impedire justam hominum voluntatem: & ideo putavit, convenire communi utilitati; ut cessione extraneo facta, quantum ad usumfructum, id est, ad jus attinet, idem esset quod olim obtinebat, facta usufructus traditione. noluit igitur usumfructum extraneo cessum, hodie extingui; cum non esset hoc propositum fructuario; sed apud eum remanere: sicut olim fiebat, si extraneo a fructuario esset venditus & traditus. cæterum domino proprietatis cessum, hoc animo, ut ejus fiat jus usufructus, exstingui & cum proprietate confundi ex fructuarii voluntate. hoc, opinor, indigitat Imp. Justinianus §. 3. *Inst. de usufructu*, ubi *Item*, inquit, *finitur usufructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur, nam cedendo extraneo nihil agitur.* Id eo verius dixero: quia is Imperator in §. 1. *Inst. de usu & habitatione* patitur, usumfructum a fructuario adhuc alii vendi: cum constet, venditionem consensu perfici, & traditione consummari.

Porro ait Paulus *d. lib.* 3. *Sentent. tit.* 6. §. 28. usumfructum etiam dominii comparatione amitti. & recte: nam postquam sum nanctus proprietatem cujus usumfructum habeo: desinit meus esse prior usufructus, & incipit jure proprietatis, quasi ex nova causa, rursus meus esse *l.* 21. §. 3. *D. de exceptione rei judicatæ. l.* 78. *D. de jure dotium.* Eum modum Justinianus §. 3. *Inst. de usufructu* appellat consolidationem: Venulejus confusionem *l.* 4. *D. Usufructuarius quemadmodum caveat.* idque nomen ne Paulo quidem displicet *l.* 27. *D. Quibus modis usufructus amittitur.* Res facilis; nec pluribus opus.

Caput XI.

Quomodo tollatur usufructus mutatione aut interitu rei fructuariæ? & quando?

Postremo sic scribit Paulus, *lib.* 3. *Sentent. tit.* 6. §. 31. *Rei mutatione amittitur usufructus: si domus legata incendio conflagraverit aut ruina perierit, licet postea restituatur.* Sensu minime idoneo: quomodo enim recte dicitur *legata domus*, cujus legatus sit usufructus? nec aptius dicitur mutatione rei amitti usufructus, si *domus legata* incendio conflagraverit, aut ruina perierit. Scribo igitur: *Rei mutatione amittitur usufructus; si* domus *incendio conflagraverit, aut ruina perierit.* Eo modo Justinianus §. 3. *Inst. de usufructu: Constat, si* ædes *incendio consumptæ fuerint, vel etiam terræ motu, vel vitio suo corruerint, extingui usumfructum.* Cogitavi quoque, an possit restitui: *si domus us. lg. incendio conflagraverit.* id est, *si* domus, usufructu legato, *conflagraverit.* quomodo fere Ulpianus *l.* 5. §. 2. *D. Quibus modis usufructus vel usus amittitur* ait, *Rei mutatione interire usumfructum placet: veluti* usufructus *mihi* ædium legatus *est.* ædes *corruerunt, vel exustæ sunt.* Non minus mirere: quod uterque, & Paulus, & Ulpianus ait, usumfructum amitti *rei mutatione:* cum Justinianus *l.* 16. §. 1. *C. de usufructu* scribat, usumfructum cadere ipsius *rei interitu:* Celsus quoque *l.* 2. *D. eod. tit.* usumfructum esse, inquit, jus in corpore: quo sublato & ipsum tolli. & nihilominus hi omnes in unam conspirant sententiam. etsi imperitis alius sit rei interitus, alia rei mutatio. ita de medio populi Tertullianus, *De resurrectione carnis c.* 54. *pag.* 360. *Discernenda est demutatio ab omni argumento perditionis. aliud enim demutatio, aliud perditio.* Et post. *Non miscebuntur omnino diversa, mutatio atque perditio, operibus utique diversa. perdit hæc, illa mutat. quomodo ergo quod perditum est, mutatum non est: ita quod mutatum est, perditum non est. periisse enim est, in totum non esse quod fuerit: mutatum esse, aliter esse est. porro dum aliter est, id ipsum potest esse: habet enim esse quod non perit. mutationem enim passum est, non perditionem. atque adeo potest & demutari quid, & ipsum esse nihilominus.* Sic ille, atque ut dixi, magis populari sensu, quam ex disciplina sapientum, verissime opinantium, nihil perire naturæ; & quod videtur desinere, tantum in aliam transferri formam. ita Seneca, *Epist.* 36. *ad fin.* & ante Pythagoras, apud Ovidium, *lib.* XV. *Metamorph. fab.* 4. *vers.* 252. his verbis

Nec species sua cuique manet; rerumque novatrix
Ex aliis alias reparat natura figuras.
Nec perit in tanto quidquam (mihi credite) mundo;
Sed variat, faciemque novat, nascique vocatur
Incipere esse aliud, quam quod fuit ante: morique
Desinere illud idem. cum sint huc forsitan illa,
Hæc translata illuc; summa tamen omnia constant.

Sapienter igitur dixerunt Ulpianus ac Paulus, mutatione rei fructuariæ tolli usumfructum. nimirum, ubi datur alicujus usufructus rei; non datur usufructus omnis substantiæ; sed ejus quæ in specie est *l.* 34. §. 2. *D. de usufructu.* illa si mutetur: desinit esse cujus legatus est usufructus, & ejus quæ esse cœpit, non est legatus.

Quam porro dixi mutationem; cave, putes, qualem qualem esse. solam indigito quæ rei formam (quam M. Tullius, ut Nonius Marcellus observat, *De different. verb. num.* 52. integritatem speciei voluit esse) plane evertit. nam hoc demum modo fit mutatio. putatur autem mutari forma; cum res ob id quod contingit, in aliud nomen transit. quod si non fiat: non creditur mutari forma. nec hoc idcirco dicitur: quod nomini sit aliquid cum forma commune; sed quod rerum nomina solent peti a forma: eoque forma plerumque a nomine, tamquam a posteriore intelligitur. Hoc sensu Tertullianus, *lib.* 2. *De carne Christi c.* 13. *Fides*, inquit, *nominum salus est proprietatum. etiam cum demutantur qualitates, accipiunt vocabulorum possessiones.* Mutato igitur rei nomine, mutata videtur rei forma, & perit ejus usufructus. Sit exemplum quod ex Paulo & Ulpiano attuli: legatus est ædium usufructus. hæ ædes corruerunt, vel exustæ sunt. jam non ædes appellantur, sed area. est igitur exstinctus ædium usufructus: quia res mutata est, amisso nomine, atque alia specie facta *d. l.* 5. §. 2. *D. Quibus modis usufructus amittitur.* vice versa, legatus

tus est usufructus areæ, huic imposita est superficies: definit esse area, & domus appellatur: cujus ut pars sit area, & præcipua, cui etiam cedat superficies: domo tamen areæ imposita, mutata est species cujus legatus est usufructus. Varronem audi, *De lingua Latina lib. 4. pag. 7. Ubi frumenta secta terantur & arescant, area. propter horum similitudinem loca in urbe pura areæ.* Mutata igitur re fructuaria, amittitur usufructus *d. l.* 5. §. 3. Item usufructus debetur agri: (qui *ager dictus est*, ut Varro ait *d. loc. in quam terram quid agebant fructus causa*) is ager inundatus est, ut stagnum jam sit, aut palus. (idem Varro *d. loc. p.* 8. *Palus paululum aquæ in altitudinem, & palam latius diffusæ. Stagnum* vero *est*, ut Ulpianus definit, *quod temporalem contineat aquam ibidem stagnantem, quæ quidem aqua plerumque hieme cogitur l.* 1. §. 4. *D. Ut in flumine publico navigare liceat*) aut contra legatus est usufructus stagni; & exaruit stagnum, ut ager sit factus. utraque notatur mutatio, apud Ovidium, *lib.* xv. *Metamorph. fab.* 4. *vers.* 266. his verbis.

Eque paludosa siccis humus aret arenis,
Quæque sitim tulerant stagnata paludibus hument.

In utraque igitur specie, mutata re ac nomine, exstinguitur usufructus *l.* 10. §. 2. & 3. *D. eod. tit.* Idem: si legetur usufructus massæ, & vasa sint facta: vel contra, si legato vasorum usufructu, facta sit massa, Ulpianus putat *d. l.* 10. §. 5. quia mutata forma prope interempta videtur substantia *l.* 9. §. 3. *D. Ad exhibendum:* utique quantum attinet ad usumfructum: etsi alioquin maneat substantia massæ, etiam mutata ejus figura. ita de cera Ovidius *d. lib.* xv. *fab.* 3. *vers.* 169.

Utque novis fragilis signatur cera figuris,
Nec manet, ut fuerat, nec formas servat easdem;
Sed tamen ipsa eadem est - - -

Addit Ulpianus *d. l.* 10. §. 6, & ornamento dissoluto aut transfigurato exstingui usumfructum. Ornamentum transfiguratum est mutatum. Seneca, *Epist.* 6. *Intelligo, Lucili, non emendari me tantum, sed transfigurari:* id est, mutari. Idem *Epist.* 94. *Qui facienda & vitanda percipit, nondum sapiens est, nisi in ea quæ didicit, animus ejus transfiguratus est.* Recte igitur Ulpianus, dissoluto aut transfigurato ornamento, exstingui ejus usumfructum: scilicet, quia (ut Marcellus *l.* 6. §. 1. *D. de auro argento legato*) in sua specie non permansit, quodammodo exstinctum est.

Ita: si res aliud acceperit nomen. quod si non sit, nec mutata res est; nec exstinguitur ejus usufructus. finge: quæ est species *l.* 24. §. 2. *D. Quibus modis ususfructus amittitur*, sublata ex meo fundo est summa terra, regesta alia: non idcirco desinit esse solum meum; non magis, quam stercorato agro. Rursus finge: legatus est usufructus insulæ: periit ejus portio, portione reliqua. quid dicemus? quod quæ superest portio, insula vocatur: & ideo quamdiu remanet quælibet insulæ portio, tamdiu totius soli usufructus remanet *l.* 53. *D. de usufructu.* Similiter legato fundi usufructu, si villa quæ sit fundi accessio, diruatur: nihilominus fundus appellatur: sicut si arbores quæ in fundo fuerint, deciderint: est adhuc fundus, etsi spoliatus accessione arborum. neutro igitur casu finitur usufructus fundi. imo si fundus fuit villæ accessio; ne hic quidem perit fundi usufructus *l.* 10. *pr. D. quib. mod. ususfr. amitt.* manet enim & hoc casu fundus is cujus legatus est usufructus. Quid, si relictus sit usufructus arvi; & ibi positæ sint vineæ: (id est, vites; ut in *l.* 3. *C. de feriis*, *l.* 13. *D. de servitutibus rusticorum prædiorum*) vel contra? negat Ulpianus *d. l.* 10. §. 4. *D. Quibus modis ususfructus vel usus amittitur*, exstingui usumfructum: aliter ac si silvæ usufructu legato, silva cæsa, illic sationes sint factæ. nam tum exstingui usumfructum putat. optime Isidorus *lib.* xiv. *Originum c.* 13. *Omnis ager, ut Varro docet*, (extat is locus lib. 1. De re rustica c. 8.) *quadrifarius dividitur. aut enim arvus est ager, id est, sationalis: aut consitus, id est, aptus arboribus: aut pascuus qui herbis tantum & animalibus vacat: aut florens, quod sunt horti apibus congruentes & floribus. Quod etiam Virgilius in quatuor libris Georgicorum secutus est. Rura veteres incultos agros dicebant, id est, silvas & pascua, agrum vero qui colebatur.*

Satis ostendi, usumfructum rei mutatione amitti. addendum est, ubi id dicimus, interire usumfructum non hujus aut illius partis, sed partium omnium. ut ecce: legatus est usufructus ædium. ædes exustæ sunt, vel corruerunt: perit usufructus non tantum ædium, sed & areæ & cementorum *l.* 5. §. 2. *D. Quibus modis ususfructus amittitur.* Simile in pecoris usufructu. nam si mortuum sit; exspirat usufructus: in tantum, ut neque carnis, neque corii debeatur *l. pen. D. eod. tit.* quid, si gregis sit usufructus, & eo usque perveniat ovium numerus, ut grex non intelligatur? perit usufructus *l. ult. D. eod. tit.* Quadrigarum quoque legato usufructu, si decesserit unus ex equis: ambigi potest, an desinat usufructus? & putat Ulpianus interesse; utrum equorum, an quadrigæ usufructus sit relictus. nam si equorum; supererit in residuis: si quadrigæ; non remanebit: quoniam quadriga esse desiit *d. l.* 10. §. *ult.* Liquebit hoc, intellecto quadrigæ sono. ea Veteres non currum significant; etsi plerumque habeatur quadriga, ut jungatur currui. sed quadriga est nomen numeri: indigitantis quatuor equos, etiam sine curru *l.* 58. *D. Pro socio*, *l.* 34. §. *ult.* & *l.* 38. §. *ult. D. de Ædilitio Edicto*, & apud A. Gellium *lib.* 19. *Noct. Attic. c.* 8.

Hoc quamquam certum & verum; tamen recipit difficultatem eo: quod plerumque quidquid in toto jus est, obtinet in ejus partibus *l.* 7. *D. de exceptione rei judicatæ:* quando in toto pars inest *l.* 113. *D. de regulis juris.* ita, qui dat usumfructum ædium aut fundi, is dat usumfructum totius domus, aut fundi & singularum partium ejus: ut suo probavi loco. alibi quoque observatur: ut mutata re, maneat ejus jus in partibus quæ supersunt. pone, obligatam pignori esse domum: eam periisse: adhuc area tenetur pignori, etsi domus non sit. quod si domus restituatur; rursus areæ cedet domus, ac pignori erit *l.* 16. §. 2. *l.* 29. §. 2. *D. de pignoribus.* pone, legatum esse gregem; eumque ita deminutum esse: ut jam grex non sit: adhuc legato cedent oves superstites *l.* 22. *D. de legatis lib.* 1. Sed quid est? non nego, quod de toto dicitur, jus esse in parte. illud vertitur: an quæ superest pars, totius pars sit. hoc vero est facti: in quo interest inter proprietatem & usumfructum. nam si legetur usufructus rei: non datur usufructus rei qualis qualis sit. contra datur usufructus rei quæ in specie est *l.* 34. §. 2. *D. de usufructu.* igitur si mutetur species: finitur usufructus totius rei, & partium ejus. scilicet, quia ipsa res est alia, quam fuit, partes ejus sunt partes rei alterius, quam cujus datus est usufructus. quin reliquæ partes: etsi præbeant sui usum: tamen non præbent eum quem voluit testator. igitur non debetur usus qui legatus est: quia percipi nequit, re mutata. nec debetur qui percipi potest: quia non est legatus. hoc in usufructu. quid in proprietate? ea si legetur: non vult testator eam, qualis in specie est; sed qualis qualis sit, legatarii fieri. ita hanc ei non

legat

legat ad certum usum: sed ut de ea disponat tamquam dominus suo arbitrio: sive adhibeat eam ad usum verum; sive ad alium. proinde si duret res; & ipsa & ejus partes debentur. sin mutata est; quamvis ipsa desierit esse: adhuc partes quæ supersunt, debentur. ut enim non præbeant priorem usum, tamen præbent alium: nec testator ad suum, sed ad legatarii, usum respexit dans ei proprietatem: id est, jus pro arbitratu suo de re disponendi; sive talis maneat, sive alia fiat.

Cæterum ut amittitur ususfructus, mutata re fructuaria, ita restituitur, ea reversa ad priorem formam: modo id fiat intra tempus quo ususfructus non utendo amittitur. sic Veteres respondisse, refert Marcellus *l.* 71. *D. de usufructu*, verbis sequentibus. *Si in area cujus ususfructus alienus esset, quis ædificasset intra tempus quo ususfructus perit, superficie sublata restitui usumfructum, Veteres responderunt.* Sic Florentiæ interpungit Taurellius; & fere sequuntur cæteræ editiones. res postulat. *Si in area cujus ususfructus alienus esset quis ædificasset: intra tempus quo ususfructus perit, superficie sublata, restitui usumfructum, Veteres responderunt.* Hoc modo interpunxisse videntur Græci, *Basilic. lib.* XVI. *tit.* I. *pag.* 262. *tom.* 2, Fabroto interprete sic transferentes. *Si in area in qua usumfructum habeo, alius ædificaverit, & ædificium dissolutum sit intra tempus quo ususfructus non utendo perit, ususfructus mihi restituitur.* Sensus: Si post usumfructum mutatione formæ rei fructuariæ extinctum, vetus ejus rei forma restauretur intra tempus quo non utendo perit ususfructus: desinit causa sublati ususfructus, extante rursus forma rei cujus legatus est ususfructus. vult igitur ratio, usumfructum perinde deberi rursus; quasi interim magis cessasse, quam extinctus esse intelligatur. Sic: si rei forma restauretur intra tempus quo non utendo perit ususfructus. at post id tempus non restituitur ipso jure ususfructus: sed nova cessione opus habet. hoc in usufructu indicat Julianus *l.* 7. *D. Quibus modis ususfructus vel usus amittitur*, & in prædii servitute Javolenus *l.* 14. *D. Quemadmodum servitutes amittuntur.* ita proprietarius, si quid fecit quo mutaretur res fructuaria, & interiret ususfructus, fructuario tenetur ad renovationem *d. l.* 14. Qua actione? fac, quæ est species *l.* 18. §. 2. *D. de dolo malo*, incendisse insulam cujus legatus erat ususfructus. aliquis putet, dandam esse de dolo actionem. sed Ulpianus negat: quoniam, inquiens, aliæ ex hoc oriuntur actiones. recte: nam exustis a domino ædibus, fructuario competit utilis legis Aquiliæ actio, & supervacua est de dolo actio, quamdiu alii locus est. quid, si in area positum sit ædificium? jam pretiosior, aut non deterior facta est area: nec potest ex lege Aquilia agi, nullo dato damno. quid ergo? ait Ulpianus *l.* 5. §. 3. *D. Quibus modis ususfructus vel usus amittitur*, proprietarium hoc facientem, teneri ex testamento vel de dolo: illa, imposito ante traditionem ususfructus ædificio: hac postea; certo, quod non potest fructuarius ex testamento adversus heredem agere post traditum ex testamento usumfructum. nec magis potest fructuarius experiri actione confessoria, extincto rei mutatione usufructu: necessaria igitur est de dolo actio: ut ex Juliano ait Paulus *l.* 9. *D. Si servitus vindicetur.* At Pomponius *l.* 6. *D. Quibus modis ususfructus amittitur*, putat, fructuario etiam competere interdictum, Quod vi aut clam. id vero si est: magis est, ut & hic cesset de dolo actio.

Restituitur igitur ususfructus, mutatione formæ rei fructuariæ amissus: modo eadem quæ fuit, deinde restauretur forma. quod imprudentibus sæpe videtur; cum non sit. ac maxime id contingit restauratione speciei novæ, & priori similis. quo casu difficile est: ut restituatur ususfructus: quia nova illa species, etsi pristinæ similis, non est ea cujus legatus fuit ususfructus: sed est alia cujus non fuit legatus ususfructus. finge: competit mihi ususfructus domus. hæc fit area, incidente ruina aut incendio: rursus domus. negat Paulus *lib.* 3. *Sentent. tit.* 6. §. 31, restitui usumfructum domus. scio: aliud est, domo per partes refecta, & sic omni nova facta. sed refert: quod refecta, eadem manet domus, perseverante specie, ut ut mutatis omnibus ejus partibus *l.* 76. *D. de judiciis.* cæterum nova facta, utcumque similis, alia est. nescio, an huc eat illud Juvenalis, *Sat.* 14. *vers.* 308.

— — — *Dolia nudi*
Non ardent Cynici: si fregeris, altera fiet
Cras domus, atque eadem plumbo commissa manebit.

Ulpianus certe sic disputat *l.* 10. §. 1. *D. Quibus modis ususfructus vel usus amittitur.* Verba Ulpiani. *Non tantum, si ædes ad aream redactæ sint, ususfructus extinguitur, verum etiam, si demolitis ædibus, testator alias novas restituerit. plane, si per partes reficiat. licet omnis nova facta sit, aliud erit nobis dicendum.* Ulpianus, *demolitis*, inquit, *ædibus:* nec esse quod reprehendatur, optime notarunt jam Doctissimi Viri, Brissonius, *Parerg. n.* 56 & Dukerus *ad Opusc. var. de Latinit. Vet. Jurisc. pag.* 328. Sed hoc obiter. Ulpianus duos tractat casus. unus est de dirutis & restitutis ædibus. alter de refectis per partes. hic clarus. ille adjuvandus. pone igitur: Testator legat usumfructum ædium. is testator eis demolitis, mox alias reponit. an debetur ususfructus novarum ædium? negat Ulpianus; & recte: quia cedente ususfructus die, non sunt ædes quarum legatus est ususfructus. demolitæ enim sunt a testatore. at restituit demolitas. non ita est, inquit Ulpianus: alias novas restituit, harum vero ususfructus non est legatus. idem in nave Ulpianus; si dissoluta sit, licet iisdem tabulis, nulla præterea adjecta, restaurata sit *d. l.* 10. §. 7. In primis autem hoc jus est, nave aut domo dissoluta: hoc animo, ne restituatur; sed ut materia in alios usus convertatur. tum enim, etsi mutato consilio, rursus domum aut navem faciat testator, atque ex eadem materia; tamen priorem peremptam, sequentem aliam esse, omnes opinati sunt.

At quid, si non hoc animo dissoluta sit domus aut navis: sed uti restituatur? hic vereor: ne in partes iverint Veteres. Ulpianus certe *d. l.* 10. §. 1. & 7. se adscribit Sabino: existimanti, adhuc extinctum esse usumfructum; neque eamdem, sed aliam videri domum aut navem restitutam. idemque Africano sedet *l.* 36. *D. de usufructu.* An & Paulo? pæne hæreo. est enim mihi suspicio, illum humanitati dedisse in proposito: uti a stricto jure recederet; & domo dissoluta hoc animo, uti restituatur, interpretaretur, priorem quidem domum nondum intercidisse, sequentem vero non novam, sed eamdem videri. idemque in nave esse: nam resoluta; hac mente, ut in alium usum destinarentur tabulæ, licet mutato consilio, reficiatur navis: priorem esse peremptam, & posteriorem intelligi aliam. cæterum non hoc animo, sed reficiendæ navis causa, refixis omnibus tabulis, navem nondum intercidisse; & rursus compositis, eamdem quæ fuit, esse incipere. ita Paulus *l.* 83. §. 5. *D. de verborum obligationibus*, & *l.* 98. §. *ult. D. de solutionibus*, atque, ut mihi videtur, magis populari sensu, quam ex arte. quomodo & Tertullianus, *De resurrectione carnis c.* 60, *Nisi forte*, inquit, & *navem sine carina, sine* pro-

prora, *fine puppi*, *fine compaginis totius incolumitate*, *salvam asseverabis. Et tamen navem procella dissipatam*, *vel carie dissolutam*, *redactis & recuratis omnibus membris*, *eandem sæpe conspeximus*, *etiam titulo restitutionis gloriantem.* Sed ut ad Paulum revertar: ille *l.* 20. §. 2. *D. de servitutibus prædiorum urbanorum* hoc plus ex hujusmodi infert principiis ad tuitionem servitutis stillicidii, ædificio cui debeatur, sublato, ut eadem specie & qualitate restitueretur. verba Pauli talia sunt. *Si sublatum sit ædificium ex quo stillicidium cadit*, *ut eadem specie & qualitate reponatur: utilitas exigit*, *ut idem intelligatur. nam alioquin*, *si quid strictius interpretetur*, *aliud est*, *quod sequenti loco ponitur: & ideo*, *sublato ædificio usufructus interit: quamvis area pars est ædificii.* Nolim, fastidiosum aliquem offendi verbo, *interpretetur:* quo passive utitur Paulus. nam id non fieri præter morem Veterum, ab aliis dudum observatum est. vid. D. Dukerum, *pag.* 334. *Operis* sæpius allegati. Paulus vult, si stillicidium debeatur ædificio: idque tollatur, non hoc animo, ne sit: sed ut eadem specie & qualitate reponatur: stillicidium stricto jure periisse: quia desiit ædificium cui stillicidium debebatur; & quod restitutum est, aliud est; quamvis ea positum in area in qua prius fuerat. debebatur enim stillicidium non areæ, licet area sit ædificii pars & potissima, sed ædificio; unde & dicitur in superficie consistere *d. l.* 20. *pr.* & si usufructus sit ædificii, idque tollatur, similiter subtili jure interit usufructus, quamvis area quæ pars ædificii est, ex eo superest: quia non fuit areæ ususfructus, sed superficiei, id est, ædificii; & ideo quamvis area superest ex ædificio, eo tamen sublato perit ususfructus. Hoc quidem infit Paulus, si quid strictius interpretetur: sed addit, utilitatem, id est, æquitatem, exigere: ut idem intelligatur ædificium quod sequente ponitur loco. nempe, quia non ideo sublatum est ædificium, ut pereat servitus, sed ut melius ædificium restituatur. licet igitur subtilitas velit, extingui stillicidium, neque eo nomine competere directam actionem, quia re vera periit ædificium cui stillicidium debebatur; tamen si pinguius, sive populari modo & sensu, res pro communi utilitate accipitur, adhuc debebitur stillicidium: quasi idem sit ædificium: dabiturque eo nomine utilis in rem actio ex sententia Pauli *l.* 31. *D. de servitutibus prædiorum urbanorum* & est observandum: (potest enim huc transferri nulla rationis offensione) quod idem Paulus *l.* 14. *D. de exceptione rei judicatæ*, agens de exceptione rei judicatæ, *Idem*, inquit, *corpus in hac exceptione non utique omni pristina qualitate vel quantitate*, *nulla adjectione deminutioneve facta: sed pinguius pro communi utilitate accipitur.* Hoc igitur exemplo, puto, si testator leget usumfructum domus aut navis; eamque hoc animo dissolvat, ut meliorem restituat: vere dicemus, ex Pauli sententia deberi usumfructum restitutæ domus aut navis. scilicet, quia si quid strictius interpretetur, alia quidem est domus aut navis, quam cujus legatus est ususfructus: sed si rem pinguius æstimemus ex voluntate testatoris, suadente æquitate, adhuc est domus aut navis cujus legatus est ususfructus. Forte durior tibi videbitur hæc nostra Pauli interpretatio. quin dices, aliam esse rationem ususfructus, aliam stillicidii; eamque differentiam à Paulo notari *d. l.* 20. §. 2. *D. de servitutibus prædiorum urbanorum.* Sed male. non hoc agit Paulus. tantum vult, quod dixi, stillicidium non in solo consistere, sed in superficie, exemplo ususfructus. non opus argumentis. manifesta Pauli sententia vel eo: quod, puto, ex Sabini sententia Ulpiano placet *l.* 10. §. 8. *D. Quibus modis ususfructus vel usus amittitur*, quæ est ex *lib.* XVII. *Ad Sabinum*, legato quadrigæ usufructu, si decesserit unus ex quatuor equis, usumfructum extingui & ne in residuis quidem remanere: quoniam quadriga esse desiit. sed Paulus *l.* 11. *D. eod. tit.* quæ est ex *lib.* 3. *Ad Sabinum*; benigne interpretatur, *Nisi alius ante diem legati cedentem substitutus sit.* Qua ratione? nisi quia convenit voluntati testatoris, equi substitutione reparantis quadrigam unius morte sublatam: ut cedente ususfructus die, rursus eadem videatur quadriga quæ ante fuit: licet rem strictius interpretantibus, sit alia. quod & in proprietate probat Papinianus *l.* 65. §. 1. *D. de legatis lib.* 2. Igitur sic accipiamus Paulum *d. l.* 20. §. 2. quasi non distinguat servitutem urbani prædii ab usufructu; (quod videtur facere prima facie) sed quasi in utroque genere idem jus constituat. Subrides, sat video: quia arbitraris, non satis commodam meæ interpretationi esse Pauli locutionem, collectionemque hanc *d. l.* 20. §. 2. *Si sublatum sit ædificium ex quo stillicidium cadit*, *ut eadem specie & qualitate reponatur*, *utilitas exigit*, *ut idem intelligatur: nam alioquin*, *si quid strictius interpretetur*, *aliud est*, *quod sequenti loco ponitur. & ideo sublato ædificio ususfructus interit: quamvis area pars est ædificii.* Sed non est, quod te moretur hæc differendi forma. est ea non inusitata Veteribus Jurisconsultis: similis certe huic ejusdem Pauli *l.* 2. §. 16. *D. Pro emptore. Si a furioso*, *quem putem sanæ mentis*, *emero: constitit usucapere utilitatis causa me posse*, *quamvis nulla esset emptio. & ideo neque de evictione actio nascitur mihi*, *nec Publiciana competit*, *nec accessio possessionis.* Paulus persimili utitur forma collectionis locutionisque illi, quam ex ipso posui. Hoc eo diligentius observari suadeam; ne quis minus assuetus lectioni Veterum, temere captet hujusmodi locutiones breves atque obscuras. Cæterum si fuit ea quam dixi, Pauli sententia: non fuit omnium communis. Ulpiano certe non placuit *d. l.* 10. §. 7. *D. Quibus modis ususfructus vel usus amittitur.* & est valde notandum: quod is proposita Sabini sententia, deinde ait, *Quam sententiam puto veriorem:* significans, esse & aliam sententiam sibi minus probabilem & veram. quo modo *l.* 11. §. 3. *D. Ad legem Aquiliam*, *Quod*, inquit, *& Marcello videtur*, *& est probabilius:* volens, id esse probabilius, quam quod visum Juliano *l.* 51. *D. eod. tit.*

Ita: si restitutione res fiat nova & diversa ab ea quæ fuit; etsi maxime ei similis sit. quid, si non fiat nova, sed maneat ea quæ fuit? verius est, restituta vetere specie, ejus usumfructum restitui: perinde ac si non tam extinctus fuerit ususfructus, quam interim cessaverit: ut supra dixi. Ne exemplo res careat: ponamus usumfructum areæ: in ea area positam esse superficiem: hanc ruisse, vel deustam esse. quid juris? nempe, sublata superficie, restituitur areæ ususfructus: sicut imposita superficie tollitur: quia restituta area, non est nova area, sed ea cujus ususfructus ab initio erat constitutus. atque ita Marcellus *l.* 71. *D. de usufructu*, verbis paulo ante allatis, & Africanus *l.* 36. *D. eod. tit.*

Idem censet Pomponius in agro a mari aut flumine inundato, & rursus deinde relicto, *l.* 23. *D. Quibus modis ususfructus amittitur.* nam usumfructum inundatione amitti: sicut eo casu amittitur proprietas: sed si aqua eodem discessit impetu quo venit, restitui proprietatem; eoque exemplo etiam usumfructum restitui. scilicet, quia inundatus ad tempus ager, nec interim alveus factus, mansit ager qui fuit; neque mutavit speciem, non mutato nomine. verba Pomponii, si quis desideret, talia sunt. *Si ager*, *cujus ususfructus noster sit*, *flu-*

flumine vel mari inundatus fuerit, amittitur usufructus: cum etiam ipsa proprietas eo casu amittatur. ac ne piscando quidem retinere poterimus usumfructum. sed quemadmodum, si eodem impetu discesserit aqua, quo venit, restituitur proprietas, ita & usumfructum restituendum, dicendum est. Sic illo loco Pomponius. nec aliter (ita mihi persuadeo) in *l.* 30. §. 3. *D. de adquirendo rerum dominio*, his verbis. *Alluvio agrum restituit eum, quem impetus fluminis totum abstulit. itaque si ager, qui inter viam publicam & flumen fuit, inundatione fluminis occupatus esset, (sive paulatim occupatus est, sive non paulatim) sed eodem impetu recessu fluminis restitutus, ad pristinum dominum pertinet: flumina enim censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant, & ex publico in privatum. itaque sicuti hic fundus, cum alveus fluminis factus esset, fuisset publicus; ita nunc privatus ejus esse debet, cujus antea fuit.* Sic Pomponius; & convenienter sibi: dum hic expungas verba, *sive paulatim, sive non paulatim*: quæ, mea sententia, sunt Interpretis: existimantis, a Pomponio æque de alluvione, ac de inundatione disputari: eo quod videret, ab eo prius fieri mentionem *alluvionis*, & mox *inundationis fluminis*. plane inconsiderate. nam Pomponius *alluvionem* non accepit pro latente fluminis incremento; quo modo plerumque usurpatur: sed, ut in *l.* 14. *D. Quemadmodum servitutes amittuntur*, pro recessu fluminis, & quidem subito: cujus etiam mentio fit in sequentibus *d.* §. 3. verbis. sed hoc ostendit totius tenor loci connexioque. evincit certe, Pomponii sermonem non esse de alveo lente mutato per alluvionem: sed de temporali inundatione qua non sit factus novus alveus. an alio spectat, quod ait, agrum *impetu fluminis* esse ablatum: item, esse *inundatione fluminis* occupatum: & rursus, agrum *eodem impetu* recessu fluminis restitutum: id est, pari impetu quo fuerat inundatus? postremo ait Pomponius, hunc fundum manere privatum ejus, cujus antea fuit; & addit rationem, eamque duplicem: una est, quod hic ager non fuit in alveum conversus: altera est, quod is fuisset publicus, si esset alveus fluminis factus. Sed certa hæc, opinor, & vera parique omnino forma Javolenus *l.* 14. *D. Quemadmodum servitutes amittuntur*, *Si*, inquit, *locus per quem via, aut iter, aut actus debebatur, impetu fluminis occupatus esset: & intra tempus, quod ad amittendam servitutem sufficit, alluvione facta* (id est, recessu fluminis: ut in d. §. 3. *l.* 30.) *restitutus est: servitus quoque in pristinum statum restituitur.* Unde apparet, verba illa, *sive paulatim occupatus est, sive non paulatim*, ut dixi, in *d.* § 3. *l.* 30. non deberi Pomponio: ideoque vel expungenda esse, vel in marginem remittenda.

Hoc: si ager magis sit inundatus, quam in alveum conversus. quid, si flumen, alveo mutato, inde manare cœperit? contra placet Javoleno, usumfructum ita amitti: ut ne recedente quidem aqua restituatur: puto, quia is locus alveus factus alluvione, desiit esse ager qui fuit: & deinde a flumine detectus, non est ager is qui fuit, sed novus atque a vetere plane diversus. & ideo postquam alveus publicus esse cœperit, neque in pristinum statum restitui potest aut prior dominus, aut fructuarius. verba Javoleni ex *l.* 24. *D. Quibus modis ususfructus vel usus amittitur* hæc sunt. *Cum usumfructum horti haberem, flumen hortum occupavit. deinde ab eo recessit. jus quoque ususfructus restitutum esse, Labeoni videtur: quoniam id solum perpetuo ejusdem juris mansisset. Sed id ita verum puto, si flumen inundatione hortum occupavit. nam si alveo mutato, inde manare cœperit, amitti usumfructum existimo: cum is locus alvei publicus esse cœperit, nec in pristinum statum restitui possit. idem juris in itinere etiam actuque custodiendum esse, ait Labeo. de quibus rebus ego idem quod in usufructu sentio.* Hoc Javolenus. Idem vilum Gajo *l.* 7. §. 5. & 6. *D. de adquirendo rerum dominio*: verba Gaji, quo clariorem acciperent intellectum, (obscurissima enim sunt) subjeci: sunt autem talia. *Quod si toto naturali alveo relicto flumen alias fluere cœperit: prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque prædii quæ [latitudo] prope ripam sit: novus autem alveus ejus juris esse incipit, cujus & ipsum flumen, id est, publicus juris gentium. Quod si post aliquod temporis ad priorem alveum reversum fuerit [&] flumen: rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam ejus prædia possident.* † *Cujus tamen totum agrum novus alveus occupaverit, licet ad priorem alveum reversum fuerit flumen; non tamen is, cujus is ager fuerat, stricta ratione quicquam in eo alveo habere potest: quia & ille ager qui fuerat, desiit esse amissa propria forma; & quia vicinum prædium nullum habet, non potest ratione vicinitatis ullam partem in eo alveo habere. sed vix est, ut id obtineat* §. 6. *Aliud sane est, si cujus ager totus inundatus fuerit: namque inundatio speciem fundi non mutat: & ob id cum recesserit aqua, palam est ejusdem esse cujus & fuit.* Hactenus Gajus: & pulchre ac commode: nisi molesta essent verba, *Stricta ratione*, item, *Sed vix est, ut hæc obtineant.* Moverunt hæc Interpretes haud sane ignobiles; ut existimarent, æquitatem in proposita specie recedere a stricto jure; aliudque usui, aliud subtilitati, convenire. Male. primum quantum attinet ad verba, *stricta ratione*: ea non significant rationem vanæ subtilitatis quam damnet utilitas atque usus juris: sed eam quæ cum publica utilitate atque usu juris consentiat. eam rationem Justinianus appellat *jus strictum*: eique opponit *mollem animum l. ult. C. de compensationibus*: id est, ut ego interpretor, animum non viriliter, neque ex vero, sed solutius, quam par sit, sequentem vim humanitatis. Modestinus *l.* 19. *D. de appellationibus* talem strictam rationem indigitat *rigorem juris*; addens, sententiam expressim contra eum latam sine appellatione rescindi. Eodem sensu Ulpianus in *Fragment. tit.* 25. § 1. ait, *Fideicommissum esse quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex rigore Juris Civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis.* Sed apparet, ubi fit mentio stricti juris, aut strictæ rationis, aut rigoris juris: non significari statim rationem, vana subtilitate subnixam, atque ut iniquam duramve æquitate mutandam. nec tamen negem, strictam rationem, etsi publica utilitate receptam, majore subnascente utilitate, aliquando infringi aut laxari una aut altera in specie, manente in cæteris rigore juris. id accidit in *l.* 43. *D. de religiosis*, & §. 10. *Inst. de mandato.* sed in *d. l.* 7. §. 5. nihil tale est apud Gajum. imo complura ei resistunt. primum utilitas servandæ ripæ adversus vim fluminis quam in *l.* 1. §. 1. *D. de ripa munienda* commendat Ulpianus. accedit, quod Veterum Fragmenta quæ hac de re extant in Pandectis, eam strictam rationem, id est, eam regulam, in proposita specie minime improbant. quin eam palam tuentur. Non est quod dubitemus: manifesta res ex Javoleno *d. l.* 24. & Ulpiano *l.* 1. §. 7. & §. 9. *D. de fluminibus*. Ita prorsus teneamus, quod hinc sequitur, neque hæc Gaji verba, *sed vix est, ut id obtineat*, in *d. l.* 7. §. 5. eo pertinere: ut corrigant quam dixi, regulam sive strictam rationem, quasi humanitati aut usui minus consentaneam: contrarium enim verum est. ac jam mihi persuadeo, huc redire Gaji verba: ut

illam strictam rationem tantum intra subjectam coërceant speciem: sensusque ejus sit, Vix esse, ut id obtineat semper, agro a flumine occupato: fallere enim, si tantum inundatus proponatur ager, non etiam mutatus, neque in alveum conversus. ita, mutata per alluvionem agri forma, non manere agrum privatum ejus cujus fuit, sed fieri alveum publicum jure gentium, id est, nullius. relictumque a flumine, numquam reverti ad priorem dominum: non enim posse eum adhuc suum dicere agrum qui est alveus factus; & a flumine relictus, cœpit esse pars vicini fundi. at non idem esse, si tantum ad tempus inundatus fingatur ager; non etiam sublatus, atque in alveum conversus: tum enim quia manet ager idem qui fuit, fluminis recessu ad eum cujus fuit reverti: non subsecuta causa, cur non ejus esse intelligeretur. Hæc mea sententia est, atque ipsa convenit certo & constanti Veterum usui de quo dixi; nec minus Gaji verbis: si præsertim animum advertamus ad connexionem §. 5. *&* 6. *d. l.* 7. in quibus Gajus ita, ut a me factum, distinguit inter agrum ad tempus inundatum, & agrum in alveum lenta alluvione conversum. utique ubi in fine *d.* §. 5. dixit, *Vix esse, ut id obtineat;* mox subjicit §. 6. *Aliud sane esse; si &c.* Ne hoc quidem dissimulabo: quod Imp. Justinianus ex *d.* §. 5. *&* 6. *d. l.* 7. pleraque transtulit in §. 23. *&* 24. *Inst. de rerum divisione:* sed in his omisit verba, *stricta ratione*, item, *sed vix est*, *ut id obtineat;* non alio, opinor, consilio, quam quod ei viderentur, ut sunt, supervacua; & facile imprudentiorem aliquem specie æquitatis distinguendæ a stricta ratione moratura, contra suam & Gaji mentem: atque ad eundem quoque modum Ulpianus *l.* 1. §. 7. *&* 9. *D. de fluminibus* (conjungendus enim est uterque locus: sicut olim cohæsit) scribit, *Ille etiam alveus quem sibi flumen fecit, etsi privatus ante fuit, incipit tamen esse publicus: quia impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus. Aliter atque si flumen aliquam terram inundaverit, non alveum sibi fecerit. tunc enim non fit publicum, quod aqua opertum est.*

CAPUT XII.

Interesse in amittendo usufructu: utrum dies ejus cesserit, an non. quid, si repetitus a testatore sit usufructus? quo modo fiat ejus repetitio? & quid, si usufructus tollatur fructuarii morte, aut mutatione rei fructuariæ?

Habes modos quibus Paulus *lib.* 3. *Sentent. tit.* 6. §. 28. *&* 33. ait, usumfructum finiri vel amitti. adhuc quæris, quid velit Ulpianus *l.* 1. *D. Quibus modis ususfructus vel usus amittitur*, his verbis. *Non solum usumfructum amitti capitis minutione constat, sed & actionem de usufructu:* puto autem, huc vertit, usumfructum capitis minutione amitti, postquam cessit ejus dies: nullo discrimine, utrum traditione sit constitutus, & jam ususfructus appelletur; an non sit traditus: nam hoc casu ut nondum sit ususfructus, nihilominus esse debitum, nata ex quo dies cessit, obligatione & actione *l. unic.* §. 4. *D. Quando dies legati ususfructus cedat.* amittitur igitur capitis deminutione ususfructus & actio de usufructu: si cessit ejus dies. cæterum, si ante aditam hereditatem, aut ante diem cedentem quis capite minutus est, constat non amitti *d. l.* 1. §. 1. quia pure legati ususfructus dies ante aditam hereditatem non cedit. idem & si ex die sit ususfructus relictus *l.* 2. *D. Quando dies legatorum.* adeo si in singulos annos vel menses vel dies sit legatus: amittitur is demum qui jam processit: & si in annos singulos sit legatus, illius dumtaxat anni ususfructus, & si in menses, ejus mensis: si in dies, ejus diei *d. l.* 1. §. 3. videlicet, quia plura sunt legata, & temporum commemoratio habet repetitionis potestatem. ita cum unius diei aut unius mensis, aut unius anni cessit dies; non utique sequentium quoque dierum, mensium, annorumve dies cessit, amittiturque ususfructus *l.* 2. §. 1. *D. eod. tit.* Idem est, si non utatur fructuarius: nam si ususfructus alternis annis legetur: non posse eum non utendo amitti, quia plura legata sunt, Paulus refert *l.* 28. *D. eod. tit.* Putemus igitur, si cessit dies legati ususfructus, eum capitis deminutione aut inusu fructuarii amitti: sive sit constitutus, sive non sit: quia tum ut nondum sit ususfructus, at debitus est, deque eo nata obligatio & actio. quod si non cessit dies legati ususfructus: neque ipsum, neque de eo actionem capitis deminutione aut inusu fructuarii amitti. quid enim est quod habuit *l.* 26. *D. de usu & usufructu legato?* quid quod imputetur non utenti? qui ne si velit quidem, uti potest, priusquam cedat dies legati ususfructus *l. unic.* §. 1. *D. Quando dies legati ususfructus cedat.* Hoc: si sit quæstio de capitis deminutione aut inusu fructuarii. At si de ejus morte agatur: est distinctius agendum. nam si moriatur fructuarius, postquam cessit dies: & morte amittitur ususfructus: si ante moriatur, ad heredem non transfertur ejus petitio *l.* 2. *l.* 3. *D. Quando dies legatorum cedat.* ita proprie loquentibus, non potest amissus finitusve intelligi ususfructus qui numquam fuit. cæterum quia periit ejus spes: potest non improprie amissus finitusve videri: non extante qui cedente die fruatur. Inde quæsitum fuit, apud Paulum *l.* 26. *D. de usu & usufructu legato*, cum Sempronius Attalus ab herede suo fundum in Italiam Gajo post decennium, deducto usufructu, dari jussisset, & medio hoc decennii spatio, heres esset vita functus: an post tempus decennii, plenus fundus ad legatarium pertineat? negat autem Paulus, pertinere: juris subtilitatem quam explicui, considerantibus. quem enim heredem dicit testator? certo, quod heredis appellatione non modo scriptum, sed ejus heredem quoque exaudimus. hunc porro in præsente specie intellexisse testator videri possit: quia is demum post decennium apparet heres: & qui legatus est ususfructus, non est heredis: nisi cum dominium, deducto usufructu, præstitit. & ideo capitis deminutione vel morte perire non potest, quod nondum habuit. idem evenit, inquit Paulus; si proprietas, deducto usufructu, sub conditione legata sit, & pendente conditione heres decesserit. nam & tunc ab heredis herede incipit ususfructus, qui ex ejus persona finietur. Sic Paulus, rem his casibus, (id est, utroque hoc casu) mera æstimans Juris subtilitate, &, ut dixi, heredis appellatione etiam heredis heredem complectens. cæterum in utroque illo casu si magis æquitatem sequamur, quam juris subtilitatem; ait Paulus, non tam quæri oportere, quid alias heredis appellatione possit comprehendi: quam quid eo verbo complexus in proposito sit testator. cum vero non cogitasse heredis heredem qui ei erat incognitus; potius voluisse, eum quem sua dignum judicavit hereditate, etiam legato ususfructus honorare. atque ita est, inquit Paulus: te-

testator tantum sensit de detrahendo usufructu eo qui conjunctus ab eo esset personæ scripti heredis. quo extincto, jussit ad legatarium solidam proprietatem pertinere: nec plus transmitti ad heredem scripti heredis qui nondum cœpit habere usumfructum, quam si eum jam habere cœpisset. Sed de capitis minutione, inusu, & morte fructuarii satis. nisi addendum, quod de morte dictum, etiam jus esse, ædibus fructuariis, vivo testatore, dirutis. nam ea mutatione perit vel futurus usufructus; atque ita: ut ne possit quidem a fructuario peti, restitutis a testatore ædibus: ut dictum supra ex *l.* 10. §. 1. *D. Quibus modis usufructus vel usus amittitur, & l.* 36. *D. de usufructu.* Atqui ante cedentem legati diem non est usufructus, licet futurus speretur, cedente die. Sit ita: at non obstat ratio, quo minus vel ille exstinctus esse intelligatur. ut enim usufructus tollitur fructuarii morte: quia cedente die, non erit qui fruatur: sic spes futuri usufructus exstinguitur mutatione rei fructuariæ: quia cedente die, non erit res cujus legatus sit usufructus: & ejus quæ erit, non est legatus.

Cæterum ut capitis minutione aut inusu non amittitur usufructus, antequam cessit ejus dies: ita his non amittitur a testatore repetitus *l.* 5. *D. Quibus modis usufructus vel usus amittitur:* quia videtur fructuarius illo casu & amisisse & resumpsisse usumfructum *l.* 3. §. 2. *D. eod. tit.* Dicitur autem repeti usufructus: cum testator ei cui legavit usumfructum, eum relegat sub conditione, Si amissus erit *d. l.* 3. *pr.* idque fieri intelligitur: non modo si repetitionem palam indigitet verbis: sed etiam si id faciat tacite. Palam a testatore fit repetitio; cum legat usumfructum sub conditione, Si amissus erit: sive nominatim dicat, Quoties amissus erit; vel cum amissus erit *d. l.* 3. Tacite fit repetitio; cum alicui legatur usufructus, quamdiu vivet; aut ad tempus, puta biennium; aut si alicui relictus sit usufructus in annos singulos, aut menses aut dies. nam hic quoque dicendum est, temporum commemorationem repetitionis potestatem habere *l.* 2. §. 1. *D. eod. tit.* quia ejusmodi legatum, ut plura legata, habetur, & ejus legati dies cedit per singula tempora *l.* 1. *D. Quando dies legatorum cedat.*

Igitur dupliciter fit repetitio: palam vel tacite. hæc prius recepta. illa posterius: forte, quod repetitione usufructus, capitis deminutione aut qua alia ratione exstincti, credebatur fraus fieri juri publico, usumfructum certis modis exstinguenti, & ad proprietatem remittenti. Obtinuit tamen ejus repetitio sub hoc schemate: quasi is qui fuit, non sequens, exstinguatur; denique quasi fructuarius eodem momento veterem amittat & novum resumat *d. l.* 3. §. 2. *D. Quibus modis usufructus vel usus amittitur.* sed ut prius, sic facilius, tacita invaluit repetitio: utpote cum relegatus esset usufructus in annos singulos; eo quod expressa nocent; non expressa non nocent. recepta tamen tacita illa repetitione, deinde probata quoque videtur manifesta *d. l.* 3. auctore in primis Antonino. Notavit id Junius Mauritianus *l.* 23. *D. de usufructu legato;* si recte concipiantur ejus verba. Florentiæ editur. *Licet testatori repetere legatum usufructus, ut etiam post capitis deminutionem deberetur: & hoc nuper Imperator Antoninus ad libellum rescripsit, tunc tantum esse huic Constitutioni locum, cum in annos singulos relegaretur.* Apud Haloandrum & Russardum est, *tunc tamen.* Sed restituendum, *nec tantum:* quod verissime observavit V. Cl. Jacobus Cujacius, *lib.* 14. *Observ. c.* 17.

Igitur repeti potest amissus usufructus, & (ut Ulpianus ait *l.* 5. *D. Quibus modis usufructus vel usus amittitur*) qualicumque ratione amissus: dummodo non morte. recte: nam morte finitus, etsi repetitus, clara ratione non debetur fructuario, quia non exstitit: neque ejus heredibus, quia his non est legatus. Si tamen testator usumfructum, post fructuarii mortem, legaverit ejus heredi: adhuc putat Ulpianus, usumfructum in persona heredis consistere: evidente testatoris voluntate.

Caput XIII.

Non videri alios esse modos exstinguendi Jure Civili usufructus, præter enumeratos a Paulo lib. 3. *Sentent. tit.* 6. §. 28. *&* 33.

Exposui modos quibus Paulus *lib.* 3. *Sentent. tit.* 6. §. 28. & 33. ait, usumfructum amitti vel finiri. nec memini, alios tradi a Veteribus. putemus igitur, modos a Paulo enumeratos, esse certos illos: quibus, auctore Gajo *l.* 3. §. 2. *D. de usufructu*, placuit usumfructum exstingui & ad proprietatem reverti. ita vix opus esset, hic moneri, nisi Gajus vel id suæ esse diligentiæ voluisset *l.* 19. *D. Quibus modis usufructus vel usus amittitur, Neque usumfructum, neque iter, actumve dominii mutatione amitti.* primum convenit definitioni Gaji, quod sive moriatur, sive capite minuatur proprietarius, ejus morte aut capitis deminutione, etsi contingat dominii mutatio, non tollitur usufructus: quod & Antoninus rescripsit Antoniano *l.* 3. §. 1. *C. de usufructu.* deinde consequens est Gaji sententiæ; ne amittatur usufructus; si proprietatem alienet dominus. nam usufructus quia est jus in re fructuaria, eam sequitur; sive hujus sit, sive illius. utique, si rem fructuariam dominus volens alienet: eo quod non est æquum bonum, ut is facto suo deteriorem faciat fructuarii conditionem. sed quid, si invitus alienet proprietatem, verbi gratia, noxæ deditione: nolens, sarcire servi noxiam? nec sic amittitur usufructus: ut nec usucapione proprietatis, post constitutum usumfructum contingente *l.* 17. §. 2. *D. de usufructu.* nimirum quia usufructus nulla dominii societate conjungitur, non magis, quam pignus *l.* 44. §. 5. *D. de usurpationibus & usucapionibus.* plane etsi noxæ deditione a domino proprietatis facta, non tollatur usufructus: tamen tenetur dominus, cum servum noxæ dat, non tantum proprietatem dedere, sed usumfructum quoque. & ideo placet, eum posse impetrare a Prætore; uti cogat fructuarium aut ad litis æstimationem conferre pro æstimatione usufructus; aut usumfructum cedere, si hoc expediat. vicissim si ego dominus proprietatis nolim eum servum defendere; etiam permittenda tibi defensio est; & si damnatus hominem trades, & adversus me tueris *l.* 17. §. 1. *D. de noxalibus actionibus.* His etiam consequens est; ut si solus condemnatus fuerit proprietarius; non deneganda sit fructuario usufructus persecutio: utique, si offerat litis æstimationem ei qui servum noxæ accepit: sed si eam non offerat: etiam debebit ei negari usufructus persecutio *d. l.* 17. §. 2. *D. de usufructu.*

Ca-

CAPUT XIV.

De remediis ad tuendum usumfructum proditis. & primum de actione confessoria, distincta a negatoria.

Tempus est: ut cogitemus de remediis ad tuendum usumfructum comparatis. nam de his quoque pauca tradere promisi. prima cura erit de actione quæ pro vindicando usufructu comparatur. illa est confessoria, distincta a negatoria: auctore Ulpiano *l.* 5. §. *ult. D. Si usufructus petetur*, & *l.* 2. *D. Si servitus vindicetur:* quas leges, cum ambæ sint ex Ulpiani *lib.* 17. *Ad Edictum*, confert Jacobus Labittus *Usu secundo Indicis n.* 29, posterioremque ex priore pendere, satis probabiliter existimat. Actio confessoria dicitur a confitendo. confiteri est, affirmare: ut commode annotavit Scipio Gentilis, Notis ad Apuleji *Apologiam n.* 716. *pag.* 355. Confessoria igitur actione petitur usufructus, sive sit totius rei constitutus, sive partis *d. l.* 5. §. 2. est vero confessoria in rem actio: eaque intendit quis, esse sibi jus fundo forte vel ædibus utendi fruendi §. 2. *Inst. de actionibus.* hoc vero potest intendere solus qui habet usumfructum a proprietate separatum. nam si proprietatem comitatur usufructus: magis dominium, quam usufructus vocatur. ita confessoria non agit dominus: si ejus fundo alius, eo invito, utatur: aut si ipse ab alio prohibeatur fundo suo uti frui. contra agit dominus actione negatoria; eaque dicit, non esse alii jus, se invito, sua re utendi; vel sibi jus esse prohibendi *d. l.* 5. ut paulo post dicetur. Datur igitur confessoria ei qui potest dicere, sibi jus esse, re fructuaria uti frui. id autem ut possit dicere, non sufficit, eum probare, sibi promissum esse usumfructum, id est, eum sibi deberi aliqua obligatione. nam obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut aliquam servitutem nostram faciat: sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel præstandum *l.* 3. *D. de obligationibus & actionibus.* igitur hoc plus probare eum oportet, sibi a domino constitutum esse usumfructum modis iis quibus eum constitui, in superioribus docui. Quid, si hoc potuit intendere: nunc non potest amisso usufructu inusu? non datur ei confessoria actio: quia jam non potest dicere, suum esse usumfructum: licet aliquando potuerit *l.* 3. *D. Si usufructus petetur.*

Intelligis cui detur actio confessoria. exspectas, adversus quem detur. & ait Ulpianus, Julianum scribere, dari adversus rei fructuariæ possessorem: non modo dominum qui constituit usumfructum: sed etiam adversus quemvis alium *d. l.* 5. §. 1. & recte: cum enim usufructus sit jus in re, ex quo nascatur confessoria in rem actio; rationis est, ad quemcumque devenerit res fructuaria, eam sequi confessoriam ad vindicationem usufructus, hoc est, juris ea in re, competentem. Ulpianus *d. l.* 5. §. 1. id firmat sequente argumento: *Nam &, si fundo fructuario servitus debeatur, fructuarius non servitutem, sed usumfructum vindicare debet adversus vicini fundi dominum.* Sensus ejus argumenti est, Si vicinus fundus serviat fundo fructuario, & fructuarius a domino servientis fundi prohibeatur uti frui servitute fundi fructuarii, posse fructuarium, licet non sit dominus fructuarii fundi, eoque nequeat vindicare servitutem ejus fundi: tamen posse adversus servientis fundi dominum vindicare, suum esse usumfructum dominantis fundi. quod verissimum est: nam servitus fundo fructuario debita est ejus fundi jus, sive qualitas: atque ut fructuarius habet usumfructum fundi fructuarii, sic habet usumfructum jurium sive qualitatum fundi. habet igitur usumfructum servitutis fundo fructuario debitæ: ac si a domino fundi servientis prohibeatur uti frui servitute: non quidem vindicat, servitutem esse fundi sui, quia fundus cui servitus debetur, non est ejus: sed usumfructum fundi cujus portione usus servitutis censetur, suum esse, optimo jure vindicat. ut igitur dixi, datur ei qui potest dicere, usumfructum rei suum esse, actio confessoria adversus quemvis possessorem rei fructuariæ: sive sit ejus dominus, sive quivis alius. quomodo rei corporalis vindicatio datur ei qui potest eam rem suam dicere, adversus qualemcumque ejus possessorem sine discrimine.

Illud proprium est actionis qua res incorporalis vindicatur: ut detur etiam possessori adversus eum qui non possidet *d. l.* 5. §. *ult. D. si usufr. petat.* & *l.* 6. §. 1. *D. Si servitus vindicetur.* nam, ut diligentissime disputat D. Vinnius *ad.* §. 2. *Inst. de actionibus*, corporalium rerum vindicatio numquam possessori datur adversus eum qui non possidet *l.* 1. §. 6. *D Uti possidetis:* eo quod dominus, quamdiu rem corporalem possidet, ea libere uti potest: estque finis in rem actionis: ut domino restituatur possessio *l.* 9. *D. de rei vindicatione*, & is re sua libere utatur. non est igitur domino rem suam corporalem possidenti prodita in rem actio. at in usufructus cæterarumque servitutum petitione aliter est. sunt enim incorporales: quarum nulla est vera possessio, cum nulla sit detentio: tantum fingitur earum quasi possessio ex usu dominantis & patientia servientis *l.* 3. *D. de usufructu*, *l.* 11. §. 1. *D. de Publiciana in rem actione*, *l.* 1. §. *ult. D. de servitutibus rusticorum prædiorum.* quamdiu autem in ea patientia perseverat servitutis debitor, possidet illam cui debetur. si non perseverat: turbatur alterius usus & quasi possessio; recteque agit actione confessoria: ut ei liceat sua servitute libere uti. credidit aliquando Eguinarius Baro, hoc agi ab Imp. Justiniano in §. 2. *Inst. de actionibus;* eaque causa non timuit, pro *Sane uno casu qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet*, quomodo passim editur, reponere, *Sane hoc uno casu.* probabili emendatione, non necessaria: Justiniani verbis ex sententia Jacobi Cujacii *Notis ad d.* §. 2, & Hannibalis Fabroti *Notis ad Theophilum*, prudenter accipiendis; quasi dixisset, unum hunc venire casum & notabilem quo qui possideat, nihilominus actoris partes obtinet. bene quoque observat D. Cujacius, sequentia Imperatoris verba, *Sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit*, non generaliter indigitare Digestorum libros: sed Titulos qui in Digestis sunt, *Si usufructus petetur*, & *Si servitus vindicetur.*

Nunc de officio Judicis in hac actione videamus: cum autem arbitraria sit hæc actio ad restituendum comparata; oportet Judicem cognoscere; an sibi probatum sit, usumfructum esse petitoris. quod si non putet: debet reum absolvere. sin putet: declarat, eum petitoris videri *l.* 8. §. 4. *D. Si servitus vindicetur.* præterea jubet, rem fructuariam a reo, si possideat, petitori restitui *l.* 5. §. 3. & *ult. D. Si usufructus petetur:* si non possideat, sed vim faciat possidenti; jubet, eum a vi abstinere, & petitori relinquere licentiam secure utendi fruendi re fructuaria *l. pen.* §. *ult. D. eod.*

eod. tit. nec minus ejus servitutibus: quia si patiatur, eum re fructuaria uti frui; & nolit, eum uti frui ejus servitutibus: perinde est, ac si non patiatur, re fructuaria uti frui, quem non patitur re fructuaria cum suis qualitatibus & juribus uti frui *l.* 1. *pr. D. eod. tit.* Idem est dicendum de cæteris adminiculis sine quibus re fructuaria uti frui omnino nequeat *d. l.* 1. §. 1. *& seqq.* Jubet igitur Judex, fructuario restitui usumfructum, etiam servitutes & adminicula. Huic vero jussui si pareat reus; absolvitur: si non pareat; tum si quidem fecerit dolo malo, quo minus possit, tanti condemnatur, quanti in litem juraverit fructuarius. quod si non dolo fecerit, sed culpa; non pluris, quam quanti res est, condemnatio fit. quod si desierit possidere sine dolo & culpa; absolvendus est *l.* 68. *D. de rei vindicatione.* At enim Paulus *l. ult. D. Si usufructus petetur, Qui*, inquit, *de usufructu judicium accepit, si desierit possidere sine dolo, absolvetur.* Sed id sic accipiendum; quasi dicat Paulus, reum, si desierit possidere sine dolo malo, absolvi: nisi arguatur aliqua ejus culpa. nam hoc convenit æquitati Judicis, jubentis restitui: & in corporalis rei vindicatione quam hac in parte imitatur confessoria, idem sic scribit Paulus *l.* 27. §. 1. *D. de rei vindicatione: Quod si litis contestationis tempore possedit, cum autem res judicatur, sine dolo malo amisit possessionem, absolvendus est possessor.* Et tamen ait Ulpianus *l.* 15. §. 3. *D. eod. tit.* teneri possessorem non modo si possessionem amiserit dolo malo; sed etiam si culpa. Fere mihi exciderat, quod Ulpianus *d. l.* 5. §. 3. *D. Si usufructus petetur* sic scribit. *In his autem actionibus quæ de usufructu aguntur, etiam fructus veniunt.* Locutione minime inepta: ut pridem bene observavit Vir doctissimus, Carolus Andreas Dukerus, *Animadvers. ad Opusc. de Latin. Jurisc. Veter. pag.* 331. Igitur age, addamus: quod Judex jubens, usumfructum restitui, etiam de fructibus addere debet: eo quod Prætor volens restitutionem fieri Judicis arbitrio, plenam intelligit restitutionem: id est, restitutionem non solius usufructus, sed omnis præterea causæ *d. l.* 5. §. 4. & redditur ratio; quod quale est, cum petitur, tale dari debet *l.* 2. *l.* 3. §. 1. *D. de usuris:* & convenit arbitrio viri boni quod Prætor Judici commendat; ne mora litis fiat, ne omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore quo judicium accipiebatur, res sua illi restituta fuisset *l.* 20. *l.* 35. §. 1. *D. de rei vindicatione.* Oportet igitur, ut res petitori restituatur, etiam fructus restitui: in primis si rem non possideat. alioquin nihil consequitur fructuum nomine *d. l.* 5. §. 6. quia aut percepit fructus, & nihil est quod petat: aut non percepit, cum posset percipere; & habet quod sibi, non quod adversario imputet. quod si finitus sit usufructus post litem de usufructu contestatam: desinunt ulterius deberi fructus. nam & si mortuus fuerit fructuarius: danda heredi ejus dumtaxat actio præteritorum fructuum *d. l.* 5. §. 4.

Jubet igitur Judex, usumfructum petitori restitui. quid, si tempore sit amissus, alio possidente, alio se liti offerente? renovandus est: quia oportet eum restitui, non simpliciter; sed ea in causa in qua fuit tempore litis contestatæ: quo tempore nondum erat amissus. nec tamen sufficit, a reo renovari usumfructum. quid enim, si servum aut fundum is qui possidebat, pignori dederit, & fructuarius jure uti prohibeatur ab eo qui pignori acceperit? amplius igitur oportet reum cavere de evictione *d. l.* 5. §. 5.

Sed ut fructuarius habet actionem confessoriam qua petit, suum esse usumfructum: ita competit domino proprietatis actio negatoria qua negat, esse adversario jus, se invito, re sua utendi fruendi *d. l.* 3. is vero agendi modus in rebus corporalibus non est proditus: quia, ut optime observat Theophilus, oportet unumquemque cum alio acturum, magis suo jure, quam alieno vitio niti. debet igitur in rei corporalis vindicatione actor dicere: illum fundum meum esse, ajo: non sufficit, si dicat: Nego, illum esse possessoris. nam si ita agat: ei reponet possessor: Fundus hic meus est; & si non est meus, non idcirco est tuus: porro si neque meus, neque tuus est, tamen te vinco: quia in pari causa potior est conditio possidentis, quam ejus qui non possidet. Sic in re corporali. aliud in usufructu & cæteris servitutibus. nam in his domino fundi datur actio negatoria: nec is ideo sic de alieno jure contendit; etsi res prima fronte spectet ad alieni juris contradictionem. est enim hic exitus: ut ad proprii juris vindicationem pertineat: cum enim inter me & te constet, meum esse fundum in quo tuam esse servitutem ais: apparet, non posse te, me invito, meo in fundo habere jus servitutis. proinde si nego, tibi jus esse utendi fruendi: fundi mei libertatem mihi vindico; nec de tuo, sed meo jure experior. quod si forte qui agit, dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius jus utendi non habeat: vincet tamen jure quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeat *d. l.* 5. quod & optime sic tradidit Clarissimus meus Collega, D. Johannes Voet, Vir Eximius, & Doctus, *Comment. ad tit. Pand. Si usufructus petetur, n.* 1.

Datur igitur actio negatoria domino proprietatis adversus quem? sine dubio adversus possessorem. est enim hoc commune omnium in rem actionum: ex quibus hæc quoque est *l.* 2. *D. Si servitus vindicetur.* illud proprium tam negatoriæ, quam confessoriæ actionis: quod etiam datur domino possidenti adversus eum qui non possidet; movet tamen domino de usufructu controversiam *d. l.* 5. §. 6: ut supra tradidi.

Finis hujus actionis est: ne dominus proprietatis ab adversario inquietetur usufructus nomine. unde quodnam sit Judicis officium, ultro intelligitur *d. l.* 5. §. 6.

Caput XV.

Fructuarium habere vindicationem servitutis prædio fructuario debitæ: non suo, sed procuratorio nomine. idemque observari in Novi Operis nunciatione. cur id obtineat, & quem habeat effectum?

Solet quæri: an fructuarius directo habeat vindicationem servitutis prædio fructuario debitæ. per consequentiam enim vindicati ab eo usufructus prædii, etiam servitutis usum illi officio Judicis restitui, superiore tradidi capite. igitur de ea quoque lite videamus. Actio confessoria ad vindicandam prædii servitutem parata est ei qui potest dicere, suam esse prædii servitutem. id vero potest dicere dominus prædii cui constituta est servitus. *l.* 1. *l.* 2. *pr. &* §. 1. *D. Si servitus vindicetur.* fructuarius id dicere non potest: quia ut habeat jus utendi fruendi alieno prædio, eoque possit suum vindicare ejus usumfructum: non idcirco potest prædium cujus usumfructum habet,

bet, vindicare suum esse. nec igitur potest dicere, ejus servitutem sui fundi esse *l.* 5. §. 1. *& l.* 1. *pr. D. Si usufructus petetur.* cæterum etsi nequeat servitutem petere proprio nomine: tamen rationis est, ut eam petat procuratorio: quum præsertim placeat, eum, quatenus ad rem fructuariam ejusque jura attinet, pro domini procuratore haberi: non quod intervenerit manifestum domini mandatum: sed quia ei dominus rem suam tradidit utendam fruendam arbitratu boni viri: assueti, eam ejusque jura custodire. quod si est: putemus, dominum per consequentiam dati usufructus prædii cui competat servitus, etiam utriusque curam ac custodiam fructuario commendasse *l.* 1. §. *ult. & l.* 2. *D. Usufructuarius quemadmodum caveat.* illa porro quæ est? nisi habeat jus tuendi servitutem prædio debitam. mandata igitur fructuario cura ac custodia prædii fructuarii, etiam mandata illi intelligitur vindicatio servitutum prædii fructuarii, quia alioquin vix tueri & custodire servitutes potest.

Quod dixi de vindicatione servitutis, dicam de novi operis nunciatione: pari enim procedunt passu. auctor Ulpianus *l.* 1. §. *ult. D. de novi operis nunciatione; Fructuarius*, inquiens, *opus novum nunciare suo nomine non potest: sed procuratorio nomine nunciare poterit, aut vindicare usumfructum ab eo qui opus novum faciat: quæ vindicatio præstabit ei quod ejus interfuit, opus novum factum non esse.* At enim idem Ulpianus *l. unic.* §. 4. *D. de remissionibus, Juliano*, inquit, *placet, fructuario vindicandarum servitutum jus esse. secundum quod opus novum nunciare poterit vicino, & remissio utilis erit: ipsi autem domino prædii si nunciaverit, remissio inutilis erit. neque sicut adversus vicinum, ita adversus dominum agere potest, jus ei non esse invito se altius ædificare. sed si hoc facto usufructus deterior fiat, petere usumfructum debebit.* Sic Ulpianus: nec inficior, difficilem videri nodum. Ut tamen extricetur; non est sic accipiendus in *d.* §. 4. Ulpianus, quasi ex ejus & Juliani sententia fructuarius suo nomine habeat novi operis nunciationem; sicut suo nomine habet vindicationem servitutis prædii. neutrum enim, ut ex superioribus constat, Ulpiano venit in mentem. æque vere dicam, ne Juliano quidem incidisse. quin ipsa quoque utriusque disputatio quæ est in *d.* §. 4. huc non respicit. non est enim desumpta ex tractatu de confessoria actione. nam de hac egit Ulpianus *lib.* 17. *Ad Edictum* ex quo est *l.* 5. *D. Si usufructus petetur:* Julianus *lib.* 7. *Digestorum*, ex quo est *l.* 3. *D. eod. tit. & l.* 16. *D. Si servitus vindicetur.* citatur quoque is Juliani liber *l.* 5. §. 1. *D. d. t. Si usufructus petetur.* quid igitur est? alio flectit utriusque disputatio. est enim *d. l. unic.* §. 4. ex Ulpiani *lib.* 71. *Ad Edictum:* ex quo est *l.* 20. *D. de novi operis nunciatione:* in qua proditur formula interdicti de novi operis nunciatione. Juliani autem verba ab Ulpiano *d.* §. 4. adducta, sunt ex Juliani *lib.* 49. Digestorum: ut liquet ex *l.* 2. *D. de novi operis nunciatione:* quo libro Julianum similiter novi operis nunciationem exposuisse, ex ejus libri locis intelligitur. ita si summam subducimus: dat uterque & Julianus & Ulpianus in *d. l. unic.* §. 4. fructuario quidem facultatem vindicandæ servitutis; sed non aliam, quam hanc ex qua pendeat jus nunciandi novi operis. quæ est vindicatio ei competens procuratorio nomine. satis clarum hoc & certum. etsi clarius & certius fiet eo: quod uterque & Julianus & Ulpianus eam servitutis vindicationem ac novi operis nunciationem fructuario quidem concedit adversus vicinum, adversus quem jure agat fructuarius, tamquam domini procurator: sed eam negat ei adversus ipsum dominum: quia foret absurdum, eum qui non suo, sed domini nomine experitur, experiri adversus eum cujus nomine experitur. illa vero cessat absurditas: si fructuarius aut novi operis nunciationem aut servitutis vindicationem suo nomine exerceret. æque enim tum posset agere adversus dominum, atque adversus extraneum. Sed, puto, liquet Juliani & Ulpiani sententia; etiam intelligitur, nullam hac in parte fuisse pugnam Juliano cum reliquis Jurisconsultis: idque optime observavit diligentissimus Interpres, Marcus Aurelius Galvanus, *De usufructu c.* 36. licet aliud teneant iter Viri Summi, Jacobus Cujacius *l.* 1. *Observ. c.* 16. *& lib.* 16. *Observ. c.* 31, & Antonius Faber *Rationalib. ad l.* 1. *D. Si usufructus petetur.*

CAPUT XVI.

Fructuario concedi interdicta Unde vi & Uti possidetis: magis tamen ex Edicti mente, quam ex ejus verbis.

Præter superiora remedia, etiam fructuario competunt quasi possessoria cum ad retinendam, tum ad recuperandam usufructus possessionem. etsi enim fructuarius rem fructuariam magis tenere, quam possidere videatur, ut dixi *lib.* 1. *c.* 3. tamen si de ipso usufructu, id est, de jure quod in ea re habet, quæratur: verius est, fructuarium intelligi ejus juris possessorem: quippe cum id non custodiat domino proprietatis: (ut debet facere in re fructuaria) sed magis sibi id habeat: atque interdum juris societate; interdum sola possessione. ita qua ratione fit, ut qui rei possessor est, idem dominus non sit; item ut dominus sit, possessor non sit; & rursus, ut possessor idem & dominus sit *l.* 1. §. 2. *D. Uti possidetis:* ea ratione fit; ut aliquis possideat usumfructum, & non habeat usumfructum; aliquis usumfructum habeat, & possessionem ejus non habeat; possit quoque fieri, ut idem & usumfructum habeat & possessionem. proinde (quod Venulejus notat *l.* 52. *D. de adquirenda vel amittenda possessione*, quæ est ex ejus lib. 1. Interdictorum) *Permisceri causas possessionis & usufructus non oportet: quemadmodum nec possessio & proprietas misceri debent.* Cæterum ubi dicimus, usumfructum a fructuario possideri, improprie loquimur. nam cum incorporale sit jus usufructus, non potest a fructuario proprie possideri. postquam tamen animo concipi cœpit usufructus; quid ni animo quasi possideri intelligatur? Sed Javolenus animadvertit, usum servitutis esse pro traditione possessionis accipiendum; ideoque & interdicta veluti possessoria pro servitutibus constituta esse *l. ult. D. de servitutibus.* Atque hoc in prædiorum servitutibus claret sub Titulis Pandectarum, *De itinere actuque privato*, item *De aqua quotidiana & æstiva*, & similibus. De usufructu quoque sic legimus apud Papinianum *l.* 27. *D. de donationibus: Quod si expulsus Nicostratus veniat ad Judicem, ad exemplum interdicti quod fructuario proponitur, defendendus erit: quasi loco possessoris constitutus qui usum cœnaculi accepit.* Interim non est hoc sine difficultate. nam ubi de usufructu aut usu tale interdictum, expulso aut inquietato fructuario? forte dices, esse

Uti

Uti possidetis, itemque *Unde vi.* atqui ea interdicta non de usufructu & ejus quasi possessione, sed de rebus soli quarum vera sit possessio vel naturalis, vel civilis, loquuntur *l.* 1. §. 1. *D. Uti possidetis*, *& l.* 1. §. 3. *& seqq. D. de vi & vi armata.* neutram autem in re fructuaria habet fructuarius: etsi Ulpianus *l.* 12. *D. de adquirenda possessione* quæ est ex lib. 70. Ad Edictum in quo eum interdictum Uti possidetis exposuisse, liquet ex collatione *l. ult. D. Uti possidetis*, sic scribit. *Naturaliter videtur possidere is qui usumfructum habet.* Sed ejus loci sensus, ut ostendi *lib.* 1. *c.* 3. est, Fructuarium rem fructuariam tantum tenere; magisque in ejus possessione esse, quam eam possidere. id vero cum ad interdicta Uti possidetis & Unde vi non sufficiat: non voluit Ulpianus, fructuario competere interdictum Uti possidetis, eo quod rem fructuariam naturaliter possidet; id est, ut dixi, naturaliter tenet, sive est in ejus possessione: sed quod ipsum jus usufructus quasi possidet. Sic est: ea possessione usufructus fundi aut ædificii, id est, rei soli, sive immobilis, expulsus fructuarius, si Ulpianum audimus *l.* 3. §. 13. 14. 15. 16. *D. de vi & vi armata*, utetur interdicto Unde vi: non quidem ex Edicti verbis: sed ex ejus mente & sententia: ad quam decurri suadet utilitas; ubi non ostenditur aliud remedium, & tamen desideratur aliquod. Nisi me fallit mea opinio, indigitat hoc in interdicto Uti possidetis Ulpianus *l. ult. D. Uti possidetis:* sic scribens. *In summa puto dicendum, & inter fructuarios Uti possidetis interdictum reddendum; etsi alter usumfructum, alter possessionem sibi defendat.* addit Ulpianus: *Idem erit probandum, etsi usufructus quis sibi defendat possessionem: & ita Pomponius scribit. Proinde & si alter usum, alter fructum sibi tueatur, & his interdictum erit dandum.* Simili sensu Ulpianus exponens interdictum Unde vi *l.* 3. §. 13. *D. de vi & vi armata*, *Unde vi*, inquit, *interdictum necessarium fuisse fructuario apparet, si prohibeatur uti frui usufructu fundi.* Ulpianus significat, interdictum Unde vi fructuario uti frui prohibito, non concedi Edicti verbis: sed convenire utilitati tuendæ quasi possessionis usufructus rei soli, ne ex Edicti mente & sententia ei denegetur utile interdictum: cum aliud non suppetit. Pari locutione qua idem Ulpianus *l.* 2. §. 1. *D. Familiæ erciscundæ*, *Si*, inquit, *quarta ad aliquem ex Constitutione D. Pii adrogatum deferatur, quia hic neque heres neque bonorum possessor sit, utile erit familiæ erciscundæ judicium necessarium.* Finiam hoc Opus; si primum monuero, ex superioribus intelligi, corruptum esse Ulpianum *l.* 1. §. 8. *D. Quod legatorum* in sequentibus verbis. *Unde est quæsitum, si usufructus vel usus fuerit alicui relictus, eumque occupaverit; an hoc interdicto restituere sit compellendus? movet, quod neque usufructus, neque usus possidetur: sed magis tenetur. potest tamen defendi, competere interdictum. Idem dicendum est in servitute relicta.* Sic habent omnes libri. minus recte. quid enim designant verba, *Sed magis tenetur:* quid volunt? meo judicio sunt adventitia; nec juvant sensum, sed onerant. his igitur expunctis vel remissis in marginem, suadeam scribi, *Movet, quod neque usufructus, neque usus possidetur. potest tamen defendi, competere interdictum.* & reliqua.

Explicit. Liber II. De Usufructu.

NOTITIA
CAPITUM OPERIS
DE USUFRUCTU.

LIBRI PRIMI.

LIBRI SECUNDI.

FINIS.

GERAR-

GERARDI NOODT,
JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

AD

EDICTUM PRÆTORIS

DE PACTIS

ET

TRANSACTIONIBUS

LIBER SINGULARIS.

EDITIO QUARTA.

GERARDI NOODT,

Jurisconſulti & Anteceſſoris,

AD

EDICTUM PRÆTORIS

DE

PACTIS ET TRANSACTIONIBUS LIBER SINGULARIS.

Caput I.

Edictum de pactis & transactionibus accepiſſe originem a Lege Duodecim Tabularum. ejus Legis & Edicti uſus & ratio.

De pactis & transactionibus exſtat breve, ſed elegans, Prætoris Edictum in hæc verba, apud Ulpianum *l.* 7. §. 7. *D. de pactis. Pacta conventa quæ neque dolo malo, neque adverſus Leges, Plebiſcita, Senatusconſulta, Edicta Principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, ſervabo.*

Eſt vero mihi in animo, hoc Edictum, quæque ad ejus intellectum ex Veterum Juriſconſultorum Fragmentis, ac Principum Conſtitutionibus, maxime pertinent, ut res meretur, aliqua cum cura interpretari: paucis præmiſſis de Lege Duodecim Tabularum: ad cujus anguſtiam regendam laxandamque Edictum, mea opinione, a Prætore fuit propoſitum. ita enim futurum ſpero, ut aliquanto certior ac clarior fiat ejus & uſus & ratio.

Sed enim quæ fuerint Legis verba, difficilis eſt æſtimationis: adeo lacerata ac corrupta circumferuntur apud Ciceronem, *Ad Herennium lib.* 2. *cap.* 14. In editione P. Victorii hac extant forma. *Rem ubi pagunt, oratione pagunt. in comitio aut in foro ante meridiem cauſam conjicito.* Lambinus ex Boſii conjectura quam Gruterus vocat certiſſimam, eam ſic exhibet. *Rem ubi pagunt, orato, ni pagunt, in comitio aut in foro ante meridiem cauſam conjicito.* Et videtur hoc, *ni pagunt*, probare Quintilianus *lib.* 1. *Inſt. orat. c.* 6. his verbis. *Nam cum in* XII. *Tabulis legeremus, Ni ita pagunt.* Etiam Q. Terentius Scaurus, *De Orthographia*, editionis Putſchii *pag.* 2253. ſic ſcribens. *Item* XII *Tabulæ, ubi eſt, ni pagunt, per hanc formam, quod male quidam per c. enuntiant. eſt enim præpoſitum ejus pepigi a pango.* Verum quid deſignet illud *orato*, vix capio: & aſſentior Jacobo Gothofredo, *Notis ad Tabulam* I *Legum* XII *Tabularum* neganti, eam vocem eſſe legitimam. ipſe legendum putat, *Rem uti paicunto rato:* & *rato* exponit, *ratato*, ſeu ratum habeto: probabili divinatione; niſi abhorreret ab uſu Latini ſermonis. Non magis animadverto, cur mutetur verbum, *oratione*, a Victorio proditum: in primis cum id hujus & loci & legis eſſe, idoneus auctor ſit Priſcianus *lib.* x, editionis Putſchii *pag.* 894. in his verbis. *Antiqui pago quoque dicebant pro* paciſcor. *Cicero in* 2. *Ad Heren. cap.* 14. *Pacta ſunt quæ legibus obſervanda ſunt; hoc modo, Rem ubi pagunt oratione pagunt.* Plerique etiam manu ſcripti libri apud Ciceronem illud agnoſcunt verbum. Fabricianus certe, Grutero teſte, habet *orationi.* Palatini tres priores, quod idem refert Gruterus, legunt, *Rem ubi pangunt orationem pangunt in comitio.* Vix igitur dubito, quin a Cicerone & Duodecim Tabulis ſit vox, *oratione:* etſi ſuſpicer, ſub ea latere ſimul verbum, *ratum eſto:* id poſtulante ſenſus integritate, nec adſpernante literarum imitatione. ac jam Theodorus Marcilius, *Collect. Leg.* XII. *Tabularum c.* 8. Legem ſic repræſentat, *Rem ubi pacunt, ratum eſto.* Janus autem Rutgerſius *lib.* 5. *Var. lect. c.* 16. confingit, *Rei ubi pagunt, ratum eſit.* Sed non ero peccaturus: ſi retento verbo, *oratione*, cui favet Priſcianus, & fides tot manu ſcriptorum codicum, Legem ſic concipiam. *Rem ubi pagunt oratione, ratum eſto. ni ita pagunt: in comitio aut in foro ante meridiem cauſam conjicito.* Ea ſi placet lectio; commodus erit Legis ſenſus. jubet enim, quod oratione pacti ſint litigatores, haberi ratum: locutione non diſſimili huic ſequenti ex iiſdem Duodecim Tabulis apud Feſtum, in verbo, *Nuncupata. Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupaſſit, ita jus eſto.* Lex hæc, *Uti lingua nuncupaſſit*, inquit: ſicut illa, *Uti pagunt oratione.* hæc quoque ait, *Jus eſto:* ſicut illa, *Ratum eſto.* Satis de verbis Legis.

Venio ad uſum. is conſtitit intra pacta quibus agebatur, Ne quæ fieret in jus vocatio: ac ſi facta eſſet, ut finiretur. id etſi ex verbis Legis intelligatur, tamen quia ad rem pertinet, diligentius demonſtrabo. igitur ſi quid in controverſiam veniret: erant (ut Cicero ait *pro Quintio c.* XI.) duæ experiundi viæ: una ſummi juris, altera intra parietes. priore licebat actori, reum in jus vocare propria auctoritate, nulla adhuc edita actione: etiam licebat ei, non ſequentem ſtatim, niſi ſatis vel cautum daret, facta anteſtatione, ducere atque etiam rapere in jus. poſteriore ſolebat actor reo actionem edere ante in jus vocationem. ſæpe etiam pactionum conditiones offerre, aliquando de eis deliberandi facultatem, & tempus permittere. tale exemplum apud Terentium, *Adelph.* 2. 1. *verſ.* 40. *& ſeq.* etiam huc ſpectat ordo Edicti perpetui: in quo Julianus Edicta de edendo & de pactis poſuit ante Edictum de in jus vocando: ut in Digeſtis ſub Titulis, De in jus vocando, De edendo, & De pactis, facile intelligitur ex ſerie librorum Ulpiani & Pauli Ad Edictum. Ita potuit actor dare humanitati. nec minus licuit ei, aliter age-

gere summo jure. clare Plautus in *Persa* 4. 9. *vers.* 8.

Age ambula in jus leno. D. *Quid me in jus vocas?* SA. *Illic dicam apud Prætorem. sed ego in jus voco.* Et in *Aulularia* 4. 10. *vers.* 30.

Jam quidem ad Prætorem hercle te rapiam, & ibi scribam dicam.

Æque Ulpianus *l.* 1. §. 1. *D. de edendo:* nam exponens formas quibus actionem reo ab actore edi oporteat ex Edicto Prætoris, ait inter cætera, eum quoque edere, qui adversarium suum (sive reum) ducit ad album; (id est, ad Prætoris album) in eoque demonstrat quod dictaturus est, vel id dicendo quo uti velit. fuere enim, ut Cicero refert, *Pro Roscio comoed. cap.* 8. eo in albo expressæ ex uniuscujusque damno, dolore, incommodo, calamitate, injuria, publice a Prætore formulæ ad quas privata lis accommodaretur. Sed probatum est, fuisse in actoris arbitrio, priusne reum in jus vocaret, an ei prius ederet actionem: contraque reo non licuisse, hac aut illa in specie non sequi actorem in jus vocantem: nisi esset paratus, ei satis vel cautum dare. interfuit tantum: (sic enim opinor) quod reus in jus vocatus, ante edita sibi actione, teneretur statim, atque in jus venisset ad Prætorem, actori respondere, & cum eo litem contestari. quam enim habebat causam petendæ dilationis: qui poterat paratus esse vel ad pacifcendum, vel ad litigandum? sed si in jus veniret, ante non edita actione: summæ erat æquitatis, petenti a Prætore concedi spatium ad deliberandum, utrum cedere, an contendere ultra debeat; & si contendendum putet, veniat instructus ad agendum, cognita causa qua conveniatur *l.* 1. *D. de edendo.* Humanior igitur erat posterior agendi via: eo quod hanc ingressus, reum non statim in jus vocabat, sed ei prius edebat actionem; etiam sæpe ei denuntiabat diem ac locum quo per utriusque amicos de transactione & pactione tractaretur: ac si frustra tentata videretur; tum demum, quod necesse erat, ad vadatiomen vel in jus vocationem veniebat: ut ex Cicerone, *Pro Quintio c.* 5, intelligitur. Interim si conveniret res vel intra parietes, vel in via, dum in jus iretur: quod partibus placebat, ratum habebat Lex Duodecim Tabularum. inde Gajus *lib.* 1. *Ad Leges* XII. *Tabularum*, sic enim sonat Inscriptio *l.* 22. *D. de in jus vocando) Qui*, inquit, *in jus vocatus est, duobus casibus dimittendus est: si quis ejus personam defendet: & si dum in jus venitur, de re transactum fuerit.*

Etsi autem Lex juberet, ratum esse pactum de tollenda lite: non tamen omnia tuetur hujusmodi pacta. constat enim, actionem pacto nudo non ipso jure infirmari, sed per exceptionem. qua nil opus erat: si qualecumque pactum auctoritate Duodecim Tabularum censeretur. Huic rei argumentum præbet, quod pacto de injuria ipso jure tollitur injuriarum actio *l.* 17. §. 1. & *l.* 27. §. 3. *D. de pactis*, qualecumque pactum de injuria fiat: propterea quod Lex Duodecim Tabularum quæ id confirmavit, (ut nos docet Festus in verbo, *Talionis*) simpliciter dixit, *Si membrum rupserit, ni cum eo pacit, talio esto.* At non sic locuta fuit Lex nostra. circumspectius hæc, *Rem*, inquit, *ubi pagunt oratione.* proinde qui sunt duodecim Tabulas interpretati Jurisconsulti, sic acceperunt Legem, quasi confirmaret quidem pacta quibus agitur, Ne petatur: at non omnia, sed verbis solemnibus facta. cætera ejus generis non solemnia approbavit demum Edicto nostro Prætor, motus naturali æquitate.

Hoc modo exaudio Ulpianum *l.* 1. *D. de pactis:* is expositurus hoc Edictum (qui ejus mos est) initium facit ab ejus commendatione his verbis. *Hujus Edicti æquitas naturalis est. quid enim tam congruum fidei humanæ, quam ea quæ inter eos placuerunt servare?* Sic Florentiæ editur: nulla orationis forma aut sententia; si audimus Elbertum Leoninum V. CL. *lib.* 1. *Emend. c.* 16. *n.* 1. ex antiquissimo manu scripto codice reponentem, *Quid enim magis humanæ fidei est congruum, quam ea observari quæ inter homines placuerunt.* Sed bene habet Florentina lectio: solitis sæpe Veteribus, in sermone genus mutare, facta relatione magis ad antecedentium verborum sensum, quam ad verba quibus is sensus continetur. id pridem ostendi *lib.* 1. *Observ. c.* 4. ubi vide: si tanti sit. Interim monebo, Ulpiano duplicem esse æquitatem: unam naturalem, alteram civilem *l.* 1. §. 1. *D. Si is qui testamento liber esse jussus erit.* Naturalis æquitas est jus naturale, una constans ratione naturali, æqua omnibus hominibus. Civilis æquitas est jus civile, servans æquitatem inter cives ejusdem civitatis. quo sensu Cicero in *Topicis c.* 2, *Jus Civile*, inquit, *est æquitas constituta iis qui ejusdem civitatis sunt, ad res suas obtinendas.* Ita huc redit Ulpiani commendatio: quod homo homini naturali æquitate debet veritatem ac fidem: quia homo homini naturali ratione debet omne sine quo salva esse inter eos nequit societas. huic porro nihil magis convenit, quam quæ inter eos placuerunt, impleri. movetur igitur hic Prætor ad servanda pacta naturali æquitate. At cur ait Ulpianus, naturali; cum non minus civilis æquitas fidem servari jubeat? Mihi vero succurrit, Prætori esse propositum hoc Edicto, egredi angustias Legis Duodecim Tabularum: tantum probantis pacta oratione, id est, ut dixi, solemniter, facta: cum Prætor etiam servet non solemnia. est igitur hujus Edicti æquitas non civilis, sed naturalis. Id convenit huic Ciceronis, *Ad Herennium lib.* 2. *cap.* 13. *Pacta sunt quæ legibus observanda hoc modo. Rem ubi pagunt oratione*, ratum esto: (ita supra restitui) *ni ita pagunt, in comitio, aut in foro ante meridiem causam conjicito. Sunt item pacta quæ sine legibus observantur ex conventu quæ juri præstare dicuntur.* Illi quoque ex *lib.* 2. *De invent. cap.* 22. *Consuetudinis jus esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobarit. in ea autem jura sunt quædam ipsa jam certa propter vetustatem. Quo in genere & alia sunt multa, & eorum multo maxima pars, quæ Prætores edicere consueverunt. Quædam autem genera juris jam certa consuetudine facta sunt. Quod genus, pactum, par, judicatum. Pactum est, quod inter aliquos convenit quod jam ita justum putatur, ut juri præstare dicatur.* Clare exposui Edicti rationem. Licebit tamen simile quid adducere ex *l.* 1. *D. de minoribus:* ubi simili commendationis forma Ulpianus, *Hoc*, inquit, *Edictum Prætor naturalem æquitatem sequutus proposuit, quo tutelam minorum suscepit.* Ulpianus nihil aliud designat, quam quod Prætor in illo Edicto non substitit intra Legem Lætoriam: minoribus subvenientem, non quidem omnibus, sed circumscriptis: ut nos docet Cicero *lib.* 3. *De officiis:* cum Prætor lapsos fragilitate consilii adjuvet, etsi non sint circumventi. non igitur sequutus Prætor eo Edicto civilem Legis Lætoriæ rationem, sed naturalem: ea lege solutam ac liberam. Ad eumdem modum accipio hoc Gaji *l.* 2. *D. Unde cognati. Hac parte Proconsul naturali æquitate motus omnibus cognatis promittit bonorum possessionem quos sanguinis ratio vocat ad hereditatem, licet jure civili deficiant.* Gajus appellat naturalem æquitatem quæ excedit fines Legis Duodecim Tabularum, tantum suos & agnatos vocantis ad here-

reditatem; exclusis cognatis. at Proconsul invitat etiam cognatos qui Jure Civili, id est, Lege Duodecim Tabularum, negliguntur. motus igitur Proconsul est magis naturali, quam civili æquitate.

Caput II.

In Edicto Prætoris late patere verba, Pacta conventa: nec referre, utrum sint expressa, an tacita. horum complura & diversi generis exempla sane elegantia; nec peræque clara & evidentia.

Dixi de Edicti origine & ratione. deinde ejus verba consideraturus. ait Prætor, *Pacta conventa servabo.* verba, *pacta conventa* cum in Edicto, tum alibi sæpe, idem valent, & ut *morbus* ac *vitium* in Ædilitio Edicto *l.* 1. §. 7. *D. de Ædilitio Edicto*, multaque alia apud A. Gellium *lib.* 13. *Noct. Attic. c.* 24. in sermone ornandi explicandive ejus causa conjunguntur. ita perinde est, ac si dicat Prætor, Servabo pacta quæ alias conventa appellantur: vel, ut Cicero dicit *lib.* 2. *Ad Herennium*, quæ observantur ex conventu. præit vetus Edicti interpres Ulpianus *l.* 1. §. 1. 2. *&* 3. *D. De pactis:* primum, *Pactum*, inquit, *a pactione dici. inde etiam pacis nomen appellatum esse.* quomodo Festus, *Pacem*, infit, *a pactione conditionum putat dictam Sinnius Capito quæ utrique inter se populo sit observanda.* Uterque autem tam Ulpianus, quam Festus, pacem & pactum a pactione, velut ex causa, deducit. nominis enim etymologiam, cum ejus vis per interpretationem colligitur, non minus ex causa, quam ex origine desumi, auctor est Isidorus, *lib.* 1. *Originum c.* 28. fuerit igitur Ulpiani sensus, Pacti & pacis appellatione venire pactionem: nam ex ea & pacem consistere & pactum. Hunc sensum, ne alios quæram, ipse juvat Ulpianus in *d. l.* 1. §. 2. cum porro ait, *Pactio est duorum pluriumve in idem placitum & consensus.* est enim hæc clara pacti definitio, vel eo auctore in *l.* 3. *D. de pollicitationibus:* in qua, *Pactum*, inquit, *est duorum consensus & conventio.* nec male adjicit Ulpianus verba, *duorum vel plurium:* pactum sive pactionem distincturus a pollicitatione: quam solius offerentis promisso absolvit *d. l.* 3. Est igitur pactum Ulpiano generale vocabulum: complectens omne duorum pluriumve in idem placitum & consensum vel contrahendi vel finiendi negotii gratia.

Non minus late patet *conventum.* nam a conventione deducitur, ut a pactione pactum. ac vix dubito, an huc referre me oporteat hoc Ulpiani *d. l.* 1. §. 3. *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt.* Ulpianum accipi suadeam: quasi dicat, conventionem etiam generalem esse: usitato loquendi genere de quo pluribus infra capite III. id vero Ulpianus tali similitudine illustrat. *Nam sicut convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur & veniunt: ita & qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est, in unam sententiam decurrunt.* Ait *ex diversis animi motibus:* pro ex diversis sensibus, sive sententiis. quomodo Judicis *motus*, apud Arcadium *l.* 21. § 3. *D. de testibus*, item *motus atque sensus*, apud A. Gellium *lib.* 14. *Noct. Attic. c.* 2. est igitur Ulpiani sensus, Conventionem æque late patere, ac pactionem: significare enim duorum negotii contrahendi terminandive causa placitum & consensum: qua definitione pactum circumscribitur. nec tamen defuit Ulpiano causa disputandi, an generalis esset significatio conventionis: nec interim de pactione esset sollicitus. nam in pactione nihil occurrebat: cur non generalis videretur ejus potestas: cum in conventione intercederet origo vocabuli, ne pertingeret ad transactiones: quæ magis sint discessiones, quam conventiones. & tamen quia volentes a lite discedere, vel in hoc consentire oportet: non est in mora Ulpianus, ne conventio æque late pateat ac pactio. imo addit *d.* §. 3, adeo generale esse conventionis nomen, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quæ non habeat in se conventionem: sive re, sive verbis fiat: nam & stipulationem quæ verbis fit, nisi habeat consensum, nullam esse.

Videtur igitur Prætor, cum ait, *Pacta conventa servabo*, promittere, servaturum se omne plurium in idem placitum & consensum. Utrum tamen expressum, an tacitum? Sed nullus labor est: sequitur enim Prætor, ut supra dixi, naturalem rationem: quæ non minus tacitum probat consensum, quam expressum. quemadmodum nec refert ejus, utrum inter præsentes consentiatur verbis quibuscumque; an inter absentes per nuncium, vel per epistolam. potest enim consensus quo uno sustinetur pactum conventum, omnibus his modis naturali jure expediri. hoc Paulus observat *l.* 2. *D. de pactis*, quæ est ex libro 3. Ad Edictum, verbis sequentibus. *Labeo ait, convenire posse vel re, vel per epistolam, vel per nuncium inter absentes quoque posse: sed etiam tacite consensu convenire intelligitur.* Sic distinguenda hæc verba, deleta interpunctione post vocem, *nuncium*, posita apud Haloandrum, Russardum, Charondam, & Taurellium. præeunt Græci *Basilic. lib.* XI. *tit.* 1. *pag.* 719. *tom.* 1. Paulum ad hunc modum transferentes, Fabroto interprete. *Paciscitur quis & præsens & absens per epistolam & per nuncium, & tacite.* Sensus: conventio sive pactio fit vel palam vel tacite. palam fit re: hoc est, ut Græci exponunt, inter præsentes: puta verbis. fit etiam palam inter absentes; ut per epistolam, vel per nuncium. sic palam. fit & tacite: utpote, cum consensus ex aliquo facto verisimili præsumptione colligitur. exemplum Paulo *d. l.* 2. §. 1. Si debitori meo reddiderim cautionem. Paulus cautionem vocat chirographum: ut in *l.* 47. *D. eod. tit. l.* 40. *D. de rebus creditis*, & passim. dicitur enim debitor creditori cavere, cum se ei obligat facto chirographo *d. l.* 47. *l.* 4. *D. Quæ res pignori*, *l.* 17. §. 3. *D. Commodati.* Si igitur debitori meo reddiderim chirographum: nihil inter me & debitorem palam convenit de remissione debiti: non enim in eam consensimus, verbis, literis, aut per nuncium. ait tamen Paulus, ideo videri inter nos convenisse, ne petam; profuturamque ei, si petam, conventionis exceptionem. quo argumento? admodum probabili, etsi non necessario. id sic demonstro. finis redditi chirographi est, ne sit debitum. datur enim creditori a debitore chirographum: ut ei præstet fidem debiti. videtur porro creditor, debitori reddens chirographum, ei remittere debitum; quia creditur eo facto, cujus non apparet alia causa, nolle, esse debiti fidem, & per consequens ullam vim. eo magis; quia solent remittentes debitum, aut comburere aut reddere chirographum, aliquando integrum, plerumque scissum aut cancellatum; nullo deinde ejus usu. morem tangit Paulus *l.* 82. §. 3. *D. de furtis*; etiam Ausonius, *ad* Gra-

Gratianum; & Ambrosius, *lib.* I. *De Officiis*, *c.* 32. *pag.* 26. Pendet tamen illa interpretatio taciti pacti magis ex eo quod fieri creditur, quam quod factum est; eoque pro verisimili præsumptione habetur, donec alicunde demonstratur veritas: certa & necessaria probatio non est. levat igitur debitorem a creditore conventum onere probandi pactum de remisso debito; sed ipso debito eum adeo non liberat: ut adhuc jus sit creditori, hanc præsumptionem elidere contraria probatione: & si manifeste ostendat, sibi aliam fuisse causam reddendi aut cancellandi chirographi, quam remittendi debiti; chirographi redditio aut cancellatio debitori ad probationem remissi debiti non proficiat: inani præsumptione, ubi apparet veritas. Hoc observat Modestinus *l.* 24. *D. de probationibus.* nec minus vere Diocletianus ac Maximianus *l.* 14. *C. de solutionibus*, *Pecuniæ*, inquiunt, *solutæ professionem collatam instrumento, majorem rei gestæ probationem continere, quam si chirographum acceptæ pecuniæ mutuæ fuisset redditum.* Tantum de debito. quid pignus? & hoc creditur tacite remitti redditione chirographi *l.* 7. *C. de remissione pignoris.* optime: est enim pignus debiti accessio. datur quippe in ejus securitatem: atque eo sublato tollitur, nulla deinde causa præstandæ securitatis. Non idem dicendum est, restituto pignore. tum enim ut remissum præsumatur pignus; non etiam remissum intelligitur debitum: nisi hoc insuper egisse probetur creditor *l.* 3. *D. de pactis*, *l.* I. §. *ult. D. de liberatione legata.* est enim pignus debiti accessio, ut dixi: ac sublato principali debito, necesse quidem est, pignoris accessionem toli: sed sublata pignoris accessione, non est necesse tolli principale debitum. potest enim debitum sine pignore esse: sed pignus sine debito esse qui potest? Satis de primo taciti pacti exemplo quod est Pauli in *d. l.* 2. §. I. ex *lib.* 3. Ad Edictum.

Alterum est ejusdem Pauli atque ex eodem libro, sed a superiore diversum. nam illud vero constat consensu, hoc ficto constabit. meretur res pulchra, nec satis animadversa, curatius tractari. Pauli verba adscripsi. sunt autem hæc ex *l.* 4. *D. de pactis. Item quia conventiones etiam tacite valent, placet in urbanis habitationibus locandis invecta illata pignori esse locatori: etiamsi nihil nominatim convenerit.* Pauli sensus est, Hypothecam qua locatori tenentur invecta illata in urbanas habitationes, ex Edicti forma non valere sine conventione, quam ad vim actionis hypothecariæ desiderat Prætor: sed placere adversus Edicti formam, eam hypothecam admitti quasi ex tacita conventione, etsi nulla intervenerit expressa. Est igitur, quantum attinet ad Pauli sententiam, hæc hypotheca adversus Edicti rationem moribus inducta sub imagine tacitæ conventionis: arrepta forte, ut solet, occasione alicujus Rescripti. utcumque erit; licebit ad demonstrandum id quod ago, uti sequentibus Neratii verbis ex *l.* 4. *D. In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur: Eo jure utimur, ut quæ in prædia urbana inducta illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit.* In hoc Neratii loco non una erit observatio. primum puto his verbis, *Eo jure utimur*, indicari consuetudinem, adversus communes juris regulas receptam. id ostendi *lib.* I. *Probabilium c.* 2. *&* 3. nec opus pluribus. tantum addam Modestinum *l.* 4. *D. de vulgari & pupillari substitutione*: a quo non modo eadem loquendi forma talis designatur consuetudo: sed Rescripti quoque mentio fit. Modestini verba: *Jam hoc jure utimur ex D. Marci & Veri Constitutione, ut cum pater impuberi filio in alterum casum substituit, in utrumque casum substitu-isse intelligatur.* Eodem modo Ulpianus in *l.* I. §. *ult. D. de liberis exhibendis*, *Et*, inquit, *certo jure utimur, ne bene concordantia matrimonia jure patriæ potestatis turbentur.* Nullum quidem in his verbis vestigium Constitutionis quam arripuerit qui indicatur usus: fuisse tamen Constitutionem D. Marci cujus meminit *l.* 5. *C. de repudiis*, pridem docui *lib.* I. *De usufructu c.* VIII. *in fine.* Hoc primum fuit observandum. Proximum est, quod Neratius ait, *Inducta illata in prædia urbana credi pignori esse, quasi id tacite convenerit.* Id enim fit simili ratione, qua dicitur obligatio nasci quasi ex contractu, item nasci quasi ex maleficio: ubi jure fingitur contractus aut maleficium; cum alioquin non sit. *toto Titulo Inst. De obligationibus quæ quasi ex contractu nascuntur*, *item*, *Tit. De obligationibus quæ quasi ex delicto nascuntur.* Præter hæc dignum observatu est: quod Paulus *d. loc.* nominatim loquitur de *urbanis* habitationibus; & Neratius de *urbanis* prædiis: addens in fine *d. l.* 4, *In rusticis contra observari.* cæterum Pomponius *l.* 7. *D. eod. tit.* ait, *Fructus qui ibi nascuntur, tacite intelligi pignori esse domino fundi locati.* Distinguenda igitur ex Pauli & Neratii sententia a rusticis prædiis sunt Urbana prædia, seu Urbanæ habitationes. at in Urbe Roma ejusque territorio. nam ibi singulari jure obtinuit tale privilegium, eoque non fuit ad provincias porrectum. includam igitur his finibus Urbana prædia & Urbanas habitationes, ubicumque de hac hypotheca agitur in Pandectis. ac nescio, an Urbana prædia, Urbanæque habitationes, in proposito dicantur, ut apud Tacitum *lib.* 3. *Annal. c.* 40. *Urbana* plebs pro Romana: & ibidem *c.* 44. luxus *Urbanus* pro Romano. utique intra fines Romæ quæ per excellentiam appellatur passim Urbs, tum id privilegium constitit: provinciis vero concessum non fuit: etsi imperio in Orientem translato, obtinuit Constantinopoli, exemplo veteris Romæ. sed Imp. Justinianus quod in utraque Roma, & earum territorio ante singulare jus erat, tandem quoque Provincialibus indulsit. Verba Justiniani *l. ult. C. In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur. Sancimus, de invectis a conductore rebus & illatis, quæ domino pro pensionibus tacite obligantur, non solum in utraque Roma & territorio earum hoc jus locum habere, sed etiam in nostris provinciis. Tali enim justa præsumptione etiam omnes nostros provinciales perpotiri desideramus.* Res clara. solum addam, quod Imperator vocat *justam præsumptionem*, quam melius dixisset fictionem. vera enim præsumuntur: falsa finguntur adeo quæ præsumuntur conventiones, habent paciscentium consensum, licet non palam verbis, literis, aut nuncio demonstratum, certe ex aliquo eorum facto probabiliter intellectum. hoc modo tacita quæ dicitur conventio, est vera atque a paciscentium voluntate non minus pendens, quam expressa: prorsus, ut qui eam non cogitarint, nec fecisse credantur. at jus tacitæ hypothecæ in inductis illatisque in prædium urbanum aliter se habet. non enim nititur vero locatoris & conductoris consensu: sed juris fictione inducitur, etiam ubi nulla concurrit eorum voluntas vel expressa vel tacita: denique ubi ad eam adeo non intenderint; ut de ea ne cogitarint quidem. non igitur proficiscitur hæc hypotheca a voluntate locatoris & conductoris: sed a providentia juris: in prædiis urbanis sua interpretatione tacitam quamdam pactionem ad introducendam non minus hypothecariam actionem, quam exceptionem, pro communi Urbis utilitate, fingentis. Sic accipio Rescriptum Imp. Alexandri ad Petromam *l.* 5. *C. de locato & conducto.* cujus verba, quia obscurum ha-

habent intellectum, appoſui, eum facturus deinceps perſpicuum. *Certi juris eſt, ea quæ voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris jure dominis prædiorum teneri. quando autem domus locatur, non eſt neceſſaria in rebus inductis vel illatis ſcientia domini. nam ea quoque pignoris jure tenentur.* Si fides Interpretibus; quæritur hic: an inducta in prædia ruſtica ex conventione demum pignori obligentur? At, mea opinione, illud non quæritur, ſed ſupponitur. hoc vertitur: ſi intervenerit conventio de obligandis in fundum conductum inductis: quis ſit ejus conventionis ſenſus. huc autem redit ea dubitatio: utrum etiam pignori teneantur a colonis ſine dominorum voluntate inducta, verbi gratia, temporis cauſa: an tantum illa quæ, ut perpetuo ibi ſint, a colonis dominorum voluntate ſint inducta? Hæc, quantum conjicio, eſt quæſtio de qua conſulitur Alexander. Ad hanc autem reſcribit ille Imperator, *Ea quæ voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris jure dominis prædiorum teneri:* idque *certi juris eſſe.* recte: nam & Scævola *l.* 32. *D. de pignoribus & hypothecis*, conſultus de pacto quo obligata ſint inducta in fundum, eodem modo & ſenſu reſpondet, *Eos* (ſervos) *duntaxat qui hoc animo a dominis inducti eſſent, ut ibi perpetuo eſſent, non temporis cauſa accommodarentur, obligatos.* Nec alio modo Pomponius *l.* 7. §. 1. *D. In quibus cauſis pignus vel hypotheca tacite contrahitur*, de eodem loquens pacto, *Videndum*, inquit, *eſt, ne non omnia illata vel inducta, ſed ea ſola quæ ut ibi ſint, illata fuerint, pignori ſint.* Hæc igitur aut ſimilia ait Alexander a colonis dominorum voluntate in fundum conductum induci; eoque pignoris jure teneri. Sic plane ſentio. hoc plus addo, Alexandrum non alia forma dicere, *quæ voluntate dominorum coloni in fundum induxerint*, quam Pomponius apud Marcianum *l.* 5. § 1. *D. eod. tit.* *Illud*, inquit, *videndum eſt, voluntate domini induci pignus ita poſſe, ut in partem debiti ſit obligatum.* Sicut enim Alexander, ſic ex Pomponio illic Marcianus ſupponit pignus conventione conſtitutum; vult vero, pignus, ubi conventione inducitur, ſic poſſe induci domini voluntate: ut in partem debiti ſit obligatum. quomodo Alexander indigitat, ubi inducta in fundum conventione obligantur, tantum pignoris jure teneri, quæ a colonis dominorum voluntate ſint inducta. Hoc in fundo locato Alexander. quid in domo? ait: *Quando autem domus locatur, non eſt neceſſaria in rebus inductis vel illatis ſcientia domini.* & præfatur: *Nam ea quoque pignoris jure tenentur.* ſenſus: Ubi domus locatur, aliter ſe res habet. nam tum pignoris jure tenentur inducta vel illata, etiam inſciente domino: eo quod lege obligantur pignori, etſi nulla domini conventio aut voluntas interveniat. Declaravi Alexandri ſenſum obſcurum atque impeditum, nec deſideres plura. Non præteribo tamen: quod ex hoc fonte Paulus *l.* 24. §. 1. *D. Locati conducti*, *Si*, inquit, *colonus locaverit fundum, res poſterioris conductoris domino non obligantur.* nimirum, quia in his, ut dixi, conventione, non lege, conſtituitur hypotheca. *Sed fructus*, quia lege obligantur ſine conventione, *in cauſa pignoris manent: quemadmodum eſſet, ſi primus colonus eos percepiſſet.* Ad eumdem modum Ulpianus *l.* 11. §. 5. *D. de pigneratitia actione*, loquens de locata domus parte, ait, in cœnaculum illata a ſecundo conductore, etiam obligari primo; etſi cum hoc nihil contrahatur: ſcilicet, quia illata in domum, locatori ipſo jure ſine conventione obligantur: ſed, quod obſervat Ulpianus, in eam dumtaxat ſummam in quam cœnaculum conduxi: & cauſatur, quod non eſt credibile, hoc convenisſe, ut ad univerſam penſionem inſulæ frivola mea tenerentur. Sed apparet, tacitam conventionem de obligandis pignori inductis & illatis in prædium urbanum juris interpretatione ſingi ſine contrahentium conſenſu: ad modum tamen conventionis quæ contrahentium voluntate regitur.

Tertium taciti pacti exemplum eſt in ſtipulatione dotis. proponit id Paulus *l.* 4. § 2. *D. de pactis* his verbis. *Hujus* [*rei*] *argumentum etiam ſtipulatio dotis cauſa facta eſt: nam ante nuptias male petitur, quaſi ſi hoc expreſſum fuiſſet: & nuptiis non ſequutis, ipſo jure evaneſcit ſtipulatio. idem Juliano placet.* Hoc quoque exemplum notari dignum. non minus enim quam ſuperius, eſt a primo ſeparandum. eſt enim & ipſum alterius generis. ſane quod continet tacitum pactum, ineſt ſtipulationi: poſtulante natura dotis in illam deductæ. pone: Titius ſtipulatur ſimpliciter, dotem dabis? ſi reſpondetur, dabo: pura eſt ſtipulatio, nulla expreſſa conditione: ita ſi verba ſpectes: non eſt cauſa, ne dos peti nequeat, non ſequutis nuptiis. interim (quod Paulus ait *l.* 41. §. 1. *D. de jure dotium*) magis res intuenda eſt, quam verba. non enim poteſt dos ſine matrimonio eſſe *l.* 3. *D. eod. tit.* quippe cum ſit pecunia nuptiarum cauſa data: ut Varro ait *lib.* 4. *De Lingua Latina. num.* 36 fuiſſe hoc opinor in Fori diſputatione tractatum a Juriſconſultis, & omnium ſuffragiis receptum: eoque modo poſſe accipi hoc *l.* 21. *D. eod. tit.* *Stipulationem quæ propter cauſam dotis fiat, conſtat habere in ſe conditionem*, Si nuptiæ fuerint ſecutæ: *& ita demum ex ea agi poſſe, quamvis non ſit expreſſa conditio*, Si nuptiæ, *conſtat.* Neſcio, an ejusdem generis ſit hoc *l.* 3. *D. de rebus creditis*, quod eſt ex Pomponii *lib.* 27. Ad Sabinum. *Cum quid mutuum dederimus, etſi non cavimus, ut æque bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriorem rem quæ ex eodem genere ſit reddere: veluti vinum novum pro vetere. nam in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum eſt: id autem agi intelligitur, ut ejusdem generis & eadem bonitate ſolvatur qua datum ſit.* Optime Cicero *lib.* 5. *Ad familiares, epiſt.* 2. *Quod ita ſcribis pro mutuo inter nos animo, quid tu exiſtimes eſſe in amicitia mutuum, neſcio. equidem hoc arbitror, cum par voluntas accipitur & redditur.*

Præter tria taciti pacti exempla quæ ex Paulo dedi, eſt quartum apud Florentinum *l.* 57. *D. de pactis* in his verbis. *Qui in futurum uſuras a debitore acceperit, tacite pactus videtur, ne intra id tempus ſortem petat.* Elegans hoc exemplum, & primo ſimile. Nempe uſura (ut Iſidorus ait *lib.* 5. *Origin c.* 35. *p.* 931.) ab uſu æris crediti nuncupata. Papinianus *l.* 58. §. 6. *D. Ad Senatusconſultum Trebellianum* dicit, eam percipi propter uſum medii temporis. Ambroſius autem, *De Tobia c.* 5. de pecunia fœneratorum ait, quod *Uſum requirit, ut acquirat uſuram.* patitur igitur creditor a debitore uſuras accipiens in futurum, ſibi pretium ſolvi pro uſu medii temporis; & cum palam non paciſcitur, ne interim petat ſortem; præſumitur hoc facto debitori tacite conſentire in uſum ſortis. is quoque quia haberi ab eo nequit, niſi ſorte non repetita: prope eſt, ut creditor, ſortem repetens intra tempus cujus uſuras accepit, videatur facere adverſus id quod actum eſt; & exceptione taciti pacti a debitore juſta ratione removeri. Sed hoc diſerte Ulpianus *l.* 2. §. 6. *D. de doli mali & metus exceptione.*

Quintum taciti pacti exemplum dabit *l.* 2. *C. de pactis.* Verba. *Poſt venditionem hereditatis a te factam, ſi creditores contra emptores actiones ſuas moviſſe probare poteris, eosque eas ſpontanea voluntate ſuſcepiſſe: exceptione taciti pacti non inutiliter de-*

fenderis. Species. Claudius ad quem rescriptum est, hereditatem ad se pertinentem vendit: ea lege, ut emptores satisfaciant defuncti creditoribus. hi creditores actiones suas movent adversus emptores: qui eas ut non cogantur suscipere, quod non sunt heredes, neque cum creditoribus contraxerunt, tamen sponte suscipiunt. mox iidem creditores (incertum, qua causa) consistunt adversus Claudium: quem vendita hereditate mansisse heredem, ideoque teneri actionibus hereditariis, negari nequit. in hoc rerum statu rogat Imperatores Claudius; an possit se adversus creditores tueri exceptione pacti, non quidem expressi; (nullum enim intervenit) sed taciti? Illi rescribunt, eum, si probet, creditores actiones suas movisse contra emptores, easque ab his spontanea voluntate esse susceptas; exceptione taciti pacti non inutiliter defendi. Qua ratione? probabili. cedo. ita fit: ut non debeant emptores inviti conveniri a defuncti creditoribus: tenentur tamen lege venditæ hereditatis, venditorem ab illis liberare. quin cessantes possunt a venditore, ut eum liberent, cogi actione venditi *l.* 2. *C. de hereditate vel actione vendita.* quid ni videantur creditores emptoresque instituendo suscipiendoque actiones hereditarias inter se approbasse legem venditæ hereditatis, alioquin inter venditorem emptoresque obtinentem? demus: inquiet aliquis hoc. quid hoc ad Claudium? nam Imperatores ei concedunt exceptionem taciti pacti adversus creditores, licet nihil ipse cum his pactus sit palam aut tacite. interim quis ignorat, pactum ab alio factum, quantumvis in rem, alii non prodesse? Sed videamus: ne hic usum inveniat, quod alibi ait Paulus, in rem pacta prodesse omnibus quorum obligationem dissolutam esse ejus qui paciscebatur, interfuit *l.* 21. §. *fin. D. de pactis.* ita alterius pactum alteri non prosit principaliter: tamen nil vetat, quo minus ei prosit per consequentiam: modo ne pacisce̅nti quidem prodesset, si ejus commodum ad alterum non pertineret: certo, necessitatem facere jus; ubi non licet facere aliter. res exemplo fiet clarior. An quis nescit, diversas esse personas debitoris & fidejussoris? atqui ubi debitor in rem paciscitur, Ne debeatur, id pactum non debitori prodest tantum, sed fidejussori quoque *d. l.* 21. §. *fin.* propterea quod ne debitori quidem prodesset, si non prodesset fidejussori: habituro adversus debitorem mandati actionem nisi ejus pacto adversus creditorem adjuvaretur *l.* 46. *D. de fidejussoribus.* Idem in proposito dicamus, vendita hereditate. in qua æque diversæ sunt personæ, venditor & emptores. ac si inter emptores & creditores hereditarios fit pactum tacitum, Non amplius peti: non fit pactum principaliter cum venditore; nec ei principaliter prodest. cæterum non prodest emptoribus a quibus est factum, nisi prosit etiam venditori: redituro, si a creditoribus conveniatur, adversus emptores per actionem ex vendito. igitur non finit ratio tuendi fidem pacti; ne exceptio taciti pacti venditori quoque adversus creditores prosit. Finita sunt aliqua, nondum omnia speciei propositæ incommoda. adhuc enim ipsum quod de exceptione taciti pacti dixi, recipit dubitationem: eo quod Pomponius *l.* 23. *D. de solutionibus*, *Solutione*, inquit, *vel judicium pro nobis accipiendo & inviti & ignorantes liberari possumus.* Sed hoc scrupulo ipse nos liberabit Pomponius; si prudenter accipiatur. non enim ait, posse nos liberari, alio solvente debitum nostrum, aut alio suscipiente actiones nostras. ait, posse nos liberari, alio pro nobis solvente, vel judicium pro nobis suscipiente. id fit: ubi alius debitum solvit nostro nomine, vel judicium suscipit nostro nomine. non fit: ubi emptor hereditatis suscipit actiones hereditarias. non enim is venditorem respicit, sed se. nec judicium suscipit venditoris nomine; sed suo: quia promisit, eum liberare actionibus hereditariis. huic rei indicium: quod si non suscipit venditoris defensionem; ei tenetur actione venditi. & contra, si eam suscipit, magis gerit suum, quam venditoris negotium *l.* 4. *& l.* 9. *C. de procuratoribus:* ideoque eum non liberat ipso jure; sed (ut ajunt Imperatores *d. l.* 2.) exceptione taciti pacti. quod & Papinianus *l.* 95. §. 10. *D. de solutionibus*, & Ulpianus *l.* 28. *D. Mandati vel contra*, in aliis speciebus observarunt commode.

CAPUT III.

Prætorem in hoc Edicto sub appellatione pacti conventi tam transactionem complecti, quam donationem: id est, pactionem & conventionem in specie. & quid his significetur?

Verum redeo ad Edictum. Prætor enim, cum ait, *Pacta conventa servabo*, non fuit contentus divisione taciti & expressi pacti quam exposui: sed sub his verbis adhuc duas alias comprehendit formas: una est in specie pactum & conventum: altera transactio vocatur. utramque indicat Consultatio Veteris Jurisconsulti quam suis Consultationibus præmisit Jacobus Cujacius. in ea citatur *Paulus lib.* I. *Tit. De pactis & conventionibus vel transactionibus:* item ex Corpore Hermogeniano *Titulus*, *De pactis & transactionibus.* Esse præterea video in Codice Theodosiano Titulum, *De pactis & transactionibus.* ea vero quid denunciant? nisi quod pactum, & conventum, in Edicto est genus: cujus duæ sunt partes: vel pactum & conventum in specie tale, vel transactio. amplius suspicor, olim unum fuisse Titulum qui in Digestis & Codice deinde a Justiniano divisus est in duos. atque ea gratia in Digestis sub Titulo, De transactionibus, nullum extat Edictum; sicut nec opus fuit extare: quippe cum is Titulus sit pars Edicti de pactis conventis.

Igitur, age, examinemus utramque pacti conventi formam: simul tenorem *l.* I. *D. de transactionibus:* in qua nostra eget Ulpianus diligentia, nondum expositis, ut oportet, ejus verbis. Verba Ulpiani. *Qui transigit, quasi de re dubia & lite incerta, neque finita transigit. qui vero paciscitur, donationis causa rem certam & indubitatam liberalitate remittit.* Ita Florentiæ interpungit Taurellius, etiam Haloander. nec aliter legisse videntur Græci, *Basilic. lib.* XI. *tit.* 2. *tom.* I. *pag.* 770. si vere: vix potest Ulpianus sine rubore excusari ab inepta ejusdem rei repetitione: idem significante hoc *donationis causa* & *liberalitate.* Ut tamen ei constaret ratio, subiit Franciscum Duarenum, V. Cl. distinguere: *Qui vero paciscitur donationis causa, rem certam & indubitatam liberalitate remittit.* Ingeniose: ut ut placet Domino Vinnio, *De transactionibus c.* I. §. 6, ea in definitione nec sic esse sat rationis. ipse quidem, non inficior, vitio humanæ memoriæ aliquando idem esse a Veteribus bis scriptum. quin memini, me *lib.* 3. *Probabilium c.* 10. hujus erroris alibi convincere & Tryphoninum & Ulpianum. at in proposito religio mihi est, adspernari Duareni interpunctionem: animadver-

verſo, obligationem & donationis & transactionis cauſa remitti *l.* 25. & *l.* 34. *C. de transactionibus:* perindeque dici, pactum transactione interponi *l.* 31. *C. eod. tit.* & pactum fieri donationis cauſa *l.* 9. *D. de donationibus.* quid ni enim præmiſiſſe hoc potuit Ulpianus *d. l.* 1. & ſubjeciſſe deinde, inter utramque pacti ſpeciem intereſſe: quod qui tranſigit, quaſi de re dubia & lite incerta, neque finita tranſigit: qui vero paciſcitur donationis cauſa, rem certam & indubitatam liberalitate remittit? Mihi hoc fit probabile in his Fragmentis, & tamen addam, quod vel ſic circumſpecte accipiendus Ulpianus. nam ſi magis intra ejus verba ſubſiſtimus, quam ad ejus mentem atque ad rem ipſam adſurgimus: ſic loqui eum apparet; quaſi neget, rem dubiam aut litigioſam pertinere ad pactum quod donationis cauſa fit, & in ſpecie tale appellatur. interim id falſum eſt, & ipſius auctoritate Ulpiani refutatur *l.* 6. §. 3. *D. de his qui notantur infamia.* Paulus quoque *lib.* 1. *Sentent. tit.* 1. §. 5. clare, *De rebus*, inquit, *litigioſis & convenire & tranſigere poſſumus.* Prudenter igitur exaudiri Ulpianum oportet: cum ait, *Qui vero paciſcitur donationis cauſa, rem certam & indubitatam liberalitate remittit.* Suaſerim autem, eum ſic accipi, quaſi ſcribat, Qui paciſcitur donationis cauſa, etiam rem certam & indubitatam liberalitate remittit: pari ratione, qua Seneca, *De providentia c.* 4. *Proſpera in plebem ac vilia ingenia deveniunt: at calamitates terroresque mortalium ſub jugum mittere, proprium magni viri eſt.* Seneca ſignificat, aliquid eſſe ei commune cum plebe. proprium eſſe, quod vincit calamitates, terroresque. commune, quod proſpera etiam ad plebem, vel æque ad plebem, atque ad illum deveniunt. Eodem modo Paulus *l.* 1. *D. Finium regundorum* ait, *Finium regundorum actio in perſonam eſt, licet pro vindicatione rei eſt:* cum vellet dicere, quod finium regundorum actio etiam in perſonam eſt; licet alioquin ſit pro rei vindicatione: eſſe enim mixtam actionem, Juſtinianus auctor eſt §. 20. *Inſt. de actionibus.* Similiter Paulus *l.* 2. §. 3. *D. de rebus creditis*, *Creditum*, inquit, *conſiſtit extra eas res quæ pondere, numero, menſura, continentur.* pro, Creditum conſiſtit etiam extra eas res. Et *l.* 31. §. 1. *D. de uſurpationibus & uſucapionibus*, *In uſucapionibus mobilium continuum tempus numeratur:* ſignificans, continuum tempus etiam in mobilium uſucapionibus numerari: ut apparet ex *l.* 5. *D. eod. tit.* Nec tantum Paulus hoc locutus modo eſt; ſed ipſe quoque Ulpianus *l.* 1. §. 3. *D. de pactis:* ut jam annotavi ſupra capite 11. Idem vel ſimile obſervavi in *l.* 10. *D. de uſucapionibus:* ubi Ulpianus, *Et obtinuit*, inquit *Sabini & Caſſii ſententia, traditionis initium ſpectantium:* pro, etiam traditionis initium ſpectantium: ut ex conjunctione *l.* 7. §. *ult. D. de Publiciana in rem actione* quæ eſt ex eodem Ulpiani *lib.* XVI. Ad Edictum ex quo eſt *d. l.* 10, liquere poteſt. Sunt igitur ex Ulpiani ſententia duæ pacti & conventi formæ: una fit donationis cauſa, & dicitur pactum vel conventum in ſpecie, altera transactio appellatur. prior etiam de re certa & indubitata fit: poſterior tantum in re dubia, aut lite incerta neque finita. Sic Ulpianus. Nec aliter Paulus *d. lib.* 1. *Sentent. tit.* 1. §. 5. verba Pauli. *De rebus litigioſis & convenire & tranſigere poſſumus. poſt rem judicatam pactum, niſi donationis cauſa interponatur, ſervari non oportet.* Paulus rem judicatam ponit pro exemplo rei certæ de qua negat tranſigi: at de rebus litigioſis & tranſigi & conveniri patitur. Non omnia adhuc dixi. præterea obſervandum, ab Ulpiano in *d. l.* 1. litem a re diſtingui: ut lis a cauſa ſeparatur *l.* 16. *C. de transactionibus:* cum alioquin ſint eædem lis, res, cauſa. dicitur autem Ulpiano lis quæ in judicium deducta; vel ut Varro ait *lib.* 6. *De lingua Latina*, quæ in controverſia eſt. de hac vero tranſigi, Ulpianus ſinit: quia quamdiu non eſt finita, incerta eſt ob ambigua fata cauſarum. ſic enim vocantur *l.* 14. *C. de advocatis diverſorum judiciorum.* Quintilianus, *Declam.* 1. *Pro cæco cap.* 15. diceret, facili momento cauſæ fata verti. Ulpianus confirmat, etiam tranſigi de re ſive de cauſa dubia. eſt autem cauſa (ut Iſidorus definit *lib.* 18. *Origin. c.* 15.) materia & origo negotii needum diſcuſſionis examine patefacta. Ea res ſive cauſa fit dubia. incerto conditionis ex qua pendeat futura actio *l.* 1. *C. de pactis:* etiam ob quam juris aut facti ambiguitatem ex qua lis, etſi nondum ſit, tamen metui poſſit. exemplum petas licet a Cicerone, *Pro Quintio*, loco paulo poſt allegando. dabit & aliud Imp. Antoninus *l.* 2. *C. de transactionibus*, verbis ſequentibus. *Cum te proponas cum ſorore tua de hereditate tranſegiſſe, & ideo certam pecuniam ei te debere caviſſe: etſi nulla fuiſſet quæſtio hereditatis, tamen propter timorem litis transactione interpoſita, pecunia recte cauta intelligitur: ex qua cauſa ſi fiſco ſolviſſes, repetere non poſſes: & ſi non ſolviſſes, tamen jure convenireris.* Antonius Faber, Vir eximius *lib.* 17. *Conject. c.* 4. in hac lege pro *fiſco* reponit *illico.* elegantiſſima conjectura: niſi reclamarent omnes codices: retinentes *fiſco.* quomodo etiam legerunt olim Græci, *Baſilic. lib.* XI. *tit.* 2. *pag.* 778. *tom.* 1. igitur nec ego recedam a conſtante lectione: exiſtimans, breviter reſcriptum eſſe ad factum in libello plenius propoſitum, & a Græcis non inepte effictum ad hunc modum, Fabroto interprete. *Cum de hereditate ſorores duæ contenderent, una ex his de danda certa pecunia ſorori transactionis cauſa pepigerat, deque ea cautionem emiſerat. verum poſtea accidit, ut ſoror quæ cautionem acceperat, publicaretur, vel ut ſine herede decederet, ac fiſcus ei ſuccederet. quæ igitur cum ſorore ſua tranſegerat, cum jam fiſco ſolviſſet ea quæ cautione continebantur, aut non ſolviſſet quidem, ſed vereretur, ne a fiſco eo nomine conveniretur, Principem adivit, exponens, nullam ei juſtam cum ſorore de hereditate controverſiam fuiſſe, & fruſtra & ſine cauſa interpoſitam transactionem, deſiderabatque, ne cauta pecunia ab ea transactionis cauſa exigeretur: aut certe ut repetere quod ex ea cauſa ſolviſſet, ei liceret. Imperator igitur ad ejus libellum ita reſcripſit. Cum te proponas cum ſorore tua de hereditate tranſegiſſe, & ideo certam pecuniam te ei debere caviſſe, ſive in chirographum redegiſſe; etſi nulla fuiſſet quæſtio hereditatis, tamen propter timorem litis transactione interpoſita, pecunia recte cauta intelligitur: ex qua cauſa ſi fiſco ſolviſſes, repetere non poſſes: & ſi non ſolviſti, jure convenireris.* Sic Græci. ſi recte: poſſumus quoque carere conjectura Jacobi Cujacii *lib.* 9. *Obſerv. c.* 24, caſum *d. l.* 2. concipientis de viceſima hereditatis fiſco perſoluta. Ut ut erit: apparet, transactionem, auctore Ulpiano *l.* 1. *D. de transactionibus*, partim fieri de re dubia, partim de lite incerta, neque finita.

Ne hoc quidem ſufficit. plus vult Ulpianus: *Qui*, inquiens, *tranſigit, quaſi de re dubia aut lite incerta, neque finita tranſigit.* Mea enim ſententia, utitur figura quæ Litotes vocatur: per quam minus dicitur, & plus ſignificatur. ſenſus ejus: Qui tranſigit, non vult, jus certum atque indubitatum remittere ſine neceſſitate. hoc intendit qui in ſpecie paciſcitur, & propoſitum donationis habet. at qui tranſigit, ſe cogitat. ſibi enim cavet: ac quia videt, ſibi eſſe aut fore aliqua de re litem, ex eaque metuit periculum: eo cupit ejus incertum quam primum & quam minima cum moleſtia pa-

ctione ad certum adducere. ficut vero intelligit, non poffe fe rem totam ea auferre via: ita nec vult totam perdere. agit igitur quod fupereft in re dubia: ut partem redimat, parte data aut promiffa. is fenfus verborum Ulpiani, *Qui tranfigit, quafi de re dubia aut lite incerta, neque finita tranfigit.* atque is fenfus idem huic Syri apud Terentium, *Adelph. act. 2. fcen. 2. verf. 32.*

Potius quam venias in periclum Sannio,
Servesne, an perdas totum, dividuum face.

Nec alio pergit illud Petronii, *Satyric. cap. 14. Mihi plane placet emere: quamvis noftrum fit quod agnofcimus, & parvo ære recuperare potius thefaurum, quam in ambiguam litem defcendere.* Etiam hoc Ciceronis, *Pro Quintio cap. 5. Tunc appellat ultro Nævium, ut quoniam fufpicaretur, aliqua de re fore controverfiam, videret, ut quam primum & quam minima cum moleftia tota res tranfigeretur. dat ifte amicum M. Trebellium: nos Sex. Alphenum. res convenire nullo modo poterat: propterea quod hic mediocrem jacturam facere cupiebat: ifte mediocri præda contentus non erat.* Differt igitur transactio a pactione & conventione in fpecie: altera fit fine aliqua conditione donationis caufa *l. 25. C. de transactionibus:* altera demum certa lege & conditione *l. 14. D. eod. tit.* altera igitur donatio *l. 15. §. 4. D. Locati conducti*, vel pactum aut remiffio donationis caufa *l. 9. D. de donationibus, & l. 34. C. de transactionibus:* altera remiffio transactionis caufa *d. l. 34*, etiam compofitio vocatur *l. 6. D. Ad SCtum Turpilianum:* fere quomodo componere & donare diftinguuntur apud Suetonium, *Caligula c. 40.* dicitur quoque decifio. nam & decidere pro pacifci certa lege in *l. 3. §. 1. D. Ad legem Falcidiam, l. 44. D. de pactis*, & apud Senecam, *Confolat. ad Polybium c. 30. Pro omnium horum falute hac tecum portione fortuna decidit.* Sic placet, quod in *l. 38. C. de transactionibus* cuidam Theodotioni, vel ut in aliis libris eft, Theodotiano, refcripferunt Impp. Diocletianus & Maximianus, *Transactio nullo dato vel retento, feu promiffo minime procedit.* Refcripti fenfus fatis convenit fuperioribus. plenior tamen fiet conjunctione loci integri qui eft in *l. 3. C. de repudianda vel abftinenda hereditate:* nam hujus partem effe *d. l. 38*, ipfa indicant hæc *d. l. 3.* verba. *Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Theodotiano. Suus heres exceptione pacti, qui teftamentum injuftum adfeverans, poftea nihil fe de paterna fucceffione petiturum, non ex caufa donationis, fed tranfigendi animo in jure profeffus eft: cum refpuere quæfitam nequiret hereditatem, & transactio nullo dato vel retento feu promiffo minime procedat, fubmoveri non poteft.*

Vera funt quæ dico: ideoque audebo etiam in *l. 6. C. de folutionibus* emendare hanc Imp. Gordiani fcripturam. *Si inter patrem tuum, eosque quos debitores effe dicebas, non de dubia lite transactio facta eft, fed parte tantummodo recuperata, univerfum fe recepiffe cavit, nec de fuperfluo eos quos verbis obligavit, per acceptilationem liberavit, nec donationis caufa id* factum *eft, exuberantis debiti integra ei repetitio competit.* Sic ubique editur. fed fcribe meo periculo. *nec de fuperfluo eos quos verbis obligavit, per acceptilationem liberavit, nec donationis caufa id* pactum *eft, exuberantis debiti integra ei repetitio competit.* Una turbavit litera: ea mutata, juftus fit fenfus qui ante erat nullus. nec opus demonftratione: apparet. eo certius: quod mendam plane fimilem in *l. 22. C. de negotiis geftis* feliciffime *lib. 1. Obferv. c. 7*, deprehendit Vir Summus, Cornelius van Bynckershoeck, in Suprema Hollandiæ, Zelandiæ & Frifiæ Curia Senator: quem, ut meretur eximia ejus eruditio, hic honoris caufa appello.

At quamquam transactio diftet a pacto & convento in fpecie: non tamen excluditur a generali pacti & conventi appellatione. ita Prætor promittens, pacta conventa fervare, non minus transactiones fervat, quam donationes. quod enim facit difcrimen: pacta, inquiens, conventa fervabo? Hoc porro obtento: inventus eft effectus nedum pactionum in fpecie talium; (quarum eft facilis ratio: manifefta donatione) fed transactionum. nam ne ipfæ quidem, cum funt perfectæ mutuo confenfu relinquunt alterius pœnitentiæ locum *l. 25. C. de transactionibus:* ne ftatim quidem *l. 39. C. eod. tit.* nec velamento valetudinis corporis adverfæ, fi tranfegerit fanus mente *l. 27. C. eod. tit.* Non magis valet ad refcindendum pactum, quod dicatur interceffiffe fecunda noctis hora: cum nullum tempus fanæ mentis majoris viginti quinque annis confenfum repudiet *l. 20. C. eod. tit.* fufficit autem Prætori, pactum conventum, id eft, ut in antecelfum dixi, confenfum effe. Quid, fi reperta dicantur inftrumenta quibus liqueat, nihil aut minus debitum fuiffe? nec is fufficit prætextus *l. 19. C. eod. tit.* certa voluntate Edicti tantum quæri jubentis, an fit pactum conventum: omiffa quæftione, an debeatur? magnos fane habeo auctores, Diocletianum & Maximianum *d. l. 20*, huc ire Edictum: cum ajunt, non effe minorem transactionis, quam rerum judicatarum auctoritatem. proinde nec a me impetro, ne probem, quod iidem Imperatores *l. 23. C. eod. tit.* cuidam Tatiano in hæc refcribunt verba. *Nec intentio creditorum Archimedori, cui alios fucceffiffe profiteris, fi obligatus pro eo non fuifti, tenere te poteft: fed hoc integro negotio tractari convenerat: nam cum jam quæftionem transactione decifam, & a te dari placitam, numeratam pecuniam proponas: bujusmodi indebiti foluti prætextu, improbe tibi petitionem decerni poftulas: cum etfi tantum in ftipulationem fuiffet deducta, indebiti promiffi velamento defendi non poffes.* Si tamen ex falfis inftrumentis initæ fuerint transactiones vel pactiones: non impedit ratio, revelato deinde falfo, ne retractari poffint optimo jure *l. 42. C. eod. tit.* quando & judicati executio folet fufpendi, & foluti dari repetitio: fi falfis inftrumentis circumventam effe religionem judicantis, manifeftis probationibus fuerit oftenfum *t. t. C. Si ex falfis inftrumentis vel teftimoniis judicatum fit.*

Aliquis putet, hæc belle procedere in pactis donationis caufa factis. quem enim prohiberi, fi velit, fuum jactare? at iniquum effe in transactione ad quam neminem venire; ut liberalitatem exerceat: fed ob metum litis, vel ob rei incertum: id eft, quodammodo neceffitate. proinde fi conftet, poftea repertis inftrumentis, nil effe actori debitum, cum ei aliquid effet conceffum; vel plus effe datum, cum minus deberetur; vel minus, cum plus deberetur: quid caufæ effe, cur fervandum fit pactum conventum; curve indebite datum aut promiffum, ubi non debeatur, ibi manere debeat: jam manifefto errore? Fuerit tamen rationis, vel transactionem bona fide factam, cum aut lis effet, aut metus litis, numquam refcindi; nec magis ex ea datum repeti: ne repertis quidem poftea inftrumentis quibus liqueat, nihil aut minus debitum fuiffe: volente utilitate tuendæ pacis, utcumque fervari pacta conventa quibus lis fine dolo malo finiatur *l. 10. C. de transactionibus.* Atqui nulla fuit res media. Demus, ante transactionem. at poft eam non eft ita. quod enim ex ea datur aut promittitur, non datur aut promittitur fine caufa: non enim datur, quafi debitum folvatur; fed hac lege, ut a lite difcedatur. datur igitur ob rem; id eft, ob caufam, non præte-

teritam, sed futuram, ipsam probam, atque etiam sequutam: ideoque nec revocari, tamquam indebitum, oportet *l.* 65. §. 1. *D. de condictione indebiti.*

Idem esse, si de incerto conditionis transigatur, Severus & Antoninus opinantur *l.* 1. *C. de pactis*, verbis sequentibus. *Conditionis incertum inter fratres non iniquis rationibus conventione finitum est. Cum igitur verbis fideicommissi petitum a patre tuo profitearis*, Ut, si vita sine liberis decederet, hereditatem Licinio Frontoni restitueret: *pactum eo tempore* de sextante [Licinio] Frontoni dando, cum liberos Philinus non sustulerit, *interpositum, non idcirco potest iniquum videri*; *quod facta (sicut placuit) divisione diem suum, te filio ejus superstite, functus esset.* Fac: (exponam enim speciem) aliquis habens duos filios: alterum Philinum nomine, alterum Licinium Frontonem; utrumque heredem instituit; & Philinum rogat: ut, si vita decedat sine liberis, partem suam Licinio Frontoni, fratri suo, restituat. id fideicommissi onus cum alteri molestum, utrique incertum videretur: placuit eis, (quod jure licebat *l.* 46. *&* *l.* 21. §. 4. *D. de pactis*) de fideicommissi conditione transigere: ejusque transactionis lex fuit; ut Philinus Licinio Frontoni daret sextantem oneratæ partis; & contra Licinius Fronto petitioni fideicommissi in totum renuntiaret. hac lege facta divisione: natus est Philino filius, similiter Philinus patris nomine vocitatus: ut ex Inscriptione *d. l.* 1. intelligitur. is filius cum suo esset superstes patri, Principes adiit per libellum petens, transactionem rescindi; & a patruo sibi restitui sextantem; quod causatur, patrem suum non videri, se superstite, sine liberis decessisse *l.* 148. *D. de verborum significatione*: ac sextantem a patre datum patruo, ut a fideicommissi petitione desisteret, ab eo sine causa, eoque inique retineri: non enim existente fideicommissi conditione, non fuisse fideicommissum quod ab eo remissum intelligi possit. Sic Philinus. quid Imperatores? duplicem esse inspectionem: unam eventus rei, alteram consilii transigentium: posteriorem autem ad rem pertinere, priorem non pertinere. etsi enim concedatur, defecisse fideicommissi conditionem, Philino filio patri suo superstite; ideoque nullum patruo futurum fuisse jus retinendi sextantis, si nulla esset subsecuta transactio: tamen quia poterat Philinus sine liberis decedere, eoque existere fideicommissi conditio: suas illis fuisse rationes non iniquas; cur tum vellent fideicommissi incertum aliqua finire lege: interfuisse enim eorum, id fieri; partim, ut certum fieret utriusque jus quod ante erat incertum; partim, ut retineretur concordia: altero deinceps nihil improbe captante: altero nihil metuente. utcumque igitur potuisset rei exitus carere transactione, si non esset facta: interim justam ab initio causam, cur fieret: ideoque neque ipsam, postquam facta est mutuo consensu, tamquam iniquam rescindi, neque sextantem ex ea datum repeti oportere: esse enim datum ob rem futuram, nec inhonestam, atque etiam sequutam. Sic Severus & Antoninus *d. l.* 1. quibus & alii Imperatores in simili facto assentiuntur *l.* 16. *C. eod. tit. &* *l.* 11. *C. de transactionibus.*

Fit igitur transactio, ut ex Ulpiano dictum supra, si res dubia sit, aut lis incerta, neque finita. quid, si res certa, aut lis finita sit, verbi gratia, re judicata? jam donari potest, transigi non potest: ac si transigatur, non servari transactionem, Paulus refert *lib.* 1. *Sentent. tit.* 1. §. 5: nisi quod Ulpianus animadvertit *l.* 11. *D. de transactionibus*, quæ est ex ejus lib. IV. Ad Edictum, aliqua possit post rem judicatam lis esse: sive quod appellatum ab ea est; sive quod negatur, judicatum esse; vel ignoratur, an judicatum sit; sive quod ab ea appellari potuit *l.* 7. *D. eod. tit.* cæterum si nulla lis esse possit: etsi donatio fieri possit; (cum nemo prohibeatur suum jactare) tamen transactio quasi de re dubia fieri nequit: ac si fiat, eam nullius momenti esse, solutumque repeti posse, Imp. Antoninum cum D. patre suo rescripsisse, Ulpianus ait *l.* 23. §. 1. *D. de condictione indebiti:* evidente jam vexatione; quam Veteres calumniam appellant *l.* 233. *D. de verborum significatione.* etsi promittat Prætor, servare pacta conventa: tamen dolo malo facta, non servat. Atque id nescio, an Paulus velit *l.* 65. §. 1. *D. de condictione indebiti.* verba Pauli Florentiæ ita eduntur. *Et quidem quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur. nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse. sin autem evidens calumnia detegitur, & transactio imperfecta est, repetitio dabitur.* In aliis libris est, *& transactio imperfecta est, & repetitio dabitur.* Longe melius. forte scriptum erat, *& transactio imperfecta EsT repetitio dabitur.* iisque Siglis significabatur, *& transactio imperfecta est, & repetitio dabitur.* Sed Librarius parum animadvertens ad majusculas literas, & rationem geminandi eas, voculam *&* posteriore loco omisit.

Caput IV.

Prætorem in hoc Edicto servare pacta conventa in rem, & in personam. & quæ illa?

Apparet igitur, cum ait, *Pacta conventa servabo*, æque tacita pacta atque expressa servare: nec minus donationes, quam transactiones. sed nec refert ejus, utrum pacta sint in personam, an in rem: ut enim dixi, generaliter ait, pacta conventa servabo: nec ea quæ in rem sunt, ab his quæ in personam sunt, distinguit. porro ait Ulpianus *l.* 7. §. 8. *D. de pactis*, In rem pacta esse, quoties generaliter paciscor, Ne petam; id est, ne ab ullo petam: in personam autem, quoties, ne ab una & certa persona, verbi gratia, Lucio Titio petam. Est vero notabilis hic ejus distinctionis effectus: ut in rem pactum prosit omnibus quorum dissolutam esse obligationem, ejus qui paciscebatur, interfuit *l.* 21. §. *ult. D. eod. tit.* in personam pactum dumtaxat prosit ei cum quo factum est. Hoc Paulus observat *l.* 17. § 3. *D. eod. tit.* verba Pauli. *Si quis paciscatur*, Ne a se petatur, *heredi exceptio non proderit.* Sic legendum, expunctis verbis, *sed ut ab herede petatur:* quæ sunt otiosa; & desunt in editione Pariensi Vintimillii anni 1548: apud Russardum autem & Charondam hemicyclis includuntur tamquam suspecta. Eodem modo legendum *l.* 22. *D. eod. tit. Nisi hoc actum est*, ut dumtaxat a reo non petatur: *tunc enim fidejussor exceptione non utetur.* Nam verba, *a fidejussore petatur*, quæ in plerisque editionibus adduntur, similiter hemicyclis includuntur apud Russardum & Charondam; in Vintimillii autem editione desiderantur. cæterum esse & hic cautione opus, Ulpianus putat *d. l.* 7. §. 8. plerumque enim fieri inquit, ut persona pacto inseratur: nec tamen personale pactum sit: ut si ideo fiat personæ mentio, ut demon-

monstretur cum quo pactum fiat. exemplum apud Papinianum *l.* 40. *D. eod. tit. Tale*, inquit, *pactum*, Profiteor te non teneri, *non in personam dirigitur, sed cum generale sit, locum inter heredes quoque litigantes habet.* Proinde placet quod Ulpianus *d.* §. 8. *l.* 7. addit, *Utrum in rem, an in personam pactum factum sit, non minus ex verbis, quam ex mente convenientium æstimandum esse.* Tantum monendum, quod præpostere loquitur Ulpianus. fuerat dicendum, *non minus ex mente convenientium, quam ex verbis.* Nihil tamen mutandum: sunt enim frequentes Veteribus tales Hysterologiæ: atque ideo explicatione, non emendatione adjuvandæ. vix opus exemplis. adduxit aliquot Russardus ad *d.* §. 8. *l.* 7, & Cujacius *lib.* 3. *Observ. c.* 5. quibus de meo addo §. 12. *d. l.* 7. de quo §. post suo loco. Vult igitur Ulpianus, utrum pactum sit in rem, an in personam, ex paciscentium verbis intelligi: nisi appareat, contrariam fuisse eorum mentem: tunc enim verba cedere menti. quod si nulla sint argumenta pro contraria mente; verbis standum esse. si tamen dubium sit, utrum in rem, an in personam pactum factum sit: magis in rem, quam in personam pactum intelligitur *l.* 57. §. 1. *D. de pactis, & l.* 9. *D. de probationibus.*

CAPUT V.

Cum a Prætore petitur servari pactum conventum; probari oportere, esse inter eos inter quos agitur, ac de re qua de agitur, consensum. Utriusque generis exempla pulchra & difficilia.

Tempus est faciendi finem interpretationi verborum Edicti, *pacta conventa.* satis enim ostendi, propositum esse Prætori, servare omne plurium in idem placitum & consensum. saltem monebo, oportere, ut servetur pactum conventum, esse inter eos inter quos agitur, & de re qua de agitur, consensum. nam tum demum apparet pactum conventum a Prætore servandum. Possit hoc alicui levius videri, quam ut notari opus sit. Sed alia fuit sententia Pauli *l.* 27. §. 4. *in fine D. de pactis*, monentis, *Ante omnia animadvertendum esse, ne conventio in alia re facta, aut cum alia persona, in alia re, aliave persona noceat.* Recte: nam potest frequens esse dubitatio, an sit pactum conventum. placebunt species quas adferam.

Primam dabunt hæc Ulpiani verba *l.* 9. *D. de transactionibus. Qui cum tutoribus suis de sola portione administratæ tutelæ suæ egerat, & transegerat: adversus eosdem tutores ex persona fratris sui cui heres extiterat, agens, præscriptione factæ transactionis non summovetur.* Duo fratres impuberes eosdem habent tutores. alter pubes factus, adversus tutores suos egit actione tutelæ de portione administratæ tutelæ suæ: & de ea cum his transegit. idem deinde frater, altero mortuo, cum ei heres existeret, actione tutelæ experitur adversus eosdem tutores, tamquam heres fratris, & de ejus portione. tutores eum summovent præscriptione transactionis: præfati, se cum eo transegisse de actione tutelæ; & servandum esse a Prætore pactum conventum optimo jure: si suo nomine, & de sua portione experiretur. nunc tutelæ agit; sed fratris nomine, & de ejus portione: de qua adeo non transegit; ut de ea ne cogitarit quidem: quod non esset ejus. non igitur debet de una portione conventum, porrigi ad alteram de qua non est cogitatum. ita Ulpianus: & pro ratione subjicit §. 1. *d. l.* 9. quod transactio quæcumque sit, de his tantum de quibus inter convenientes placuit, interposita creditur. At in alia abit Scævola *l.* 122. §. *ult. D. de verborum obligationibus.* verba Scævolæ. *Duo fratres hereditatem inter se diviserunt, & caverunt sibi, nihil se contra eam divisionem facturos: & si contra quis fecisset, pœnam alter alteri promisit. post mortem alterius: qui supervixit, petit ab heredibus ejus hereditatem, quasi ex causa fideicommissi sibi a patre relicti debitam. & adversus eum pronuntiatum est, quasi de hoc quoque transactum fuisset. Quæsitum est, an pœna commissa esset? Respondit, pœnam secundum ea, quæ proponuntur, commissam.* Sed videamus; ne speciale jus faciat Judicis sententia, etsi erronea. proponuntur duo fratres a patre heredes instituti, & invicem rogati; ut si quis eorum sine liberis moreretur, ejus portio alteri restitueretur. mortuo patre, dividunt hereditatem fratres: subjecta clausula, Nihil se contra eam divisionem facturos; & si quis contra fecisset, pœnam alteri promisit. Uno sine liberis mortuo, ab eoque extraneis heredibus institutis: is qui supervixit, ab heredibus petit hereditatem, quasi debitam ex causa fideicommissi, sibi a patre relicti. heredes se tuentur exceptione transactionis: quod dicunt, de hoc fideicommisso esse transactum divisione hereditatis. & secundum exceptionem pronuntiatum est sententia Judicis. quæritur, an debeatur pœna ex stipulatu? si veritatem spectamus: non debetur pœna; promissa non simpliciter; sed sub conditione, si contra divisionem fecisset frater. is vero nihil fecit contra divisionem. fateor: petiit fideicommissum sibi a patre relictum. at contra divisionem facere non est petere debitum fideicommissum: verum facere contra id quod est divisione actum. hac porro placuit, ut a rerum hereditariarum communione abiretur *l.* 1. *D. Familiæ erciscundæ:* non item, ne suo tempore portionem hereditatis restitueret qui rogatus sit eam restituere. non igitur videtur transactione divisionis remissa esse fideicommissi restitutio. At enim cœpit cujusque proprium fieri quod cuique obtigit divisione: fideicommissi autem petitio suum cuique aufert. Sit ita: addixerit suum cuique divisio: fecit tamen suum uniuscujusque, non absolute, sed cum onere restitutionis, existente fideicommissi conditione *l.* 77. §. 18. *D. de legatis lib.* 2. non igitur potest commissa videri pœna, ob fideicommissi petitionem, qua nihil est actum adversus divisionem. Sic: si rem spectamus. Quid Scævola? aliam tenuit viam. qui potuit? puto, quia pronuntiatum fuit sententia Judicis, quasi de hoc quoque transactum fuisset. at erravit Judex. nemo negat. interim res judicata pro veritate habetur. igitur sive in divisione sit de fideicommisso transactum, sive non sit; tamen postquam pronuntiatum est, transactum esse; deinde non fuit quærenda veritas, ad rem jam nihil pertinens: recteque respondit Scævola, pœnam secundum ea quæ proponuntur, esse commissam.

Non minus pulchra est secunda Ulpiani species in his verbis *l.* 9. §. *ult. D. de transactionibus. Ei qui nondum certus, ad se querelam contra patris testamentum pertinere, de aliis causis cum adversariis pacto transegit; tantum in his interpositum pactum nocebit, de quibus inter eos actum probatur. His tantum transactio obest, quamvis major annis viginti quinque eam interposuit, de quibus actum probatur. nam ea quorum actiones competere ei postea compertum est,*

est, *iniquum est perimi pacto id de quo cogitatum non docetur.* Species. Erant complures causæ inter Titium & Sempronium dubiæ de omnibus facta transactione, placuit adversus eam nihil fieri propter causas ex quibus hactenus lis nasci possit. (non extat illa clausula in verbis *d. l.* 9. §. *ult.* sed ex ejus tenore intelligitur) mox apparuit, Titium esse patris sui testamento exheredatum, scripto herede Sempronio, ab eoque aditam esse hereditatem. Titius agit querela inofficiosi testamenti. quæritur, an ei noceat exceptio transactionis? pro Sempronio stat transactio de omnibus causis quæ erant inter eos dubiæ: nec ambigitur, quin ex his sit querela inofficiosi testamenti Titio delata: adita post patris mortem hereditate. contra facit: quod Titius de querela, etsi ei competente, non erat certus tempore transactionis: adhuc non intellecta patris morte. quid Ulpianus? putat, Titio nocere pacti exceptionem: sed dumtaxat in causis de quibus actum sit inter eum & Sempronium. at ex his causis non esse querelam qua de quæritur. quia nondum innotuerat Titio: qui nondum resciverat, mortuum esse patrem suum, seque ab eo esse exheredem scriptum. non igitur debere Titio agenti querela inofficiosi testamenti, nocere exceptionem transactionis: quia non videtur Titius de querela transegisse, de qua non consensit: quia de ea non cogitavit. & commode Ovidius *lib.* 3. *Artis amatoriæ vers.* 397.

Quod latet, *ignotum est: ignoti nulla cupido.*

Sed diligenter animadvertendum, quid sit id de quo transactum sit. sæpe enim fit; ut sit transactum, ubi non videtur transactum esse: & vice versa; ut non sit transactum, cum putatur esse transactum. Exemplum in *l.* 29. *C. de transactionibus.* Verba ejus sunt. *Sub prætextu specierum post repertarum: generali transactione finita*, *rescindi prohibent jura. Error autem circa proprietatem rei apud alium extra personas transigentium tempore transactionis constitutæ*, *nibil potest nocere.* Titius cum Sejo transegit de genere, sive de re cujus appellatione multæ continentur species, qualis est hereditas, verbi gratia. placuit, ne petatur. procul dubio fit adversus transactionem; si deinde hereditas, id est, si genus, sive universitas petatur. nec minus, si petatur aliqua ejus species. cum enim genus constet ex suis speciebus, sicut totum ex suis partibus; & omnes veniant generis, sive totius appellatione: tam fit adversus fidem transactionis, si aliqua petatur species, quam si totum petatur genus. transacto ergo de genere, ne petatur; actum est, ne de ulla ejus specie aut parte agatur: perinde ac si omnes essent nominatim enumeratæ. utique si fuerint tum, cum transigeretur, notæ. probabile enim est, consensum esse de his quæ apparebant, & poterant sub cogitationem cadere. sed quid, si post innotuerit aliqua ante ignota? forsan dubitari possit. an enim est transactum de re de qua non fuit consensum? & qui potest videri consensum de re de qua non fuit cogitatum eo, quod ignorabatur? suffecerit tamen, esse de genere cogitatum; ut de eo, singulisque ejus speciebus, transactum esse intelligatur. cum enim species sit pars generis: quisquis de genere cogitat, (nisi ignorat quæ omnes homines sciunt) etiam de speciebus cogitasse se, negare vix potest. ac proinde si de genere transigit, nisi quid specialiter excipiat, de omnibus generis speciebus, tamquam ejus partibus, eum transigere consequens est: sive notæ fuerint, sive incognitæ. quando, ut præclare Imperatores *d. l.* 29. *Sub prætextu specierum post repertarum: generali transactione finita*, *rescindi prohibent jura.* ac secundum hæc jam ante Scævola respondit *l.* 78. §. *fin. D. Ad Sctum Trebellianum.* Non tamen est hoc sine temperamento accipiendum: si præsertim eosdem audimus Imperatores in sequentibus verbis *d. l.* 29. *Error autem circa proprietatem rei apud alium extra personas transigentium tempore transactionis constitutæ*, *nibil potest nocere.* Species hæc sit. Sejus hereditatem possidet pro herede. eam hereditatem Titius suam esse intendit. Gajus ex ea rem aliquam possidet. eo fit, ut Titius eam rem Gaji esse per errorem opinetur. Titius cum Sejo transigit de hereditate. deinde ad Sejum devenit res a Gajo possessa. hanc nunc Titius suam esse vindicat. Sejus se tuetur exceptione pacti conventi: quod dicit, se cum Titio transegisse de hereditate in qua ea res fuerit. quæritur, an ea exceptio Titio obstet: si eam rem, quam tempore transactionis Gaji esse ideo arbitratus est, quod tum apud Gajum esset, vindicet, postquam eam recepit Sejus? Sed non putant Imperatores, obstare. Atqui rescindi nequit generalis transactio: ne sub prætextu quidem speciei post repertæ. Esto: at non ideo hic rejicitur ea exceptio quod transactio rescinditur: sed quod non est transactum de re quæ petitur: quia de ea non est cogitatum tempore transactionis. Titius tamen transegit de hereditate: eoque de omnibus rebus hereditariis: hæc vero est hereditatis. sed Titius non putavit, esse hereditatis. ergo de ea non transegit: quia de ea non cogitavit. Sic illi recte. Etsi mirari subeat, cur putent, Titium magis de re, quam esse nescivit, transegisse, quam de ea quam esse sciebat, sed hereditariam esse, non putabat. Nisi potest adferri ratio: quod nil vetat, ignorantem quid in hereditate sit, si velit, de tota hereditate transigere, atque ea lege, ne deinde agat, qualiscumque tandem res emergat hactenus incognita. hoc vero fieri quia ratio patitur; convenisse in primis generaliter transigentem, verborum latitudo ostendit, & utilitas tollendarum litium admittit. at cum certum est, Titium rem qua de agitur, pro hereditaria non habuisse: apparet, eum de ejus renunciatione tempore transactionis non cogitasse: quippe cum transegerit tantum de hereditate, in qua hanc rem esse non putavit: certa porro voluntate atque animo, quid opus verbis, saltem ad significandam animi voluntatem inventis? Non tamen hoc temere admittunt Imperatores *d. l.* 29. certe non alias, quam si hæc res quæ ex hereditate est, tempore transactionis apud alium fuerit extra transigentes: eo quod hoc demum modo sit probabilis Titii error: nemine eum reprehensuro, quod non inquisiverit in rem in quam non cadebat suspicio, esse hereditariam. cæterum, si possideat eam alter paciscentium, sive is sit petitor, sive reus: aliter dicendum est: quia illo casu rem suam nosse actor potest: hoc non habet causam, cur minus putet, eam hereditatis esse, quam cæteras quæ a reo possideantur.

Paris elegantiæ est Rescriptum *l.* 31. *C. de transactionibus.* Verba. *Si de certa re pacto transactionis interposito hoc comprehensum erat*, nihil amplius peti: *etsi non additum fuerat*, eo nomine, *de cæteris tamen quæstionibus integra permaneat actio.* Species. Inter Titium & Proculum pendent complures res sive res sive lites. de certa re, id est, de una nominatim re, sit inter eos transactio, pacto interposito, Nihil amplius peti; nec addito, Eo nomine. petitur deinde actio de cæteris quæstionibus: an potest ea elidi exceptione pacti conventi? movet, quod in pacto transactionis generaliter dictum est, Nihil amplius peti. contra movet,

vet, quod de cæteris quæstionibus non est cogitatum. omnis autem transactio consensu finitur. placet igitur Diocletiano & Maximiano, de quibus non est cogitatum, de his non esse transactum, quia de his non est consensum. Atqui dictum, Nihil amplius peti: idque verbum in infinitum patet. Sic tamen explicandum: ne latius, quam consensum sit, evagetur. Ita inspicientibus transigentium animum, (nam omnis pactio & conventio magis eorum animo regitur, quam verbis) perinde erit, ac si dictum esset, Nihil amplius eo nomine peti. atque hoc esse civili jure receptum olim tradidit Papinianus *lib.* 1. *Definitionum*, ex quo in *l.* 5. *D. de transactionibus* hæc extant verba. *Cum Aquiliana stipulatio interponitur, quæ ex consensu redditur, lites de quibus non est cogitatum, in suo statu retinentur. liberalitatem enim captiosam interpretatio Prudentum fregit.* Merito suspectus est hic locus: cum enim Papiniani sermo est de transactione cui subjecta est stipulatio Aquiliana, & mox acceptilatio: quis usus vocis, *liberalitatem?* nulla transactioni communione cum liberalitate: a qua distat toto cœlo *l.* 1. *D. eod. tit.* magis potuit Papinianus cogitare de liberatione quæ contingat per stipulationem Aquilianam & secutam mox acceptilationem. igitur accedam Petro Fabro ad *l.* 28. *D. de regulis juris*, pro *liberalitatem* restituenti *liberationem.* quod & placuit Arnoldo Vinnio, *De transact. c. ult. n.* 16. Nempe potest transactio fieri nudo pacto: etiam stipulatione Aquiliana, insequente mox acceptilatione: si reus malit liberari ipso jure, quam pacti conventi exceptione. Aquiliana enim stipulatio novat & perimit præcedentes obligationes; atque ipsa rursus acceptilatione perimitur *l.* 4. *D. eod. tit.* illa porro vel in speciem concipitur, vel generaliter. sic factum ab Aquilio Gallo *l.* 18. §. 1. *D. de acceptilatione.* priore casu dumtaxat una novatur ac tollitur species expressa: posteriore novantur omnes præcedentes obligationes, eæque mox per acceptilationem tolluntur: utique, si id actum sit *l.* 6. *&* 7. *D. eod. tit.* alioquin ad eas de quibus non est cogitatum, non pertinet. atqui, inquies, generalis est stipulationis Aquilianæ sermo. Sed consensu regitur, sicut pactum, atque etiam stipulatio *l.* 1. §. 3. *D. de pactis.* porro non est consensus, nisi volentis atque intelligentis; cum sit animi actus. tantum igitur veniunt in Aquilianam stipulationem, etsi verbis latissime diffusam, obligationes de quibus cogitatum est: quia in has demum consensum est: cæteræ in suo statu manent. & est observandum, quod Papinianus *d. l.* 5. subjicit: *Liberationem enim captiosam interpretatio Prudentum fregit.* sic legendum ut dixi. sensus, Prudentum interpretatio in Fori disputatione, in qua ea res vertebatur, infirmavit, compescuit, inhibuit, vim formulæ, qua infinita liberatio ad captionem seu læsionem imprudentum hominum, contra eorum voluntatem, facile contingeret.

Aliud exemplum est in his Scævolæ verbis in *l.* 3. §. 1. *D. de transactionibus. Cum transactio propter fideicommissum facta esset,* [*&*] *postea codicilli reperti sunt: quæro, an quanto minus ex transactione consecuta mater defuncti fuerit, quam pro parte sua est, id ex fideicommissi causa consequi debeat? Respondit, debere.* Ecce: testamento filii relictum est ejus matri fideicommissum certæ quantitatis. de eo fideicommisso mater transigit cum scripto herede. postea repertis codicillis, intellectum est, matri plus esse relictum, quam testamento fuerat expressum. quæritur, an quanto minus ex transactione consecuta mater fuerit, quam pro parte sua est, id propter codicillos ex fideicommissi causa consequi debeat? Scævolæ placuit, debere. Nec est: quod videatur ipse sibi contradicere *l.* 78. §. *fin. D. Ad Senatusconsultum Trebellianum.* est enim alia ibi species, quam in *d.* §. 1. *l.* 3. nam in *d. l.* 78. §. *fin.* facta fuit transactio de fideicommisso hereditatis testamento datæ: quæ non potest rescindi eo, quod reperta deinde sint instrumenta quibus liqueat, eam hereditatem esse ampliorem, quam initio credidissent partes. cum utique de hereditate transegerint: ut jam supra demonstratum. verum in *d. l.* 3. §. 1. est quidem transactio facta de fideicommisso in testamento relicto: sed reperti deinde sunt codicilli, quibus præterea aliud est relictum fideicommissum, de quo non fuit tempore transactionis cogitatum: quia non erat eo tempore cognitum. ac jam quæritur, an transactio facta de testamentario fideicommisso ad codicillare porrigatur? possit quis dubitare: eo quod codicilli quodammodo habentur pro parte testamenti *l.* 14. *D. de jure codicillorum, l.* 11. *D. Testamenta quemadmodum aperiantur:* & qui de testamento transigit, intelligitur de omnibus ejus partibus transigere. sed servanda est interpretatio Celsi *l.* 12. *D. de transactionibus*, eam difficultatem sic attemperantis. *Non est ferendus qui generaliter in his quæ testamento ei relicta sunt, transegerat, si postea causetur, de eo solo cogitasse quod prima parte testamenti, ac non etiam quod posteriore legatum sit. Si tamen postea codicilli proferuntur: non improbe mihi dicturus videtur, de eo dumtaxat se cogitasse quod illarum tabularum, quas tunc noverat, scriptura contineretur.* Florentiæ a Taurellio sic editur, *dEo solo cogitasse quod prima.* Scribo, *dEo solo cogita SE quod prima.* Id significat, *de eo solo cogitasse se quod prima.* Hoc sensus exigit: & sic paulo post loquitur Jurisconsultus.

CAPUT VI.

Prætorem pacta conventa in hoc Edicto non actione servare, sed exceptione; & esse ei sermonem non de quibusvis pactis, sed de his quibus agitur, Ne petatur. *ea Prætoris mens unde conjiciatur: cum latissima sint ejus verba. Ulpianum in Edicti interpretatione enumerare omnia pactionum genera: cum Prætor agat de pactis nudis,* Ne petatur. *& quæ sit ejus rei ratio?*

Hactenus ostendi, verba, *pacta conventa*, in Edicto patere late. deinceps disputabo, quid velit Prætor; cum ait, *pacta conventa servabo:* non enim liquet, quomodo ea servet: utrum tantum exceptionibus, an etiam actionibus. Dices: utrisque utitur in judicio familiæ erciscundæ, aut communi dividundo, adjudicationes ab arbitro factas tuiturus *l.* 44. §. 1. *D. Familiæ erciscundæ.* at hoc etsi illic agat Prætor, invitante ratione: hic non agit. non est enim illi negotium in hoc Edicto, qualiacumque pacta conventa qualicumque modo servare. In infinitum tamen patent Edicti verba, *pacta conventa servabo.* Memini. sed finienda illa amplitudo est destinatione Prætoris, saltem volentis adjuvare Legem Duodecim Tabularum: quæ, ut supra dixi, locuta fuit de pactis, quibus agitur, Ne petatur: neque tamen omnibus, sed legitimis & solemnibus. motus igitur

tur Prætor æquitate exempli, hoc Edicto cætera confirmavit pacta quæ sine lege constarent ex conventu; modo similiter ad tollendam litem pertinerent: sine dubio, ut actionem Juris Civilis, propter fidem pacti, exceptione excluderet: non etiam, uti pactum nudum actione tueretur. alterum suadebat utilitas minuendarum litium. alterum impediebat metus augendarum. id intelligitur his quæ supra attuli. potest tamen & Regula Juris, & ordine Edicti perpetui confirmari. Primum Regula. sic ab Ulpiano vocatur *l.* 7. §. 5. *D. de pactis.* ea Regula definit, pactum nudum neque parere, neque tollere actionem; sed parere exceptionem, *d. l.* 7. §. 4. unde? nisi ex Edicto quo de agimus. Hoc eo verius: quia huc pergit quoque ordo Edicti perpetui. in quo Edictum de pactis conventis fuit medium inter Edicta de edendo, & de in jus vocando. indicium: quod Paulus lib. 3. Ad Edictum egit de edendo, & de pactis: libro autem 4 de in jus vocando. similiter Ulpianus libro 4. Ad Edictum explicuit Edicta de edendo, & de pactis: libro autem 5 Edictum de in jus vocando: apparet ex Inscriptionibus Fragmentorum Pauli & Ulpiani sub singulis Titulis. Sit ita. quid sequitur? quod dixi, Edictum de pactis, etsi verborum adspectu videatur agere de quibusvis pactis: tamen ejus mentem quærentibus, tantum ad pacta nuda referri: ipsa quoque non alia, quam quæ in jus vocationem prævenire aut finire possint.

Non me confundit, quod Ulpianus *l.* 1. *l.* 5. & *l.* 7. *D. de pactis* in expositione hujus Edicti non modo pacta conventa quæ de non petendo sunt, tractat: sed etiam alia. aut enim fallor, aut voluit Ulpianus, in pacti definitione sequi Veterum præceptum: cujus meminit Cicero, *in Topicis* §. 6, sic scribens: *Veteres præcipiunt, cum sumpseris ea quæ sunt ei rei quam definire velis, cum aliis communia, usque eo persequi, dum proprium efficitur, quod nullam in aliam rem transferri possit.* Sed non fallor. sequutus hoc præceptum Ulpianus, cum primum in *l.* 1. *D. de pactis* dixisset, pactum conventum esse duorum vel plurium in idem placitum & consensum; hoc est, cum sumpsisset ea quæ sint illi cum cæteris conventionibus communia: deinde instituta varia conventionum divisione, inchoatam definitionem usque adeo persequutus est, dum efficeret propriam: quæ non posset in aliam rem transferri, eoque actionem neque pareret, neque tolleret, sed ad exceptionem tantum prodesset. divisit enim conventionem in publicam & privatam: privatam autem in legitimam & juris gentium: hanc rursus in nudam & non nudam: id est, in eam cui causa subest, & cui non subest causa: illam cui causa subest, in contractum vel nominatum vel innominatum: denique subsistit in ea quæ nuda est, & cui non subest causa. unde propriam pacti conventi formam & differentiam quæ huc spectat, accipi oportet. De singulis videamus.

Caput VII.

Conventiones alias esse publicas, alias privatas: & has rursus esse Juris gentium, vel legitimas. quæ conventio sit publica aut privata?

Prima conventionum divisio proponitur ab Ulpiano *l.* 5. *D. de pactis*, his verbis. *Conventionum autem tres sunt species. aut enim ex publica causa fiunt, aut ex privata.* [*privata*] *aut legitima aut juris gentium. publica conventio est quæ fit per pacem, quoties inter* [*se*] *duces belli quædam paciscuntur.* Ita Florentiæ. at non caret difficultate, & quidem duplice. una est, quod Ulpianus facit species conventionum tres. cum enumeret duas; publicam, & privatam. altera difficultas est, quod privatam conventionem subdividit in legitimam & juris gentium: perinde quasi publica conventio ad jus gentium non æque pertineat. at Isidorus *lib.* 5. *Originum c.* 6. ait, *Jus gentium esse, sedium occupationem, ædificationem, munitionem, bella, captivitates, servitutes, postliminia, fœdera pacis, inducias.* Apud Livium quoque *lib.* 9. *c.* 11. Pontius, *Hoc*, inquit, *fide, hoc fœderibus, hoc fœcialibus cærimoniis dignum erat: ut tu quidem quod petisti, per pactionem habeas tot cives incolumes; ego pacem quam hosti tibi remittendo pactus sum, non habeam? hoc tu A. Corneli, hoc vos fœciales juris gentibus dicitis?* Sed videamus, quid remedii utrique malo adhiberi suadeat ars nostra. initium faciam a posteriore. in quo Ulpianus simili utitur ratione quam est sequutus in *l.* 1. § 2. *D. de justitia & jure.* ait ibi, jus omne vel publicum vel privatum esse: & privatum colligi ex præceptis naturæ, gentium, & civilibus: nec interim de publico, licet ex iisdem proficiscatur fontibus, adjicit quidquam: puto, quod in Institutionum libris ex quibus desumptus est is locus (ut ex Inscriptione disci potest) supervacua erat divisio juris publici: quippe cum non ejus, sed privati, juris expositionem in Institutionibus sibi proposuerat. Sic Ulpianus in *d. l.* 1. §. 2. Quid in *d. l.* 5? eamdem tenuit viam. primum conventiones divisit in publicas & privatas: deinde privatas rursus in legitimas & juris gentium: non quod nollet publicas esse Juris Gentium. non etiam quod negaret, eas fieri certa forma. clare enim Livius *d. loc.* in fœderibus meminit Fœcialium, & fœcialium cærimoniarum: sed quod non putaret, eas pertinere ad interpretationem Edicti, tantum de privatis conventionibus propositi. Atque ut in posteriore parte non culpo Ulpianum: sic habeo causam eum excusandi in priore. est enim una adhibenda cautio; ut verborum divisio a rerum divisione separetur. nam Ulpianus, si quidem ad ejus verba advertatur, tres facit conventionum species, quarum duas enumerat, alteram subdividit: si vero ad rem attendatur, verba adfert quatuor: scilicet conventiones publicas, privatas, legitimas, & juris gentium: res non plures, quam tres: puta, conventiones publicas, legitimas, & juris gentium. quemadmodum si dixero, res esse aut corporales aut incorporales; & corporales rursus aut mobiles aut immobiles: verba posuero quatuor; res non plures, quam tres: scilicet, mobiles, immobiles, & incorporales: quarum enarratio fit in *l.* 15. §. 2. *D. de re judicata*, & *l.* 7. §. 4. *D. de peculio*, omissa corporalium mentione: eo quod res mobiles & immobiles sunt corporales. Non igitur carpenda hæc Ulpiani divisio: Conventio est triplex; alia publica, alia privata; privata autem vel legitima, vel juris gentium. nec est alius hujus divisionis sensus; quam si diceret, conventionem esse triplicem, vel publicam, vel legitimam, vel juris gentium: desumpta distributione ab ipsa rerum differentia. sicut enim res sunt vel publicæ vel privatæ; sic conventio est vel publica vel privata: alia ad statum rei Romanæ, alia ad singulorum utilitatem spectans. nec est, cur rursus privata non in legitimam & juris gentium subdividatur;

tur: quia aliqua novam formam accipit a civili jure: aliqua non accipit; sed simplicitatem juris gentium retinet. Sed de divisione conventionum vel nimis. videamus de partibus. prima est conventio publica. *quæ* (ut Ulpianus ait in *d. l. 5.*) *fit per pacem*, *quotiens duces belli quædam inter se paciscuntur.* Ita Florentiæ extat. at Haloander edit, *quæ fit per Principem*, *aut quotiens.* Nata ea varietas (ut mihi videtur) ab ambiguo intellectu Sigli P. quod & *Pacem* & *Principem* significare, ex eo liquet, quod Valerius Probus has Notas, O. P. F. exponit, *optimo Principi fecit.* Petrus etiam Diaconus illa Sigla, OPT. P. interpretatur, *optimo Principi:* hoc vero P. explicat *pax.* Sed minus placet Haloandri lectio, *per Principem:* distinguente Ulpiano conventionem in publicam & privatam magis ex pactionis causa, quam ex personis paciscentium. id ostendunt ejus verba, *Aut enim ex publica causa fiunt*, *aut ex privata.* nec male: nam si a Principe de re ejus privata conveniatur, sive emptione, sive venditione, sive alio simili negotio: non publica, sed privata, conventio est; eaque Principem tenet non modo gentium, sed & civili jure: cum certum sit, eum quoad vitæ ministeria, legibus vivere; quamquam pro Principe seu Legislatore agens, legibus solutus sit. probabilior igitur est Florentina lectio, *Publica conventio est quæ fit per pacem*, *quoties duces belli quædam inter se paciscuntur.* Aliquis dicet, publicam esse conventionem, sive per pacem fiat, sive cum duces belli inter se quædam paciscuntur, sive aliter, modo pactum fiat de re publica. Nec intercedo: siquidem justa quæratur definitio. sed quod in simili A. Gellius de Varrone dixit *lib.* I. *Noct. Attic. c.* 25., hic de Ulpiano dicam, non fuisse ei negotium; ut publicam conventionem superstitiose definiret, & legibus rationibusque omnibus definitionum inserviret: ei satis visum esse, ejusmodi facere demonstrationem ex qua, quænam publica conventio sit, aliqualiter intelligatur: Græcosque id genus τύπους magis & ὑπογραφὰς, quam ὁρισμὸς, vocare. Erit igitur Ulpiani sensus, esse publicam conventionem, quæ fit de causa publica, verbi gratia, cum pax fit. Non me fugit, quod ea demum fit ab his quibus a Populo cujus fit summum imperium, datum est jus faciendæ pacis. nam si quis Consul, aut Prætor injussu Populi faciat sponsionem de pace: se quidem obligat; sed Populum qui non jussit sponsionem fieri, non obligat: ut bene Posthumius apud Livium *lib.* IX. *c.* 8. & 9. id tamen ab Ulpiano idcirco non additur definitioni publicæ conventionis: quia ei non est quæstio, quinam possint publicam facere conventionem; sed quæ sit publica conventio. Est igitur publica conventio, verbi gratia, cum pax fit. Addit Ulpianus, *Aut quotiens duces belli quædam inter se paciscuntur.* sensus: Est etiam publica conventio, verbi gratia, cum duces belli quædam inter se paciscuntur: ut inducias aut alia quæ spectent ad belli administrationem: quam qui duci dat, videtur ei dare omnia sine quibus bellum administrari nequit. ita belli duces, etsi de pace qua bellum finitur, convenire nequeant injussu Populi cujus est bellum componere, sicut indicere jure summi imperii: tamen Populi injussu inducias facere jure minoris potestatis, probat Livius *lib.* 30 *c.* 37; cum ait, Carthaginienses inducias impetrasse a Scipione, donec ab Roma legati rediissent. extat & aliud apud eum exemplum *lib.* 9. *c.* 15.

CAPUT VIII.

Quo sensu Ulpianus in l. 5. D. de pactis legitimam conventionem distinguat a Juris Gentium conventione. Pauli definitionem quæ est in l. 6. D. eod. tit. esse bonam: sed Ulpiano imprudenter jungi ab Architectis Juris. exempla legitimarum conventionum ex sententia Ulpiani. Legitimas conventiones aliquando usu sic accipi, quasi sint Juris Gentium. etiam Juris Gentium conventiones aliquando induere naturam legitimarum. esse juris Gentium conventiones quarum obligationes dicuntur civiles: & cur?

Venio ad privatam conventionem. quæ est, cum pactum fit de re privata & familiari. ea conventio Ulpiano in *d. l.* 5. *D. de pactis* est vel legitima, vel juris gentium. quæ vero legitima sit, non ipse subjicit; sed Tribonianus in *l.* 6. *D. eod. tit.* atque ex lib. 3. Pauli Ad Edictum: dicentis, *Legitimam conventionem esse quæ lege aliqua confirmatur.* Vere: sed non convenienter Ulpiano. is legitimam conventionem a juris gentium conventione distinguit pari ratione qua Marcianus ea quæ sunt juris civilis, separat ab his quæ juris gentium appellantur *l.* 17. § 1. *D. de pœnis.* Hoc ut sentiam, idem suadet Marcianus: cum in *l.* 15. *D. de interdictis & relegatis* quasdam conventiones speciali jure civitatis, quasdam jure gentium, æstimat: & in his ponit emptionem, venditionem, locationem, conductionem, permutationem, fœnus, & cæteras similes: quas juris gentium esse, Hermogenianus *l.* 5. *D. de justitia & jure*, etiam Ulpianus *l.* 7. § 1. *D. de pactis*, profitetur. itaque putem, Ulpianum *d. l.* 5. *D. de pactis*, cum privatam conventionem aliam facit legitimam, aliam juris gentium; velle, aliquam a civili jure accipere formam novam & juri gentium incognitam: aliquam retinere simplicitatem juris gentium. illam esse propriam quarumdam personarum, verbi gratia, civium Romanorum, neque perfici aliter, quam solemni forma. istam non tantum civibus Romanis, sed etiam peregrinis permitti; neque solemnibus juris civilis adstringi. alterum gentium, alterum civili juri consequens est. Et certe quod ad juris gentium conventionem attinet; potest ejus vis liquere testimonio Marciani: dicentis, deportatos civitate carere, & speciali jure civitatis non frui, posse tamen emere, vendere, locare, conducere, permutare, fœnus exercere, & cætera similia. sine dubio, quia hæc ex jure gentium sunt: id autem jus deportato, etsi peregrinus sit, competit. *d. l.* 15. servit igitur juris gentium conventio simplicitati juris gentium; nec est civium Romanorum propria, sed etiam peregrinis permittitur. addo, nec solemnia aut verborum aut scripturæ, aut alia desiderat; ideoque tam inter absentes contrahitur, quam inter præsentes. Hujus rei multa sunt in jure documenta. ex quibus illud Gaji *l.* 2. *D. de obligationibus & actionibus.* *Consensu fiunt obligationes in emptionibus*, *venditionibus*, *locationibus*, *conductionibus*, *societatibus*, *mandatis.* *Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationem contrahi: quia neque verborum. neque scripturæ, ulla proprietas desideratur: sed sufficit eos qui negotia gerunt consentire.* *Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur: veluti per epistolam.* vel

vel per nuntium. Gajo addam Ulpianum. is in *l.* 1. §. 2. *D. de contrahenda emptione*, *Emptio*, inquit, *juris gentium eſt: & ideo conſenſu peragitur, & inter abſentes contrahi poteſt per nuntium & per literas.* Paulus quoque *l.* 1. *D. Locati conducti* ait, *Locationem & conductionem, cum naturalis ſit & omnium gentium, non verbis, ſed conſenſu contrahi: ſicut emptionem & venditionem.* Ita in juris gentium conventionibus. At in illis quæ juris civilis ſunt, aliter obſervatum fuit. id, exempli gratia, oſtendet nexum, dotis dictio, ſtipulatio, acceptilatio, contractus nominum.

Prima ſpecies eſt nexum. Feſtus, verbo, *Nexum*, Nexum, inquit, eſſe quodcumque per æs & libram geritur, idque necti dici. quo in genere eſſe teſtamenti factionem, nexu dationem, nexu liberationem. primum nexi exemplum eſt teſtamenti factio, de qua egregie Theophilus ad §. 1. *Inſt. de teſtamentis ordinandis.* alterum exemplum eſt nexu datio: de qua ita Boëthius *lib.* 3. *Comment. in Topica Ciceronis. Jure civili aliquid non inter alios, niſi inter cives Romanos fieri poteſt, quorum eſt etiam jus civile, quod Duodecim Tabulis continetur. omnes vero res quæ abalienari poſſunt, id eſt, quæ a noſtro ad alterius tranſire dominium poſſunt, aut mancipi ſunt, aut nec mancipi: mancipi res veteres appellabant quæ ita abalienabantur, ut ea abalienatio per quandam nexus fieret ſolemnitatem. Nexus vero eſt quædam juris ſolemnitas quæ fiebat eo modo quo in Inſtitutionibus Gajus exponit. Ejusdem autem Gaji lib. primo Inſtitutionum de nexu faciendo hæc verba ſunt. Eſt autem mancipatio, ut ſupra quoque indicavimus, imaginaria quædam venditio quod ipſum jus proprium Romanorum eſt civium, eaque res ita agitur, adhibitis non minus, quam quinque teſtibus Romanis civibus puberibus & præterea alio ejusdem conditionis qui libram æneam teneat qui appellatur libripens. is qui mancipium accipit, æs tenens ita dicit: hunc ego hominem ex jure Quiritium meum eſſe ajo, isque mihi emptus eſt hoc ære æneaque libra, deinde ære percutit libram, indeque æs dat ei a quo mancipium accipit: quaſi pretii loco. quæcunque igitur res lege* XII. *Tabularum aliter, niſi per hanc ſolemnitatem, abalienari non poterat.* Tertium nexi exemplum eſt nexu liberatio: de qua paulo poſt.

Interim dicam de dotis dictione. nam & illa fuit Juris Civilis conventio, complexa (ut Gajus ait, *lib.* 2. *Inſt tit.* 9. § 3.) verborum obligationem. ita fiebat verbis, & ſolemnibus, nulla tamen præcedente interrogatione: ut idem Gajus ait *d. loc.* Ejus formulam a mulieris parte exhibet Terentius, *Andria* 5. 4. *verſ.* 47. his vebis.

— — — *Dos eſt*, *Pamphile*,
Decem talenta.

Ea verba ad dotis dictionem refert Sidonius Apollinaris *lib.* 1. *Epiſt.* 11. Dotem ſic dictam debuiſſe deinde a viro accipi, ex eodem intelligitur Terentio: apud quem ſtatim reſpondet Pamphilus, *accipio.* & notat Donatus. *Ille niſi dixiſſet*, accipio, *dos non eſſet. datio enim ob acceptum confirmatur.* Sed dotis dictio, præter certa verba, etiam certas deſiderabat perſonas. talis erat mulier, & pater, ac debitor mulieris. cæteræ omnes dotem non dictione, ſed ſtipulatione promittebant: ut Gajus refert *d. loc.* & Ulpianus *tit.* 6. § 2. itemque intelligi debet Paulus *l.* 41. *D. de jure dotium.* Ne hoc quidem improbabile eſt, quod ea dotis dictio tantum inter cives Romanos obtinebat. nam eſſe hoc civili conventioni conſequens, ex ſuperioribus apparet. de dotis autem dictione id poſt M. Aurelium Galvanum, *De uſufructu c.* xv, tradidit Jacobus Gothofredus, ad *l.* 4. *Cod. Theod. de dotibus*, ex Vetere Scholiaſte ad Perſium, *Sat.* 2. *verſ.* 14.

Dotis dictioni addam ſtipulationem. quam eſſe juris civilis, indicat Paulus *l.* 27. §. 2. *D. de pactis: In ſtipulationibus*, inquiens, *jus*, *in pactis factum verſari.* Id enim, me interprete, valet, pactum eſſe juris naturalis; ſtipulationem juris civilis. Et argumentum mihi: quod idem Paulus *l.* 48. §. 1. *D. de adquirendo rerum dominio* ſimiliter ait, uſucapionem *ad jus*; fructuum capionem *ad factum* pertinere: ſignificans, uſucapionem eſſe juris civilis; fructuum capionem juris naturalis. alterum probat *pr. Inſt. de uſucapionibus.* alterum §. 35. *Inſt. de rerum diviſione.* Pari modo Modeſtinus *l.* 10. *D. de capite minutis* ait, legatum in annos ſingulos, vel menſes ſingulos relictum, vel ſi habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercidere; capitis deminutione tamen interveniente, perſeverare: videlicet, quia tale legatum *in facto* potius, quam in jure conſiſtit. Sic ille: nihil, aliud volens, quam tale legatum non juris civilis, ſed juris naturalis eſſe. Sed apparet ſtipulationem ex Pauli ſententia eſſe juris civilis. Nec alio ſpectat, quod idem Paulus *lib.* 2. *Sent. tit.* 3. & ante Pomponius *l.* 5. § 1. *D. de verborum obligationibus* ait, ſtipulationem eſſe conceptionem verborum quibus is qui interrogatur, reſponderit, daturum facturumve ſe quod interrogatus eſt. Unde enim hæc forma incognita jure gentium: niſi a ſubtilitate juris civilis? inde quoque quod Ulpianus obſervat, ut ſtipulatio non ſolo conſenſu, ſed verbis fiat; nec a muto, aut ſurdo, neque inter abſentes, neque nutu, perficiatur *l.* 1. *pr.* & § 2. *D. eod. tit.* Ab eadem ratione eſt: quod ne verba quidem ſufficiunt, niſi ſolemnia & directa. id Leo refert & mutat *l.* 10. *C. de contrahenda ſtipulatione.* amplius dicam, debuiſſe ea verba eſſe Latina. etſi hoc quoque ſit mitigatum diſputatione Sabini *d. l.* 1. §. *ult.* poſtremo addam, ſtipulationem non inter alios, quam cives Romanos obtinuiſſe. id enim civili conventioni conſequens eſſe, ſupra oſtenſum eſt: facitque ei Ulpianus *l.* 14. §. 1 *D. de novationibus:* ſcribens, deportatum, quem certum eſt obligari conventionibus juris gentium, ſtipulatione non obligari.

At ſicut ſtipulatio, ſic acceptilatio fuit civilis conventio. indicio, quod vocatur actus legitimus *l.* 77. *D. de regulis juris*, & civilis ſolutio *l.* 107. *D. de ſolutionibus.* igitur habebat uſum non inter peregrinos, ſed inter cives Romanos. nec aliter fiebat, quam verbis, iisque certis & ſolemnibus, amplius Latinis. præterea non tollebat honorarias obligationes, verum civiles, & verbis contractas: utique, ſi ejus naturam ſpectes. nam de uſu mox.

Interea non omittam, quod ſtipulatio aliquando fiebat nexu per æs & libram, aliquando ſine ea ſolemnitate. eodemque modo liberatio per acceptilationem aliquando fiebat interveniente contraria ſolemnitate, aliquando ſine ea. obſervavit hoc Jacobus Rævardus ad *l.* 35. *D. de regulis juris:* nec habeo quod addam, præter hoc Ciceronis ex *lib.* 2. *De legibus cap.* 21. *Hoc de medio eſt jure civili, ut* (legatarii) *per æs & libram heredem teſtamenti ſolvant, & eodem loco res ſit, quaſi ea pecunia legata non eſſet, ſi is cui legata eſt, ſtipulatus eſt id ipſum quod legatum eſt, ut ea pecunia ex ſtipulatione debeatur.* Niſi huc ſpectat quoque ſequens Gaji locus *l.* 4. *D. Commodati vel contra: Sæpe etiam ad hoc commodantur pecuniæ, ut dicis gratia numerationis loco intercedant.* Eſt enim is locus, quod Inſcriptio indicat, ex *lib.* 1. *Gaji De verborum obligationibus.* Sed hoc vidit Franciſcus Connanus, *lib.* 7. *Com. jur. civil. c.* 3. *n.* 2.

Poſtremo inter civiles conventiones poſui contra-

tractum nominum. at hunc quoque quia pulchre atque erudite explicuit Jacobus Rævardus *lib.* 3. *Variorum c.* 1, non agam actum.

Hactenus ostendi, Ulpianum *d. l.* 5. *D. de pactis* conventionem legitimam ac Juris Gentium distinxisse a forma aut simplicitate quam altera habeat a Jure Civili; altera a Jure Gentium. Porro monendum est, si in formam Juris Civilis (ut fit, movente utilitate) aliqua cadat mutatio: conventionem in mutatis articulis suam exuere naturam; & cum initio fuerit Juris Civilis; aliquando accipi, quasi juris gentium existat. Id suadet acceptilatio: quam Juris Civilis fuisse, supra ostendi: cæterum formam mutasse alicubi, certus auctor est Ulpianus *l.* 8. §. 4. *D. de acceptilatione:* acceptilatione, inquiens, tolli obligationes etiam honorarias. qua ratione? ait: *Quia hoc jure utimur, ut juris gentium sit acceptilatio. & ideo puto, & Græce posse acceptum fieri, dummodo sic fiat, ut Latinis verbis solet.* Sensus, ut Jure Gentium in his censeatur acceptilatio, usu invaluisse contra Juris Civilis subtilitatem. huc ire verba, *Hoc jure utimur*, annotavi *lib.* 1. *Probabilium c.* 2. & 3. Sic in acceptilatione. Simile in stipulatione Ulpianus *l.* 1. §. *ult. D. de verborum obligationibus.* Verba Ulpiani. *Eadem an alia lingua respondeatur, nihil interest. proinde si quis Latine interrogaverit, respondeatur ei Græce; dummodo congruenter respondeatur, obligatio constituta est. idem per contrarium. Sed utrum hoc usque ad Græcum sermonem tantum protrahimus: an vero & ad alium, Pœnum forte, vel Assyrium, vel cujus alterius linguæ, dubitari potest? Et extat scriptura Sabini, sed & verum patitur, ut omnis sermo contineat verborum obligationem.* Elbertus Leoninus *lib.* 2. *Emendat. c.* 5. legit, *Et extat scriptura Sabini, & verum putatur.* sine necessitate. nam *verum* Ulpiano est æquum: sicut in *l.* 9. §. 6. *D. de administratione tutorum*, etiam apud Livium *lib.* 23. *c.* 11. *in fin.* & *lib.* 42. *c.* 23. & in illo Horatii *lib.* 1. *epist.* 7.

Metiri se quemque suo modulo ac pede verum est.

Est igitur Juris Gentium stipulatio hac in parte.

Contra evenit quoque, ut Juris Gentium conventio accipiatur, quasi sit Juris Civilis. hoc uno exemplo demonstrasse, contentus ero. Regula Juris est ex Q. Mucii libro singulari ὅρων, *Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando, quisquam alteri cavere potest l.* 73. §. *fin. D. de regulis juris.* Idque jus in stipulatione certum. est enim Juris Civilis stipulatio. At in pacto qui procedit? nam pactum juri gentium imputatur: Modestinus autem ita definit *l.* 53. *D. de adquirendo rerum dominio* quæ est ex ejus *lib.* 14. *Ad Q. Mucium, Ea quæ civiliter adquiruntur, per eos qui in potestate nostra sunt adquirimus: veluti stipulationem. quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus.* Sed quid est? etsi pactum proprie consistat in facto, & juris gentium sit: hactenus tamen juris civilis habetur, ne per extraneum adquiratur.

Nec illud quidem silebo, esse juris gentium conventiones quarum civiles dicantur obligationes: quia, ut Justinianus ait, sunt certo jure civili comprobatæ §. 1. *Inst. de obligationibus.* tales sunt quæ transeunt in speciale nomen contractus, ut mutui, commodati, depositi, pignoris, item emptionis, locationis, societatis, mandati. sunt enim omnes juris gentium: nomina autem prodita sunt jure civili *l.* 3. *D. de præscriptis verbis*, *l.* 1. §. 2. *D. de rerum permutatione.* imo, si quæ conventio non quidem transeat in speciale nomen contractus, sed ei subsit datio aut factum, etiam ea, utcumque sit juris gentium, tamen quia civilem parit obligationem, comprobatione civilis efficitur *l.* 7. §. 2. *D. de pactis. l.* 5. §. 1. *l.* 15. *D. de præscriptis verbis.* Sed neque negem, ipsas juris gentium conventiones, postquam approbatæ sunt usu juris civilis, eoque certum acceperunt nomen, ab eo aliquam habere formam. nam ea apparet *d. l.* 1. §. 2. *D. de rerum permutatione*, & §. 41. *Inst. de rerum divisione.* imo Justinianus §. *ult. Inst. de mandato* vocat negotii formam. Celsus *l.* 48. §. *ult. D. eod. tit.* mandati formam: Papinianus *l.* 24. *D. depositi* depositi naturam & notos terminos: Ulpianus *l.* 7. §. 15. *D. de pactis* in deposito nominat juris formam: Paulus *l.* 26. §. 1. *D. depositi*, depositi modum. quod si est: quæ, inquies, superest differentia inter juris civilis & juris gentium conventiones, eas præsertim quæ sint jure civili comprobatæ? utræque enim præter consensum qui juris gentium est, habent formam certam a jure civili. Sed rem signemus. etsi juris gentium conventiones sint jure civili comprobatæ; eoque qualem qualem acceperint formam: non tamen acceperunt formam civilium conventionum; & ideo non appellantur civiles. nam neque solemnia verba desiderant; neque contrahentium præsentiam; neque item ut inter cives Romanos celebrentur. quod in juris civilis conventionibus contra est. nam hæ inter cætera tantum solemnia admittunt verba, neque inter absentes, neque inter peregrinos contrahuntur: ac si quid ex his cæterisve ad formam requisitis mutent, juris gentium fiunt; ut supra demonstratum est. Exposui Ulpianum *l.* 5. *D. de pactis.*

Quid Paulus *l.* 6. *D. eod. tit.*? is legitimam conventionem vocat sensu longe alio. non enim hanc definit a forma juris civilis, nec magis eam separat a conventionibus juris gentium, sicut ab Ulpiano factum *d. l.* 5; sed a nudis conventionibus, nulla lege confirmatis. adeo nil obstat, quo minus legitima Pauli conventio sit juris gentium, qualis fuit, antequam speciali lege adjuvaretur: modo non acceperit formam novam, & juri gentium incognitam: licet in foro sit adepta vim quam non haberet, lege non adminiculata. Quod si est: non a me impetro; ne negligentiæ accusem Juris Architectos: Ulpianeæ divisioni quæ est in *d. l.* 5, subjicientes Pauli verba in *d. l.* 6, ad quam non pertinent. ut enim dixi; apparet, Paulum legitimas conventiones non opponere conventionibus intra simplicitatem juris gentium consistentibus, quod Ulpianum fecisse ostendi; sed eas quæ nulla lege adjuvantur.

CAPUT IX.

Conventiones Juris gentium esse nudas vel non nudas. has dici contractus. quid contractus? eum esse duplicem: alium certum ac nominatum: alium incertum & innominatum.

Exposui legitimas & Juris gentium conventiones, simul sententiam Ulpiani & Pauli *l.* 5. & *l.* 6. *D. de pactis.* Transeo ad *l.* 7. *pr.* §. 1. & 2. *D. eod. tit.* ubi Juris Gentium conventiones Ulpianus dividit: sed brevius & obscurius. danda igitur opera; ne quis hic quoque impingat. verba Ulpiani sunt. *Juris gentium conventiones quædam actiones pariunt, quædam exceptiones.* §. 1. *Quæ pariunt*

riunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio, venditio, locatio, conductio, societas, commodatum, depositum, & cæteri similes contractus. §. 2. *Sed & si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa: eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem: ut puta, dedi tibi rem, ut mibi aliam dares, dedi, ut aliquid facias, boc* συνάλλαγμα, *id est, contractum esse, & binc nasci civilem obligationem. & ideo puto recte Julianum a Mauriciano reprebensum in boc: Dedi tibi Stichum, ut Pampbilum manumittas, manumisisti, evictus est Stichus: Julianus [scribit] in factum actionem a Prætore dandam: ille ait, civilem incerti actionem, id est, præscriptis verbis sufficere: esse enim contractum quod Aristo* συνάλλαγμα *dicit, unde bæc nascitur actio.* Ulpianus bifariam dividit Juris gentium conventiones. ait, alias parere actionem, alias exceptionem. has in suo nomine stare: illas vocari contractus, aut synallagmata. addam, etiam negotia, vel negotia civilia *l.* 17. §. 3. *D. Commodati, l* 5. §. 1. *D. de obligationibus & actionibus, l.* 70. §. 2. *D. de legatis lib.* 1. *l.* 33. *D. de condictione indebiti, l.* 1. *D. de æstimatoria actione, l.* 15. *l.* 22. *D. de præscriptis verbis*, item causas *l.* 39. *D. de obligationibus & actionibus*, vel plenius causas civiles, appellari *l.* 49. §. 2. *D. de peculio.* est quoque, ubi causa emptionis, item causa locationis dicitur *l.* 1. §. 6. *D. de pecunia constituta*, etiam forma negotii §. *ult. Inst. de mandato*, & locationis conductionisque negotium *l.* 22. *D. de præscriptis verbis*, ac negotium contractus *l.* 19. *D. eod. tit.* & vice versa contractus negotiorum, apud A. Gellium *lib.* 20. *Noct. Attic. c.* 1. Ita simus subducta ad rem ratione; duplex est conventio: vel enim in suo nomine stat. & nuda conventio, sive sola conventio, sive tantum conventio vocatur; ut sequente dicam capite: vel est contractus, sive conventio cui subest causa civilis, id est, negotium civile, sive causa vel negotium jure civili approbatum. est igitur contractus, conventio usu juris civilis recepta, eoque idonea ad producendam obligationem & actionem, etsi non adjuta, neque adminiculata speciali lege. alioquin non contractus dicitur, sed pactum legitimum. Sic quidem mihi videtur. At aliter definit Vir eminentissimæ doctrinæ, Jacobus Cujacius. is ait, contractum esse conventionem habentem nomen; aut, si nomine vacat, causam: eamque datione aut facto circumscribit. In quo vereor, ne Egregius ille Vir erroris sit manifestus. nam ut datio & factum, cum conventioni accedunt, ei præbeant civilem obligandi causam; non ideo causa datione, aut facto terminatur. sit argumentum: quod Ulpiano *l.* 9. *D. de rebus creditis, & l.* 1. § 6. *D. de pecunia constituta*, causam qualicumque jungit contractui; sive sit certus, sive incertus; id est, nominatus aut innominatus: atque adeo cum aliqua, etiam cum nulla, intervenit datio aut factum: volente forma nominati contractus, verbi gratia, emptionis: etsi ea causa in contractu qui nomine caret, non ex conventione: sed ex datione aut facto proficiscitur *l.* 1. §. 2. *D. de rerum permutatione.* imo, idem in nominato quoque contractu qui re contrahitur, ut mutuo & deposito evenire, Paulus observat *l.* 17. *D. de pactis.*

Putemus igitur, Ulpianum *d. l.* 7. §. 1. *D. eod. tit.* (nam huc redeundum est) appellatione contractus indigitare conventionem cui subest civilis causa: sive negotium antiquitus approbatum communibus juris civilis regulis. talem conventionem ait Ulpianus non stare in suo nomine, sed transire in proprium nomen contractus: significans, hos qui jus civile condiderunt primis temporibus, noluisse, cives suos sine causa obligari conventionibus quibuscumque ad vitæ ministeria inutilibus: sed demum conventionibus ad juvanda vitæ commoda pertinentibus: easque conventiones publice receptas approbatasque, dixisse contractus. Sextus Cæcilius apud A. Gellium, *lib.* 20. *Noct. Attic. c.* 1. sic exprimit: *Fidem majores nostri in negotiorum contractibus sanxerunt.* præter hæc, puto, significat Ulpianus, Veteres eos contractus & numero & nomine fecisse certos; etiam suam cuique dedisse formam, actionemque; & utramque ipso statim nomine, licet nihil addatur, intelligi voluisse. hoc igitur modo dicitur Ulpiano in *d. l.* 9. certus contractus idem nominato. inde apud Papinianum prodita ac vulgaris actio, & proprium actionis nomen *l.* 1. *D. de præscriptis verbis*, & apud Celsum vulgaria atque usitata actionum nomina *l.* 2. *D. eod. tit.* Julianus quoque illo sensu ait, existere contractus quorum appellationes sunt jure civili proditæ *l.* 3. *D. eod. tit.* Paulus *l.* 1. §. 2. *D. de rerum permutatione* infit, qui nomen suum habent. Fontem hujus juris nescio an indicet Dionysius Halicarnasseus *lib.* 4. *Roman. antiq.* de Servio Tullio rege ita scribens. *Leges de contractibus & de injuriis tulit quas curiatis comitiis ratas fecit. erant autem numero quinquaginta, quarum mentionem facere jam non est opus.* Sic ille. sed si eas memoriæ prodidisset: quædam plenius intelligeremus. nunc, quod licet, dicam, eas leges deinde in Duodecim Tabulas translatas, eos contractus e rudibus & parvis initiis ad illam quam habemus formam, Fori disputatione, & usu juris civilis longo tempore perduxisse.

Sed & si (pergo enim cum Ulpiano in *d. l.* 7. §. 2. *D. de pactis*) in alium contractum, nempe nominatum, res, id est, conventio, non transeat, subsit tamen causa; (id est, subsit adhuc causa, sive subsit tamen perinde causa, ut in superiore specie) eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem; sive contractum, qui pariat civilem obligationem: quo sensu in *l.* 19. *D. de verborum significatione* ait, contractum esse ultro citroque obligationem. exemplum Ulpiano *d.* §. 2. *l.* 7. Dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi, ut aliquid facias. tu cessas dare aut facere. quid Ulpianus? nimirum, esse te ad dandum aut faciendum obligatum. atqui ea conventio caret nomine. esto: sed non subsistit intra primum placitum. contra est quod a me ad te pervenit certa lege. quo casu conventio, licet nomine careat, non destituitur civili causa, nec debet nuda videri: ne aliter definientibus, tu ex tua improbitate cum mea jactura fias locupletior. obtinuit igitur paulatim; ut si quid datum factumve esset hac conditione, ut contra detur aut fiat, synallagma, id est, contractus, sive civile negotium, contrahi existimaretur: non quidem certum ac nominatum; sed ut dixi, incertum atque innominatum. Gajus novum negotium dicit *l.* 22. *D. de præscriptis verbis.* Ulpianus negotium proprii contractus *l.* 19. *D. eod. tit.* id est, negotium quoddam ab initio non receptum Populi Romani institutis aut moribus: sed deinde prioribus formis nova ratione superadditum. placuit vero, hinc nasci actionem incertam: eo enim nomine insignitur *l.* 3. *C. de inutilibus stipulationibus:* quippe veniens ex incerto contractu, id est, cujus nomen non est proditum civili jure *l.* 1. 2. 3. *D. de præscriptis verbis.* dicitur etiam civilis *l.* 5. §. 2. & *l.* 15. *D. eod. tit.* eo quod est recepta civili jure. appellatur porro utilis *l.* 6. *C. de transactionibus*, item in factum *l.* 1. *D. de præscriptis verbis*, & in factum civilis *d. l.* 1. §. 2. & *d. l.* 5. §. 2. puto, quia

quia folæ certæ ac nominatæ funt directæ, utpote legibus ac moribus ab initio conftitutæ: cum hæc introducta fit ad exemplum actionum ex empto, vendito, locato, conducto, mandato *d. l.* 5. §. 4. *in fin.* poftremo vocatur præfcriptis verbis *d. l.* 2. *D. eod. tit.* & præfcriptis verbis incerta civilis *l.* 6. *C. de rerum permutatione:* quia non habet certam ac folemnem formulam; ut illæ ex certo & nominato contractu: fed magis rem geftam verbis demonftrat *d. l.* 6. *C. de transactionibus.*

Igitur, ut recolligamus veftigia, fi dedi tibi rem, ut mihi aliam dares; conventio non tranfit in fpeciale contractus nomen; fed interim, quia tibi rem dedi certa lege; imitatur ea contractum certum ac nominatum. fane ubi do pecuniam, ut rem accipiam: placuit, effe emptionem & venditionem. quod fi rem do, ut rem accipiam: magis effe contractum do ut des; ex eoque nafci actionem præfcriptis verbis: ficut in fuperiore fpecie oritur actio ex empto & vendito *l.* 5. §. 1. *D. de præfcriptis verbis.* Idem eft: fi tibi dedi aliquid, ut facias quod fit locari folitum. nam & tum res eft proxima contractui certo & nominato. utique, fi do tibi pecuniam, ut tabulam pingas, verbi gratia; manifefta erit locatio & conductio. fin rem do, etfi eadem lege: non quidem erit locatio & conductio; fed contractus incertus & innominatus, id eft, do ut facias, fimilis locationi & conductioni. igitur hinc quoque nafcetur actio præfcriptis verbis, proxima actioni ex conducto & locato. fic, ubi factum eft locari folitum. quid, fi non fit tale? fac: dedi tibi fervum meum, ut tu fervum tuum manumittas. non eft factum locari folitum. igitur non eft locatio & conductio. nec tamen eft nudum pactum. quia dedi tibi fervum meum, ut fervum tuum manumittas; id eft, dedi eum certa lege. eft igitur fynallagma: id eft, civile negotium, ex quo nafcitur civilis actio præfcriptis verbis, fimilis actioni locati & conducti: ubi non demonftratur alia. ita ex Arifone Ulpianus *d. l.* 7. §. 2; cum eoque confentit hactenus Paulus *d. l.* 5. §. 2. *D. de præfcriptis verbis.* Sed quid? Dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas. manumififti. evictus eft Stichus. Nihil mutat Ulpianus *d. l.* 7. §. 2. ait tamen, in hoc variaffe Veteres. nam Julianum fcribere, dandam a Prætore in factum actionem: fed illum in hoc, id eft, in hac fpecie a Mauriciano effe reprehenfum. nam hunc putare, fufficere civilem incerti actionem: id eft, præfcriptis verbis actionem: & pro caufa adferre; quod eft contractus, five, ut Arifto dicit, fynallagma, atque inde hanc nafci actionem. Sic Ulpianus: & aperte, quantum quidem ad Mauricianum attinet. at de Juliano intentiore cura agendum eft. nam metui poffit: ne non fatis vere fcribat Ulpianus, Julianum voluiffe, in factum actionem in hoc, five in hac fpecie, fimpliciter atque indiftincte dari a Prætore. eft enim Paulus auctor *d. l.* 5. §. 2, Julianum diftinxiffe inter fcientem & ignorantem: ac fi fciens dederim: fiviffe, in me dari actionem de dolo: fi ignorans; in factum civilem. ipfa Pauli verba appofui. *Sed fi dedi tibi fervum, ut fervum tuum manumitteres, & manumififti, & is quem dedi, evictus eft: fi fciens dedi, de dolo in me dandam actionem, Julianus fcribit; fi ignorans, in factum civilem.* Indicavi difficultatem, a nobilibus juris interpretibus fæpe tentatam, at a nullo, quantum recordor, fuperatam. fuerit igitur pretium operæ, experiri, quid extricare noftra poffit mediocritas, facile veniam impetratura, fi nec mihi omnino faveat fortuna in re defperata. Primum petam, mihi concedi; ne putem, fuiffe Julianum a Mauriciano reprehenfum: eo quod voluerit, a Prætore dari actionem in factum civilem: quamquam videtur id prima facie fignificare Ulpianus *d. l.* 7. §. 2. nam tum male reprehenfus effet: quippe cum civilis in factum actio non fit alia, quam Mauriciani actio incerti præfcriptis verbis. Non magis reprehenfus fuit Julianus: quod voluerit, in fubfidium dari actionem in factum Prætoriam. nam id palam refellit Paulus *d. l.* 5. §. 2. Quid ergo eft? ego mihi perfuadeo, Julianum fuiffe a Mauriciano idcirco reprehenfum: quod voluit, a Prætore ex caufa, five pro re nata, dari actionem aut in factum civilem, aut de dolo: prout alienus fervus fit a fciente aut ab ignorante datus: & ideo fufpicatus aliquando fui, apud Ulpianum *d. l.* 7. §. 2, non effe legendum, *Julianus fcribit*, in factum *actionem a Prætore dandam:* fed, *Julianus fcribit*, ex facto *actionem a Prætore dandam:* vel, fi mavis, *Julianus fcribit*, in facto *actionem a Prætore dandam.* quod & propius abeft a recepta lectione; & habet fententiam fuperiori non diffimilem. utique fic Ulpianus *l.* 13. §. 7. *D. de actionibus empti, Cum*, inquit, *in facto proponeretur:* pro eo quod alibi ait, *ex facto* proponebatur *l.* 35. *D. de heredibus inftituendis.* Similiter autem dicitur actio *ex facto* vel *in facto* dari; ut actio dicitur *ex caufa* dari, apud Paulum *l.* 28. §. 1. *D. Ad legem Aquiliam.* Marcianus *l.* 1. §. 3. *D. Ad legem Corneliam de ficariis* fimili fenfu dixit, *ex re* conftituendum: pro ex facto, vel ex facti fpecie, five pro re nata. fic olim conjeci. neque adhuc me piget ejus conjecturæ: etfi nec improbem nunc receptam lectionem: *Julianus fcribit* in factum *actionem a Prætore dandam.* nam ita quoque loquutos effe Veteres, docuit me Paulus *l.* 34. *D. de negotiis geftis: Hæc*, inquiens, *difceptatio* in factum *conftitit:* pro, in facto, vel ex facto, vel ex caufa, diftinguenda, five dijudicanda. Et Pauli locutioni refpondet fequens Salluftii, *Bello Catilinario c.* 20. *Catilina ubi eos quos paulo ante memoravi, conveniffe videt, tametfi cum fingulis multa egerat, tamen* in rem fore *credens, univerfos appellare.* Dixit, *in rem fore:* pro quo Ulpianus *l.* 1. *D. de rebus creditis* ait, *e re fore.* Retuli meam fententiam. quæ fi Doctioribus quoque placebit, confentiet Ulpianus *d. l.* 7. §. 2. Paulus *d. l.* 5. §. 2. *D. de præfcriptis verbis.* Ain' vero? ipfum audiamus. ait Paulus. fi tibi dedi fervum, ut fervum tuum manumitteres, & manumififti, & is quem dedi, evictus eft: diftinxiffe Julianum, utrum fciens dederim, an ignorans: & fi quidem fciens dedi, quia dolo feci, exiftimaffe Julianum, dandam a Prætore effe actionem non in factum civilem, fed de dolo: fin ignorans dedi, quia nullus dolus eft, oportere a Prætore dari actionem in factum civilem, id eft, actionem præfcriptis verbis. Sic Paulus. hoc vero quid defignat? nifi quod Ulpianus *d. l.* 7. §. 2. ait, Julianum fcripfiffe, fi Stichum dedi, ut Pamphilum manumittas, tu manumififti, evictus eft Stichus, dandam a Prætore in factum actionem, id eft, dandam pro re nata actionem, modo in factum civilem, modo de dolo: illam, fi non accufetur dolus: hanc, fi culpetur. Sic apud Ulpianum Julianus. quid Mauricianus? Julianum reprehendit: arbitratus, fi Ulpianum audimus *d. l.* 7. § 2, five fciens dedi, five ignorans, fufficere civilem incerti actionem: id eft, fufficere actionem præfcriptis verbis, neque neceffariam effe de dolo actionem: & caufatur Mauricianus, quod eft fynallagma; ex quo nata civili incerti actione, quæ eft actio præfcriptis verbis, dolus fi quis admisfus effe probetur, emendari poteft. Sic Mauricianus, atque ut Ulpianus cenfet, rectius, quam Julianus: opinor, re ad verum atque ad fubtile exa-

exacta. nam si quis malit quod tutius sit sequi, quam quod verius: ne resistit quidem Ulpianus, quo minus ei liceat Juliani sententia, tamquam tutiore uti. fateor: non apparet hoc ex *d. l.* 7. §. 2. nam ibi nullum est ejus indicium. sed me huc ducit *l.* 15. *D. de præscriptis verbis:* in qua tam clara & certa est Ulpiani sententia; ut vix possit esse clarior aut certior. verba Ulpiani. *Solent qui noverunt servos alicubi celari, indicare eos dominis, ubi celentur: quæ res non facit eos fures: solent etiam mercedem hujus rei accipere & sic indicare: nec videtur illicitum esse hoc quod datur. quare qui accepit, quia ob causam accepit, nec improbam causam, non timet condictionem. quod si solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est, ut si indicasset, apprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur, videamus, an possit agere. Et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non nasci, sed habet in se negotium aliquod, ergo civilis actio oriri potest. nisi si quis & in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur.* En: feci, ut dares. tu cessas dare. utra dabitur actio; præscriptis verbis quæ est in factum civilis; an de dolo: maxime si quis dolus arguatur? putat Ulpianus, si res ex vero æstimetur, defendi posse; quasi actio præscriptis verbis, id est, in factum civilis, non etiam de dolo competat. trahit huc Ulpianum, quod hæc conventio non est nuda; sed habet in se negotium aliquod: id est, ei subest civilis causa, sive civile negotium, seu est contractus innominatus: ex quo civilis actio præscriptis verbis oriri potest. quod his quæ dixi, convenit. quia tamen cuidam (id est, Juliano: sic opinor) aliter sedet; & hunc Paulus sequitur *d. l.* 5. §. 2. & 3. *D. eod. tit.* non permittit sibi Ulpianus: ne & in hac specie, id est, ne etiam in hac, vel ne æque in hac, atque in superiore, specie quæ est do ut facias, potius actione de dolo, quam actione præscriptis verbis utatur. Sic Ulpianus. qui potest? inquies. nam ubi civilis est actio, ibi locum quem invenit de dolo actio? ea difficultas vexat quotquot ad *d. l.* 5. §. 2. scripserunt eximii homines: eaque gratia verbum, *civilem*, quod ibi extat, aut Triboniano imputant, aut Interpreti imperito. frustra: quid enim novum est, ubi dubitetur, an alia sit actio, quasi nulla sit, de dolo actionem dari *l.* 7. §. 3. *D. de dolo malo?* at jam constat, dubitatum fuisse; ecqua, an nulla, sit actio; si quis dolus in contractu do ut facias, demonstretur: etsi certum haberetur, ubi nullus arguitur dolus, actionem præscriptis verbis esse.

Consideravi singula qua potui ac debui cura & diligentia. nihil tamen effeci magnopere: nisi simili modo explicem sequentia Pauli verba ex §. 3. *d. l.* 5: *Quod si faciam, ut des, & posteaquam feci, cessas dare: nulla erit civilis actio, & ideo de dolo dabitur.* Nodus in his verbis est difficilis: quia primo adspectu aliud dicit Paulus, quam vult, mea quidem sententia. quam ob rem? non est Paulo negotium, ei qui facit ut detur, alias negare actionem præscriptis verbis, quam si aliquis arguatur dolus. Nova, inquies, hæc est sententia, at dura, & contraria Pauli verbis. verissima tamen, si ad primam faciem non subsistatur. audiamus. concedit Paulus facienti ut detur, actionem præscriptis verbis, nullo liquente dolo malo; alioquin de dolo actionem: perinde ut in §. 2. præcedente, quocum oportet tenorem §. 3. conjungi uno spiritu, tamquam illius conclusionem. Hoc mihi videtur, atque eo confidentius: quia ad hanc formam disputat Ulpianus *d. l.* 15. nec is tantum: sed ipse quoque Paulus, & quidem in *d. l.* 5. §. 2. Errant enim, & valde, quotquot existiment, Paulum permittentem in eo §. actionem de dolo adversus scientem, & actionem in factum civilem adversus ignorantem, disputare de dante ut fiat. contrarium verum est, Paulum utramque actionem concedere facienti ut detur. siccine? non est, quod quæras. ipsa Pauli verba oculis subjiciamus. Pauli verba *d.* §. 2. sunt. *Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, & manumisisti, & is quem dedi, evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem, Julianus scribit; si ignorans, in factum civilem.* Paulo quæstio est, quæ actio danda sit manumittenti servum, ut alius detur: non, quæ actio danda sit danti servum, ut alius manumittatur. Quod miror fugisse hactenus observationem tot illustrium & sagacium virorum: cum sit verissimum; & litem finiat prorsus. evidentissime enim ostendit: quod Paulus in *d.* §. 3, ne ipse sibi contradicat, non est indistincte intelligendus; quamvis infinite loqui videatur. Ne hoc quidem præteribo; (est enim æque curiosæ observationis) quod sicut unus est contractus emptio & venditio, item unus locatio & conductio: ita contractus do ut facias est idem ei qui facio ut des appellatur: in eoque tam agit qui primus fecit, quam qui primus dedit: sicut ex emptione & venditione emptor agit ex empto, venditor ex vendito: item ex locatione & conductione conductor agit ex conducto, locator ex locato: & tamen est unus contractus ex quo uterque suo experitur modo. quid ni igitur ille qui fecit ut alter det, eo cessante æque habeat præscriptis verbis actionem, atque is qui dedit, ut alter faciat, eo cessante, hanc actionem exercet: cum sit utroque in casu gestum civile negotium, ipsum non improbum? sed hoc ex *d. l.* 5. §. 2. *l.* 15. *l.* 22. *D. de præscriptis verbis*, & *l.* 6. *C. de transactionibus* perspicuum est.

Hactenus ostendit Ulpianus in *d. l.* 7. *pr.* §. 1. & 2. *D. de pactis*, quod conventio cui subest causa, actionem parit Civili Jure: & hoc fit, quoties conventio transit in speciale nomen contractus: etiam cum non transit; modo sit datum aut factum ut contra detur aut fiat. Deinceps ait Ulpianus *d. l.* 7. §. 3: quod, *Si ob maleficium, ne fiat, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione.* Sic Florentiæ editur. Haloander legit, *Si ob maleficium, ut fiat.* Nullo jure: quod bene animadvertit Antonius Augustinus, *lib.* 1. *Emend. c.* 2. *pag.* 12. Significat autem Ulpianus, voluisse Veteres, omnem conventionem quæ in contractu fiat, intra humanæ conjunctionis utilitatem, id est, intra honestatem atque intra bonos mores consistere: nullum habere turpitudinis, aut sceleris propositum. ac si contra fiat: minime nasci ex conventione obligationem. id apparere: si in stipulatione (nam de ea illi sermo est) promittatur, ut fiat maleficium: statim enim undequaque verti turpitudinem; id est, non minus a stipulatoris, quam a promissoris parte. idem tamen esse, Ulpianus ait; si quid, ne fiat maleficium, promittatur. nam ne sic quidem patitur, ex stipulatu actionem dari: quia adhuc apparet stipulatoris turpitudo; etsi non sit promissoris. Atqui non est turpis pactio, si convenerit, Ne facias maleficium. esto: sed ad turpitudinem accedit; ubi aliquid eo nomine promittitur: putantibus Veteribus, convenire publicæ disciplinæ, homines a flagitiis & rebus turpibus virtutis respectu aut legum veneratione, non privatis pactionibus inhiberi. sic quidem in stipulatione Ulpianus: at idem in mandato & societate: nam ne in his quidem obligatio ex re turpi contrahitur.

CAPUT X.

De nudis conventionibus.

Exposui conventiones quibus subest causa Jure Civili approbata, quæ conventiones contractus appellantur. Sequentes stant in suo nomine *l.* 7. §. 1. *D. de pactis*, & placiti fine *l.* 27. *C. de locato & conducto.* hæ dicuntur nudæ pactiones *d. l.* 7. §. 4; & nudæ conventiones *l.* 10. *C. de pactis*; & pacta nuda *d. l.* 27; & pacta sola *l.* 23. *C. de pignoribus*, *l.* 122. *D. de verborum obligationibus*; & solæ conventiones *l.* 15. *C. de transactionibus:* quo modo dicitur sola proprietas *l.* 36. §. 1. *D. de usufructu*, a qua abest usufructus; item nuda traditio *l.* 31. *D. de adquirendo rerum dominio*, quæ est sine causa ex qua fiat. Tales conventiones, quia putantur carere civili causa, Jure Civili non habentur conventiones: eoque destitutæ, neque pariunt actionem, neque tollunt: sed ex hoc Edicto reo proficiunt ad exceptionem. Ulpianum audi *l.* 7. §. 4. *D. de pactis.* ait: *Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem. igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.* Sic interpunxit Taurellius. sensus Ulpiani, obligationem, propter nudam conventionem, sive propter conventionem quæ stat in suo nomine, sive quæ tantum est conventio, non posse constitui: eo quod, ut Sextus Cæcilius apud A. Gellium *lib.* 20. *Noct. Attic. c.* 1. ait, *Fidem majores nostri in negotiorum contractibus sanxerunt.* significans, Romanos fidem non sanxisse in conventionibus qualibus qualibus, sed in conventionibus ad vitæ usum Jure Civili approbatis: easque conventiones negotia vel contractus appellasse. Nec tamen sic visum Veteribus: quod iniquum putarent, etiam alias custodiri pacti fidem: sed quod respicientes ad suorum civium conditionem, nollent videri pacta, quibus non subesset negotium ad vitæ necessitatem publice receptum. quare huc devenere: ut interpretarentur, naturam jubere, servari pacta non qualia qualia, sed utilia aut necessaria. talia vero non ipsam definire, sed reipublicæ definienda relinquere. huic porro non convenire: ut homines egregrie leves aut nimis faciles quibuscumque promissionibus temere caperentur; cum id minime vellent; certe quarum mox pœnitentia ducerentur: exemplo Apollinis apud Ovidium *lib.* 2. *Metamorph.* Igitur quid est? pactum nudum etsi paciscentes teneat naturaliter, quia civili jure negligitur, actionem non parit. idque Diocletianus & Maximianus probant *l.* 27. *C. de locato & conducto*, & ante eos Alexander *l.* 10. *C. de pactis*, etiam Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 14. §. 1. Mitto Senecam *De beneficiis lib.* 5. *c.* 21. Verba Senecæ. *Multa legem non habent, nec actionem: ad quæ consuetudo vitæ humanæ, lege omni valentior, dat aditum. Nulla lex jubet, amicorum secreta non eloqui, nulla lex fidem etiam inimico præstare. Quæ lex ad id præstandum nos quod alicui promisimus, alligat? Querar tamen cum eo qui arcanum sermonem non continuerit, & fidem datam, nec servatam, indignabor.* Seneca distinguit quod est juris civilis, ab eo quod est naturalis: dicit, alterum esse necessitatis, alterum honestatis: ex hoc genere esse promissionem nudam: eam valere apud bonos viros: at in jure improbos non adstringere necessitate. Igitur ex nudo pacto Jure Civili non nascitur actio: nec tollitur: & ideo si ego debeam tibi ex stipulatu, verbi gratia; & deinde paciscar, ne petas, nihilominus poteris adversus me jure civili experiri. scilicet, quia id pactum eo jure nullius momenti habetur: neque magis est modus finiendæ, quam constituendæ obligationis. interim Prætor indignatus, hac in specie falli fidem, quam servari & natura suadet, & publica utilitas tollendi omni modo lites: hoc Edicto promittit, servare pacta quibus convenitur, ne petatur; etsi Jure civili sint inutilia. At non idem edixit, si ut detur, vel fiat, pactum conventum sit. nimirum, quia non sicut liberationibus, ita obligationibus favet: arbitratus, alterum publicæ utilitati convenire, alterum resistere; ut supra ostendi. verissime igitur Ulpianus, Nudam pactionem non parere obligationem, sed exceptionem. nec sat scio, an ad hoc aut simile respiciat Plautus, *Aulularia* 2. 2. *vers.* 81.

—— *At scio, quo vos pacto soleatis perplexarier.*
Pactum non pactum est, non pactum pactum est,
quod vobis lubet.

Res clara.

Nisi tenebras offundunt Impp. Diocletianus & Maximianus *l.* 5. *C. de contrahenda stipulatione*, verbis sequentibus. *Nuda pollicitatione secundum ea quæ sæpe constituta sunt, ad præstanda ea quæ promiserat, urgeri quemquam non semper jura permittunt. Verum quoniam præterea, si contra pactum fecerit, quanti ea res est, dari tibi stipulanti adversarium tuum promisisse proponas; bujusmodi etiam obligationis post motam litem extitisse conditionem, & ejus summæ quæ in hac quoque stipulatione continetur, petitioni locum factum esse convenit.* Sic illi, atque obscure. sed faciam lucem quam non dant Interpretes magni atque eruditi, non animadversa facti specie: fingunt certe aliam, quam Imperatoribus propositam. ponenda igitur erit nova, aut potius vetus, quæ est ipsius legis. eam sic concipio quam simplicissime. Creditor cui debebatur ex mutuo aut ex stipulatu, aut ex alio simili contractu ex quo poterat actio jure civili nasci, pactus est, Ne petat: & si contra pactum faciat, id est, si petat, quanti ea res erit, tantum debitori dare promisit nudo pacto. huic pacto subjecta est stipulatio. quæsitum fuit, an faciente adversus pactum creditore, debitori adversus eum actio dari debeat. quærendi causa est, quia pactum quod interpositum esse dicitur, nudum est; ex nudo autem pacto actio non semper datur civili jure: etsi jam aliquando daretur eo tempore: ut & Imperatores bene observant, & ipse alibi ostendam. Sed rescripserunt Imperatores, dandam debitori esse ex stipulatu actionem ad hoc quod non modo conventione, sed stipulatione quoque comprehensum est. idque est, quod dicitur, *Et ejus summæ quæ in hac quoque stipulatione continetur.* Qua ratione? quia hic non tantum nudum pactum intervenit, sed stipulatio quoque, quanti ea res erit. Hoc primum quæsitum. Quid deinde? quando videatur creditor fecisse adversus pactum: utrum cum vocavit debitorem in jus, an post motam litem: id est, ubi litem cum eo contestatus est? rescriptum vero, pacti conditionem post litem motam, id est, post litem contestatam extitisse. clara, nisi fallor, ratione. nam qui in jus vocat, non agit, sed agere vult, *l.* 15. *D. Ratam rem haberi*, *l. unic. C. de litis contestatione:* nec adversus pactum facit, sed facere vult. at qui litem movet, & hanc contestatur, vere petit, & adversus pactum facit. Hic mihi videtur sensus *d. l.* 5. clarus & bonus: ad eumque modum accipio etiam sequentem Gordiani spe-

speciem ex *l.* 14. *C. de pactis. Si pacto quo pœnam adversarium tuum promisisse proponis, si placito non stetisset, stipulatio subjecta est; ex stipulatu agens, vel id quod in conventionem devenerat, ut fiat, consequeris, vel pœnam stipulatione comprehensam more judiciorum exiges.* Sic legendum, *ex stipulatu agens:* cum vulgo scribatur, *ex stipulatu ages:* quod observavit Russardus, *Notis marginalibus.*

Sed revertamur in viam. satis liquet ex hactenus dictis, ex nudo pacto nullam Jure Civili nasci actionem: & ideo solere Veteres stipulationem ei subjicere, Paulus auctor est, *lib.* 5. *Sent. tit.* 7. §. 1. *& lib.* 2. *tit.* 22. §. *ult.* Fiebat autem id plerumque (quod Ulpianus refert *l.* 7. §. 12. *D. de pactis*) in novissima pactorum parte: id est, in fine instrumentorum. nam & pacta dici pro instrumentis quæ de pactis conficiuntur, nihil vetat. formula autem erat *Rogavit Titius, spopondit Mævius.* Inde evenire, ait Ulpianus *d. l.* 7. §. 12: ut dubitari possit, utrum stipulatio sit, an nudum pactum. Verba Ulpiani apposui. sunt autem hæc. *Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri, Rogavit Titius, Spopondit Mævius; hæc verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis. ideoque ex stipulatu nascitur actio; nisi contrarium specialiter adprobetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed paciscentium.* Sic Ulpianus: puto, converso loquendi more. voluit dicere; Hæc verba non tantum stipulationis loco accipi, sed etiam pactionis. ideoque nasci ex stipulatu actionem: nisi contrarium specialiter adprobetur. Nihil tamen corrigendum. sunt enim ipsorum Auctorum tales Hysterologiæ: eoque magis interpretatione, quam emendatione adjuvandæ. dedit earum exempla aliquot Cujacius, *lib.* 3. *Observ. c.* 5. *in fin.* dedit Russardus *ad* §. 8. *d. l.* 7, *& ad* §. 3. *Inst. de lege Aquilia;* iisque addam ego præsentem locum. Sensus ejus est: Si quis Librarius Scriba in fine instrumenti quo complexus est tenorem pactionis, de more subjiciat verba, *Rogavit Titius, Spopondit Mævius:* accipienda sunt hæc verba pro stipulatione; quamvis aliquando subsistant intra vim pacti: ideoque ex his nascitur ex stipulatu actio: nisi manifeste probet debitor, ea verba non esse adjecta animo stipulantium, sed paciscentium. tum enim cessabit ex stipulatu actio.

Caput XI.

De pactis adjectis contractibus bonæ fidei.

Igitur ex pacto nudo Jure quidem Civili neque nascitur actio, neque tollitur. sed Prætor hoc Edicto id servat per exceptionem. est tamen & ipsum caute accipiendum. fallit enim duobus casibus: prior est, si pactum contractui adjiciatur: alter, si lege confirmetur. Ad priorem respicit Ulpianus *l.* 7. §. 5 *&* 6. *D. de pactis.* verba §. 5. *Quinimo, interdum format ipsam actionem, ut in bonæ fidei judiciis. solemus enim dicere, pacta conventa inesse bonæ fidei judiciis. Sed hoc sic accipiendum est: ut siquidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint: ex intervallo, non inerunt; nec valebunt, si agat: ne ex pacto actio nascatur.* † *Utputa, post divortium convenit, Ne tempore statuto dilationis dos reddatur, sed statim: hoc non valebit, ne ex pacto actio nascatur.* † *Idem Marcellus. & si in tutelæ actione convenit, ut majores, quam statutæ sunt, usuræ præstentur: locum non habebit: ne ex pacto nascatur actio. ea enim pacta insunt, quæ legem contractui dant, id est, quæ in ingressu contractus facta sunt.* † *Idem responsum scio a Papiniano,* [&] *si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat: ob hanc causam agi ex empto non posse: propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur, Quod & in omnibus bonæ fidei judiciis erit dicendum.* † *Sed ex parte rei locum habebit pactum: quia solent & ea pacta, quæ postea interponuntur, parere exceptiones.* § 6. *Adeo autem bonæ fidei judiciis exceptiones postea factæ, quæ ex eodem sunt contractu, insunt, ut constet, in emptione cæterisque bonæ fidei judiciis, re nondum secuta posse abiri ab emptione. Si igitur in totum potest, cur non & pars ejus pactione mutari potest? Et hæc ita Pomponius libro sexto ad Edictum scribit.* † *Quod cum est,* [*etiam*] *ex parte agentis pactio locum habet, ut & ad actionem proficiat, nondum re secuta, eadem ratione. nam si potest tota res tolli, cur non & reformari: ut quodammodo quasi renovatus contractus videatur? quod non insubtiliter dici potest.* † *Unde illud æque non reprobo, quod Pomponius libris Lectionum probat, posse in parte recedi pacto ab emptione: quasi repetita partis emptione.* † *Sed cum duo heredes emptori exstiterunt, venditor cum altero pactus est, ut ab emptione recederetur: ait Julianus, valere pactionem, & dissolvi pro parte emptionem: quoniam & ex alio contractu paciscendo alter ex heredibus adquirere sibi potuit exceptionem. Utrumque igitur recte placet, & quod Julianus & quod Pomponius.* Summa Ulpiani est, actionem, etsi ex pacto neque nascatur, neque tollatur, tamen interdum formari pacto: id fieri præsertim in bonæ fidei contractibus; nam his inesse pactum ex continenti subsecutum, cum ex rei, tum ex actoris parte: cæterum ex intervallo adjectum, si quidem de adminiculis, tantum inesse a parte rei: si vero sit de natura, non minus inesse a parte actoris, quam a parte rei. Hæc summa: sed plenius explicanda. primum tamen dicendum, quid sit, *ex continenti.* deinde, quid sit, *actionem formare*, vel, ut in aliis libris est, *informare.* postremo, quid sit, pactum judiciis bonæ fidei *inesse.*

Verbum *ex continenti*, vel, ut in *l.* 13. *C. de pactis* est, *in continenti*, proprie respicit ad locum; ut cum dicitur *continens provincia* §. 1. *l.* 99. *D. de verborum significatione:* sed transfertur quoque ad tempus. eo sensu in continenti fit quod confestim fit *l.* 3. §. 9. *D. de vi & vi armata*, *l.* 21. *C. de usuris*, *l.* 40. *D. de rebus creditis:* nec utique intelligitur præcise, & quasi in puncto; sed plerumque civiliter & cum aliquo spatio *l.* 1. §. 8. *D. Ad legem Falcidiam:* quomodo Sicilia dicitur *continens provincia*, etsi modico freto ab Italia dividatur *d. l.* 99. §. 1. hoc exemplo fit in continenti pactum, non modo cum fit in ingressu contractus *l.* 7. §. 5. *D. de pactis*, aut in initio contractus *l.* 5. *C. de pactis inter emptorem;* sed etiam, cum fit tempore contractus *l. pen. C. eod. tit.* vel paulo post contractum *l.* 3. *C. de Ædilitiis actionibus.* atque hoc si est: deliberari potest, an in illo Ulpiani *d. l.* 7. §. 5, *Ea enim pacta insunt quæ legem contractui dant, id est, quæ in ingressu contractus facta sunt*, illud, *id est*, non definiat, sed declaret: ut in *d. l.* 7. §. 8, & alibi. sic certe observavit V. Cl. Franciscus Duarenus, *ad d. l.* 7. §. 5. *pag.* 58. & post eum Arnoldus Vinnius, *De pactis c.* IX. Ne hoc quidem silebo: quod, si quis rei suæ legem dicit tempore traditionis, eam servari Gajus ait *l.* 48. *D. de pactis;* petita, opinor, origine ex

ex hac Lege Duodecim Tabularum, *Si nexum faciet, mancipiumque, ut lingua nuncupassit, ita jus esto:* ut alibi in sequentibus tractabo plenius.

Informare porro & *formare* quid sit, indicat Lactantius, *De opificio Dei c.* 12. *Ajunt*, inquiens, *non tantum maribus inesse semen, verum etiam feminis, sed earum semen sanguine esse purgatum. quod si recte cum virili mistum sit, utraque concreta & coagulata informari, & primum quidem cor hominis confingi.* Sic Lactantius: *informare* exponens *confingere:* desumpta locutione a cera aut luto: cujus forma mutatur fictione etsi eadem maneat massa. optime Ovidius *lib.* XV. *Metamorphos. vers.* 169. verba ejus.

Utque novis fragilis signatur cera figuris,
Nec manet, ut fuerat, nec formas servat easdem,
Sed tamen ipsa eadem est.

Inesse postremo valet idem quod contineri, ut liquet ex collatione *d. l.* 7. §. 5. cum l. 72. *D. de contrahenda emptione.* porro alteri inesse, aut eo contineri dicitur quod ei confunditur, atque ejus nomine & jure censetur. hoc sensu Ulpianus *l.* 47. §. 1. *D. de legatis lib.* 3. ait, *In empto paratum inesse, in parato non continuo emptum contineri.* pro, quod emptum est, paratum esse; quod paratum est, non continuo emptum dici. Eodem modo Ulpianus *l.* 3. *D. de jurisdictione*, *Mixtum*, inquit, *imperium esse cui etiam jurisdictio inest:* significat enim, mixtum imperium esse quod etiam jurisdictio appellatur. Similiter in *l.* 7. §. 10. *D. de pactis* ait, *Inesse dolo & fraudem:* pro, dolum esse eumdem fraudi. Nec aliter Ovidius, *Heroidum epist.* 17, quæ est Helenæ ad Paridem, *vers.* 217.

Ipse mihi quoties iratus, adultera, dices,
Oblitus nostro crimen inesse tuum.
Delicti fies idem reprehensor & auctor.

Cicero quoque *lib.* 1. *De natura Deorum c.* 42. Verba ejus. *Horum enim sententiæ omnium non modo superstitionem tollunt, in qua inest timor inanis Deorum; sed etiam religionem quæ Deorum cultu pio continetur.*

Unde apparet, Ulpianum *d. l.* 7. §. 5, cum ait, pacta in continenti adjecta bonæ fidei contractibus, iis inesse: velle, hæc pacta illis contineri, seu misceri, seu eorum parte & jure æstimari, & addit Ulpianus: quod hæc pacta actionem ex contractu informant ad alium modum, quam se haberet actio; absque illis pactis foret: id liquere ex eo, quod ubi in continenti quid convenit; pactum dat contractui legem: id est, contractum format: cum ob pactum præsertim perficiatur contractus. ita vero efficitur, ut pactum etsi nudum atque inutile foret, a contractu separatum: tamen ex continenti illi adjectum, neque nudum esse, neque inutile, sed ei sic misceri videatur: ut pro eo actio detur, ex illo contractu, ac ne sic quidem qualis naturaliter est contractus, sed qualis adjecto illo pacto confictus est: eo quod ejus pacti gratia ipse celebratus est, & absque pacto foret, celebratus non fuisset. summa est: quod actio ex bonæ fidei contractu datur ad servandum totum contractum, & ad servandas singulas contractus partes. datur igitur ad servandum pactum quod inest contractui bonæ fidei, & pro ejus parte habetur. sic, si est ei ex continenti adjectum. at si non inest ei, quia est ex intervallo subsecutum: apparet; neque parere, neque informare actionem: quippe cum non det contractui legem. certe is jam non pacti gratia perficitur. imo pactum fit post formatam actionem. ita nudum est; nec censetur contractus parte aut jure. nec tamen inficior, id etsi a parte actoris non insit bonæ fidei contractui, nec illi pariat actionem, quia est ab ejus parte nudum, adhuc reo proficere ad exceptionem. id rescribit Imp. Maximinus *l.* 13. *C. de pactis.* *In bonæ*, inquiens, *fidei contractibus ita demum ex pacto actio competit, si in continenti fiat: nam quod postea placuit, id non petitionem, sed exceptionem parit.* Hoc eo verius: quia etiam pactum ex intervallo adjectum contractui stricti juris, reo prodest ad exceptionem. etsi interest inter contractum bonæ fidei & stricti juris; quod exceptio in illo inest actioni *l.* 3. *D. de rescindenda venditione:* in isto non inest: hoc est, in illo etsi in jure non sit contestata apud Prætorem, tamen in Judicio opposita, Judicis officio continetur. in isto, nisi apud Prætorem contestata in jure, etsi in judicio allegetur, Judicis officio non continetur. id vero valet, actionem in altero ipso jure, in altero per exceptionem tolli: ut ex *d. l.* 3, & *l.* 28. *D. de actionibus empti & venditi*, aliisque locis, ostendi, *libro De forma emendandi doli mali c.* 8. Unde porro consequens est, ut pactum, sive ex intervallo, sive ex continenti adjiciatur bonæ fidei contractibus, eis semper insit ex parte rei, id est, semper actionem tollat ipso jure: quia reo semper prodest ad exceptionem; eaque semper inest judicio bonæ fidei.

Sed liquet, pactum, cum ex actoris parte inest contractui bonæ fidei, ejus actione servari *l.* 79. *D. de contrahenda emptione*, *l.* 6. §. 1. *l.* 11. §. 1. & 2. *l.* 13. §. 30. *eod. tit.* Nisi pactum spectet ad dissolvendum contractum: ut, si fundus venierit sub lege commissoria, aut sub pacto addictionis in diem. nam tum fuit dubitatum; quæ præsertim danda esset actio: dissentientibus, ut mihi videtur, Proculianis & Sabinianis. negabat certe Proculus, actionem ex contractu hic competere ideo: quod adhiberetur ad finiendum contractum, contra naturam actionis ex contractu, tantum ad eum adstringendum inventæ, nec obtinentis eo finito. malebat igitur Proculus, dare actionem præscriptis verbis; solitam obtinere; quoties alii, & certæ locus non est. Ita quidem Proculus *lib.* 11. *Epistolarum:* nam hæc est Inscriptio *l.* 12. *D. de præscriptis verbis.* Sed Sabino placuit, concedere actionem ex contractu: auctore Paulo *l.* 6. *D. de rescindenda venditione.* & videtur movisse Sabinum, quod pactum in continenti adjectum contractui bonæ fidei, quamvis finiat contractum, tamen inest contractui: ac sicut ex contractu actio datur ad servandum contractum: sic datur ad servandas partes ejus; & per consequens ad servandum pactum commissorium, aut pactum addictionis in diem, illi in continenti adjectum. quia data ad servandum pactum, est data ad servandum contractum, adjecto pacto transfiguratum. ita sane Pomponius *l.* 6. §. 1. *D. de contrahenda emptione;* ac, nisi fallor, ex Sabini sententia: juvante conjecturam Inscriptione loci: quæ Inscriptio habet, *Pomponius lib.* 9. *Ad Sabinum.* Verissima interim fuit Sabini sententia: etsi Proculi, tamquam tutior, usu magis obtineret: donec Sabini quoque sententiam Rescripto suo probarunt Impp. Severus & Antoninus *l.* 4. *D. de lege commissoria.* Ita vero factum fuit, ut tandem utraque reciperetur sententia, cum Sabini, tum Proculi: teste Paulo *d. l.* 6. *D. de rescindenda venditione*, & Alexandro *l.* 2. *C. de pactis inter emptorem & venditorem compositis.*

Sic jus est, si pactum in continenti adjiciatur bonæ fidei contractibus. non idem est, si ex intervallo fiat: ut puta, (quod exemplum *d. l.* 7. §. 5. adfert Ulpianus) post divortium convenit, Ne tempore statuto dilationis dos reddatur, sed statim: hoc, inquit, non valebit; & addit rationem: ea ratio est, ne ex pacto actio nascatur. recte:

ctæ: nam pacta si quæ fiant tempore dandæ vel augendæ dotis de ea soluto matrimonio præsente die restituenda, formant dotis actionem. potest autem dos & dari & augeri tam post, quam ante, contractum matrimonium. post divortium dos neque datur, neque augetur. igitur post divortium facta pactio de dote præsente die reddenda non prodest ad actionem: quia non ex continenti facta, sed ex intervallo. hoc unum Ulpiani exemplum. Est & alterum in his verbis *d. l.* 7. §. 5. *Idem Marcellus scribit. & si in tutelæ actione convenit, ut majores, quam statutæ sunt, usuræ præstentur: locum non habebit: ne ex pacto nascatur actio.* Sensus Ulpiani est, pactionem non profuturam ad actionem, si dum agitur tutelæ, id est, si finita tutela (nam tum agitur tutelæ *l.* 4. *D. de tutelæ & rationib. distrahendis*) interponatur pactio, ut majores præstentur usuræ, quam in tutelæ cæterisque bonæ fidei judiciis Principum Constitutionibus de quibus scripsi *lib.* 2. *De fœnore & usuris*, definitæ sunt. & additur ab Ulpiano ratio quam jam sæpius attigimus, *Ea enim pacta insunt quæ legem contractui dant, id est, quæ in ingressu contractus facta sunt.* Tertium exemplum ponit Ulpianus *d. l.* 7. §. 5. in emptione venditione: in qua distinguit, utrum pactum ex intervallo extra naturam contractus, an de ea adjiciatur: & movet Ulpianum auctoritas Papiniani, in *l.* 72. *D. de contrahenda emptione*, ita scribentis, *Pacta conventa quæ postea facta detrahunt aliquid emptioni contineri contractu videntur, quæ vero adjiciunt, credimus* [*hoc*] *non inesse. Quod locum habet in his, quæ adminicula sunt emptionis: veluti, ne cautio duplæ præstetur; aut, ut cum fidejussore cautio duplæ præstetur. Sed quo casu agente emptore non valet pactum, idem vires habebit jure exceptionis, agente venditore. An idem dici possit, aucto postea vel diminuto pretio, non immerito quæsitum est; quoniam emptionis substantia constitit ex pretio. Paulus notat: si omnibus integris manentibus, de augendo vel diminuendo pretio rursum convenit, recessum a priore contractu, & nova emptio intercessisse videtur.* Substantia Papiniano est sine qua contractus non subsistit, etsi velint contrahentes. ea substantia ab Ulpiano *d.* §. 5. *l.* 7. natura appellatur: ut ex utriusque loci collatione intelligitur. Proinde si quæ sint extra naturam contractus internam, (sic puto) non pertinent ad substantiam contractus: atque ea a Papiniano *d. l.* 72. adminicula dicuntur; quasi juvantia contractum, quamquam alioquin ad eum non sint necessaria: denique, cum possint abesse a contractu, tamen sine his non facile celebratus esset. Quid ergo est? si de his adminiculis, id est, de his quæ sunt extra naturam contractus internam, in continenti conveniatur; dicemus, pactum, quia dat contractui legem, ei inesse etiam ad actionem, non tantum ad exceptionem: sin ex intervallo subsequatur, ei non inesse, nisi jure exceptionis: ut Papinianus loquitur. nempe, quia jam non legem dat contractui in ejus ingressu: sed cum perfectus est contractus, demum ex intervallo accedit extra ejus naturam & substantiam. itaque non potest haberi, nisi nudum. Hoc mihi sedet: sed, ut recedit a Jacobo Cujacio *lib.* 14. *Observ. c.* 28, & aliis eruditissimis hominibus, pluribus confirmandum erit. sic igitur statuo, pactum contractui de ejus adminiculis ex intervallo adjectum, ei non inesse ad actionem: valere tamen, & inesse ad exceptionem: id est, contractum perimere ipso jure. quam ob rem? nimirum ex pacto datur exceptio: atque ea qualiscumque sit, inest bonæ fidei judicio. igitur pactum, quamvis sit ex intervallo factum de adminiculis, contractui inest, & eum ipso jure dissolvit. Atque hoc indigitat Papinianus in *d. l.* 72. *Pacta*, inquiens, *conventa quæ postea facta detrahunt aliquid emptioni, contineri contractu videntur: quæ vero adjiciunt, credimus hæc non inesse.* Scio: ait Cujacius, emptioni detrahi, ubi de natura emptionis convenitur, quamquam alioquin ei adjiciatur: & emptioni adjici, cum sit pactum de adminiculis, licet alioquin ei detrahatur. Sed Cujacium, quod cum bona ejus venia dicam, refutat Papinianus. ait enim, hanc distinctionem in his quæ de adminiculis sunt obtinere: in illis quæ de substantia sunt, non obtinere. sic utique ait, *Quod locum habet in his quæ adminicula sunt emptionis:* ac ne dubitatio esset alterutra in specie, etiam adjicit utriusque exemplum: *Veluti*, inquiens, *ne cautio duplæ præstetur; aut ut cum fidejussore cautio duplæ præstetur.* Utrumque exemplum de adminiculis: solet enim duplæ cautio in emptione præstari nuda repromissione sine fidejussoribus *l.* 56. *D. de evictionibus.* igitur si ex intervallo conveniatur, ne cautio duplæ præstetur, id pactum, quia emptioni detrahit, emptione contineri, Papinianus ait. quod si placeat, ut cum fidejussore præstetur duplæ cautio: negat Papinianus, hoc pactum, quia emptioni adjicit, emptioni inesse. non igitur pactum, cum de adminiculis sit ex intervallo, & auget contractum, valet ex parte actoris: quia non prodest ei ad actionem: est enim nudum; ex eoque nulla civili jure nascitur actio. aliter ac si detrahat contractui: tum enim inest illi ex parte rei: quia parit exceptionem; quæ bonæ fidei judicio semper continetur. Idem censet Papinianus, cum pactum adjicit emptioni: nam huc spectant hæc ejus verba, *Sed quo casu agente emptore non valet pactum, idem vires habebit jure exceptionis, agente venditore.* Non me præterit, quod Jacobus Cujacius *d. c.* 28. hoc *agente venditore*, sic accipit, quasi dicat Papinianus, *defendente venditore;* quomodo ait id verbum usurpari in *l.* 1. *D. de edendo:* non ignoro quoque, quod illud, *Idem vires habebit jure exceptionis*, sic exaudit, quasi significet Papinianus, pacta de adminiculis, cum ex intervallo emptioni adjiciuntur, ea non contineri; & ideo magis ad exceptionem, quam ipso jure, prodesse. Sed neutrum mihi probatur. primum puto, Papiniani verba tantum ad eam pertinere speciem, in qua emptioni adjicitur. deinde exigit interpretatio bonæ fidei, ut exceptio æque hoc in casu insit actioni bonæ fidei, atque in superiore: licet pactum non valeat ad actionem. Pone: inter emptorem & venditorem ex intervallo convenit, ut venditor de dupla caveret datis fidejussoribus: non poterit emptor agere eo nomine: quia hoc pactum aliquid adjicit extra naturam internam contractus: & tamen si venditor pretium petat actione ex vendito, proficiet emptori pactum, agente venditore: nam potest emptor uti exceptione, Extra quam si pactum conventum sit, de dupla caveri cum fidejussore. ea vero exceptio inest judicio bonæ fidei, sive opposita in jure apud Prætorem, sive illic omissa, modo apud Judicem allegetur; ideoque ejus officio continetur. Exposui sensum Papiniani in *d. l.* 72. qui si placet; etiam expositus est ille Ulpiani, in *d. l.* 7. §. 5. *vers. Idem responsum scio a Papiniano:* quia eamdem persequitur facti speciem, & hanc ex Principiis Papiniani.

Tantum de pactis ad contractuum adminicula spectantibus. sequuntur quæ ad internam contractuum naturam, sive ad eorum substantiam pertinent. hic autem placet, re integra, nihil interesse, utrum ab initio fiat pactum, an ex intervallo: præterea, utrum adjiciat, an detrahat contra-

tractui aliquid: adeo pactum in omnibus his casibus contractui non tantum ad exceptionem inesse, sed etiam ad actionem. causa meæ opinionis est; quod sive addatur pretio, sive detrahatur, integra emptione, de ejus substantia quæ ex pretio consistit, nova celebratur conventio; eaque fit, ut a priore emptione recedi, & quodammodo nova emptio contrahi videatur. Ita Papinianus, & in Notis ad eum Paulus, *d. l.* 72. *D. de contrahenda emptione:* etiam Ulpianus *d. l.* 7. §. 6. *D. de pactis*, sed aliquanto operosius. unum notabo, quod ibi Florentiæ sic legitur, *Adeo autem bonæ fidei judiciis exceptiones postea factæ quæ ex eodem sunt contractu*, *insunt*, *ut constet*, *in emptione*, *cæterisque bonæ fidei judiciis*, *re nondum secuta*, *posse abiri ab emptione.* & reliqua. Sed Jacobus Cujacius *lib.* 2. *Observ. c.* 15, pro *exceptiones* restituit *depectiones.* nulla necessitate: *excipere* est *pacisci.* inde *exceptio* est pactio, & *exceptiones postea factæ* sunt pactiones postea factæ: ut alibi docui. De his vero exceptionibus, sive pactionibus, quæ ex eodem sunt contractu, Ulpianus *d.* §. 6. sic sentit, eas postea, id est, ex intervallo, factas, ita inesse bonæ fidei judiciis, id est, bonæ fidei contractibus ita contineri: ut constet, in emptione cæterisque bonæ fidei judiciis, (intellige cæteros contractus consensu constantes) re nondum secuta, id est, re adhuc integra, sive re nondum tradita, neque pretio adhuc numerato, posse ab emptione & venditione abiri. quod verum est, & in *l.* 2. §. 3. *D. de rescindenda venditione*, *&* *l.* 58. *D. de pactis*, confirmatur. Sed non hic quiescit Ulpianus *d. l.* 7. §. 6. longius pergit. nam, si potest, inquit, pacto in totum abiri ab emptione: quid ni ejus pars pactione mutari possit? ut, si verbi gratia, pretium minuatur, aut augeatur. tum enim a priore emptione recedi, & quodammodo nova contrahi emptio intelligitur. ita certe fit, ut contractus idem maneat magis genere, quam specie. fit enim novus: nec tamen est actum de priore in totum abolendo. hoc igitur intuitu possit posterior quodammodo haberi pro pacto priore inhærente. nec male ait Ulpianus, ea effici ratione; ut pactio spectans ad contractus substantiam, non tantum ex rei, sed etiam ex agentis, parte obtineat; nec minus huic ad actionem, quam illi ad exceptionem proficiat. id vero sic confirmat. si potest tota res tolli pacto: cur non & reformari queat; ut quodammodo quasi renovatus videatur contractus; & pactum hoc modo æque ab actoris, atque a rei parte servetur. simili ratione nec illud reprobat, quod Pomponius libris Lectionum probat, posse in parte recedi ab emptione, quasi repetita partis emptione. Hoc, si res sit integra. quid, si desierit esse talis? puta; ego quæ me ex empto præstare tibi oportebat, præstiti: & cum tu mihi pretium deberes; convenit inter nos, ut rursus præstitis mihi a te in re vendita omnibus quæ ego præstiti, mihi non dares pretium: tu mihi ea præstitisti, ait Neratius *l.* 58. *D. de pactis*, visum esse Aristoni, te desinere pretium debere: & præfatur; quod interpretatio bonæ fidei ad quam omnia hæc rediguntur, hanc quoque conventionem admittit: Neratii sensus est, vel ex hoc pacto nasci exceptionem; sed inesse bonæ fidei judicio: igitur ex hoc quoque pacto desinere te pretium debere ipso jure. utique nil interesse, inquit; utrum integris omnibus in quæ obligati essemus, conveniret, ut ab eo negotio discederetur; an in integrum restitutis his quæ ego tibi præstitissem; consentiremus: ne quid tu mihi eo nomine præstares. Addit Neratius §. 1. *d. l.* 58, illud plane conventione quæ pertineat ad resolvendum id quod actum est, non posse perfici: ut tu quod jam ego tibi præstiti, contra præstare cogaris: scilicet, quod eo modo non tam agitur, ut discedamus a pristino negotio, quam ut novæ quædam obligationes inter nos constituantur. id vero ex intervallo non potest fieri pacto nudo: sicut nec eo pacto potest ex intervallo tolli obligatio: ubi res desiit esse integra.

Possim videri plus satis dixisse de pactis, bonæ fidei contractibus in continenti adjectis: sed mihi aurem vellit Papinianus *l.* 7. *D. de servis exportandis*, & monet, ea pacta non in infinitum servari actione contractus: sed demum, si consistant intra naturam contractus: nam si ab ea sint aliena, aut ejus modum formamve egrediantur, destitui, & extra actionis potestatem haberi. est exemplum Papiniani egregium in pacto de præstanda pœna, ob non servatam contractus fidem. Verba Papiniani apposui. *Servus ea lege venit*, *ne in Italia esset: quod si aliter factum esset*, *convenit citra stipulationem*, *ut pœnam præstaret emptor. vix est ut eo nomine vindictæ ratione venditor agere possit: acturus utiliter*, *si non servata lege*, *in pœnam quam alii promisit*, *inciderit. Huic consequens erit*, *ut hactenus agere possit*, *quatenus alii præstare cogitur: quidquid enim excedit*, *pœna*, *non rei persecutio est. Quod si*, *ne pœnæ causa exportaretur*, *convenit*, *etiam affectionis ratione recte agetur. Nec videntur hæc inter se contraria esse: cum beneficio adfici hominem*, *intersit hominis: enimvero pœnæ non irrogatæ indignatio solam duritiem continet.* Proponitur servus esse venditus: ea lege, ne in Italia esset; &, si aliter factum esset, convenisse; ut pœnam præstaret emptor. postea facto adversus legem contractus, quæritur; an venditori jus sit, vindictæ ratione ex vendito agere pacti ejus nomine? negat Papinianus: arbitratus, tale pactum egredi formam non dicam venditionis, sed omnium contractuum. quis enim contractus, unam si excipias stipulationem, pœnæ gratia comparatur? nullus. contra omnes finiuntur rei de qua contrahitur, utilitate: id est, æstimatione ejus quod contrahentium interest. adeo, lucri cessantis & damni emergentis, vel etiam affectus pii & honesti quem facile probet arbiter in judicio bonæ fidei *l.* 54. *D. Mandati.* His igitur modis si intersit agentis ex lege contractus bonæ fidei: siverunt Veteres agi, non repugnante contractus forma. si non sic intersit ejus: noluerunt agi ex contractu *l.* 32. *D. Locati*, *l.* 8. §. 6. *D. Mandati:* etsi de pœna in continenti convenit: quia pœna non est res ad quam spectat contractus; sed persecutio vindictæ, extra modum rei debitæ, extraque formam contractus, pactive ei adjecti constitutæ: excepta, ut dixi, stipulatione: inventa firmandarum aliarum conventionum gratia. ita sustinens, fidem contractus aliqua obstringere pœna, hanc non pacisci, sed stipulari debet: quando in pœnæ stipulatione non quæritur, quantum cujusque intersit, sed quæ quantitas sit in stipulatione *l.* 3. §. 1. *&* *l.* 38. §. 17. *D. de verborum obligationibus.* at hic nulla facta est pœnæ stipulatio. tantum pacto convenit de pœna. non igitur actione ex stipulatu hic petetur pœna, quia non est promissa stipulatione: nec actione ex vendito, quia est extra potestatem ejus contractus, utique quatenus pergit ad vindictam. nam si ei misceatur rei persecutio, ut si venditor ipse ob non servatam legem aliquid sit daturus alii: adhuc rationis est, hactenus ei dari actionem ex vendito: quia ejus sic interest pecuniæ ratione: ultra est studium vindictæ, cujus non est probabilis paciscendi causa, utpote habens propositum magis duritiæ, quam ejus quod interest;

&

& ideo interpretatione bonæ fidei minime adjuvandum. Sic Papinianus libro 10. Quæstionum ex quo est *d. l.* 7. sed deinde libro XXVII. ex quo est *l.* 6. *D. de servis exportandis*, transiit in Sabini sententiam, a priore diversam: non quod eum pœniteret rationis piæ & humanæ: sed quod sentiret, se esse lapsum errore facti. ante enim putabat, non aliter agi ex vendito, quam si venditoris interesset pecuniæ ratione: veluti, quia ipse pœnam alii promisisset. non autem convenire viro bono, credere, venditoris idcirco interesse, quod non esset sævientis animo satisfactum. nunc a Sabino edoctus, venditorem minoris vendidisse servum ea lege, ut extra Italiam exportaretur: videt, ejus interesse, servum exportari, non modo ob vindictam; sed etiam propter fidem æstimationis servi, idcirco, ut exportetur, minoris venditi: eamque æstimationem efficere partem pretii, & actione ex vendito recte peti.

Æque notabile est sequens Pauli exemplum *l.* 11. *D. de religiosis.* verba Pauli. *Quod si locus monumenti hac lege venierit*, Ne in eum inferrentur, quos jus est inferri: *pactum quidem ad hoc non sufficit*, *sed stipulatione id caveri oportet.* Venditus proponitur locus monumenti: id est, fundi portio in qua erat monumentum sive sepulchrum. venditus autem est is locus: ea lege, Ne venditor inferat quos jus sit inferri. ait Paulus, non sufficere tale pactum, ut emptori pariat empti actionem, venditore mortuum inferente adversus legem venditionis. nam pecuniæ ratione, quo unice tendit ex empto actio, non interesse emptoris, id fieri: contra hoc magis spectare ad pœnam quæ sit extra contractus formam: igitur posse hoc conveniri stipulatione pœnæ, in qua non inspicitur, quanti stipulatoris intersit, sed quæ sit quantitas stipulatione comprehensa.

Ejusdem generis est hoc Pomponii *l. pen. D. de pactis. Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat: aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat: aut ne vicino invito prædium alienet.* Quo planior fiat locus asper: ante monebo, quod is pertinet ad materiam de emptione & venditione: sub qua etiam melius fuisset positus: quando est ex Pomponii *lib.* 9. *Ad Sabinum:* ex quo sunt *l.* 4. 6. 8. 13. 16. 18. 20. *D. de contrahenda emptione*, item *l.* 1. *D. de hereditate vel actione vendita*, & *l.* 5. *D. de periculo & commodo rei venditæ:* omnes peræque de emptione & venditione loquentes. sit igitur talis species. aliquis fundum suum vendidit: hac lege, ne emptor eum dedicaret; neve in eo mortuum sepeliret; aut ne invito vicino prædium alienaret. emptor facit adversus fidem pacti. an venditori competit venditi actio. quæstio in eo vertitur: quod pactum, in continenti adjectum contractui bonæ fidei, ei inest. negat tamen Pomponius, tale pactum efficere quod intendit venditor: nempe, quia domino invidet libertatem re sua utendi, prout ei videtur; etsi venditoris nihil intersit. non igitur oportuit hoc effici pacto bonæ fidei contractui in continenti adjecto: sed pœnali stipulatione. Sic Pomponius ex disciplina sui temporis. quam mutavit Imp. Justinianus *l. ult. C. de pactis inter emptorem:* jubens, talem pactionem valere, ex eaque venditi actionem dari: duplice ratione. prior est, quod venditor, cum esset rei suæ dominus, absque ea lege esset, rem suam emptori non tradidisset. altera ratio est; quod poterat venditoris interesse. quid enim, si idcirco minoris vendidit? certe placet hoc Sidonii Apollinaris *lib.* 2. *epist.* 14. *Non magis cordi est aut voluptati ager cum reditibus amplis, quam vicinus æqualis cum bonis moribus.* Et apparet res in eo Apuleji *lib.* IX. *Metamorph. At enim casulæ parvulæ conterminos magnos & beatos agros possidebat vicinus potens & dives & juvenis, & prosapiæ majorum gloria male utens, pollensque factionibus, & cuncta facile faciens in civitate, hostili modo vicini tenuis incursabat pauperiem, pecua trucidando, boves abigendo, fruges adhuc immaturas obterendo. Jamque totum frugalitate spoliatum, ipsis etiam glebulis exterminare gestiebat; finiumque inani commota quæstione, terram totam sibi vindicabat.*

Cæterum sicut pœna promissa præter rem bonæ fidei contractu debitam, habetur extra contractus potestatem, etsi promissa pacto in continenti adjecto; nec potest peti, nisi actione ex stipulatu, si in stipulationem sit deducta: ita ne usura quidem olim pacto promitti potuit in contractu bonæ fidei, ut maxime ei in continenti adjiceretur: resistente ejus forma: quia non magis usura, quam pœna, nascitur ex pecuniæ corpore, ideoque non est in pecuniæ fructu *l.* 121. *D. de verborum significatione*, nec circa eam consistit, sive de intercepto lucro, sive de illato damno, agatur, saltem ut sufficiat Judici ad probationem ejus quod interest: ad cujus æstimationem omnis contractus spectat. tantum usura in stipulationem deducta, ex stipulatu petitur: eo quod in stipulatione non inspicitur, quanti intersit stipulatoris, sed quæ sit quantitas stipulatione comprehensa: ut de pœna, quo nomine etiam usura indigitatur, supra dixi. Hanc opinor fuisse Jure Civili formam omnis contractus, tam bonæ fidei, quam stricti juris, usque ad D. Pium: sed ejus Constitutione (quod primus observavi, *De fœnore & usuris lib.* 3. *c.* 6. & *lib.* 1. *c.* 5.) memorabilem accidisse mutationem. cum enim ante circa usuras nihil valeret Judicis officium, ne in bonæ quidem fidei judiciis ex mora, nec sub colore ejus quod interest, una excepta societate ex Labeonis sententia, a Pomponio approbata *l.* 60. *D. Pro socio;* contra sola valeret stipulatio, ut idem docet Pomponius *d. l.* 121: deinde placuit Constitutione, & quidem D. Pii; (sic enim conjeci *d. lib.* 3. *c.* 6.) ut generaliter in bonæ fidei judiciis, quatenus ad usuras attinet, tantum posset officium arbitri, quantum stipulatio *l.* 24. *D. Depositi. l.* 7. *D. de negotiis gestis.* igitur illo ex tempore, quod ante non erat jus, cœperunt usuræ in bonæ fidei judiciis, itemque in legatis & fideicommissis, vicem fructuum obtinere *l.* 34. *D. de usuris*, & sub eo quod interest, id est, sub lucro cessante & damno emergente officio Judicis comprehendi: simul eo obtinuit, ut usuræ in bonæ fidei contractibus æque ex pacto in continenti adjecto, atque ex stipulatione, promitti possent, non modo post, sed etiam ante moram *d. l.* 24. *l.* 17. §. 4. *D. de usuris.* at in stricti juris contractibus vetere juris forma tantum stipulatione promitti possent, nudo pacto non possent.

Caput XII.

De pactis adjectis contractibus stricti juris.

Ita in bonæ fidei contractibus. at de stricti juris contractibus silet Ulpianus *l.* 7. §. 5. & 6. *D. de pactis.* sed ego didici, interesse: utrum pacta his in continenti, an ex intervallo adjiciantur: item

item utrum addant, an detrahant obligationi. nam in continenti adjecta, si addant obligationi; non inesse ex parte actoris, neque formare actionem. sin detrahant; inesse ex parte rei, & actionem tollere vel transfigurare ipso jure. quod si ex intervallo sint subsecuta, sive quid detrahant, sive adjiciant contractui: ei non inesse; ita nec tollere actionem ipso jure; & tantum ad exceptionem proficere. Sic Veteribus visum; non tamen semper, neque omnibus. nam ut alibi, sic hic, usus quædam ex antiqua mutavit forma: etsi parcius in mutuo, quam in stipulatione. fuerit id curiosæ observationis: ac si fastidio non erit mea diligentia: exequar singula meo ingenio exemplis aliquot non inelegantibus.

Familiam ducet Ulpianus *l.* XI. §. I. *D. de rebus creditis* verbis sequentibus. *Si tibi dedero decem [sic], ut novem debeas: Proculus ait, & recte, non amplius te ipso jure debere, quam novem. sed si dedero, ut undecim debeas, putat Proculus, amplius quam decem condici non posse.* Exemplum hoc in mutuo. in quo duo dicit Ulpianus, atque ex auctoritate Proculi: qui, ut mihi videtur, princeps ausus fuit, hic recedere a Veterum definitione, non in totum, sed ex parte. primum ait Ulpianus, si dedero tibi decem mutuos; hoc pacto, ut novem debeas: te ipso jure novem debere, non decem. & movet Ulpianum: quod id pactum mutuo in continenti est adjectum: nec ei addit, sed detrahit. inest igitur mutuo ex parte rei; & certi condictionem ex eo natam, quatenus datum est, ipso jure tollit, quantum attinet ad decimum nummum. hoc primum Ulpianus: sequutus Proculum, qui sic primus statuit adversus veterem Juris formam. quid deinde Ulpianus? Si, inquit, dedero tibi decem; ea lege, ut undecim debeas: Proculum putare, amplius quam decem condici non posse. sic Ulpianus: significans, Proculum nihil hac in parte mutasse ex Juris regula. nam pactum ut undecim debeas, cum decem accepisti, auget mutui obligationem: & ideo non inest mutuo ex parte actoris; nec informat certi condictionem ex mutuo, quatenus datum est, competentem.

Non ignoro, passim aliam adduci causam, cur in *d. l.* XI. §. I. decem datis ex mutuo, & adjecto pacto, ut novem, aut ut undecim debeantur: in altero casu tantum novem, in altero tantum decem, debeantur. ajunt scilicet, in altero donatum videri nummum decimum: in altero obligationem re non contrahi ultra quam datum sit. Sed neutra responsio nostram moratur sententiam. primum non nego, decem datis ex causa mutui, ut novem restituantur, debitori donatum esse nummum decimum. quin fateor, quia hæc donatio ei pacto facta est; non posse decem cum effectu peti. at est error hoc quæri existimantium. illud vertitur: si nihilominus creditor decem a debitore petat certi condictione, id est, actione stricti juris: quomodo servanda usu Fori Romani ea donatio videatur: ipsone jure, an pacti exceptione ex hoc Edicto? istæc res est, atque ea huc redit: utrum tale pactum insit mutuo, id est, contractui stricti juris: an non insit. nam si non inest ei: jam nudum est; nec prodest ipso jure, sed per exceptionem. sin inest ei: magis actionem tollit ipso jure, quam per exceptionem. quid ergo est? ait Ulpianus, non amplius te ipso jure debere, quam novem. putat igitur, pactum mutuo, id est contractui stricti juris, in continenti adjectum, cum detrahit obligationi, inesse ex parte rei, & certi condictionem ipso jure expungere. respondi primæ objectioni: videamus alteram.

Hæc æque infirma. concedamus enim, quod ajunt, decem datis, ut undecim debeantur, non undecim, sed decem deberi: eo quod non potest obligatio re nasci ultra, quam datum sit; non tamen id propositam expedit difficultatem. adhuc enim quæro, cur apud Ulpianum ex mutuo quod re contrahitur, non possit propter adjectum pactum ultra id quod datum est, obligatio nasci Civili Jure? ea vero non alia est, quam quod pactum, mutuo in continenti adjectum, si quid addat obligationi, non inest ex parte actoris; itaque nudum manet, & nullius momenti est. alioquin depositum æque re contrahitur ac mutuum: & tamen ex nummis, sine obsignatione depositis ea lege, ut usuræ præstentur, donec tantumdem reddatur: placuit Papiniano *l.* 24. & *l.* 25. §. I. *D. Depositi*, etiam Paulo *l.* 26. §. I. *D. eod. tit.* usuras deberi actione depositi: quamvis negari nequeat, sic obligationem re nasci ultra, quam depositum est. putemus igitur, inter mutuum & depositum (etsi utrumque re contrahatur) interesse: quod mutuum est contractus stricti juris; depositum bonæ fidei: ideoque pactum deposito adjectum de præstandis usuris, deposito inest ex parte actoris, & format depositi actionem: postquam placuit Divo Pio, quod superiore ostendi capite, in bonæ fidei judiciis, quoad usuras, tantum posse officium arbitri, quantum valet stipulatio *d. l.* 24. at mutuo non inest tale pactum; nec paciscenti prodest ad petendas usuras *l.* 3. & *l.* 7. *C. de usuris*: quippe cum in stricti juris judiciis, exceptis legatis & fideicommissis, non placuerit Divo Pio, circa usuras mutare veterem formam, sed eas adhuc, tamquam pœnam, tantum stipulatione deberi.

Atque huc etiam it Paulus *l.* 17. *D. de pactis*, pulchra & elegante, sed cujus vis, mea opinione, nondum satis intelligitur. ipsa interim est ex Pauli *lib.* 3. Ad Edictum, eoque propria hujus loci, ita nec pigebit me, in eam diligentius inquirere. verba Pauli. *Si tibi decem dem, & paciscar*, ut viginti mihi debeantur: *non nascitur obligatio ultra decem: re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit.* Ut planior fiat Pauli sententia, obiter præmittam, quod est citra controversiam, si tibi decem dem, nec paciscar, ut mihi viginti debeantur: nihil mihi deberi præter decem: eo quod non potest re nasci obligatio, nisi quatenus datum sit. hoc exploratum omnibus: nec est quæstioni Paulo. sed quid, si interveniat tale pactum, ut plus debeatur, atque in continenti, ubi contrahitur mutuum? ea est Pauli quæstio. ait vero, nec jam nasci obligationem ultra decem. vere & meditate: nam si absque eo pacto sit, non potest mutuum, id est, re, ultra quam datum est, nasci obligatio. at nec causa est, cur magis, ob adjectum tale pactum, ultra quam datum est, nascatur. quia ultra nil abest creditori: ac si ultra ei promittatur; pœna aut usura vocatur: ad quam non spectat natura mutui; sed stipulatio, si subjecta sit: quod si non sit; pactum nudum est, atque inutile Civili Jure. non enim inest contractui stricti juris, qualis est mutuum: quia in eo nihil mutavit Divus Pius: ut supra dixi. igitur etiam post id pactum manet mera atque integra mutui natura: non permittens; re nasci obligationem; nisi quatenus datum sit. exposui primum exemplum quod est de pactis mutuo adjectis.

Alterum erit de pactis stipulationem sequutis. tale exemplum est apud Paulum *l.* 4. §. *ult. D. de pactis*: quæ est ex libro ejus tertio ad Edictum. verba Pauli. *Ex facto etiam consultus, cum convenisset*, ut donec usuræ solverentur, fors non peteretur, *& stipulatio pure concepta fuisset; condi-*

ditionem inesse stipulationi, atque si hoc expressum fuisset. Species Pauli. Dedisti Mævio mutuos centum. eos cum usuris tibi dari stipulatus es: & convenit in continenti, Ne sors petatur, donec usuræ solvantur. solutis suo tempore usuris, dubitatum est: non, an sors repeti possit; (certum est enim, non posse cum effectu peti, propter pactum conventum) sed utrum actor, si eam petat, per exceptionem, an ipso jure removeatur? ea quæstio in eo versatur: utrum pactum stipulationi insit? si enim negamus, inesse stipulationi: actor exceptione repelletur. sin dicimus, ei inesse: verius est, eum ipso jure removeri. quid igitur est? ait Paulus, conditionem perinde inesse stipulationi, atque si hoc expressum esset. ipso igitur jure reum adjuvari. Ex eodem, opinor, fonte profluxit hoc Ulpiani *l.* 41. §. 1. *D. de verborum obligationibus. Quotiens in obligationibus dies non ponitur, præsenti die pecunia debetur: nisi si locus adjectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri. verum dies adjectus efficit, ne præsenti die pecunia debeatur.*

Cæterum quod ex Paulo & Ulpiano dixi, non semper obtinuit, nec omnibus sedit. nam ab initio, atque ut ego conjicio ex *d. l.* xi. §. 1. *D. de rebus creditis*, ante Proculum vigebat contraria Juris regula. eamque Sabinum retinuisse, & sibi placere, Cassius retulit, apud Papinianum *l.* 4. *D. de servitutibus.* fuerunt quoque Papiniani, Pauli, & Ulpiani tempore qui pro ea starent fortiter. observavi id ex *l.* 40. *D. de rebus creditis.* refertur ibi historia cognitionis Æmilii Papiniani, Præfecti Prætorio: in qua ambigebatur; utrum pactum in continenti adjectum stipulationi, reo ad exceptionem prodesset ex hoc Edicto; an magis stipulationi inesset, & ipso jure servaretur: placuit autem Papiniano de Consilii sententia, pactum in continenti adjectum stipulationi, ei inesse, & supervacuam reo esse exceptionem. ita factum; ut ad certum adduceretur consuetudo de qua usque adhuc fuerat inter Proculianos & Sabinianos variatum. Rem veram narro, at paucis notam, certe a nullo, quantum recordor, traditam. fuerit igitur tanti, eam demonstrare. ipse sic, ut dixi, Paulus *d. l.* 40. clara & nobili, ac jam a me exposita *lib.* 3. *De fœnore & usuris c.* 4. solum igitur notabo quod hujus loci est, ex ea liquere, fuisse in Auditorio Æmilii Papiniani, Præfecti Prætorio, quæsitum; utrum pactum in continenti adjectum stipulationi, ei insit ex parte rei, id est, reo sine exceptione prosit ipso jure: ac fuisse qui negaret; sed diversam sententiam obtinuisse Decreto Papiniani. Sic Paulus. hoc vero quid vult; nisi, quod ante dixi, pactum quod ad minuendam stipulationem pertinet, ei inesse ex parte rei, in ejusque honorem aut omnino tollere, aut transfigurare aliquatenus stipulationem, actionemque ejus, nempe, ut cum stipulatione primum comprehensum esset de sorte solvenda primis Kalendis, deque præstandis usuris pro sorte illis Kalendis non soluta; ac deinde pacto in continenti adjecto stipulationi, constituti essent dies alii solvendæ sorti; ea mutatio ipsa contineri stipulatione existimetur: perinde quasi ab initio ei inserta esset. ostendit igitur Paulus veterem Juris regulam: ostendit etiam consuetudinem ei contrariam; atque hanc, cum de ea dubitaretur, Papiniani Decreto in judicio confirmatam tandem, receptamque esse in stipulatione.

Nec tamen hoc caret difficultate, pene inextricabili: quando in §. 3. *Inst. de verborum obligationibus* sic scribit Imp. Justinianus. *Si ita stipuleris*, Decem aureos annuos, quoad vivam, dare spondes? *& pure facta obligatio intelligitur, & perpetuatur: quia ad tempus non potest deberi: sed heres petendo pacti exceptione submovebitur.* Species. Titius a Sempronio stipulatur decem aureos annuos. Sempronius paratus est, eos promittere; dum Titius in stipulatione adjiciat, quoad vivam. consentit in conditionem Titius. fit stipulatio: insertis verbis, Quoad vivam. an inest stipulationi pactum ei ex continenti adjectum? non inest. quo argumento? quia perpetua est hæc stipulatio; quamquam paciscentibus placeat, esse temporalem. superest certe actio ex stipulatu post Titii mortem: potestque heres Titii agere ex stipulatu ipso jure: sed instituta ab herede actio, ex hoc Edicto pacti exceptione infirmatur. Adhuc igitur valet Juris regula, nulla infracta consuetudine. Sed quid est? minime miror, a Justiniano in Institutionibus allegari regulam cui jam olim derogavit consuetudo; etsi nulla consuetudinis facta mentione: sæpe hoc fit. magis miror, Papinianum *l.* 4. *D. de servitutibus*, & Paulum *l.* 44. §. 1. *&* 2. *D. de obligationibus & actionibus* de quibus jam dixi, ad eumdem disputare modum. Nec tamen erravero; si in his quoque malim, regulam cum consuetudine conjungi, quam ab ea separari. hac enim via in illis Veterum Fragmentis quæ non habemus integra, fit difficultas: illa evitatur. Id multis demonstravi *lib.* 1. *Probabil. c.* 2. *&* 3. sed quia est eximii usus: si veram sequamur rationem: non gravabor, adhuc exemplum unum quod sit plurium instar, adscribere. Exstat in *l.* 12. *D. de obligationibus & actionibus* hæc regula ex Pomponii *lib.* 29. *Ad Sabinum. Ex depositi & commodati, & mandati, & tutelæ, & negotiorum gestorum, ob dolum malum defuncti heres in solidum tenetur.* Viguit ea regula Pomponii tempore in omnibus his actionibus: sed mutata est deinde circa tutoris heredem, opinor, Severi, & Antonini Constitutione quæ est in *l.* 1. *C. de heredibus tutorum & curatorum:* cujus verba sic restituenda sunt ex *Basilic. lib.* 38. *tit.* 7. *tom.* 5. *pag.* 104. *Heredes tutorum ob negligentiam quæ latæ culpæ comparari possit, condemnari non oportet: si non contra tutorem lis incohoata est, neque ex damno pupilli lucrum captatum aut gratia præstitum sit.* Patiamur igitur, utrumque conjungi locum; & tam notabilem liquere Juris inclinationem. Sit ita, quoad Pomponium: is enim qui potuit nosse Severi & Antonini Constitutionem tot annis post ejus obitum nascituram? sed quid faciemus Paulo? qui sub illis floruit; & lib. 18. Ad Plautium ex quo est *l.* 49. *D. de obligationibus & actionibus*, sine ulla ejus Constitutionis mentione, atque eodem plane modo quo Pomponius, scribit: *Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur: veluti cum tutor in tutela gerenda dolo fecerit, aut is apud quem depositum est.* Idem censeo quod de Pomponio dixi. fabulæ. nisi ipse hanc regulam Paulus cum sequuta Constitutione conjungit. ubi? in *l. ult. D. de fidejussoribus & nominatoribus & heredibus tutorum.* verba Pauli. *Paulus respondit tale judicium in heredem tutoris transferri oportere, quale defunctus suscepit. Hoc eo pertinet, ut non excusetur heres, si dicat, se instrumenta tutelaria non invenisse: nam cum ex omnibus bona fide judiciis propter dolum defuncti heres teneatur, idem puto observandum [&] in tutelæ actione. Sed Constitutionibus subventum est ignorantiæ heredum. hoc tamen tunc observandum est, cum post mortem tutoris heres conveniatur, non si lite contestata tutor decesserit: nam litis contestatione & pœnales actiones transmittuntur ab utraque parte, & temporales perpetuantur.*

Dedi memorabile exemplum quod imitemur in *d.* §. 3. *Inst. de verb. obligat. item d. l.* 4. *D. de ser-*

vitutibus, & *d. l.* 44. *D. de obligationibus & actionibus.* quin arbitror, etiam his in locis (quorum species plerasque ex usu sui temporis conjungit Julianus *l.* 65. §. 4. *D. de verborum obligationibus*) referri regulam a qua tandem sit consensu omnium Juris Auctorum recessum: etsi ante variaretur. Ac jam palam de suo tempore Ulpianus *l.* 41. §. 1. *D. eod. tit.* quæ est ex *lib.* 50. Ad Sabinum, *Dies*, inquit, *adjectus efficit*, *ne præsenti die pecunia debeatur.* Non ait, *ne petatur*, sed *ne debeatur*, atqui ex regula juris cesserat quidem dies, sed non venerat: itaque etsi peti non posset, tamen interim debebatur. sic idem Ulpianus ex lib. 1. Regularum in *l.* 213. *D. de verborum significatione.* quod diligentissime notandum. Præterea velim, deliberent eruditiores, an huc quoque intendat Imp. Justinianus *l. ult. C. de legatis: Jam*, inquiens, *constitutum est*, *fieri posse temporales donationes & contractus.* Me enim quod attinet; prope est, ut censeam. ita non sint Civili Jure temporales contractus, nec temporales donationes; ne fiant quidem, ob adjectum pactum, temporales ante Papiniani Decretum: (quia tempus Jure Civili non est modus inducendæ aut finiendæ obligationis *l.* 44. §. 1. *D. de obligationibus & actionibus:* nec propter adjectum pactum esse incipit, eo quod hujusmodi pactum non inest stricti juris contractui, qualis est stipulatio) est tamen, ut Justinianus ait, jam constitutum, atque, opinor, a Prudentibus. nam & hi constituere, & ipsorum Constitutiones dicuntur *l.* 1. *D. de privatis delictis*, & *l.* 91. §. 3. 4. & 6. *D. de verborum obligationibus.* est, inquam, jam constitutum, sive est in hoc communi itum consensu post Decretum Papiniani: ut pactum in continenti adjectum stipulationi, ei insit, actionemque ex stipulatu tollat ipso jure, & contractum faciat temporalem qui ante non erat talis. Sane, quod ad bonæ fidei contractus attinet: non fuit opus Papiniani Decreto: cum emptionem & venditionem, verbi gratia, etiam ante Papinianum, temporalem faceret lex commissoria, & addictio in diem. sed & Paulus *l.* 1. *D. Pro socio* exponens formam societatis regulis juris receptam, ait, Societatem coïri posse vel in perpetuum, id est, dum vivunt, vel ad tempus, vel ex tempore, vel sub conditione. nimirum, quia tale pactum bonæ fidei contractui in continenti adjectum, ei inest ipso jure, nec desiderat exceptionem, ultro comprehensam Judicis officio.

Utilis & necessaria fuit superior disputatio. sed non minus pulchra est quæ sequitur: an stipulationi etiam ad actionem insit pactum, cum auget contractum: is enim restat scrupulus adhuc molestus Jurisprudentiæ. etiam memini, me ante hac existimare, tale pactum stipulationi, etsi in continenti adjectum, non inesse: sed nudum manere; ideoque stipulatori ad actionem non prodesse. Nunc me in contrarium vocat Paulus *l.* 40. *D. de rebus creditis*: non permittens ultra, ut putem, hæc ejus verba (*quia pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur*, *perinde esse*, *ac si* &c.) non pertinere ad formandam ex stipulatu actionem: si quando pactum augeat ex stipulatu obligationem: sunt enim laxiora, quam ut patiantur, se restringi ad propositam illi speciem: in qua pactum minuebat obligationem: etsi huic a Paulo recte applicentur. una sit cautio: ut pactum fiat de re stipulatione comprehensa, & fere circa ejus causas, quales sunt modus, tempus, locus, consistat. nam si ad augendam rem, aut quantitatem in stipulationem deductam spectet: contra est. id ut putem, auctor mihi Ulpianus *l.* 1. §. 3. *D. de verborum obligationibus*, verbis sequentibus. *Si quis simpliciter interrogatus responderit*, *Si illud factum erit*, *dabo: non obligari eum constat. Aut si ita interrogatus*, *intra Kalendas quintas*, *responderit*, *dabo Idibus: æque non obligatur. non enim sic respondit*, *ut interrogatus est. Et versa vice si interrogatus* [*fuerit*] *sub conditione*, *responderit pure: dicendum erit*, *eum non obligari. Cum adjicit aliquid vel detrahit obligationi*, *semper probandum est*, *vitiatam esse obligationem: nisi stipulatori diversitas responsionis illico placuerit: tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur.* Species talis est. Titius rogat Sejum pure, Dabis? Sejus respondet sub conditione, Si illud factum erit, dabo. an valeat stipulatio? quæritur. sed negat Ulpianus. idemque esse dicit; si ita interrogatus Sejus, intra Kalendas quintas dabis: responderit, Dabo Idibus. & versa vice, si interrogatus sub conditione, responderit pure. quam ob rem? quia in omnibus his casibus non sic respondit Sejus, ut interrogatus est. ut autem sit stipulatio, debet interrogationem sequi responsio, ipsa interrogationi congrua. nam respondere (ut Varro ait *lib.* 5. *De lingua Latina*) est spondere ad voluntatem rogantis. itaque (addit Varro) qui ad id quod rogatur, non dicit, non respondet. Optime igitur Ulpianus, *Cum*, inquit, *adjicit aliquid*, *vel detrahit obligationi*, *semper probandum est*, *vitiatam esse obligationem.* Hoc Ulpianus, *Nisi stipulatori diversitas responsionis illico placuerit:* & præfatur, *Tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur.* Ait, *alia stipulatio:* pari sensu, quo a Paulo *l.* 72 *D. de contrahenda emptione* dicitur *nova emptio*; & ab ipso Ulpiano *l.* 7. §. 6. *D. de pactis* dicitur *renovari contractus.* Vult igitur Ulpianus, (redeundum enim est ad *d. l.* 1. §. 3.) semper vitiari stipulationem: si quæ inter responsionem interrogationemque adjiciendo vel detrahendo cadat diversitas: modo in hanc illico non consentiat stipulator. alioquin perinde esse, ac si interrogationem sequuta sit congrua responsio: eo quod pactum stipulationi in continenti adjectum, sive addat, sive detrahat, ea non minus continetur, quam si ab initio sic contracta fuisset. sane uti ad stipulationem non est satis, esse consensum: ita absque illa foret interpretatione, vix posset nudo stipulatoris consensu in diversitatem responsionis nova contrahi stipulatio. ut enim maxime dicatur stipulator in diversitatem consensisse ejus approbatione: non ideo dicetur nova usus interrogatione quam postulat forma stipulationis. Putemus igitur, stipulatore confestim consentiente in diversitatem responsionis, Ulpiano idcirco videri aliam contrahi stipulationem: quod pactum stipulationi in continenti adjectum, sive addat, sive detrahat, ea æque continetur, ac si stipulatio ad hunc modum ab initio sit concepta: ideoque tam formet, quam tollat ex stipulatu actionem. Sic: si conventio in continenti adjiciatur de re stipulatione comprehensa, & intra ejus causas consistat. nam de his agit Ulpianus *d. l.* 1. §. 3. At si foras spectat conventio, & augeat stipulationis quantitatem, aut agat de obligatione amplianda aliis rebus, quam de quibus stipulatio facta est: non putat Ulpianus, eam stipulationi inesse; eoque stipulatori ad actionem prodesse. id enim significant hæc ejus verba *d. l.* 1. §. 4. *Si stipulanti mihi decem*, *tu viginti respondeas: non esse contractam obligationem*, *nisi in decem*, *constat. ex contrario quoque*, *si me viginti interrogante*, *tu decem respondeas: obligatio nisi in decem non erit contracta: licet enim oportet congruere summam*, *attamen manifestum est*, *viginti & decem inesse.*

Vix ipse me absolvam ab anxia & prope misera diligentia; si iterum quæram, an pactum mutuo

tuo in continenti adjectum, cum auget obligationem, mutuo infit ex parte actoris, eique ad actionem profit: cum in superioribus ex *l.* 11. §. 1. *D. de rebus creditis* ostenderim, placuisse Proculo, hic servare antiquam Juris formam. Est tamen quod metui possit a sequentibus Gaji verbis in *l.* 48. *D. de pactis: In traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere manifestum est.* Solet enim Gajus sic accipi: quasi dicat, qualecumque pactum rerum traditionibus adjectum, ubi non servatur actione nominati contractus, adhuc valere in modum innominati. ita decem datis, ut undecim reddantur: nummum undecimum non quidem peti condictione certi ex mutuo, sed actione præscriptis verbis peti. At hoc parum conturbat rationes meas. est enim verum quod dixi, pecunia vel alia quantitate data, ut restituatur in eodem genere, & præterea detur vel fiat aliquid: videri mutuum; pactum autem adjectum de augenda obligatione, pro nullo esse. nempe, quia est adversus naturam mutui, ut non sit gratuitum, quamdiu retinet nomen suum. mutuum certe ob hujusmodi pactum non magis transit in contractum innominatum, quam in obligationem fœnebris pecuniæ. neutrum enim proditum est apud nostros: quia neutrum receptum est Civili Jure. quin Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 14. §. 1. ait, *Si pactum nudum de præstandis usuris interpositum sit, nullius est momenti:* & hanc addit rationem Paulus, *Ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur.* Simili modo negant Impp. Severus & Antoninus, *l.* 3. *C. de usuris*, usuras fœnebris pecuniæ citra vinculum stipulationis peti: etsi confiteantur, solutas ex pacti conventione neque ut indebitas repeti, neque in sortem accepto ferendas esse. quod non minus falsum, quam dictu absurdum foret: si sine stipulatione promissæ nudo pacto in traditione mutuæ pecuniæ, tamquam ex innominato contractu, actione præscriptis verbis peterentur. Ad hæc accedit: quod in paucis casibus obtinuit, jure singulari: ut ex pacto adjecto traditioni creditarum pecuniarum usuræ debeantur. tale exemplum in fœnore nautico *l.* 7. & *l.* 5. §. 1. *D. de fœnore nautico*, in pecuniis a civitate creditis *l.* 30. *D. de usuris*, in frumento aut hordeo mutuo dato *l.* 12. *C. eod. tit.* & in pecuniis ab argentariis creditis ex *Novella* 136. *c.* 4. Quo privilegio an fuisset in his opus: si pactum in continenti adjectum traditioni mutuæ pecuniæ, tamquam ex innominato contractu, actionem præscriptis verbis ad sortis incrementum produceret? nullo modo. At Gajus obstat *d. l.* 48. Quid, si respicit ad Legem Duodecim Tabularum cujus hæc sunt verba apud Festum: *Si nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto?* id mihi persuadet Inscriptio *d. l.* 48: *Gajus lib.* 3. *Ad legem* XII *Tabularum.* quantum vero conjectura assequor: complura notavit ea in Lege Gajus. primum est, locutam fuisse de rebus mancipi: sed usum ejus vim porrexisse etiam ad res cæteras. alterum est: quod Lex cavit de solemni mancipatione inter cives Romanos fieri solita: Gajus autem quod Lex de mancipatione dixit, etiam in traditione observari finit: nec inter cives Romanos tantum, sed inter alios quoque. præterea non effugit Gaji diligentiam: quod Lex non fuit de omni locuta pacto; sed de solemni: *Si*, inquiens, *nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto.* at Gajus ait, *In traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere.* Quid ergo est? tantum vult Gajus, licere domino a quo qualiscumque res tradatur ex causa venditionis, dotis, donationis, aut innominati contractus, ejus traditioni quam velit, legem dicere; & dictam actione bonæ fidei, aut præscriptis verbis, servare: quod verissimum est: modo sit intra formam contractus: ut si respicit ad id quod pacifcentis intersit ob rem debitam. Eo sensu Ulpianus *l.* 7. *D. de rebus creditis* ait, *Omnia quæ inseri stipulationibus possunt, eadem etiam possunt numerationi pecuniæ: & ideo & conditiones.* Sic: si pacifcentis intersit ob rem debitam. quod si alio spectet: contra est. quia egreditur modum contractus, pactionisque. exemplum in pacto de usuris, traditioni pecuniæ mutuæ in continenti adjecto: item in pactione pœnæ. *l.* 7. *D. de servis exportandis.* plus observat Paulus *l.* 11. *D. de religiosis*, quod tali pacto, etsi traditioni apposito, atque in bonæ fidei contractu, non efficitur quod per stipulationem fieri potest. Sed hæc latius sum exsecutus in fine præcedentis capitis: nec pluribus opus est. desinamus igitur mirari, in mutuo, id est, in stricti juris contractu, & gratuito, evenire in *d. l.* 11. §. 1: ut decem creditis, sub pacto, ut undecim reddantur, tantum decem deberi: pactumque id nullius momenti haberi; ac ne ad contractum quidem innominatum proficere. Donationem sane esse, vetat donationis forma: (quæ ante Justinianum fuit traditio aut stipulatio) minusque eam res patitur. ita optime Augustinus, *Concion.* 3. *in part.* 3. *Psalm.* 36. *tom.* 8. *pag.* 123. *Si fœneraveris homini, id est, mutuam pecuniam tuam dederis a quo aliquid plus, quam dedisti, exspectes accipere; non pecuniam solam, sed aliquid plus dedisti, sive illud triticum sit, sive vinum, sive oleum, sive quidlibet aliud, si plus quam dedisti exspectas accipere fœnerator es.*

Caput XIII.

De legitimis conventionibus ex definitione Pauli l. 6. D. de pactis.

Explicui pacta conventa contractibus bonæ fidei & stricti juris adjecta: id est, priorem casum in quo ex pacto nascitur vel tollitur actio. Transeo ad pacta legitima: quibus alterum contineri, supra dixi. de his ita libro tertio Ad Edictum Paulus *l.* 6. *D. de pactis. Legitima conventio est quæ lege aliqua confirmatur: & ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens Lege, vel Senatusconsulto adjuvatur.* Paulus legitimam conventionem definit a confirmatione Legis: cum Ulpianus *l.* 5. *D. eod. tit.* illam æstimet, a forma Juris Civilis. recte ad suum quisque finem. sed male Juris Architecti eam Pauli definitionem in *d. l.* 6. subjecere pro explicatione divisionis Ulpiani in *d. l.* 5, ad quam non pertinet: ut supra observavi c. VIII.

Sed Paulum videamus. Ait, actionem ex pacto nasci & tolli, quoties lege aliqua adjuvatur. Accidere id in pacto, Ne furti agatur, idem ait Paulus *l.* 17. §. 1. *D. eod. tit.* quæ lex est ex ejus libro 3. Ad Edictum, sicut *d. l.* 6; & cum ea bene conjungitur. nam & Ulpianus *l.* 7. §. 14. *D. eod. tit. De furto*, inquit, *pacisci Lex permittit:* Legis verbo significans legem Duodecim Tabularum: quam per excellentiam sic appellari constat, & idem refert Ulpianus in *Fragm. tit.* XI. §. 3. Ad hanc etiam respicere opinor Imperatores *l.* 13. *C. de furtis:* cum, Leges, inquiunt, post de-

decisionem furti agi prohibuisse. Similiter ait Paulus *d. l.* 17. §. 1. *&* *l.* 27. §. 3. *D. de pactis*, si pactum fiat de injuria, actionem tolli ipso jure. & hoc convenienter verbis Legis Duodecim Tabularum his, apud Festum in verbo, *Talionis*, & A. Gellium, *lib.* 20. *Noct. Attic. c.* 1. *Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto.* Lex actionem injuriarum dat sub conditione, Ni pacit. quod si pacit, eam non dat. hoc vero quid est, nisi quod Paulus ait, actionem injuriarum illo pacto tolli ipso jure?

Ex eodem Pauli lib. 3. Ad Edictum huc retraham hæc verba *l.* 7. *D. de nautico fœnore*; *In quibusdam contractibus etiam usuræ debentur, quemadmodum per stipulationem. nam si dedero decem trajectitia, ut salva nave sortem cum usuris recipiam, dicendum est, posse me sortem cum usuris recipere.* Desunt Paulo verba, *ex pacto.* Scribo, *In quibusdam contractibus etiam ex pacto usuræ debentur, quemadmodum per stipulationem.* Sensus Pauli: Usuræ in quibusdam contractibus etiam ex pacto debentur: sicut alioquin debentur per stipulationem. id evincit subjecta hæc Pauli species: Dedi decem trajectitia: ut, id est, ea lege, ut sortem cum usuris, salva nave, recipiam. Promissæ hac in specie sunt usuræ nudo pacto: nulla interposita stipulatione. ait vero Paulus, posse me sortem cum usuris petere. qua ratione? non addit Paulus. sed, puto, hæc fuit: quod id pactum aliqua est firmatum lege, cujus memoriam, ut multa alia, delevit temporis injuria. is Pauli sensus, & convenit huic Scævolæ *l.* 5. §. 1. *D. eod. tit. In hisce omnibus & pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest.*

Proxima superiori loco est *l.* 30. *D. de usuris* ex Pauli *libro singulari Regularum.* indicat vero ea Inscriptionis observatio, Paulum præmisisse regulam, Usuras pecuniæ creditæ Jure Civili non pacto, sed stipulatione deberi: & deinde subjecisse exceptiones quas ab ea fecerit Princeps aut Senatus. cum enim hic quoque deficiat vetustatis memoria; nihil pro certo dici potest. inter cæteras tamen exceptiones, hæc est: quod ex nudo pacto civitatibus debentur usuræ creditarum ab eis pecuniarum.

Præterea ait Imp. Alexander, sub quo floruit Paulus, *l.* 12. *C. eod. tit.* Frumenti vel hordei mutuo dati accessionem etiam ex nudo pacto præstandam esse.

Age vero qui prætereain pactum de donando. nam hoc quoque fuit Jure Pandectarum confirmatum, non inter omnes, sed inter conjunctas personas: ejus exempli meminit Paulus *lib.* 4. *Sentent. tit.* 1. §. 11. verbis sequentibus. *Filio quibuscumque verbis a patre fideicommissum relictum jure debetur. Sufficit enim inter conjunctas personas quibuscunque verbis, ut in donatione, voluntas expressa.* Fateor non attingit Paulus Constitutionem qua donatio inter conjunctas personas facta, pacto nudo adjuvetur: fuisse tamen aliquam D. Pii Constitutionem, auctor est Constantinus *l.* 4. *Cod. Theod. de donationibus.* Verba Constantini. *Juxta Divi Pii, consultissimi Principis, instituta, valere donationes placet inter liberos & parentes, in quocunque solo, & cujuslibet rei, liberalitas probabitur extitisse, licet neque mancipatio dicatur, neque traditio subsecuta, sed nuda tantum voluntas claruerit, quæ non dubium consilium teneat, nec incertum, sed judicium animi tale proferat, ut nulla quæstio voluntatis possit irrepere; & conlata inter cæteras, exceptas Cinciæ legi, personas obtinere propriam firmitatem, sive mancipationis decursa fuerit solennitas, vel certe res tradita doceatur.* Sic Constantinus. sed jus vetus mutavit Imp. Justinianus *l.* 35. §. 5. *C. de donationibus:* volens, donationem deinceps inter omnes personas sine discrimine valere ex nudo pacto, etsi nulla intervenerit aut traditio aut stipulatio.

Donationi subjiciam nudam dotis pollicitationem: quam confirmarunt Impp. Theodosius & Valentinianus: cum dos ante non ea, sed traditione, aut stipulatione constitueretur. extat Constitutio *l.* 3. *Cod. Theod. de dotibus*, in hæc verba. *Ad exactionem dotis, quam semel præstari placuit, qualiacunque sufficere verba censemus, etiamsi dictio vel stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta.* At Tribonianus eam in *l.* 6. *C. de dotis promissione* ad hunc transformavit modum. *Ad exactionem dotis, quam semel præstari placuit, qualiacunque sufficere verba censemus;* [*sive scripta fuerint*,] *sive non, etiamsi stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta.*

Non erravero, si apud Paulum *d. l.* 6. Legis appellatione etiam intelligam Edictum Prætoris. nam hoc Lex vocatur *l.* 1. §. 2. *D. Unde cognati.* habeo autem ex Edicto exemplum duplex: unum in hypotheca; alterum in constituta pecunia. de hac testatur Imp. Justinianus §. 8. *&* 9. *Inst. de actionibus;* de illa Paulus *l.* 17. §. 2. *D. de pactis:* quæ est ex ejus libro tertio Ad Edictum, & ad intellectum *d. l.* 6. recte adhibetur. ait autem Paulus: *De pignore jure bonorario nascitur pacto actio: tollitur autem per exceptionem, quotiens paciscor, Ne petam.* Ita est: ex pacto nascitur actio de hypotheca: quia id pactum Prætoris Edicto, velut Lege, confirmatur: volente utilitate. nam hypotheca nudo pacto facta, ante hoc Edictum nullius momenti erat Jure Civili. ex pignore autem tradito etsi pigneratitia nasceretur actio in personam inter debitorem & creditorem; tamen in rem actio creditori, amissa possessione, nulla competebat adversus tertium possessorem: quia creditor poterat quidem dicere, debitorem sibi teneri ex contractu pigneratitio: at non poterat dicere, suam esse rem, quæ erat pignori tradita: nisi ei cessa esset in jure, vel mancipata, contracta fiducia. multo minus poterat id creditor dicere: re non tradita, ut ut nuda conventione obligata. porro erat hominibus incommodum, in quibuscumque rebus, majoribus & minoribus in urbe & ruri, in Italia & in provinciis, adhiberi solemnitates, in fiducia desiderari solitas. mitto cæteras: non semper, nec ubique erat copia civium Romanorum, ut mancipatio fieret; aut Prætoris, ut in jure cessio perficeretur. adde, quod mancipatio tantum in rebus mancipi, & inter cives Romanos obtinebat; non etiam in rebus nec mancipi, neque inter peregrinos. igitur bonum factum Prætoris: qui motus utilitate contrahentium approbavit hypothecas nuda conventione obligatas, primum in invectis & inductis atque illatis in prædium rusticum: mox etiam in reliquis §. 7. *Inst. de actionibus*, *l.* 4. *D. de pignoribus & hypothecis.* inde sicut fiducia contracta vel cessione, vel mancipatione, poterat eam creditor, tamquam dominus, Jure Civili vindicare a quocumque possessore: ita si res esset obligata nudo pacto, videbatur creditor auctoritate Edicti, quamquam non rei dominium, tamen jus in re accepisse *l.* 19. *D. de damno infecto:* eoque facultatem rem sibi obligatam actione Serviana vel quasi Serviana a quocumque possessore petendi: & quia nullo prorsus discrimine, utrum ei tradita esset possessio, an non esset: quantum ad formulam hypothecariam attinet, nullam inter pignus & hypothecam esse differentiam, præterquam in sono nominis, recte observavit Marcianus *l.* 5. §. 1. *D. de pignoribus:* quæ est ex ejus *libro singulari Ad for-*

formulam hypothecariam. cæterum ait Imp. Justinianus *d.* §. 7, in aliis, id est, in actione pigneratitia, quæ est in personam, inter hæc esse differentiam. Dixi, quid velit Paulus *d. l.* 17. §. 2. *D. de pactis*, *De pignore*, inquiens, *jure honorario nascitur pacto actio.*

Exspectas, quale sit, quod subjicit, *Tollitur autem per exceptionem, quotiens paciscor, Ne petam.* Est vero in hac parte insignis difficultas. nam si hypotheca nudo pacto constituitur ex Edicto Prætoris: quid ni tollitur pacto nudo? cum præsertim ante Edicti confirmationem non minus Prætorio, quam Civili Jure negligeretur: post autem ut Prætorio Jure valeret; non idcirco accepit formam Juris Civilis. proinde si fiat pactum, Ut hypotheca sit: a Prætore sustinetur vinculo æquitatis. rursus si fiat pactum, Ne hypotheca sit: quod fuit vinculum æquitatis, contrario pacto, hoc est, contraria æquitate a Prætore dissolvitur. ita perit ipso jure quo colligatur. Hoc credes fide mea: sin minus; spondebit pro me Marcianus *l.* 5. *D. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.* Ait is, *Solvitur hypotheca, & si ab ea discedatur.* Significat vero, Hypothecam ipso jure finiri pacto, Ne res hypothecæ sit. id enim volunt verba, *Et si ab ea discedatur.* Marciano addam Impp. Diocletianum & Maximianum *l.* 23. *C. de pignoribus* cuidam Macedoniano ita rescribentes. *Major annis viginti quinque pignoris conventionem remissam, cum hoc solum pactum, vel jurisdictio secundum ipsius voluntatem tueatur, persequi non potest.* Imperatorum sensum confudit interpunctio post verba, *cum hoc solum pactum.* profecta illa a sequiore intellectu particulæ, *vel*, ibidem sequentis. deleo & lego. *Major annis viginti quinque pignoris conventionem remissam, cum hoc solum pactum vel jurisdictio secundum ipsius voluntatem tueatur, persequi non potest.* Sensus Imperatorum est: Major viginti quinque annis non potest actione hypothecaria persequi pignus quod ei conventione fuit obligatum: postquam id contraria conventione remisit: propterea quod vel jurisdictio (ita hic, ut passim appellatur Prætoris Edictum) hoc solum pactum, secundum ipsius majoris voluntatem, tuetur. Sic Imperatores: id autem quid efficit? nisi, ut putemus, Prætorem in Edicto eam hypothecæ dedisse formam: ut pacto solo, sive nudo, & nascatur & pereat. ita profecto est: Imperatores volunt, hypothecam nudo pacto tam tolli, quam constitui. & hanc adferunt rationem optimam: quum vel jurisdictio hoc solum pactum tueatur, id est, quia tam Prætoris Edictum, quam naturalis æquitas adjuvat hoc solum, sive hoc nudum pactum: locutione non dissimili huic Valeriani & Gallieni *l.* 3. *C. de testibus*, *Etiam jure civili domestici testimonii fides improbatur.* Est manifestum, quod dico, sed erit adhuc manifestius: intelligentibus, voculam, *vel*, in *d. l.* 23. sumi pro, *etiam*, aut simili, & præcipuum quiddam significare: ut in *l.* 1. *D. de pignoribus & hypothecis*, *l.* 43. *D. Familiæ erciscundæ*, & alibi sæpe; in primis in illo Terentii, *Andria* 3. 2. *vers.* 9, *Vel hoc quis non credat, qui norit te abs te esse ortum.* Ubi sic notat Donatus: *Vel* modo non est disjunctiva conjunctio, sed pro etiam posita: ut apud Virgilium. *Vel Priamo miseranda manus.* Et, *Carmina vel cœlo possunt deducere lunam.* Sed liquet, hypothecam ipso jure tolli; si sit pactum, Ne hypotheca petatur.

Nisi reclamat Marcianus *l.* 8. §. 2. *D. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.* Verba Marciani. *Si procurator debitoris in rem suam sit, non puto dubitari debere, quin pactum noceat creditori. Itemque si a parte creditoris procurator in rem suam extiterit; paciscendo inutilem sibi faciet hypothecariam actionem: in tantum, ut putem recte dici, & dominis litis hoc casu nocere hanc exceptionem.* Marcianus meminit *exceptionis*; cum tractet pactum, Ne pignori hypothecæve sit res: ut ex comparatione §. 1. *d. l.* 8. intelligitur. At cum in antecessum demonstraverim, Marcianum *l.* 5. *D. eod. tit.* sine circuitu dicere, Hypothecam solvi, si ab ea discedatur: non mihi permitto; ne putem, *exceptionem* illi in *d.* §. 2. *l.* 8. non significare quamdam exclusionem actionis summo jure competentis, ut accipitur *l.* 2. *D. de exceptionibus:* sed pactionem. quomodo *excipere* pro pacisci, & *exceptio* pro pactione sumitur *l.* 32. *D. de usufructu.* *l.* 24. *D. de actionibus empti.* & *l.* 7. §. 6. *D. de pactis.* Sic in pacto, Ne hypotheca petatur.

Quid, si sit, Ne debitum petatur? eodem pergit Edicti æquitas. Nec defuere tamen, opinor, quibus sederet, hypothecam hoc casu liberare per exceptionem. vix quoque dubito; quin hæc sententia, ut tutior, magis obtinuerit: sapientibus in jure potius tuta, quam vera sectantibus. Desiderant certe hanc expositionem complura Veterum loca ad hoc aut simile pactum pertinentia: quæ, ut res meretur, explicabo omnia invicem se adjutura. initium faciam a *d. l.* 5: in qua sic ait Marcianus: *Solvitur hypotheca, & si ab ea discedatur, aut paciscatur creditor, ne pecuniam petat. nisi* [*si*] *quis dicat pactum interpositum esse, ut a persona non petatur. & quid si hoc actum sit, cum forte alius hypothecam possidebit? sed cum pactum conventum exceptionem perpetuam pariat, eadem* [*&*] *in hoc casu possunt dici, ut & ab hypotheca discedatur.* Primum ait Marcianus, *Solvitur hypotheca, & si ab ea discedatur, aut paciscatur creditor, ne pecuniam petat.* Sensus manifestus, Hypothecam ipso jure solvi; debitore paciscente, Ne hypotheca sit: idemque esse, si creditor paciscatur, Ne pecuniam, id est, ne debitum petat. Deinde ait Marcianus, *Nisi si quis dicat pactum interpositum esse, ut a persona non petatur.* Marcianus hic movet difficultatem adversus id quod dixit. consistit vero difficultas circa posterius pactum, Ne pecunia petatur: certo jure prioris, quod est, Ne res hypothecæ sit. ita est sensus Marciani, Hypothecam etiam solvi, creditore paciscente, Ne pecuniam petat. sed hoc recipere difficultatem: nam sic non agi, Ne hypotheca petatur; sed Ne debitum petatur. is Marciani sensus. Nisi mavult, Etiam solvi hypothecam pacto creditoris, Ne pecunia petatur: præterquam si sit pactum in personam: id est, Ne pecunia petatur a persona Lucii Titii, verbi gratia. At huc flectenti statim in mora fuerit sequens versus, *Et quid si hoc actum sit, cum forte alius hypothecam possidebit?* quid enim intendit, quid agit? utique resistit illi interpretationi exceptio pacti conventi perpetua, quam in sequentibus nominat Marcianus. nam ea non minus hypotheca, quam principale debitum liberatur. quod nemo dicet fieri personali pacto. non inficior, hoc differri actionem hypothecariam: sicut eo differtur principalis. quin, cum principalis differtur actio, plerumque agitur: ut creditori interim hypotheca cautum sit. igitur timeo, Marciani verba exaudire de personali pacto. magis ea exponam de personali actione: qua principale debitum tantum petitur a persona debitoris: cum actio hypothecaria sequatur omnem hypothecæ possessorem. Indicavi difficultatem quam ipse sibi movet Marcianus. Nunc ejus solutionem accipe. ait: *Et quid, si hoc actum sit, cum forte alius hypothecam possidebit?* In his verbis est interrogatio, habens vim arguendi & fortiorem, quam rectus simplex-

que sermo. sensus: Demus, pacto, Ne pecunia petatur, non directo agi, Ne hypotheca sit: tamen ubi convenitur de tollendo debito, etiam consentitur de tollenda hypotheca: nulla pignoris accessione, sublato principali debito. solvitur igitur hypotheca pacto, Ne pecunia petatur. Hic sensus verborum Marciani, *Et quid si hoc actum sit?* Nam sequentia, *Cum forte alius hypothecam possidebit*, vacant. siccine? ne dubita. sublata enim atque extincta hypotheca pacto convento debitoris & creditoris: quæso, quo jure, aut quo colore superest actio hypothecaria? nullo plane. Ulpianus certe *l.* 17. *D. de pignoribus*, *Pignoris*, inquit, *persecutio in rem parit actionem creditori.* Pignoris autem persecutione non factum designat, sed jus persequendi pignoris: pari forma qua *culturam* & *curam* pro jure culturæ & curæ, item *alluvionem* pro jure alluvionis; & *iter actumque* pro jure itineris actusque dici, ostendi *lib.* 2. *Probabilium c.* 7. Sensus Ulpiani est: Ubi est creditori jus persequendi pignoris; parata est ei in rem actio. ubi non est ei hoc jus; nec est ei in rem actio; sive debitor sive alius hypothecam possideat. atque hoc si est; ut est verissimum: dubito, an supervacua sint hæc verba: *Cum forte alius hypothecam possidebit.* possunt enim abesse, integra Marciani disputatione: eoque deliberavi *lib.* 2. *Probabilium c.* 8, *& lib.* 4. *c.* 10, an expungenda sint quasi Interpretis, præter cætera quæ ibi notavi, non animadvertentis, actionem hypothecariam ab uno pendere jure hypothecæ; & possessionem in rem agenti actione hypothecaria tantum ostendere adversarium. quomodo rei vindicatio a solo proficiscitur dominio; *cum in rem actioni possessio pariat adversarium.* quomodo in *l. unic. C. de alienatione judicii mutandi causa facta* restitui oportere, admodum verisimile est: vulgari scriptura, *Cum in rem actionem possessio pariat adversario*, forte profecta ab errore Interpretis aut Librarii superiori non dissimili. sed pro emendatione stant libri quidam manuscripti ab Accursio allegati; & in primis Græci, *lib.* 10. *Basilic. tit. ult. tom.* 1. *pag.* 718: *d. l. unicam* ita vertentes, Fabroto interprete, *In rem actio adversarium nostrum adgnoscit eum qui possidet.* Sequitur apud Marcianum *d. l.* 5. *Sed cum pactum conventum exceptionem perpetuam pariat, eadem & in hoc casu possunt dici, ut & ab hypotheca discedatur.* Scribo: *Sed cum pactum conventum exceptionem perpetuam pariat, eâdem, & in hoc casu potest dici, ut & ab hypotheca discedatur.* Post verbum, *eadem*, quod accipio in ablativo casu, posui virgulam. tum scripsi, *potest*, pro *possunt*: nulla mutatione, si cogitamus Sigla: in quibus P3 utrumque significat in Notis Veterum. puto autem, *potest* fuisse a Marciano scriptum: & esse sensum, Sed cum principalis obligatio tollatur per exceptionem perpetuam, etiam dici, id est, defendi posse, quasi eâdem exceptione & ab hypotheca, id est, ab accessione discedatur. Dixi, quod mihi visum est probabile circa Marciani verba. Si tamen cui religio sit, ex his ejicere, *cum forte alius hypothecam possidebit:* tentabo, & ea retinere verba. Primum igitur puta, versum, *Nisi quis dicat, pactum interpositum esse, ut a persona non petatur*, posse perinde exaudiri, ac si subjecta ei sit clausula, Nam hypotheca tum non solvitur pacto, Ne pecunia petatur: quia est tantum pactum; ne a persona, id est, ne a Lucio Titio petatur. hunc sensum postulat sermonis brevitas. Deinde vereor; ne sequens versus, *Et quid si hoc actum sit, cum forte alius hypothecam possidebit*, non cohæreat cum proximo versu, *Nisi si quis dicat, pactum interpositum esse, ut a persona non petatur:* sed debeat jungi anteriori versui, *Aut paciscitur creditor, ne pecuniam petat;* eique novam apponat inspectionem. Non est, fateor, laudabilis scribendi forma, quæ doceas, nullo ordine collocare. sed non infrequens Veteribus fuit ea confusio. fuerunt illi homines, quales nos sumus, sæpe accurati, aliquando minus. ac supra *lib.* 2. *Observ. c.* 26. simile quid annotavi apud Callistratum *l.* 27. §. 1. *D. de pœnis.* Habebam hæc sic ab aliquo tempore parata editioni hujus Operis: cum deinde intellexi ex familiari epistola Gulielmi Bestii, Docti Jurisconsulti, ad me data, etiam ipsi incidisse pridem suspicionem huic meæ non dissimilem, deprehensa in *d. l.* 5, & quibusdam aliis Pandectarum locis Synchisi, post alia interjecta, ponente quod oporteat ad priora referri. id sicut lubenter vidi, ita credidi, convenire societati studiorum, ejus non minus honestam, quam amicam, facere mentionem. Sed videamus Marciani sensum. mihi talis succurrit. Ait Marcianus, *Solvitur hypotheca & si ab ea discedatur.* exemplum: si fiat pactum, Ne res pignori sit. id exemplum nullam habet difficultatem: clara voluntate creditoris hypothecam remittentis. Deinde ait Marcianus, *Aut paciscatur creditor, Ne pecuniam petat.* Marciani sensus est, etiam tali pacto hypothecam ipso jure solvi: eo quod sic paciscens, etsi directo non consentiat, Ne hypotheca sit, tamen per consequentiam pactionis de principali debito, sic pacisci intelligitur: cum finito hac pactione debito, difficile sit, ut non etiam hypotheca *tacito* consensu extincta sit. Nec tamen hoc semper Marciano placet. contra ait, interesse; utrum tale pactum, Ne pecunia petatur, sit in personam, an in rem. nam si in personam pactum sit; id est, ut tantum a persona debitoris Lucii Titii non petatur pecunia; tum non solvi hypothecam putat: eo quod est tantum temporale pactum; & salvo post id pactum debito, non est causa tollendæ hypothecæ, id est, accessionis de qua non est conventum. quod si in rem pactum sit, quod pactum est perpetuum; ut si conventum sit, Ne omnino petatur pecunia: censet Marcianus, etiam solvi hypothecam. & tamen (modo si, ut dixi, sint hæc Marciani verba, *cum forte alius hypothecam possidebit:* quod pro certo non adfirmo, propter rationem supra allatam) observat Marcianus, vel tum posse oriri dubitationem. quid enim, si debitor paciscatur, Ne omnino petatur pecunia, & alius possideat hypothecam? cæterum cogitat, si actum sit, Ne omnino petatur pecunia debita, non esse causam hypothecæ, nullo principali debito: ideoque, in rem convento inter debitorem & creditorem, Ne pecunia petatur, etiam pactum esse, Ne hypotheca petatur; nec occurrere, cur non hic quoque hypotheca, ut ut ab alio possideatur, ipso jure tollatur; eoque hypothecaria actio vel sine exceptione evanescat. Sic Marcianus: secutus veritatem Edicti. Sed ea non placuit omnibus. imo fuere quibus sederet aliter: hac ratione, quod principalis obligatio pacto, Ne pecunia petatur, non ipso jure, sed pacti exceptione perpetua, tollitur. in ea igitur varietate dubito: an tandem concedat Marcianus, etiam dici, id est, defendi posse, quasi & hypotheca eadem exceptione tollatur. ita est: usi sunt utraque via Veteres: ac visa hæc quæ hypothecam tollebat per exceptionem, in dubio tutior; eoque receptior fuit.

Hoc sane modo nisi accipiatur Paulus, inextricabilis est ejus sententia in his verbis *l.* 17. §. 2. *D. de pactis. De pignore Jure honorario nascitur pacto actio: tollitur autem per exceptionem, quoties paciscor, ne petam.* Sunt quidem ambigua Pauli ver-

verba: sed restringenda ad pactum, Ne debitum petatur: non porrigenda ad pactum, Ne pignus petatur: quod, ut ante dixi, semper habuit definitionem indubitatam: cum illud non æque constantem reciperet. igitur satis habet Paulus, de incerta facere admonitionem: cum de certa eam facere, nihil attineret.

Fuerint hæc eo adhuc probabiliora: quod hypotheca consensu creditoris vendita a debitore, similia servari, testes sunt Severus & Antoninus *l.* 2. *C. de remissione pignoris*, his verbis. *Si probaveris te fundum mercatum, possessionemque ejus tibi traditam, sciente & consentiente ea quæ sibi eum a venditore obligatum dicit, exceptione eam removebis. nam obligatio pignoris consensu & contrahitur & dissolvitur.* Titius fundum a se Mæviæ obligatum, Materno vendidit & tradidit, Mævia consentiente. Mævia hunc fundum petit actione quasi Serviana. Maternus rogat Imperatores: an sibi jus sit, eam repellere exceptione remissi pignoris. Pro Mævia facit: quod non consensit in remissionem hypothecæ: tantum consensit in ejus venditionem. Contra dici potest: quod ubi permisit, fundum sibi obligatum, Materno vendi & tradi, licet in hypothecæ remissionem palam non consensit, tamen tacite consensisse intelligitur: ideoque eum sibi a Materno applicari, inverecunde desiderat *l.* 8. §. 6. *l.* 10. *D. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.* Hæc summa consultationis Materni. ad quam sic rescribunt Imperatores: Si probaveris, Materne, te mercatum esse fundum, sciente & consentiente Mævia cui obligatus est: procul dubio intervenit pactum conventum de tollenda hypotheca: non palam, sed tacite & per consequentiam. Igitur si velis uti exceptione qua de quæris; licet. (recepta quippe est, ut liquet ex *l.* 8. §. 9. *l.* 3. & 17. *D. eod. tit.*) cæterum constat, hypothecam consensu tam dissolvi, quam constitui. Sic censeo, & voculam, *Nam*, in *d. l.* 2. habere incipiendi vim, & pro cæterum usurpari: ut in *l.* 2. §. 1. *D. Vi bonorum raptorum*, *l.* 1. §. 3. *D. de calumniatoribus*, *l.* 6. *D. de rei vindicatione*, & sæpe alibi.

Possem hic finire disputationem satis prolixam. sed cur deseram Gajum in *l.* 7. §. 2. *D. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*? cui etiam nocuit mala manus; & profutura erit vicinia superioris interpretationis. voluit enim Gajus disserere de vendita hypotheca ex consensu creditoris: cum cogatur invitus loqui de pacto, Ne pignus petatur. id ut intelligatur, erit integer adscribendus locus. verba Gaji *d. l.* 7. *pr.* §. 1. & 2. *Si consensit venditioni creditor, liberatur hypotheca: sed in his pupilli consensus non debet aliter ratus haberi, quam si præsente tutore [auctore] consenserit, aut etiam ipse tutor: scilicet si commodum aliquid, vel satis ei fieri ex eo judex æstimaverit.* §. 1. *Videbimus, si procurator omnium bonorum consensit, vel servus actor, cui & solvi potest, & in id positus est: an teneat consensus eorum? & dicendum est non posse: nisi specialiter hoc eis mandatum est.* §. 2. *Sed si cum debitoris procuratore convenit, ne sit res obligata, dicendum est id debitori per doli exceptionem prodesse. cum autem cum servo ejus convenerit, per ipsam pacti [conventi] exceptionem debet.* Sic habent omnes codices. sed fugit me ratio, aut ita scripsit Gajus *d.* §. 2. *Sed si cum debitoris procuratore convenit, dicendum est, id debitori per doli exceptionem prodesse. & reliqua.* Hanc Gaji scripturam ut ut optimam, Vetus Interpres, adjectis his, *Ne sit res obligata*, conspurcavit: non perspiciens, quemadmodum debitori ex pacto procuratoris aut servi de alienando pignore, eo vendito, daretur exceptio pacti conventi aut doli mali: cum certum esset, actionem hypothecariam, quæ in rem est, magis hypothecæ possessorem, quam debitoris personam sequi. perinde igitur ac si lacuna esset eo in loco; aut aliud egisset Gajus, quam vellent ejus verba; vel pro interpretatione verbi *convenit;* vel pro varia lectione, ad marginem adjecit, *Ne sit res obligata.* mox alius æque intelligens scilicet, ea verba e margine transtulit in contextum. Sed si advertamus animum ad connexionem loci totius, & singulorum membrorum ejus; non fuit Gajo propositum, exponere formulam pacti, *Ne sit res obligata:* sed quid Juris sit, alienatione pignoris facta creditoris consensu. In qua specie, propter quorumdam dubitationem, tutior fuit pacti exceptio: cum ea in pacto, *Ne res obligata sit*, supervacua haberetur: ut supra ostendi. Sed age ipsum consideremus Gaji locum. primum dixit, Per exceptionem liberari pignus alienatum creditoris consensu. dehinc quæsivit, si is creditor sit pupillus; an consensus ejus, vel solius, vel cum tutorum auctoritate conjunctus, sufficiat. tum subjecit de creditoris procuratore, & actore servo. postremo transitum fecit ad procuratorem debitoris: quærens, an ejus pactum debitori prosit; si creditor cum eo procuratore convenit; non quidem, *Ne res obligata sit:* (etsi id præferant omnes codices. quid enim hoc ad propositam quæstionem?) sed, *Ut debitori sit jus vendendi pignoris.* unum enim hoc agitur *in pr.* §. 1. & §. 2. *d. l.* 7. nec aliud tractatur *in sequente* §. 3. Igitur scripsit Gajus in *d.* § 2: *Sed si cum debitoris procuratore convenit, dicendum est, id debitori per doli exceptionem prodesse. cum autem cum servo ejus convenerit, per ipsam pacti [conventi] exceptionem debet.* Hoc vero voluit; Si neque cum pupilli tutore, nec cum creditoris procuratore, sed cum debitoris procuratore, aut cum ejus servo actore, convenit de vendendo pignore: profuturam debitori illic doli, hic pacti exceptionem. quod verissimum est *l.* 10. §. 2. *D. de pactis.* At eo recipit difficultatem: quod actio hypothecaria non adversus debitorem datur, sed adversus pignoris possessorem *l.* 16. §. 3. *D. de pignoribus;* & ideo si quæ sit exceptio illo ex pacto, non videtur debitori danda, sed pignoris possessori. Atque hoc, opinor, est, quod Veterem fefellit Interpretem. potest enim debitor, si vendidit hypothecam, nec adhuc tradidit, ipsa actione hypothecaria conveniri, & se pacti aut doli exceptione tueri. imo, si creditor ei permisit venditionem intra annum aut biennium: (ut in *l.* 8. §. 11. *D. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*) forsan ei nocebit exceptio, vel nondum facta venditione, intra id spatium. nam ubi creditor debitori concessit jus vendendi pignoris intra certum spatium; non tantum jus vendendi, sed & retinendi pignoris, ei concessisse intelligitur. Sed profecto sensus Gaji in *d. l.* 7. *pr.* §. 1. 2. & 3. nimis manifestus est.

CAPUT XIV.

Donationes, sive pacta conventa in specie, tantum servari per exceptionem pacti conventi. transactiones etiam aliter.

Enarratis hactenus conventionibus, cum legitimis, tum juris gentium, tam non nudis, quam nudis, hisque de petendo & de non petendo: tandem apparet, Prætorem pollicentem, servare pacta conventa, tantum indigitare nuda de non petendo, atque ipsa non actione, sed exceptione servare: præsertim facta donationis causa. nam his actio gratis remittitur sine conditione & lege; ac si agatur adversus fidem pacti, sufficit exceptio; nec nova actione opus est. at transactiones non fiunt gratis, sed certa lege & conditione: id est, tantum aliquo dato, retento, aut promisso. his igitur cum non sufficiat exceptio, non impleta lege transactionis: restat, qua forma eas servari oporteat.

Fit autem transactio pacto nudo, vel non nudo. primum nudo: ejusque vis omnis exceptione finitur. ut tamen actori agenti pristina actione, cum reus non servat fidem & nihilominus pacti exceptione utitur, succurratur replicatione doli mali vel in factum. exemplo, quale sit illud, intelliges ex his verbis *l.* 28. *C. de transactionibus. Sive apud acta Rectoris provinciæ; sive sine actis scriptura intercedente vel non, transactio interposita est: hanc servari convenit. Sed quoniam, ut certum quid accipias, convenisse te, licet sine scriptura proponis, nec hujus rei causa stipulationem secutam esse: quamvis ex pacto non potuit nasci actio, tamen rerum vindicatione pendente, si exceptio pacti opposita fuerit, doli mali, vel in factum replicatione usa, poteris ad obsequium placitorum adversarium tuum urgere.* Casus talis est. Egit adversus te rei vindicatione Sapparita: convenit inter te & ipsam: ut certum quid acciperet, & a lite desisteret. Sapparita omisit litem motam. tu cessas dare quod promisisti. quemadmodum coget te implere transactionem? nulla intervenit stipulatio. præterea nihil datum aut factum fuit. est igitur pactum nudum: ex quo non datur actio. aliquis dicat, eam destitisse a lite, & ob id fecisse. sed non est ita. tantum omisit Sapparita litem, non finivit; atque ut in præsentia non agat; poterit tamen ex suo commodo iterum experiri. atqui convenit, ne agat. esto; sed tale pactum ei non abstulit rei vindicationem: quia non fecit, ne sit domina rei cujus fuit domina. superest igitur ei rei vindicatio quam habuit, etsi hoc tempore non agat. & tamen si ea uti velit: conventus poteris te tueri exceptione pacti; modo ei tradas quod te daturum, ne agat, promisisti. alioquin ei jus est, exceptionem tuam infringere replicatione. facis enim dolo malo: volens transactionem tibi servari, sed non ei. utetur igitur Sapparita replicatione de dolo, vel in factum: prout suadet personarum differentia. nam liberis aut libertis adversus parentes aut patronos non datur exceptio doli, sed in factum *l.* 4. §. 16. *D. de doli mali exceptione.*

Idem vel similis tenor *l.* 21. *C. de pactis.* verba ejus. *Cum proponas, inter vos sine scriptura placuisse, fratrum tuorum successiones æquis ex partibus dividi, & transactionis causa probari possit hanc intercessisse conventionem: exceptione te tueri potes, si possides. quod si adversarius tuus teneat; ex hoc placito nullam actionem natam esse, si tibi stipulatione non prospexisti, debes intelligere: nec adversario tuo transactione uti concedendum est, nisi ea quæ placita sunt, adimplere paratus sit.* Proponitur nata fuisse inter Eusebium ad quem rescriptum est, & ejus fratrem lis de successione defunctorum fratrum. deinde facta transactione, placuisse, fratrum successiones æquis ex partibus dividi. fallit fidem frater. rogat Eusebius Imperatores, quomodo servanda sit transactio. rescribunt Imperatores: si possideas, Eusebi, partem hereditatis de qua convenit, & hanc abs te petat frater: poteris te tueri exceptione pacti. quod si nihil possideas ex hereditate, fratre totam possidente: poteris agere actione ex stipulatu; si interposita stipulatio est. quod si nulla intervenit; est nudum pactum: ex quo non datur nova actio. si tamen velis vetere uti actione: licebit. & si tibi agenti frater opponet pacti exceptionem: potes eam infirmare replicatione doli mali: nisi paratus sit frater, ea quæ placita sunt, adimplere quod non sit æquum, ab alio fidem exigere eum qui ipse alii non præstat fidem.

Sed transactio non tantum fit pacto nudo, sed etiam non nudo: ut si ei subsit datio aut factum. finge, pecuniam datam, ut a lite desistatur; aut esse a lite destitum, ut pecunia detur. utroque in casu subest conventioni causa. igitur fit contractus innominatus ex quo nascitur actio præscriptis verbis. id ostendit *l.* 33. *C. de transactionibus.* verba. *Si pro fundo quem petebas, prædium certis finibus liberum dari transactionis causa placuit, nec eo tempore minor annis viginti quinque fuisti, licet hoc prædium obligatum post, vel alienum pro parte fuerit probatum: instaurari decisam litem prohibent jura. Ex stipulatione sane, si placita servari, secuta est: vel, si non intercesserit, præscriptis verbis actione civili subdita, apud Rectorem provinciæ agere potes. si tamen res ipsas apud te constitutas, ob quarum quæstionem litis intercessit decisio, fiscus vel alius a te vindicavit: nihil petere potes.* Thema est. Tu a me petiisti fundum, quod diceres, tuum esse. deinde a lite recessisti ea lege: ut ego retento fundo eo, tibi darem fundum alium certis finibus liberum. dedi tibi fundum: non tamen liberum, sed alteri obligatum, vel pro parte alienum. is fundus evictus est. quæritur, an possit a te instaurari lis decisa, id est, transacta? quærendi causa est: quod non feci quod me facere oportuit lege transactionis? ajunt Imperatores, jura prohibere, a te instaurari decisam litem. puto, quod ubi fundum a me accepisti; ea lege, ut eum quem a me petiisti, retinerem: non jam potes te hujus dominum dicere. quia enim passus es, tuum quasi meum apud me manere ex causa transactionis: apparet, te desiisse ejus dominum esse: me autem esse dominum factum, velut traditione brevis manus. desiisti igitur habere fundi vindicationem, ex quo desiisti fundi dominus esse: ita (ut ajunt Imperatores) instaurari decisam litem, jura prohibent. Exposita est una legis quæstio. succedit altera: quæ tibi adversus me danda sit actio? & ajunt Imperatores, esse actionem ex stipulatu: si placita servari, stipulatio sequuta est. quid, si nulla intercesserit? ajunt, posse te agere civili præscriptis verbis actione. recte: non enim est nuda pactio: ne quis dicat, ex pacto non nasci actionem: sed est civile negotium: licet enim mihi palam non dedisti fundum; tamen passus es, eum apud me manere ex causa transactionis: igitur videris eum dedisse, atque ea lege: ut tibi darem alium fundum certis finibus liberum. proinde si dedi tibi fun-

fundum, sed alteri obligatum, vel ex parte alienum: eo evicto, competit tibi adversus me actio præscriptis verbis, quasi ex incerto atque innominato contractu. Sic in priore parte *d. l.* 33. Non æque in posteriore. nam ibi proponitur idem fundus quo de lis fuit, a reo per transactionem actori esse restitutus; eique postea esse vel a fisco vel ab alio domino evictus. quæritur, an actori æque hic atque in priore casu propter evictionem detur regressus adversus reum cum quo transegit? sed negant Imperatores. nempe, quia priore casu reus actori pro ejus fundo promisit alium dare fundum liberum: ac si ei dedit quidem fundum, sed non liberum, & hic propterea evictus est a fisco vel alio domino: recte tenetur de evictione reus: quia fecit contra transactionem. posteriore casu reus in transactione non promisit actori dare fundum liberum: sed promisit ei restituere fundum de quo controversia est. cum igitur si restituit, satisfacit placito transactionis, neque de evictione tenetur. quia restitutionis nomine tantum comprehenditur: ut fundus eo restituatur jure quo apud adversarium fuit, vel futurus esset, si ab eo possessus non fuisset *l.* 75. *D. de verborum significatione.*

Superiori loco subjiciam interpretationem *l.* 6. *C. de transactionibus*: est enim ejusdem coloris. verba hæc sunt. *Cum mota inofficiosi querela matrem vestram cum diversa parte transegisse, ita, ut partem bonorum susciperet, & a lite discederet, proponatis: instaurari quidem semel omissam querelam per vos, qui matri heredes extitistis, juris ratio non finit: verum si fides placitis præstita non est: in id quod interest, diversam partem recte convenietis. aut enim stipulatio conventioni subdita est, & ex stipulatu actio competit: aut si omissa verborum obligatio est: utilis actio, quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est.* Thema est. Testator matrem suam exheredavit: alio scripto herede. mater mortuo filio testatore, & adita ab herede scripto hereditate, egit querela inofficiosi testamenti. qua mota, heres scriptus cum defuncti matre transegit: hac lege, ut mater, suscepta parte bonorum, a lite discederet. deinde moritur mater, relictis liberis superstitibus heredibus. heres scriptus defunctus matri, ejusve heredibus, non solvit partem bonorum ei promissam ex causa transactionis. rogat Imp. Alexandrum Pomponius heredum nomine per libellum: an per ipsum cæterosque heredes matris instaurari possit querela, ab ea omissa: & si non possit; quæ illis danda sit actio adversus heredem scriptum. quod ad prius attinet: rescribit Alexander. Juris ratio, Pomponi, non finit, per vos qui matri heredes exstitistis, querelam semel omissam instaurari. verissime: ob transactionem matris, & insecutam ejus mortem: qua extinguitur querela ante non præparata. Atqui Ulpianus *l.* 27. *D. de inofficioso testamento* sic scribit. *Si instituta de inofficioso testamento accusatione, de lite pacto transactum est, nec fides ab herede transactioni præstatur: inofficiosi causam integram esse placuit.* Est tamen differentia inter utrumque locum. agit enim Ulpianus de ipso exheredato: at Imperator de heredibus exheredatæ matris. videtur autem exheredato querela competere post transactionem: quia hac Jure Civili non extinguitur. igitur licet exheredato, si adversarius ei non præstat fidem, ad querelam redire, etiam post transactionem. nam si ei objicietur exceptio pacti conventi: poterit hanc elidere replicatione doli mali vel in factum. sic in ipso exheredato. At in heredibus exheredatæ matris aliud est: querela exstincta per mortem exheredatæ matris quæ eam non præparavit, imo eam remisit, & in ea remissione perseveravit. non igitur possunt ejus heredes instaurare querelam a defuncta matre omissam: quia etsi mater eam habuerit, tamen ad heredes suos eam non transmisit. at enim mater præparavit querelam quam movisse dicitur *d. l.* 6. quid ni igitur ad heredes suos eam transmiserit *l.* 6. §. *ult. l.* 7. *D. eod. tit.* at id tum verum est: si eam instituerit, & in ea perseveraverit. cæterum, si mutata voluntate decesserit; heredibus non datur. non enim sufficit ei, litem instituere; si non in ea perseveret *l.* 15. §. 1. *D. eod. tit.* non potest igitur lis decisa ab heredibus matris instaurari. Altera quæstio est, quæ eis danda sit actio adversus heredem scriptum? eam quæstionem sic definit Imperator. si non est fides placitis præstita: dabitur eis actio in id quod interest. ea vero actio, si stipulatio intervenit, est ex stipulatu: alioquin actio utilis quæ præscriptis verbis rem demonstrat. recte: licet enim nulla intercessit stipulatio: non est tamen quod vertitur, nudum pactum; ut quis dicere possit, ex eo non nasci actionem: sed proponitur defuncti mater a querela destitisse, id est, fecisse aliquid: ea lege, ut ei heres scriptus daret bonorum partem. est igitur civile negotium ex quo nascitur civilis actio præscriptis verbis.

Solet etiam in transactione interponi Aquiliana stipulatio *l.* 2. *D. de transactionibus*: eaque prior obligatio transferri in verborum obligationem. quam si sequatur acceptilatio, ut factum in *l.* 4. *l.* 5. *D. item l.* 4. *C. eod. tit.* jam est hic effectus, ut priorem actionem novet Aquiliana stipulatio, atque ipsa rursus acceptilatione tollatur. sic igitur liberatur reus ipso jure *d. l.* 4. *& d. l.* 32. actori vero datur incerta actio præscriptis verbis: destitit enim a lite; id est, fecit, ut reus contra daret. est igitur synallagma: ex quo competit actio præscriptis verbis: nisi rei dolus arguatur. quo casu possit, dubitationis tollendæ causa, de dolo actio locum habere: uti supra dixi suo loco; & potest accipi *d. l.* 4. quid, si actor sit ad transigendum inductus dolo malo; neque acceptilatione sublata sit vetus actio? poterit hac experiri actor: ac si ei objiciatur pacti exceptio, eam elidere replicatione doli mali, neque adeo necessaria erit de dolo actio *l.* 16. *C. eod. tit.*

Vix opus est, admoneri: quod transactioni aliquando subjicitur stipulatio simplex. id enim ex superioribus intelligitur: nec minus, quod tum stipulatori adversus promissorem competit ex stipulatu actio ad id quod interest *l.* 21. *C. de pactis. l.* 33. *C. de transactionibus.*

Potius dicam, quod transactioni etiam additur interdum pœnalis stipulatio; idque longe utilissimum esse, Paulus observat *l.* 15. *D. eod. tit.* nempe, quia æstimatio ejus quod interest magis in facto, quam in jure consistit *l.* 24. *D. de regulis juris*; eoque difficilis est plerumque probatio, quanti cujusque intersit *l. ult. D. de prætoriis stipulationibus*: cum autem pœnam stipulatur quis, non tam inspicitur, quid intersit ejus, quam quæ sit quantitas in conditione stipulationis §. 19. *Inst. de inutilibus stipulationibus.* ita subjecta pœnæ stipulatione, licebit stipulatori iterum convento adversus fidem transactionis, & pœnam petere, & exceptione pacti conventi uti: non indistincte: sed si actum sit; ut pœna exigi possit, rato manente pacto *l.* 16. *D. de transactionibus. & l.* 17. *C. eod. tit.* si id non sit actum: non idem dicendum est; sed aut pœnam habiturum, aut exceptionem *l.* 10. §. 1. *D. & l.* 14. *C. de pactis*, *& d. l.* 17.

Postquam dixi de pœnali stipulatione, deque Aquiliana, item de acceptilatione, in transactione adhiberi solita; opportune se offert *l.* 40. *C.* de

de transactionibus: est enim difficilis, & digna quæ explicetur. verba hæc sunt. *Ubi pactum vel transactio scripta est, atque Aquilianæ stipulationis & acceptilationis vinculis firmitas juris innexa est: aut subsecutis secundum leges accommodandus est consensus; aut pœna una cum his quæ data probantur, ante cognitionem causæ (si adversarius hoc maluerit) inferenda est.* In initio hujus loci notandus est usus voculæ, *vel*, nihil distinguentis. est enim in eo sermo de transactione; non de pacto donationis causa. atque ita ea vox frequenter sumitur ab Historiæ Augustæ scriptoribus: ut ad eam aliquoties annotavit Salmasius. Sumitur quoque eo modo in *l.* 41. *C. eod. tit. l.* 7. §. *ult. D. Ad legem Juliam majestatis*, & alibi. Nec illud omittam, quod in fine hujus loci dicitur *inferenda pœna:* sicut in *l.* 3. *C. de re judicata* dicitur, *inferri quantitas:* & in *l. ult. D. Qui potiores in pignore* dicitur, *intulit partem debiti.* Hæc obiter. Species talis est. Titius cum Sempronio convenit pacto scripto, id est, transactione in scripturam redacta: ut Sempronius a lite quam intendit, accepta parte discedat: & si iterum agat; stipulatur Titius, data restitui & præterea pœnam sibi dari. Sempronius porro reliquum obligationis, quod non accepit, Aquiliana stipulatione transfert in obligationem verborum; & mox Titium ab ea liberat per acceptilationem. hisce peractis, denuo agere vult Sempronius. An possit, quæritur? & certum est, non posse, invito Titio. utique, si ante litem contestatam Sempronius Titio non inferat promissam pœnam una cum his quæ data sunt. sed quid, si paratus sit, ea inferre? adhuc idem dicendum est: Titio volente, stare transactionem. alioquin poterit Sempronius, Titio concedente causam agere ex integro, velut si nulla intervenisset transactio. id indigitant hæc Imperatorum verba. *Aut subsecutis secundum leges accommodandus est consensus, aut pœna una cum his quæ data probantur, ante causæ cognitionem (si adversarius hoc maluerit) inferenda est.* Sic editur passim, *secundum leges.* nec damno: nam secundum leges sonat, secundum Edictum. est tamen, ubi legitur, *secundum legem.* tum vero erit sensus, Sempronium debere, secundum legem transactionis, abstinere a lite: aut si velit agere; oportere eum ante causæ cognitionem, id est, ante litem contestatam, pœnam quam promisit, inferre una cum his quæ accepit transactionis causa: dum tamen adversarius hoc quoque malit, quam stare transactionem. At hoc incidit in difficultatem. quomodo enim aget Sempronius: actione per acceptilationem exstincta *l.* 15. *C. eod. tit. l. ult. C. de acceptilatione?* Videamus tamen, cum solius intersit Titii, sublatam intelligi actionem: ne Titius, si velit, utatur suo jure: si nolit, non utatur. id facile admittitur, transactione facta sine acceptilatione *l.* 14. *C. de transactionibus:* quia tum extat actio: & si exceptione attingetur, servabitur replicatione doli mali. idem putemus, transactione facta per acceptilationem; si patiatur Titius, ex integro agi causam; quippe cum exstinctam intelligi actionem pristinam, nullius intersit, nisi Titii. possit hoc æquitas suadere: ut ut jure destituamur. nunc permittunt insuper Principes, negligi Juris formam solemnem quidem, at supervacuam: ob litigantium consensum: quod & in *l.* 2. *C. de pactis* observavi supra cap. 11. Etsi nec intercedam: si quis existimet: in proposito ne sublatam quidem esse pristinam actionem: propter adjectam acceptilationi pœnæ stipulationem: cui semper insit conditio, *Ni fiat:* ita possit ea videri, actori tacite dare jus abeundi a transactione: modo inferat pœnam una cum his quæ data sint; nec hoc recuset reus. id si placet: non est hic per acceptilationem pure sublata actio: sed sub conditione quæ non extitit. aliquis dicat, acceptilationem esse actum legitimum, non solitum fieri sub conditione *l.* 4. *D. de acceptilatione.* sed id verum est, expressa conditione. cæterum tacite eam apponi acceptilationi, nihil vetat *l.* 12. *D. eod. tit.* nam expressa nocent, non expressa non nocent *l.* 77. *D. de regulis juris.*

Postremo adjicitur transactioni jusjurandum. id vero si præstiterit major annis viginti quinque libero arbitrio & voluntate, nullo cogentis imperio; isque fidem fallat interpellando Judicem, aut supplicando Principi, aut non implendo promissa: placuit Impp. Arcadio & Honorio *l.* 41. *C. de transactionibus* ejus temeritatem compluribus coërcere pœnis. primum jussit, eum infamem esse: deinde privari sua actione: tum teneri ad pœnam pactis probabiliter insertam: postremo carere earum rerum proprietate atque emolumento quod ex eo pacto vel transactione fuerit consecutus: eaque omnia deputari commodo eorum qui intemerata pacti jura servaverint. id in primis; si juratum sit, invocato Dei Omnipotentis nomine. amplius, si sic juratum per salutem Principis. fuerunt enim duo illa jurisjurandi genera eo tempore usitata Christianis: licet non jurarent per genium Principis, ut faciebant Gentiles. quod commode annotavit Hugo Grotius, V. Cl. *lib.* 2. *De jure belli & pacis c.* 13. §. 11.

CAPUT XV.

Prætorem hoc Edicto non servare pacta injusta: qualia sunt dolo malo facta.

Huc usque ostendi, Prætorem per exceptionem servare pacta conventa, sed nuda atque ad tollendam litem comparata. Deinceps addam: quod nec ista servat; nisi sint justa *l.* 40. §. 1. *l.* 52. §. 2. *D. de pactis:* hoc est, (ut breviter atque Edicto convenienter ait Justinianus *l.* 29. *C. eod. tit.*) neque contra leges, neque dolo malo inita. Fuisse quoque olim in Edicto, NEC VI, ex Cicerone *lib.* 3. *De officiis c.* 24. observavit D. Cujacius; atque esse detractam *vis* mentionem: quia etiam dolo fit quod vi fit.

Primum recusat Prætor, servare pacta *dolo malo* facta *l.* 7. § 7. *D. eod. tit.* Dolum autem malum hoc modo definit Ulpianus *d. l.* 7. §. 9. *Dolus malus fit calliditate & fallacia: & ut ait Pedius, dolo malo pactum fit, quoties circumscribendi alterius causa aliud agitur, & aliud agi simulatur.* Idem tamen, quod mireris, Ulpianus *l.* 1. §. 2. *D. de dolo malo* sic scribit. *Dolum malum Servius quidem ita definit, machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur, & aliud agitur. Labeo autem posse & sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur, posse & sine dolo malo aliud agi & aliud simulari: sicuti faciunt qui per ejusmodi dissimulationem deserviunt & tuentur vel sua vel aliena. itaque ipse sic definit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum, alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est.* Sed non est periculum; ne sibi contradicat Ulpianus: etsi videtur doctissimis Interpretibus. fuit enim una eadem de dolo malo sententia cum Ulpiani, tum cæterorum Veterum:

rum: idque ostenderem lubens: nisi ex professo fecissem libro singulari *De forma emendandi doli mali in contrahendis negotiis admissi apud Veteres c.* 2. quem consulant quibus tanti erit nostra diligentia.

Non igitur servat Prætor pacta dolo malo facta pone: quod est exemplum *l.* 9. §. 2. *D. de transactionibus:* heres cum coherede transegit; cum ignoraret universa quæ in vero erant; nec tamen simpliciter, sed per fallaciam coheredis, plurima, ut videtur, ex hereditate ante amoventis aut celantis. deinde facto transactionis instrumento: apparent surrepta aut celata. an servanda est transactio? absit. atqui Prætor ait, Pacta conventa servabo. sit ita; cum est pactum conventum: sed, ut Ulpianus ait, in proposito heres non tam pactus quam deceptus videtur. Prætor autem non servat pacta dolo malo facta. Sic: si nulla intervenit stipulatio Aquiliana, neque acceptilatio. tum enim adhuc extat actio post transactionem. & si objiciatur exceptio pacti conventi: potest ea elidi replicatione doli mali. sed quid, si sit transactio facta per stipulationem Aquilianam, eamque secuta sit acceptilatio? jam non idem dici potest: quia facta novatione per Aquilianam stipulationem, & secuta mox acceptilatione, extincta ipso jure est actio; nec potest deinde exceptioni aut replicationi esse locus. una igitur restat actio de dolo intra concessa tempora: nisi etiam specialiter de dolo pactum conventum sit *l.* 4. *l.* 19. *C. de transactionibus.*

Improbat igitur Prætor pacta conventa dolo malo facta. an & fraudandi causa facta? sed nihil Prætor adjicit. verum Ulpianus *l.* 7. §. 10. *D. de pactis* ait, eleganter observasse Labeonem, hoc aut inique aut supervacuo quæri. nempe fraus est damnum vel adversarii consilio, vel rei eventu illatum. priore casu supervacua est quæstio, an Prætor servet pactum: quia est dolo malo factum; atque ut Ulpianus ait, dolo & fraus inest: id est, fraus est eadem dolo; ut alibi explico. eo modo Augustinus, *Exposit. in Euangel. Joann. tract.* 7. *c.* 1. *tom.* 9. *pag.* 29. *col.* 1. *in fin. Dolus fraus est, simulatio est.* posteriore casu inique quæritur, an oporteat servari pactum: quia non adversarii consilium & mala fides fraudi causam præbet: sed rei eventus. nec patitur ratio; ut creditori detur regressus ad actionem quam volens remisit, nullo circumventus debitoris dolo malo. servat igitur Prætor pactum bona fide factum, etsi alteri paciscentium sit fraudi; id est, damno: quia nil est quod accuset alterius industriam, sed suam imprudentiam.

Sic: si pactum ab initio sit dolo malo factum. quid, si post aliquid factum sit dolo malo? ait Ulpianus *d. l.* 7. §. 11., nocere exceptionem. quo jure? ait, propter hæc Edicti verba, *Neque fiat.* Antonius Muretus, V. Cl. *lib. sing. Observ. jur. c.* 10. existimat, in his verbis Sigla quibus singulæ voces significabantur, in unam vocem coaluisse. & antiquitus scriptum fuisse. N. Q. F. C. E. F. id est, *Neque quo fraus cui eorum fiat.* Forsan non male: sed nulla necessitate. utcumque erit: ait Ulpianus, nocere exceptionem. putant autem Græci, *Basilic. lib.* XI. *tit.* 1, exceptionem ab eo dici pro replicatione. quomodo sonat exceptio in *l.* 9. §. 4. *D. de jurejurando*, & quibusdam aliis locis, jam ad *d.* §. 11. *l.* 7. annotatis a Jacobo Cujacio, V. Cl. etsi possit quoque exceptio sumi pro pactione, ut sæpe; & nocere pro non prodesse: sicut alibi usurpari hoc verbum, observat idem Cujacius *lib.* 5. *Observ. c.* 39. & Petrus Faber *lib.* 2. *Semestrium cap* 51. *pag.* 315. ita fuerit sensus, non proderit pactio. primum igitur non servat Prætor pacta conventa dolo malo facta.

Caput XVI.

Non servari a Prætore pacta adversus leges, aut in fraudem legum facta. quid sit adversus legem facere; & quid facere in fraudem legis. Prætoris Edictum sic esse acceptum, quasi adversus leges paciscatur qui paciscitur adversus publicam utilitatem; & qui paciscitur adversus privatam utilitatem, adversus leges non paciscatur. pactum de delictis privatis, cum civiliter agitur, valere ante commissis delictis: alioquin non valere. crimina publica aut privata numquam recipere pactionem. nec referre, utrum ea pactio fiat post admissa crimina, an ante. quin transactionem de his factam videri corruptionem, etiam concussionem, & falsum, nec citra pœnam esse. reo tamen, si transegerit de capitali crimine, ignosci Principum humanitate.

Deinde ait, non servaturum se pacta conventa, *quæ adversus Leges, Plebiscita, Senatusconsulta, Edicta Principum neque quo fraus, cui eorum fiat, facta erunt.* Sic Florentiæ edit Taurellius. in aliis libris est, *Edicta, Decreta Principum.* Multo rectius. nam & in *l.* 1. §. 8. *D. de postulando* sic ait Prætor, *Qui Lege, Plebiscito, Senatusconsulto, Edicto, Decreto Principum.* Est autem in hac Edicti parte duplex dubitatio: una, quid sit facere adversus Leges, Plebiscita, Senatusconsulta, Edicta, Decreta Principum, aut, in eorum fraudem: altera, quæ & quanta pars Juris illis verbis comprehendatur. quod ad priorem attinet: non est dubium, quin contra legem faciat qui facit quod lex prohibet palam vel tacite. nam legis appellatione venit non solum quod legis verbis, sed etiam quod ejus sententia continetur *l.* 6. §. 1. *D. de verborum significatione.* quamquam subtiliter distinguentibus: facit contra legem qui facit quod legis verbis prohibetur: in fraudem vero facit qui salvis legis verbis, ejus sententiam circumvenit *l.* 29. *D. de legibus.* fraus enim (ut Ulpianus ait *l.* 30. *D. eod. tit.* quæ est ex libro IV. Ad Edictum quo hujus Edicti verba interpretatus est Ulpianus) legi fit: ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: & quod distat ῥητὸν ἀπὸ διανοίας, id est, dictum a sententia, hoc distat fraus ab eo quod contra legem fit. Utcumque erit: non servat Prætor pacta adversus leges aut in fraudem legum facta. & est exemplum: si paciscaris, ut fiat quod lex prohibet palam vel tacite. quid, si lex non prohibeat: sed permittat, & interim fiat pactum: ne jus sit quod lex permittit? non sit pactum adversus legem. non enim lex cui permittit facere, ei imponit faciendi necessitatem. tantum patitur, volentem facere: nolentem facere, non cogit. ita fit: ut Prætor non improbet pacta adversus leges, præter prohibentes, facta. Qualia sunt pacta adversus leges facta de re publica: cæterum pacta adversus leges de privata re facta, improbare minime. scilicet est Prætoris officium, exequi leges communis omnium libertatis studiosas: ideoque sinentes, suis beneficiis uti qui velint: non cogentes uti qui no-

nolint. Hoc ſenſu Quintilianus, *Declam.* VII. *cap.* 4. *Omnium*, inquit, *beneficiorum iſta natura eſt, ut non ſit neceſſitas, ſed poteſtas. quidquid in honorem alicujus inventum eſt, deſinet privilegium vocari poſſe, ſi cogas. cuncta, ſi videtur, jura percurrite: nusquam adeo pro nobis ſollicita lex eſt, ut quod præſtat, extorqueat. injuriarum, cædis, agere permiſit, ſed non cogit invitos. adeo pene levius eſt, ultionem perire, quam poteſtatem. genus ſervitutis eſt coacta libertas, & eadem iniquitas, quidquid de invito homine facias.* Improbat igitur Prætor pacta contra leges facta, ſi ad publicam læſionem ſpectent: non æque, ſi ad privatam. & eſt exemplum in pacto de injuria; ſi facta ſit; ex eaque civiliter & privato jure agatur ex lege Duodecim Tabularum. non enim jubet ea, invitum agere: ſed volentem agere ſinit agere. imo, ut Feſtus refert, verbo *Talionis*, ea Lex ſic dixit. *Si membrum rupſerit, ni cum eo pacit, talio eſto.* permittit igitur de injuria, poſtquam facta eſt, pactum fieri. idem dici poteſt de furto jam admiſſo: nam de eo quoque eadem lex paciſci permittit *l.* 7. §. 14. *D. de pactis:* eo quod ſufficit, timeri pœnas, nondum factis delictis: nempe, ne civilis conjunctio interpelletur: at his factis, nil intereſt reipublicæ, furti, aut injuriarum agi ex Duodecim Tabulis, ſi quis nolit agere. primum non poteſt infectum fieri delictum jam admiſſum. deinde intereſt reipublicæ, eum cui competat hæc aut illa actio, ei renunciare atque a privato jure, ſimul a lite atque ultione deſiſtere. ſic enim civilis procuratur ſocietas quam lex intendebat propoſitis pœnis. valet igitur pactum de furto, & de injuria: quia non eſt adverſus rem publicam, ſed adverſus privatam. qua qui vult uti, poteſt: qui non vult, non cogitur. ſic, ſi pactum fiat poſt commiſſum delictum. quid, ſi ante fiat pactum, Ne agam furti, aut injuriarum, ſi deinde feceris furtum, aut injuriam? non valet pactum: quia habet cauſam turpem. fit enim adverſus legem quæ vetat furtum aut injuriam admitti. fit etiam adverſus publicam utilitatem tollens pœnæ metum; cum expediat reipublicæ, timeri legum pœnas *l.* 27. §. 4. *D. de pactis:* ſiquidem

Oderunt peccare mali formidine pœnæ.

Eſt in *l.* 7. §. 13. *D. eod. tit.* ſimilis inſpectio circa pactum, ne judicati agatur, vel incenſarum ædium, ante facto incendio. movet; quod alterum eſt convellendæ rei judicatæ; alterum remittendæ diſciplinæ; utrumque eſt adverſus Duodecim Tabulas: quibus poſitas eſſe eas actiones, facile intelligitur ex Inſcriptione *l.* 9. *D. de incendio, ruina, naufragio, & l.* 4. *l.* 5. *& l.* 7. *D. de re judicata.* Sed videamus, ne utrumque pactum ſit de re privata, neutrum de re publica. quare verius eſt, utrumque valere: non quaſi pactum adverſus leges ſervetur: ſed quaſi ei cui conceſſæ ſint hæ actiones, integrum ſit eis uti, vel eas repudiare, lege non refragante. Idem quæſitum eſt *d. l.* 7. §. 14. ſi paciſcar, ne operis novi nunciationem exequar. quærendi cauſa; quod Prætoris imperium verſatur. nam poſt operis novi nunciationem committunt ſe litigatores Prætoriæ jurisdictioni *l.* 1. §. 9. *D. de novi operis nunciatione:* ac ſi de ea pactum fiat; poſſit periculum eſſe, ne privatorum pactio juſſui Prætoris antepoſita videatur. ſi tamen privata res erit; valebit pactum: niſi aliud aget Prætor, cum decernet, quam ut litem dirimat: at pacto finita eſt. igitur ne improbet Prætor factum; quod niſi eſſet, ipſe facturus eſſet *l.* 1. §. 10. *D. de novi operis nunciatione.* Similis quæſtio eſt, an valeat pactum contra Edictum Ædilium? & apparet, valere: quia id Edictum emptoris ignorantiæ ſuccurrit; ad rem publicam non pertinet. licet igitur emptori paciſci contra Edictum Ædilium: maxime poſt contractam venditionem. imo, ſi id pactum fiat in ipſo negotio venditionis gerendo, idem putat Ulpianus *l.* 31. *D. de pactis:* modo ſi ignoret venditor morbum aut vitium. nam ſi ſcivit, & conſulto reticuit, & pactus eſt, ne teneatur ex Ædilitio Edicto; non ſervabit Prætor pactum. quin, ut idem Ulpianus ait *l.* 14. §. 9. *D. de Ædilitio Edicto*, danda erit de dolo malo replicatio: quia eſt venditoris dolus quem non probat Prætor. ſic; ſi reticuit venditor morbum aut vitium. at ſi id palam pronuntiavit, & de eo nominatim excepit, hoc eſt, nominatim pactus eſt, licet contra Edictum: tamen ſtandum eſt eo quod convenit. nempe, ut emptori fiat Edicti poteſtas, ſed non neceſſitas: denique nil eſt, cur remittenti actiones ſuas ſit regreſſus dandus *d. l.* 14. §. 9. atque hoc Horatius indigitat *lib.* 2. *Epiſt.* 2. *verſ.* 13. his verbis.

Nemo hoc mangonum faceret tibi. non temere a me
Quivis ferret idem. ſemel hic ceſſavit: &, ut fit,
In ſcalis latuit metuens pendentis habenæ.
Des nummos, excepta nihil te ſi fuga lædat.
Ille ferat pretium, pœnæ ſecurus opinor.
Prudens emiſti vitioſum: dicta tibi eſt lex.
Inſequeris tamen hunc & lite moraris iniqua.

Idem in pactis cæteris omnibus ad Edictum Prætoris pertinentibus, ſi ad rem familiarem ſpectent, cenſet Ulpianus *l.* 7. §. 14. *D. de pactis.* at ſi non ad hanc reſpiciant, ſed ad publicam læſionem; non idem cenſet. idque Paulus probat *l.* 27. §. 4. *D. eod. tit. In ſumma*, inquiens, *ſi pactum conventum a re privata remotum ſit, non eſt ſervandum.* D. Cujacius *lib.* 1. *Obſerv. c.* 24. pro *re privata* legit, *re publica.* Sed retinenda vetus lectio. nam Paulo *res privata* eſt utilitas privata, ſeu propria: ſicut *res publica* eſt utilitas publica. quemadmodum autem nulli licet paciſci adverſus publicam utilitatem: ſic unicuique licet paciſci adverſus privatam *l.* 46. *D. eod. tit.* nemo igitur, auctore Paulo, poteſt paciſci de negotio a re privata remoto: id eſt, de negotio a re propria remoto: ſive de negotio ad privatam ejus utilitatem vel damnum non pertinente. addit Paulus rationem: ea ratio eſt; quod ante omnia animadvertendum eſt, ne conventio in alia re facta, aut cum alia perſona, in alia re, aliave perſona noceat *d. l.* 27. §. 4.

Quod ſi eſt: vix eſt, ut de criminum transactione ſollicitemur. nam ſi publica ſint crimina: puto pactum, quandocumque de his fiat, adverſus leges, atque adverſus publicam utilitatem fieri. prohibentur enim publica crimina legibus publicorum judiciorum; ac ſi admittantur, adverſus populum, vel uti alibi dicitur, in omnium injuriam, admitti intelliguntur. quod quid efficit, niſi ut nulli jus ſit, paciſci vel tranſigere de publico crimine: quia nulli licet paciſci vel tranſigere de re publica. Ita in publicis criminibus. idem vel ſimile in privatis; ex quibus agitur criminaliter. nam ut ſic non ſiant publica: non tamen jam privata vertitur utilitas; ſed agitur, ut publicæ vigor diſciplinæ delinquentis pœna extra ordinem vindicetur. quod cum ad exemplum ſpectet, id eſt, ad publicam utilitatem: probavi, pactum qualecumque fiat de privatis delictis, ubi criminaliter agitur, numquam valere ex hoc Edicto: quia eo nulli conceditur adverſus leges de publica paciſci utilitate. imo, ſi de his fiat transactio aut pactio, corruptio aut concuſſio appellatur: ac non tantum nulla eſt, ſed etiam turpis: tantumque abeſt, ut jure ac legibus juvetur; ut e contrario ad peccatum accedat, nec a pœna vacua ſit. neque jam audio, ſi qui diſtinguant crimina ex quibus ſequatur pœna mortis naturalis, ab his ex quibus ea non ſequatur.

tur. numquam enim servatur pactum de crimine factum, ne capitali quidem. & est insignis error existimantium, contrarium significari ab Ulpiano *l. ult. D. de prævaricatione*, & Imperatoribus, Diocletiano & Maximiano, *l.* 18. *C. de transactionibus.* nam quod ad Ulpianum attinet; is numquam, ne per somnium quidem, cogitavit, quod ei adscribitur. Scio; ait, *In omnibus causis, præterquam in sanguine qui delatorem corrupit, ex Senatusconsulto pro victo habetur.* Sed his verbis non probat pactum de capitali crimine factum; nec vult, id servari certo Civili Jure: tantum (quod miror non animadvertisse tot præclara ingenia) indigitat, reum in causa sanguinis, si quam cum delatore fecerit transactionem, ob eam non haberi pro victo; id est, non puniri: ut puniuntur qui in aliis fisci quæstionibus delatorem corrumpunt; sive pecunia data cum delatore paciscuntur, ne accuset. id eo verius censeo, quod idem Ulpianus *l.* 29. *D. de jure fisci* simili modo, *Ejus*, inquit, *qui delatorem corrupit, ea conditio est, ut pro victo habeatur: nam in fiscalibus causis id constitutum est.* Et tamen in *l.* 1. *D. de bonis eorum qui ante sententiam* scribit, *In capitalibus criminibus a Principibus decretum esse, non nocere ei qui adversarium corrupit: sed in his demum quæ pœnam mortis continent. nam ignoscendum censuisse ei qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluit.* Nec alia est sententia Impp. Dioletiani & Maximiani in *d. l.* 18. ad Libellum cujusdam Valentis, hominis privati, rescribentium in hæc verba. *Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est: in aliis autem publicis criminibus, quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem.* Sic enim accipiendum est Rescriptum, quasi Valenti de more consulenti, quæ transactio de criminibus publicis facta, evitet falsi accusationem, aut sub ea relinquatur, hoc respondeatur modo. Postquam, Valens, visum Principibus, reo non nocere transactionem, corrupto in capitalibus criminibus adversario: deinde non potest ei in his prohibita censeri transactio; utique, ut ob eam fiat reus falsi: nam etsi transactio de his fieri legibus prohibeatur, & facta incidat in falsi crimen: fit tamen Principum humanitate, ut falsi pœna reo sanguinem suum qualiter qualiter redimenti, ignoscatur. aliter atque in criminibus sanguinis pœnam non ingerentibus. nam in his non potest reus transigere, quin falsi crimine teneatur: quia non placuit Principibus, reo in his quæ non continent sanguinis pœnam, sive transactionis, sive corruptionis, id est, peccati veniam dare. Quod si est, ut est verissimum: prorsus mihi persuadeo, non spectare hoc Diocletiani & Maximiani Rescriptum ad Edictum Prætoris de pactis conventis, ut huc usque ab omnibus creditur: nec a me impetro, ne negligentiæ, & quidem crassæ ac latæ accusem Juris nostri Architectos: qui id collocarunt sub Titulo Codicis, De transactionibus. non enim est hujus Tituli finis, tradere ac definire, quando transactio adversus leges facta de criminalibus fisci quæstionibus, falsi accusatione castigetur: sed quæ sit vis transactionis de rebus privatis neque dolo malo, neque adversus leges factæ. nulla igitur fuit causa ponendi hoc Rescriptum sub Titulo, De transactionibus, ad quem non pertinet: magis oportuit, aliquam ei eligi sedem libro Codicis nono, ubi de criminibus eorumque pœnis, aut decimo, ubi de Fisci jure agitur. Verum hoc in præsentiarum obiter & quasi in transcursu. nam id, & si quid præterea pertinet ad illustrem hanc quæstionem infeliciter expositam hactenus ab Interpretibus fama ingenii atque eruditionis longe clarissimis, extricavi, quam potui, diligentissime libro singulari quem inscripsi, *Diocletianum & Maximianum, sive de transactione & pactione criminum:* simul ibi ostendi, hæc *d. l.* 18. verba, *Excepto adulterio*, esse spuria.

Caput XVII.

De transactione alimentorum ex Oratione D. Marci.

Longum foret, si vellem, omnia enarrare pacta conventa quæ fiant adversus leges, atque adversus publicam utilitatem: nec tamen præteribo transactionem de alimentis ultima voluntate relictis. nam ea, nisi Prætor auctor fiat, transactionem admittere, D. Marcus vetuit Oratione in Senatu recitata: cum ea transactio ante nulla lege improbaretur: & a Prætore hoc Edicto servaretur. Orationis formam Ulpianus *libro quinto De omnibus tribunalibus* exhibet *l.* 8. *D. de transactionibus:* quamquam, ob secutum mox Amplissimi Ordinis Decretum, Senatusconsulto rem imputat *l.* 23. §. 2. *D. de condictione indebiti.* verba Ulpiani ex *d. l.* 8. hæc sunt. *Cum hi quibus alimenta relicta erant, facile transigerent, contenti modico præsenti; Divus Marcus Oratione in Senatu recitata effecit, Ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam auctore Prætore facta.* Hic tenor Orationis: non tamen omnis. nam præterea jussit Oratio, prætorem inquirere de causa, de modo, & de persona transigentium: ut idem Ulpianus testatur *d. l.* 8. §. 8. sed nec generaliter permisit de alimentis transigi: sed specialiter de alimentis, de habitatione, de vestiario: quod similiter annotavit Ulpianus *d. l.* 8. §. 12. Est & illud observandum, quod alimenta solent infirmæ ætati præstari ex Fisco, aut ærario, aut arca reipublicæ civitatis. horum alimentorum meminere Historiæ Augustæ scriptores multis locis: etiam sequens Marmor apud Gruterum *pag.* 394. *Inscr.* 4.

L. CASVRIO. L. F.
CLV. SPECVLATORI
AED. IIII. VIR. I. D. Q. ARC
PVBL. ET. PEC. ALIMENTAR
DEFENSORI. R. P. CVR. ANN
POPVLO. ꝓ PRAEBITAE

Alexander quoque *l.* 3. *C. de compensationibus*, item Paulus *l.* 122. *D. de legatis lib.* 1, & Marcianus *l.* 117. *D. eod. tit.* De his autem alimentis etiam D. Marcum constituisse, auctor est Capitolinus, *in ejus vita c.* 11. verba Capitolini, *De alimentis publicis multa prudenter invenit.* Nec improbabilis est sententia Isaaci Casauboni, V. Cl. existimantis, Capitolinum scripsisse, *De alimentis publicis, privatisque.* Sed nos quod hujus loci est, de privatis videbimus.

Ait Oratio, *Cum hi quibus alimenta relicta erant, facile transigerent, contenti modico præsenti.* Ratio Orationis justissima. nempe, ut effectum habeat pia & provida voluntas testatoris; relictis alimentis annuis, vel menstruis, vel diurnis, homini pauperi, vel segni, vel prodigo, id agentis, ut egestatem removeret ab eo, quem sciebat perditurum repræsentatam pecuniam, & interceptis alimentis sibi aliisque oneri futurum. nam hi quibus alimenta relinquuntur, plerumque tales sunt,

ut sua non intelligant bona, & ideo utilitatem futurorum alimentorum, maxime divisorum in pensiones, sive annuas, sive menstruas, sive diurnas, facile mutent modico præsente. Talem hominem suis coloribus pulcherrime depingit Terentianus Chremes, *Heautont.* 5. 2. 7. verbis sequentibus.

— — — *Quid me accusas Clitipho?*
Quidquid ego hujus feci, tibi prospexi, & stultitiæ tuæ.
Ubi te vidi animo esse omisso, & suavia in præsentia
Quæ essent, prima habere, neque consulere in longitudinem:
Cepi rationem, ut neque egeres, neque ut hæc posses perdere.
Ubi, cui decuit primo, tibi non licuit per te mihi dare,
Abii ad proximos tibi qui erant: eis commisi & credidi.
Ibi tuæ stultitiæ semper erit præsidium, Clitipho,
Victus, vestitus, quo in tectum te recipies.

Ait Oratio, *Ne alimentorum transactio aliter rata esset, quam auctore Prætore facta.* Solet ergo Prætor intervenire: & inter consentientes arbitrari, an transactio, vel quæ admitti debeat. nec refert, utrum de alimentis, quasi de incerto humanæ conditionis, transactio fiat: an cum aliqua de iis lis esset, magis de lite transigatur. non enim distinguit Oratio: & posset lis fingi; sub eoque colore Oratio circumveniri: ut citra Prætoris auctoritatem transigeretur *d. l.* 8. §. 20.

Sed quid, si non transactio fiat, sed pactio donationis causa? dubito, an rata habenda sit pactio. servat enim Prætor pacta conventa neque adversus leges, neque in fraudem legum facta. Oratione autem transactio prohibetur: non pactio donationis causa. nempe, quia homines facilius transigunt invitati modico præsente; quam rem certam donant sine præsente utilitate. debet porro jus aptari potius ad ea quæ & frequenter & facile fiunt, quam quæ perraro *l.* 3. *& l.* 5. *D. de legibus.* At enim Paulus *lib.* 1. *Sentent. tit.* 1. §. 1. *De his*, inquit, *rebus pacisci possumus, de quibus transigere licet.* Sed circumspecte accipienda ea Pauli definitio est. accedit enim ad verum intra verborum finem retenta. si ultra trahatur; a vero amovetur. ita liceat nobis, quod Paulus ait, pacisci de rebus de quibus transigere licet. sed cur non liceat nobis donationis causa pacisci de rebus de quibus transigere non licet? nil dico temere. ipse sic Paulus *d. tit.* 8 §. 4, *De rebus*, inquit, *litigiosis & convenire & transigere possumus. post rem judicatam pactum, nisi donationis causa interponatur, servari non oportet.*

Prohibet ergo Oratio transactionem alimentorum: nec tamen omnium, sed relictorum in primis. nam ad illa respicere Orationem, etsi latius pateant verba, *Ne alimentorum transactio aliter rata sit*, ex apposita causa intelligitur. ea causa est, *Cum hi quibus alimenta* relicta *erant, facile transigerent d. l.* 8. *pr.* relicta porro alimenta sunt a defuncto data testamento vel codicillis *d. l.* 8. §. 2. *l.* 23. §. 2. *D. de condictione indebiti.* ita sane accipitur hoc verbum *l.* 6. *D. de cessione bonorum*, *l.* 117. *D. de legatis lib.* 1. *l.* 122. *D. eod. tit.* & in illo Martialis *lib.* 10. *Epigr.* 47.

Vitam quæ faciunt beatiorem,
Jucundissime Martialis, hæc sunt.
Res non parta labore, sed relicta.

Si tamen mortis causa donatione relicta sint alimenta: idem dicendum est. quia ea donatio demum morte perficitur, & ad instar legatorum habetur. idemque est, si per fideicommissum fuerit relicta ab eo cui quid donatum est mortis causa. (sic enim construendum, intelligendumque est in *d. l.* 8. §. 2. hoc Ulpiani, *vel ab eo cui mortis causa donata sunt relicta*) potest enim fideicommissum relinqui ab eo cui donatum fuit mortis causa. Quid, si inter vivos promissa sint alimenta? non spectant ad Orationem *d. l.* 8. §. 2. quia non sunt relicta. denique voluit testator, alimentis relictis, consulere alimentario, ne egeat; & placuit Orationi, tam pium testatoris consilium non eludi per alimentarium nequam, vel imprudentem, & tantum quod ante pedes modo est, videntem: quod si contractibus inter vivos constituta sint alimenta, & de his fiat transactio: corrumpit alimentarius jus, quod non alius ei, sed ipse sibi adquisivit. nocet igitur sibi, sicut prodest, non repugnante Oratione.

Cæterum ubi improbat Oratio transactionem sine Prætore factam de alimentis relictis, utrum futura intelligimus, an præterita? & puto futura *l.* 8. *C. de transactionibus:* nam hæc proprie sunt alimenta: illa etsi dicantur alimenta, proprie non sunt alimenta. accedit, quod interceptis futuris alimentis, possit alimentarius egere; eoque inanis fieri voluntas testatoris pia ac provida. quod periculum in præteritis non est. Vetat igitur Oratio, sine Prætore transigi de futuris alimentis: id est de esculentis & potulentis, quibus alitur corpus. Nec dubium est, quin his aqua contineatur. quamquam hæc inspectio, ubi

Usus communis aquarum est,

quatenus attinet Orationem qua prohibetur alimentorum transactio, vix habet usum. sunt enim aquæ ibi munera publica jure gentium. Ulpianus tamen *l.* 1. *D. de alimentis legatis* (quæ est propria hujus loci: quippe cum sit ex ejus *lib.* v. *De omnibus tribunalibus* ex quo est *d. l.* 8, qua exponitur Oratio) putat, dici posse, alimentis legatis, etiam aquam legato inesse: si legata fuerit in regione, ubi solet venundari: ut in regionibus Africæ & Aegypti *l.* 14. § 3. *D. eod. tit.* etiam Ravennæ: de qua ita Martialis, *lib.* 3. *Epigr.* 56.

Sic cisterna mihi, quam vinea, malo Ravennae:
Cum possim longe vendere pluris aquam.

Cæterum, etsi alimenta proprie sint esculenta & potulenta: sit tamen humana conditione; ut sub alimentis habitatio quoque & vestiarium, & calcearium comprehendatur; quia vix est, ut sine his ali possit corpus *l.* 6. *D. de alimentis legatis.* quomodo responsum ab Ulpiano & Gajo est *l.* 43, *&* 44. *D. de verborum significatione*, Verbo *victus* contineri quæ esui potuique, cultuique corporis, quæque ad vivendum homini necessaria sunt. vestem quoque victus habere vicem, & cætera quibus tuendi, curandive corporis nostri gratia utimur. Atque hæc esse alimenta quæ a Scævola *l.* 16. §. 1. *D. de alimentis legatis* dicantur *alimenta commoda*, id est, perfecta & omnibus numeris absoluta, erudite interpretatur V. CL. Janus Rutgersius *Venusin. lection. c.* 7. *p.* 268. *& seq.*

Convenit igitur providentiæ Orationis, ut nec habitatio, nec vestiarium, alimentario inconsulta transactione intercipiantur *d. l.* 8. §. 1. *&* 14. imo voluit D. Marcus, ea non modo sub alimentis comprehendi: sed etiam jussit, de eis specialiter transigi: ac si generaliter sit transactum de alimentis, neque de habitatione, neque de vestiario transactum intelligi *d. l.* 8. §. 12. Cætera quæ ad disciplinam pertinent, legatis alimentis, non continentur legato: nisi aliud testatorem sensisse probetur *d. l.* 6. *&* 7. *D. de alimentis legatis.*

Vult igitur Oratio, ne transactio alimentorum fiat sine Prætore. nec quidquam addit. igitur nihil refert ejus, quomodo relicta sint alimenta: sive

ve perpetuo, sive usque ad certos annos: & sive in singulos menses, sive in singulos dies, sive in singulos annos. solent enim alimenta sic temporibus & pensionibus dividi: atque in omnibus his casibus Oratio locum habet *d. l.* 8. §. 3: modo quid alimentorum causa sit relictum. nam si homini honestioris loci relicta in annos singulos fuerit certa quantitas: poterit transactio sine Prætore fieri. etsi enim alimenta fere sint onera annua, vel menstrua, vel diurna *l.* 8. *in f. D. de alimentis legatis*, tamen non omne quod est in singulos annos aut menses legatum, alimenti causam habet: cum sæpe honoris causa relinquatur veluti salarium annuum, vel ususfructus *d. l.* 8. §. 23. Sit argumentum: quod in Digestis est alius Titulus *De annuis legatis;* alius *De alimentis vel cibariis:* item, quod cautio, Si cui plus quam per Legem Falcidiam, alimentariis quidem remittitur: sed non iis quoque quibus legatum fuit in annos singulos *l.* 3. §. 4. *D. Si cui plus quam per Legem Falcidiam l.* 1. §. 16. *D. Ad legem Falcidiam.* Interest igitur inter annua legata & annua alimenta legata. de his nemo potest transigere; qualiscumque sit, libertinus, an ingenuus; locuples satis, an pauper *d. l.* 8. §. 7: in illis distinguimus; utrum sit honoris causa relictum homini honestiori quod sit pro dignitate ejus; an relictum sit cui inopi misericordiæ causa, quantum ei sufficiat ad alimenta *l.* 6. *D. de cessione bonorum:* altero casu relictum alimenti vicem habebit: altero legatum videbitur tamquam salarium aut ususfructus *d l.* 8. §. 23. Sic; si divisa temporibus aut pensionibus sint alimenta.

Imo inquit Ulpianus *d. l.* 8. §. 4, & si integra quantitas alicui fuerit legata, ut ex usuris ejus se alat, & sortem mortis tempore restituat; licet non in annos singulos sit relicta, tamen non cessabit Oratio: quia sufficit, relictam esse, ut se alat ex usuris ejus: & Oratio omnibus prospexit modis quibus sit periculum, ne fame premarur alimentarius: cui in longitudinem consultum voluit testator.

De eo dubito, an Oratio locuta præsertim sit de pecunia ad alimenta relicta. & tamen non dubito, si cui non nummus fuerit ad alimenta relictus, sed frumentum, atque oleum, & cætera ad victum necessaria: quin velit ratio, ut nec de his transigere possit, inconsulto Prætore; sive annua, sive menstrua ei relinquantur *d. l.* 8. §. 24.

Idem dicendum est, si fundum ad alimenta relictum, distrahere, aut de eo transigere velit alimentarius *d. l.* 8. §. 15: etsi enim de hoc silent Orationis verba, tamen sententia Orationis comprehenditur: ne circumveniatur voluntas testatoris, hoc agentis fundo ad alimenta legato; ut alimentarius haberet non tantum fundi fructus, sed etiam proprietatem *l.* 4. *D. de alimentis legatis.* ita non debebat benignitas datæ proprietatis esse in causa, ut legatarius eo magis, sed ut eo minus haberet jus de ea transigendi: ne periret pietas testatoris ei, quam potuit amplissime, de alimentis providentis, etiam concessa proprietate.

Æque placuit, ne quacumque alia ratione fiat deterior causa alimentorum. finge: fundus testamento est obligatus in securitatem alimentorum: (quod solet fieri *l.* 12. *D. de annuis legatis. l.* 26. *D. de pigneratitia actione*) non potest alimentarius efficere, ut is fundus liberetur, nisi interveniente Prætore *d. l.* 8. §. 15: quia hoc agit, ne sibi certa sint alimenta quæ testator ei pignoris remedio certa esse voluit.

Deinde ait Oratio, *Ne transactio alimentorum aliter rata esset, quam* auctore Prætore *facta.* Vult igitur quæri apud Prætorem, an & quæ transactio fieri debeat. nec perfunctorie, sed diligenter, & ut Ulpianus *d. l.* 8. §. 8. ait; de istis: in primis de causa transactionis: dein de modo? tertio de persona transigentium. In causa hoc erit requirendum, quæ causa sit transigendi: sine causa enim neminem transigentem audiet Prætor. Causæ fere hujusmodi solent allegari: si alibi domicilium heres, alibi alimentarius habeat: aut si destinet domicilium transferre alter eorum: aut si causa aliqua urgeat præsentis pecuniæ: aut si a pluribus ei alimenta relicta sint, & minutatim singulos convenire ei difficile sit: aut si qua alia causa fuit, ut plures solent incidere quæ Prætori suadeant, transactionem admittere. *d. l.* 8. §. 9. Modus quoque pecuniæ quæ in transactionem venit, æstimandus est: utputa quantitas transactionis: nam etiam ex modo fides transactionis æstimabitur. modus autem pro ætate ejus qui transigit, arbitrandus est, & valetudine: nam alias cum puero, alias cum juvene, alias cum sene transigi, palam est: constat enim, alimenta cum vita finiri *d. l.* 8. §. 10. Sed & personarum contemplatio habenda est: hoc est, cujus vitæ sint hi quibus alimenta relicta sunt: utrum frugi vitæ qui alias sufficere sibi possint, an sequioris qui de alimentis pendeant. In persona ejus a quo alimenta relicta sunt, hæc erunt spectanda: in quibus sunt facultatibus, cujus propositi, cujus opinionis: tunc enim apparebit, numquid circumvenire velit eum cum quo transigit *d. l.* 8. §. 11.

Vult igitur Oratio, ne alimentorum transactio fiat aliter, quam causa a Prætore cognita. quid, si Prætor aditus, permiserit transigi citra causæ cognitionem? nullius momenti erit transactio. est enim ea res Prætori quærenda commissa, non negligenda, nec donanda. sed & si non de omnibus inquisierit quæ Oratio mandat; hoc est, de causa, de modo, de personis transigentium: dicendum est, quamvis de quibusdam quæsierit, irritam esse transactionem *d. l.* 8. §. 17.

Vult igitur Oratio, alimentorum transactionem fieri, Prætore auctore: maxime in Urbe. nam in provincia Præsidis est cognitio *d. l.* 8. §. 18: non quod ejus meminit Oratio; sed quod omnia provincialia desideria quæ Romæ varios habent Judices, ad officium Præsidum pertinent *l.* 10. & 11. *D. de officio Præsidum.* Quod si a fisco petantur alimenta; etiam apud Procuratorem fieri posse transactionem, Ulpianus scribit *d. l.* 8. §. 19. secundum quæ & apud Præfectos Ærarii posse *d. l.* 8. §. 19.

Ut igitur valeat transactio de alimentis, intervenire debet Prætoris notio. sed utrum ipsius, an & mandatarii? sed puto, ipsius. nam ut Ulpianus ait *d. l.* 8. §. 18, nec mandare ex hac causa jurisdictionem vel Præses provinciæ vel Prætor poterit. scilicet, quia ea Prætori competit non vi imperii aut jure Magistratus sui: sed speciali D. Marci concessione. quæcumque autem specialiter Lege, vel Senatusconsulto, vel Constitutione tribuuntur, mandata jurisdictione non transferuntur *l.* 1. *D. de officio ejus cui.*

Porro ait Oratio, *Ne transactio alimentorum aliter rata esset, quam auctore Prætore facta.* His verbis continetur effectus transactionis alimentorum sine Prætore factæ. is effectus huc exit, ut perinde habeatur ea transactio, ac si facta non esset. hoc sensu ait Ulpianus *l.* 23. §. 2. *D. de condictione indebiti*, eam Senatusconsulto quo confirmata Oratio est, infirmari. adhuc igitur possunt alimenta peti, quamvis facta transactione: & si quid datum sit, non proficit ad transactionem, sed in præterita alimenta cedit *l.* 7. §. 2. *D. de transactionibus.* nec interest, utrum tantum sit in quan-

quantitate debita, quantum datum est, an plus, vel minus. nam & si minus sit, adhuc quod in solutum datum est, in præterita alimenta imputabitur. Sane, si is qui de alimentis transegit, locupletior factus sit ea solutione: æquissimum fore, Ulpianus ait, quatenus factus sit locupletior, in eum dari repetitionem: nec enim debere ex alieno damno esse locupletem *d. l.* 8. §. 22, infirmata Senatusconsulto transactione *d. l.* 23. §. 2.

Igitur apparet, transactionem de alimentis sine Prætore factam, etsi olim servaretur hoc Edicto; tamen postquam D. Marci Oratione rata non habetur. deinde non servari; maxime, si idcirco facta sit, ut quis repræsentatam pecuniam consumat. nam hanc demum transactionem Oratio improbat. Sed quid, si quis citra Prætoris auctoritatem transegerit, ut quod ei per singulos annos sit relictum, per singulos menses consequatur: aut quid, si quod ei sit relictum per singulos menses, consequatur per singulos dies? quid deinde, si quod consummato anno ut acciperet, initio anni consequatur? putat Ulpianus, valere eam transactionem: quia nihil factum quod Oratio improbet. noluit enim, alimenta per transactionem intercipi *d. l.* 8. §. 6: alimentarius autem ea transactione suam conditionem non fecit deteriorem, sed meliorem. placet igitur quod Modestinus *l.* 25. *D. de legibus* scribit, Nullam juris rationem, aut æquitatis benignitatem pati, ut quæ salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem. Non longe hinc abludit species *d. l.* 8. §. 5.

CAPUT XVIII.

An possit transigi de controversiis ex testamento proficiscentibus, ante non inspectis, cognitisve testamenti verbis?

Est & hæc celebris quæstio: an possit transigi de controversiis ex testamento proficiscentibus, ante non inspectis cognitisve ejus verbis? Negat vetus opinio; atque ea penitus adhuc obsidet cogitationes nobilium Juris Interpretum: propter Gaji verba a Juris Architectis ex ejus libro XVII. Ad Edictum provinciale ad hunc modum posita in *l.* 6. *D. de transactionibus. De his controversiis quæ ex testamento proficiscuntur, neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti.* Sed numquam fuit Gajo mens, quam præferunt ejus verba, & esse voluere Juris Architecti. contra licita fuit Gaji tempore transactio de controversiis ex testamento proficiscentibus, non inspectis cognitisve ejus verbis: Veteribus eam rem in medio relinquentibus arbitrio transigentium: eo quod æquitas, etsi non vetet, transactioni dari formam, ne fiat ante apertas, & inspectas testamenti tabulas, talem formam Populi Romani legibus aut moribus extorsit numquam. ita non est a Juris ratione alienum, litis timorem vel in hac specie partium consensu bona fide sopiri, & sopitum non resuscitari sub prætextu testamenti ante non inspecti aut cogniti. Atqui possit periculum esse; ne transigens testamento, ante non inspectis aut cognitis ejus verbis, facile capiatur. Tamquam sit necessitas, transigere de controversia ex testamento ante non inspecto. sed licet unicuique ante, quam transigit, ab herede petere, ut sibi fiat inspiciendi describendique testamenti copia: parato ad hoc interdicto, De tabulis exhibendis, vel Edicto, Quemadmodum testamenta aperiantur. eorum igitur altero uti si neglexerit, cum posset, & interim parte rei sibi relictæ imprudenter deciderit: profecto habet quod suæ socordiæ; non quod adversarii diligentiæ imputet; & ideo damnum passus sua culpa, non intelligitur, damnum passus esse *l.* 203. *D. de regulis juris:* nec habet causam rescindendi transactionem ejus sponte factam sine necessitate: etsi eventu læsus sit; modo nil actum sit adversarii dolo malo *l.* 7. §. 10. *D. de pactis.* Naturalis hæc æquitas, & subnixa auctoritate Prætoris: generaliter promittentis, se servaturum pacta conventa, neque dolo malo, neque adversus leges, aut in fraudem legum facta *l.* 7. §. 7. *D. eod. tit.* nulla porro lex idcirco improbat transactionem de controversiis ex testamento proficiscentibus: quod sit facta, non inspectis cognitisve testamenti tabulis. quin tu audis Impp. Diocletianum & Maximianum *l.* 19. *C. de transactionibus*, Irenæo cuidam rescribentes, *Sub prætextu instrumenti post reperti, transactionem bona fide factam, rescindi jura non pati.* Placet id illis Imperatoribus, instrumento (quo etiam testamentum censetur) ante incognito & post demum reperto? quanto justius dicatur, testamento ante cognito, etsi ante non aperto inspectoque?

At te sollicitat Gajus *d. l.* 6. *D. de transactionibus.* Sed frustra. quid enim, si fugitivum sit hoc Gaji Caput, atque ab Edicto de pactis conventis longe remotum? ita prorsus est. interpretatus enim Gajus Edictum de pactis conventis lib. I. Ad Edictum Provinciale: ut docent Inscriptiones *l.* 20. *l.* 28. & *l.* 30. *D. de pactis.* at desumpta *d. l.* 6, quod ejus Inscriptio indicat, est ex Gaji lib. XVII. Ad Edictum Provinciale: in quo is nihil egit de pactis aut transactionibus, sed de testamentis: id est, qui habeant jus faciendi testamenti; item, quomodo ordinentur testamenta: tum de heredibus instituendis: porro quemadmodum testamenta aperiantur, inspiciantur, & describantur: dehinc ut serventur legata ex Edicto, Si quis omissa causa testamenti: postremo quemadmodum ex Senatusconsulto Silaniano de servis habeatur quæstio, antequam testamenta aperiantur.

Hunc fuisse ejus libri ordinem & tenorem, commode notavit Jacobus Labittus ex Fragmentis in Pandectas eo ex libro relatis: pertinere autem *d. l.* 6. ad Edictum de tabulis aperiendis, observavit ex *l.* 1. *pr.* & § 1. *D. Testamenta quemadmodum aperiantur:* cujus Inscriptio præfert Gaji lib. XVII. Ad Edictum Provinciale. edit vero is Gaji locus Edicti non sensum modo, sed æquitatem quoque & rationem pene verbis *d. l.* 6. Edicti sensus continetur his *d. l.* 1. verbis: *Omnibus quicunque desiderant tabulas testamenti inspicere, vel etiam describere, despiciendi, describendique potestatem facturum se Prætor pollicetur.* Hic sensus Edicti. At ejus commendatio æquitatis in §. 1. ejusdem loci sic sonat. *Ratio autem Edicti manifesta est. Neque enim sine Judice transigi, neque apud Judicem exquiri veritas de his controversiis quæ ex testamento proficiscerentur aliter potest, quam inspectis cognitisve verbis testamenti.* Hæc ratio Edicti Proconsulis, sed Gajo debetur. indicat autem, Proconsulem in Edicto jubere, omnibus desiderantibus tabulas testamenti inspicere vel describere,

re, ejus inſpiciendi deſcribendique facultatem fieri: hac cauſa; ut ſi velint de teſtamento litigare, apud Judicem poſſit exquiri veritas: ſin malint decidere, ſine Judice poſſit tranſigi controverſia. igitur voluit quidem Proconſul, eos qui cogitent, dirimere controverſias ex teſtamento proficiſcentes, adjuvare apertis teſtamenti tabulis: quo facilius ac ſecurius faciant quod eis negotium eſt. at non voluit, transactionem, ſi fiat bona fide, non inſpectis cognitisve teſtamenti verbis, idcirco infirmare: quod ſit facta, non inſpecto & cognito ante teſtamento. minime. non eſt hoc Edicto comprehenſum: neque alias placuit legibus aut moribus Populi Romani. nec igitur potuit a Gajo dici: quippe cum non ſit privati Juriſconſulti, leges facere, ſed factas interpretari. ac ſi explicanda, ut oportet, ex Gaji mente ſit *d. l. 6. & l.* 1. §. 1: neutra improbat transactionem de teſtamento factam, ante non inſpectis cognitisve ejus tabulis. contra veriſſimum eſt, quod obſervavit Antonius Faber, V. Cl. *Rationalibus*, Gajum, cum negat, aliter poſſe tranſigi de his controverſiis quæ ex teſtamento proficiſcantur, quam inſpectis cognitisve verbis teſtamenti, tantum de facto, non de jure loqui. Dixi, quæ mihi viſa inde a prima juventute ſunt probabilia. plura attulit pridem V. Cl. Antonius Schultingius, egregia *Diſſertatione ſuper controverſiis quæ ex ultimis voluntatibus proficiſcuntur, etiam non inſpectis vel cognitis illarum verbis recte ineunda:* nec pigebit vidiſſe. ſpero, æque placebit ejus Jurisprudentia Antejuſtinianea quam exſpectamus.

Caput XIX.

Prætori non eſſe propoſitum in hoc Edicto, ſervare pacta conventa, facta adverſus Jus Civile, cum ſcriptum, tum non ſcriptum. De forma plerisque negotiis data Civili Jure. & an contra hanc poſſit pactum conventum fieri expreſſe vel tacite. & quid de cauſis?

Huc usque dixi, quando non ſervet Prætor pacta conventa adverſus Leges, Plebiſcita, Senatusconſulta, Edicta, Decreta Principum, aut in eorum fraudem facta. Reliquum eſt: ut inveſtigem quid his indigitet verbis, Leges, Plebiſcita, Senatusconſulta, Edicta, Decreta Principum: cum Imp. Juſtinianus *l. pen. C. de pactis* ſimpliciter dicat, *Ipſo Prætoris Edicto, pacta conventa quæ neque contra leges, neque dolo malo inita ſunt, omnimodo obſervanda ſunt.* Mihi vero videtur, propoſitum eſſe Prætori, non ſervare pacta conventa, facta adverſus Jus ſcriptum: & non ſcriptum: nec intereſſe ejus, utrum ſit proprium Populi Romani, an commune omnium hominum: etſi Edicti verba tantum improbent pacta conventa, facta adverſus Jus ſcriptum: quod Legibus Plebiſcitis, Senatusconſultis, Edictis Prætorum & Decretis Principum conſtabat tempore Juliani: qui compoſuit Edictum perpetuum. Occurrit aliquoties talis veteris Edicti interpolatio. notavi eam ad præcedentia verba, *Neque dolo malo:* & in Edicto, Quod metus cauſa, & De commodato jam olim ſimilem obſervavit Ulpianus *l.* 1. *D. Quod metus cauſa, & l.* 1. §. 1. *D. Commodati.* Deeſt etiam hodie in Edicto Ædilium curulium verſus, *Titulus ſcriptorum ſingulorum ut ei ſcriptus ſit, &c:* quem verſum olim fuiſſe in eo Edicto, auctor eſt A. Gellius *lib.* 2. *Noct. Attic. c.* 2. In præſentia vero confinxit Julianus veteris Prætoris verba ad mores ſui temporis. Nulla enim ante inductum Principatum fuerunt Principum Decreta: cum hodie in Perpetuo Edicto hic a Juliano fiat eorum mentio. Non minus convenit ſeculo Juliani, quod in Edicto non nominantur Reſponſa Prudentum: ut ut ea Juri ſcripto annumeret Imp. Juſtinianus §. 3. *Inſt. de jure naturali:* qui ea confirmavit *l.* 2. *De confirmatione Digeſtorum:* ſicut & ante ſunt confirmata ab Imp. Theodoſio *l. unic. Cod. Theod. De reſponſis prudentum:* cum ante eam legem Jus Civile quod in ſpecie ſic vocatur, a Juriſconſultis compoſitum Fori Diſputatione ſine ſcripto venire, certus auctor ſit Pomponius *l.* 2. §. 5. *D. de origine juris.* Cæterum etſi Edicti verba non meminerint morum Populi Romani, id eſt, Juris non ſcripti: placuit tamen Veteribus, mores non excludere ab Edicti ſententia: uno Prætoris conſilio, tueri conjunctionem civilis ſocietatis non minus a moribus, quam a ſcriptis legibus pendentem. quid ſi mores etiam Populi leges ſunt? non minus enim Populi voluntatem tacite rebus & factis, quam leges eam manifeſtis civium ſuffragiis declarant *l.* 32. §. 1. *l.* 35. *&* 36. *D. de legibus.* Hoc ſenſu Imp. Juſtinianus *l. pen. C. de pactis, Ipſo*, inquit, *Prætoris Edicto pacta conventa quæ neque contra leges, neque dolo malo inita ſunt, omnimodo obſervanda ſunt.* Sed Prætor ne Naturæ quidem jus neglexit: cum hoc ſit lex & mos generis humani: cujus jure æque ac parte cenſetur Populus Romanus §. 2. *Inſt. de jure naturali.* optime Cicero *in Partitionibus, Legis*, inquit, *eſſe propria etiam ea quæ ſine literis aut gentium jure, aut more majorum retinentur.* Improbantur igitur Edicti verbis pacta in primis facta adverſus jus ſcriptum: ſed mente ejus & ſententia etiam pacta facta adverſus jus non ſcriptum; ſive ſit proprium Populi Romani, ſive ſit commune generis humani. & valde probo, quod ait Juſtinianus *l. ult. C. de pactis*, id contineri regulis juris: ſolitis Veteribus ex legibus atque Edictis condere juris regulas. Eodem modo & ſenſu Antoninus *l.* 6. *C. de pactis, Pacta*, inquit, *quæ contra leges, conſtitutionesque, vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati juris eſt.* Ita ſumma eſt, *Generaliter quoties pactum a jure communi remotum eſt, ſervari non oportere.* Sic ſubducit Ulpianus *l.* 7. §. 16. *D. eod. tit.* Nec aliter putat Gajus *l.* 28. *D. eod. tit. Contra*, inquiens, *juris civilis regulas pacta conventa rata non haberi.* Papinianus quoque *l.* 38. *D. eod. tit. Jus*, infit, *publicum privatorum pactis mutari non poteſt.*

Non ſubſiſtam hoc fine: ultra monendum eſt, inditam a Civili & Prætorio Jure plerisque negotiis, pro faciliore eorum explicatione, eſſe formam, ſive ſubſtantiam, ſive naturam, ab æquitate, pudore, honeſtate, & publico omnium commodo atque utilitate non alienam. meminit hujus formæ Imp. Juſtinianus §. *ult. Inſt. de mandato*, & ante eum Celſus *l.* 47. §. *ult. D. eod. tit.* Ulpianus quoque *l.* 7. §. 15. *D. de pactis:* Papinianus ſubſtantiam dixit *l.* 72. *D. de contrahenda emptione:* Ulpianus naturam *d. l.* 7. §. 5. *D. de pactis:* Paulus *l.* 27. §. 3. *D. eod. tit.* naturam & formam: & *l.* 26. §. 1. *D. depoſiti* modum: Papinianus *l.* 24. *D. eod. tit.* naturam & notos terminos: & *l.* 9. §. 1. *D. de duobus reis* ſtatum & naturam. ita pacta, adverſus leges facta, in Edicto ſunt pacta facta adverſus formam, naturam, ſubſtan-

ſtantiam, negotiis rebusque Jure Civili & Prætorio datam atque impreſſam communis reſpectu utilitatis. Pomponius *l.* 27. *D. de regulis juris* id ſic effert. *Nec ex Prætorio, nec ex ſolemni jure, privatorum conventione quicquam immutandum eſt: quamvis obligationum cauſæ pactione poſſint immutari & ipſo jure & per pacti conventi exceptionem: quia actionum modus vel lege, vel per Prætorem introductus, privatorum pactionibus non informatur: nec ſi, cum incboatur actio, inter eos convenerit.* Ita legendum, *nec ſi, cum:* etſi alias legatur, *niſi tunc cum.*

Sed ut hæc clarius intelligantur: porro ſciendum eſt, quod pacta negotii modo, ſive ſubſtantiæ, ſive formæ vel expreſſe adverſantur, vel tacite. expreſſe: ſi convenerit quod directo pugnet cum eo quod contractum eſt. tacite: ſi ei non directo, ſed per conſequentiam, adverſetur. cum autem pactum expreſſe repugnat negotii formæ, atque inſuper injuſtum eſt, aut certe a publica utilitate remotum: valet contractus, ſed pactum vitiatur. pone, contrahi ſocietatem, in eaque pactum fieri: ut unus tantum lucrum, alter tantum damnum, habeat: valet ſocietas, irrito pacto §. 2. *Inſt. de ſocietate:* quia eſt contra naturam ſocietatis, atque etiam injuſtum. facit enim, ne ſit æqualitas; etſi pari ſociorum collatione: ſocietas autem eſt (ut Livius, *lib.* 8. *c.* 4. definit) juris æquatio; ſive (ut Papinianus ait *l.* 63. *D. Pro ſocio*) fraternitas. Simile eſt: ſi in depoſito fiat pactum, Ne de dolo agatur, non admiſſo adhuc a depoſitario dolo malo *l.* 27. §. 3. *D. de pactis:* eſt enim tale pactum contra formam omnium judiciorum bonæ fidei *l.* 23. *D. de regulis juris*, in primisque depoſiti *l.* 31. *D. depoſiti:* nec minus contra bonos mores *l.* 1. §. 7. *D. eod. tit.* quia invitat depoſitarium ad delinquendum in re depoſita. Eſt id manifeſtæ rationis. Sed quid faciemus Ulpiano *l.* 7. §. 15. *D. de pactis:* ſcribenti, *Si quis paciſcatur, ne depoſiti agat, ſecundum Pomponium valet pactum?* Et auget difficultatem Paulus *l.* 27. §. 3. *D. eod. tit. Illud*, inquiens, *nulla pactione effici poteſt, ne dolus præſtetur: quamvis ſi quis paciſcatur, ne depoſiti agat, vi ipſa id pactus videatur, ne de dolo agat: quod pactum proderit.* Nam ſi non poteſt pactione effici, Ne dolus præſtetur: qua ratione jus ſit alicui paciſci, Ne depoſiti agat: ſi præſertim vi ipſa (ita hic & in *l.* 16. §. 3. *D. Ad Senatusconſultum Trebellianum*, & *l.* 45. §. 1. *D. Ad legem Falcidiam* Paulus, pro in effectu) ſi, inquam, vi ipſa ſic paciſci videatur, Ne de dolo agat? & tamen profuturum illud pactum, & Paulus & Ulpianus putat. Sed quid eſt? eget hic conſilii deprehenſa ſubtilitas. quid enim habet, quod extricet difficultatem? Scio: ſunt qui ſibi perſuadent, Ulpianum & Paulum non improbare pactum, Ne depoſiti agatur: ante contracto depoſito, & admiſſo jam a depoſitario dolo malo. Sed metuo; ne quod dicunt, careat ratione: num enim opus fuit diſputatione, an poſt admiſſum dolum jure licito fiat pactum, Ne depoſiti agatur? atqui non prohibetur is qui depoſuit, poſt admiſſum dolum palam convenire, Ne de dolo agat. cur igitur dubitetur, an deinde paciſci poſſit, Ne depoſiti agat? Non magis accedam exiſtimantibus: quod pacto, Ne depoſiti agatur, non agitur palam & directo, Ne dolus præſtetur; ſed tacite: non expreſſa autem non nocent, quæ expreſſa, non valerent. Nam nec illa eſt probabilis ſententia. quia eſt gravis pudori civilis ſapientiæ. niſi intereſt reipublicæ; utrum quis palam ad peccandum invitetur, promiſſa ſpe impunitatis; an tacite: cum utique invitatur ad flagitium publico bono noxium. non igitur pertinet tam immodeſta explicatio ad verecundiam Veterum Juriſconſultorum. Me auctore, ſobrie, ut oportet, exaudiatur ſententia Ulpiani & Pauli: nec erit quod caſtigetur. ajunt, profuturum pactum, Ne depoſiti agatur. nimirum, quia eo pacto non utique convenitur, Ne de dolo agatur: etſi videatur ſic agi. poteſt enim depoſiti agi non tantum ob dolum malum, ſed etiam ob culpam. quis autem reprehendat pactum, Ne ob culpam agatur ex cauſa depoſiti? optima igitur ratione fit pactum, Ne depoſiti agatur: etſi paciſcens, Ne depoſiti agat, vi ipſa videatur paciſci, Ne de dolo agat. ſicut enim poteſt hoc pactum accipi, ne depoſitarium invitet ad graſſandum in re depoſita: quid ni ea modeſtia explicetur? ſit igitur pacto, Ne depoſiti agatur, vi ipſa pactum, Ne de dolo agatur: at non idcirco proderit paciſcenti, ne dolo malo agens in re depoſita, conveniatur actione depoſiti: tantum huc perget; ne amiſſa aut deteriorata re depoſita depoſitarii culpa aut negligentia, ejus periculum ad depoſitarium ſpectet. hoc patitur civilis & naturalis ratio. quod ſi vim hujus pacti ultra porrigat depoſitarius: abſtinendum eſt a tam impudente & improba explicatione.

Sic: ſi pactum expreſſe fiat adverſus negotii formam, atque etiam injuſtum, aut contra bonos mores ſit. proximus tractatus erit, quid juris ſit: ſi pactum fiat adverſus negotii formam, nec injuſtum ſit, neque alias publica utilitate refutetur. Extant ad hanc partem complura in jure exempla ſed defungar paucis. Finge: aliquis committit ſua negotia alteri gerenda, non gratis, ſed mercede conſtituta: eamque conventionem vocat mandatum. an valet? movet, quod non eſt injuſtum. ſed eſt contra mandati formam. facit igitur: ne ſit mandatum; ſed magis locatio & conductio videatur. hanc enim res indicat; etſi mandatum dicatur §. *ult. Inſt. de mandato.* Rurſus pone: inſulam vendidi: hoc modo, ut aliam inſulam reficeres. an valebit pactum? non enim iniquum eſt, neque legibus aut moribus improbatur. eſt tamen adverſus formam venditionis: ab una parte mercem, ab altera pecuniam certam & numeratam deſiderantis. ne igitur confundantur civilia negotia, eoque difficilior fiat eorum explicatio: placet Neratio *l.* 6. *D. de præſcriptis verbis*, (non intercedente Pomponio *l.* 6. §. 1. *D. de actionibus empti*) magis ad rem, quam ad verba attendere; ideoque nullam putare venditionem, ſed agendum eſſe civili intentione incerti. dicam igitur, valere pactum, ſed eo mutari contractum, magisque incertum atque innominatum eſſe: licet contrahentes eum vocent venditionem. hunc enim contractum non fert forma & ſubſtantia ejus quod geritur: illum indicat. & eſt quidem rationis, ut contrahentes ab initio quem velint ineant contractum: ſervantes naturam, & ſubſtantiam ei a Jure Civili datam. at ut mutatis terminis, non mutetur nomen obligationis: non fuit rationis. cur enim liceat contrahentibus, pro ſua libidine confundere negotiorum formas, nulla ſuadente utilitate. Ita nec poteſt vendita intelligi res: ubi agitur, ne ejus dominium ad emptorem tranſeat: licet enim a contrahentibus dicatur venditio: tamen ad rem ſpectantibus, aut locatio eſt, aut aliud genus contractus *l.* 80. §. *ult. D. de contrahenda emptione.* Simili ratione quæ dos vocatur, emptio fit æſtimatione rei dotalis *l.* 13. *C. de jure dotium:* & quæ emptio dicitur, nullo interveniente pretio, non eſt emptio *l.* 36. *D. de contrahenda emptione;* ſed donatio *l.* 3. & 9. *C. eod. tit.* nulla vetante lege. nam ſi illa intercedat: contra dicendum eſſe, egregio exemplo oſtendit Ulpianus *l.* 38. *D. eod. tit.*

Hæc

Hæc in ſuperioribus obtinent optimo jure. non tamen ſunt ubique trahenda ad exemplum: ne argumenti quidem ſimilitudine. non enim definita ſunt lege una & certa: ſed Fori Diſputatione, atque incidente occaſione, paulatim invaluere. ita ſi ſinceram quærimus Jurisprudentiam, vel hac in parte ſequi nos oportet, non quo æquitas & mera ratio, ſed quo Veterum uſus & auctoritas ducit. Sit exemplum in precario: in quo non placuere Celſo recepta in ſuperioribus, quantum colligo ex *l.* 12. *D. de precario.* Verba Celſi ſunt. *Cum precario aliquid datur, ſi convenit, ut in Calendas Julias precario poſſideat: numquid exceptione adjuvandus eſt, ne ante ei poſſeſſio auferatur? Sed nulla vis eſt hujus conventionis, ut rem alienam domino invito poſſidere liceat* Finge: precibus a me impetraſti uſum domus: hac lege, ut in Calendas usque Julias eam precario poſſideas. Si rem ex vero æſtimamus: proxima eſt commodato; licet a contrahentibus dicatur precarium. ſunt enim inter ſe repugnantia, ut alienam rem domino invito poſſidere tibi liceat, & tamen eam poſſideas precario, id eſt, quamdiu voluerit dominus *l.* 1. *pr. l.* 2. §. 2. *D. eod. tit.* at non repugnat commodati forma, quo minus paciſcaris, ut tibi liceat, re mea gratis uti ad certum tempus; nec mihi jus ſit, eam interim revocare *l.* 17. §. 3. *D. Commodati.* quod ſi igitur lubet magis, quod agitur, quam quod dicitur, conſiderare: non erit in propoſito precarium, ſed commodatum. quia hoc patitur negotii forma, illud non patitur: quamvis velint contrahentes. ſed alio vertit Celſus *d. l.* 12: arbitratus, non eſſe commodatum, ſed precarium: pactionemque, Ne domus quam precario habes, ante Calendas Julias revocetur, eſſe nullius momenti, quaſi appoſitam adverſus precarii formam. quod ſi eſt: apparet, Celſum in hoc articulo non ea iviſſe ſemita quam in ſuperioribus ſequuti ſunt alii: nec oportere nos qui leges non ferimus, ſed interpretamur, ubique a ſimili ad ſimile procedere; ſed quid in quoquo negotio receptum ſit, animadvertere. ſunt enim ſæpe Fori Diſputatione uno in caſu a Veteribus recepta, quæ non ſtatim ſunt porrecta ad alios utcumque ſimiles; non quod æquitas prohiberet extenſionem; ſed quod uſus Fori non admitteret. & tamen contigit quoque aliquando, nova ſuperveniente auctoritate: ut tandem exciperentur etiam tales caſus a quibus prior abſtinuerat verecundia. Occurrit ejus generis exemplum in *l.* 34. *D. Mandati*, juncta *l.* 15. *D. de rebus creditis.* Sit & hoc exemplum: quod oneris ferendi ſervitutem ædibus poſſe imponi, diſputando negavit Aquilius Gallus: præfatus, pactionem domino injungentem ſervientis prædii refectionem, adverſari naturæ ſervitutis: non conſiſtentis in eo, ut dominus aliquid faciat; ſed ut aliquid patiatur, aut non faciat *l.* 15. §. 1. *D. de ſervitutibus.* Adverſus tamen hanc Galli Aquilii diſputationem, utcumque ſubnixam natura ſervitutis, evaluit Servii ſententia: ut poſſit quis defendere, ſibi jus eſſe, cogere adverſarium, reficere parietem ad onera ſua ſuſtinenda *l.* 6. §. 2. *D. Si ſervitus vindicetur.* Apparet igitur, receptam Servii auctoritate eſſe pactionem naturæ ſervitutis contrariam. ſed (quod mediate obſervat Ulpianus *d. l.* 6. § 2) non in omnibus ſervitutibus, verum *in propoſita ſpecie.* etſi Paulus *l.* 33. *D. de ſervitutibus prædiorum urbanorum* Servii ſententiam æſtimat naturali æquitate, communi omnium ſervitutum, abſque Juris auctoritate foret. Fuit & hæc natura ſervitutis prædiorum, prædii neceſſitate circumſcribi. Inde, ut pomum decerpere liceat, ut ſpatiari, ut cœnare in alieno poſſimus, ſervitus imponi non poteſt, inquit Paulus *l.* 8. *D. de ſervitutibus.* & tamen hoc jure utimur, ut impoſita ſuſtineatur. Id digniſſimum obſervatu, quantum teneo memoria, non animadverſum ab aliis, curatiſſime tradidi *lib.* 1. *Probabilium c.* 2. & 3.

Hæc: ſi quæ pactio palam & directo fiat contra negotii formam. Quid, ſi tacite ei adverſetur? placuit, ſervari pactum: non quidem, ut mutet negotium, ſed ut inflectat & temperet. Exemplum eſt in his verbis *l.* 24. *D. depoſiti. Lucius Titius Sempronio ſalutem. Centum nummos quos hac die commendaſti mihi, adnumerante ſervo Sticho actore, eſſe apud me ut notum haberes, hac epiſtola manu mea ſcripta, tibi notum facio: quæ quando voles, & ubi voles, confeſtim tibi numerabo. Quæritur, propter uſurarum incrementum? Reſpondi depoſiti actionem locum habere. quid eſt enim aliud commendare, quam deponere? quod ita verum eſt, ſi id actum eſt, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam ſi ut tantundem ſolveretur, convenit, egreditur ea res depoſiti notiſſimos terminos. In qua quæſtione ſi depoſiti actio non teneat, cum convenit, tantumdem, non idem reddi, rationem uſurarum haberi, non facile dicendum eſt. Et eſt quidem conſtitutum, in bonæ fidei judiciis, quod ad uſuras attinet, ut tantundem poſſit officium arbitri, quantum ſtipulatio: ſed contra bonam fidem, & depoſiti naturam eſt, uſuras ab eo deſiderare temporis ante moram qui beneficium in ſuſcipienda pecunia dedit. ſi tamen ab initio de uſuris præſtandis convenit, lex contractus ſervabitur.* Locus hic eſt admodum impeditus abrupta ſermonis brevitate, propria Jurisconſultorum. forte eſt etiam mutilus in fine epiſtolæ L. Titii; & ita reſtituendus. *quæ quando voles, & ubi voles, confeſtim tibi numerabo cum uſuris.* Nulla hodie in epiſtola mentio uſurarum. interveniſſe tamen pactum de præſtandis uſuris, ex quæſtione epiſtolæ ſubjecta, & Papiniani diſputatione conjicio. Species hæc eſt. Sempronius Lucio Titio abſenti certa forma commendavit centum nummos per epiſtolam, aut per Stichum ſervum actorem, per quem eos numeravit. Lucius Titius Sempronio reſpondit per epiſtolam. ita convenit, uti Titius Sempronio, quando & ubi vellet, tantumdem confeſtim redderet cum uſuris. quæritur; an poſſint commendati nummi cum uſurarum incremento peti actione depoſiti? movet hinc, quod contrahentes quod agunt, vocant commendatum: id eſt, depoſitum: quando commendare eſt deponere, auctore non modo Ulpiano *l.* 186. *D. de verborum ſignificatione*, ſed Papiniano quoque in *d. l.* 24. inde movet quod nominis proprietati reſiſtit negotii forma. nam in depoſito non traditur depoſitario res, ut ejus dominium ei adquiratur: multoque minus, ut ab eo mutetur aut conſumatur: ſed ut cuſtodiatur; id eſt, ut deponenti idem quod dedit corpus in ſpecie reſtituatur. igitur ſi actum ſit, ut Sempronius ipſa quæ accepit, reddat nummorum corpora: erit depoſitum. quod ſi placuit, tantumdem reddi; non ſervata depoſiti forma, non videtur depoſitum. contra res ad mutuum accedit, tranſlato quantitatis dominio: ea lege, ut obligatio ſequatur ad tantumdem reſtituendum. quod ſi cui ſedeat in præſente ſpecie: non tenet depoſiti actio; magis locum habet certi condictio ex cauſa mutui. in qua de uſuris fruſtra quæritur: quia uſuræ in ſtricti juris judiciis, quale eſt mutuum, non debentur, niſi ex ſtipulatu: ſi ſtipulatio intervenit. ſed Papinianus, expenſis intentiore cura ſingulis, non mutuum, ſed depoſitum, eſſe exiſtimat: duplice ratione. una eſt: quod hic fuit contrahentium animus, ut commendatum, id eſt, depoſitum eſſet. altera eſt: quod ne res quidem illam negotii formam recuſat: quando nil intereſt de-

deponentis pecuniam; utrum eadem, an similia recipiat nummorum corpora: pecunia functionem recipiente non in specie, sed in genere. ea igitur gratia patitur Papinianus, depositi actionem dari. sed utrum ad sortem tantum, an ad usuras quoque? & si mora intervenit: putat Papinianus, etiam ad usuras dari. Atqui usuræ æque sunt extra potestatem depositi, ac mutui; obligatione numquam re nascente ultra, quam datum sit *l.* 17. *D. de pactis:* ne pacto quidem de usuris interposito: præterquam subjecta stipulatione. Sed placet Papiniano, depositum circa usuras distinguere a mutuo: etsi eos contractus hac in parte non separent Juris regulæ. qui potest? *Est*, inquit Papinianus, *constitutum in bonæ fidei judiciis*, quale est depositi actio, *quod ad usuras attinet*, *ut tantumdem possit officium arbitri*, *quantum stipulatio*. A quo tamen id sit constitutum, non addit Papinianus: sed demonstravi supra hujus Operis c. XI. & XII, auctorem ejus Constitutionis esse D. Pium: cum ante eum in bonæ fidei judiciis, uno excepto judicio pro socio, non aliud circa usuras jus esset, quam in judiciis stricti juris. Sic post admissam a depositario moram: sive promissæ sint usuræ, sive non sint. sed finge, promissas esse ab initio ante moram. adhuc certum est, deberi: si de his sic specialiter stipulatione convenerit *l.* 40. *D. de rebus creditis.* sit igitur idem in pacto adjecto confestim deposito: cum constet, pacta judiciis bonæ fidei in continenti adjecta, vel ad actionem inesse, quatenus paciscentis interest propter rem debitam: & jam Constitutionibus placuit, in bonæ fidei judiciis, quod ad usuras attinet, quantum valet stipulatio, tantum posse arbitri officium. At est contra bonam fidem, contraque depositi naturam, depositarium usuras sine mora debere; & pro beneficio susceptæ custodiæ pœnam solvere. Post introductas tamen usuras in bonæ fidei judiciis, non est a ratione alienum, si in ingressu contractus convenit de usuris ante moram præstandis, pactum inesse actioni depositi; ipsaque usuras æque, ac sortem peti. Quod si est: putemus, pacta valere adversus formam contractus: si ei tacite & velut per consequentiam repugnent; neque interim publica utilitate improbentur. hoc vero in proposito sit deposita pecunia: si agatur, ut depositarius tantumdem restituat, & usuras præstet. sane qui deposita pecunia, est tantumdum exacturus cum usuris, is concedit ejus & custodiam & consumptionem; etsi non directo, sed per consequentiam. igitur adhuc valebit hoc pactum jure depositi: quia principalis contrahentium finis est, ut custodiatur pecunia *l.* 24. *l.* 25. §. 1. *& l.* 26. *D. depositi:* & quamvis deposito corpore, non sinat depositi forma, id a depositario consumi aut mutari, quod habet functionem suam in specie; tamen si quantitas deponatur hoc pacto, ut tantumdem reddatur, aliud obtinuit *d. l.* 25. §. 1. *& d. l.* 26: eo quod quantitas non suo corpore, sed sua quantitate æstimatur: nec interest deponentis, utrum deposita in specie reddatur quantitas, an alia ejusdem generis & qualitatis: quin hic videtur idem quod depositum est reddi, ubi tantumdem redditur. est porro hæc depositi natura, ne depositæ rei usum habeat depositarius. hoc igitur ubi est: cur usuras præstet temporis ante moram: nulla usurarum causa? cæterum inventa specie in qua depositarius utatur quantitate deposita; ea lege, ut tantumdem reddat: non fuerit iniquum, neque absurdum, post introductam usurarum utilitatem in bonæ fidei judiciis, depositæ quantitatis usum deponenti usurarum præstatione, si id convenerit, ante moram reparari.

Sed de pactis quæ sint contra negotii substantiam, naturam, ac formam internam, &, ut ita loquar, essentialem, facta palam vel tacite, dictum satis. Sequuntur quæ extra eam consistunt circa causas quas dicam externas: nam de his quoque ut deinceps agam, postulat Pomponius *l.* 27. *D. de regulis juris*, verbis supra ad hunc modum emendatis. *Nec ex prætorio, nec ex solemni jure privatorum conventione quidquam immutandum est. quamvis obligationum causæ pactione possint immutari & ipso jure & per pacti conventi exceptionem: quia actionum modus vel lege vel per Prætorem introductus privatorum pactionibus non informatur, nec si, cum incboatur actio, inter eos convenit.* Sensus est, Obligationum substantiam, (quam Pomponius vocat *actionum modum:* sicut & Paulus *l.* 26. §. 1. *D. Depositi vel contra*) pro communi utilitate inventam civili aut prætorio jure, privatorum conventione non mutari: ne tunc quidem, cum actio inchoatur; id est, ne ingressu quidem contractus: quo tempore inchoatur, id est, nascitur obligatio & actio. nec enim, verbi gratia, ut emptio venditio sine merce aut pretio contrahatur, permitti: emptionis forma & substantia ex pretio & merce consistente. at non esse alienum a ratione Juris, obligationum causas, cum id velint paciscentes, adjectis pactionibus informari ipso jure, aut per pacti conventi exceptionem. Sic Pomponius, & *obligationum causas* non nominat internam earum formam aut substantiam, sed cæteras earum qualitates: quæ etsi extra formam aut substantiam cadant; tamen ut Ulpianus ait *l.* 11. §. 1. *D. de actionibus empti*, singulis contractibus, si nihil convenit, naturaliter, (sive, ut idem Ulpianus loquitur *l.* 31. §. 20. *D. de Ædilitio Edicto*, ex more & consuetudine) insunt judicii potestate. tales causas quatuor indicat Paulus *l.* 44. *D. de obligationibus & actionibus*, *Obligationum*, inquiens, *fere quatuor causæ sunt*, *aut enim dies in bis est*, *aut conditio*, *aut modus*, *aut accessio.* Ex eodem genere sunt quæ idem Paulus *l.* 5. *D. de actionibus empti & venditi* vocat *reliqua quæ per consequentias emptionis & venditionis sunt propria.* Papinianus *l.* 72. *D. de contrahenda emptione* ea dicit *adminicula emptionis.* Ulpianus *l.* 7. §. 5. *D. de pactis* esse ait *extra naturam contractus.* Tales igitur & similes præstationes, ut Pomponius censet, paciscentes, cum id velint, pro privato & familiari commodo, adjectis pactionibus informare recte possunt: quia ad obligationum formam aut substantiam, denique ad evitandam negotiorum confusionem, & adeo ad publicam utilitatem non pertinent principaliter. Et Pomponio accedit Paulus *l.* 43. *D. de pactis*, *In emptionibus*, inquiens, *scimus*, *quid præstare debitor* (Jacobus Cujacius, Vir Doctissimus, legit, *venditor*) *debeat*, *quidque e contrario emptor. quod si in contrahendo aliquid exceptum fuerit*, *id servari debebit.* Similiter Ulpianus *l.* 23. *D. de regulis juris*, scribens de culpa in contractibus præstanda, *Hæc ita*, inquit, *nisi si quid nominatim convenit*, *vel plus*, *vel minus in singulis contractibus. nam boc servabitur quod initio convenit: legem enim contractus dedit.* Itaque commode Ulpianus *l.* 7. §. 15. *D. de pactis*, *Item*, *si quis pactus sit*, *ut ex causa depositi* omne periculum *præstet*, *pactionem valere: nec quasi* contra juris formam *factam non esse servandam.*

Sed quid in unoquoque negotio ad formam spectet, diligenter considerandum est. non enim una omnibus forma est. adeo quod in superioribus exemplis pactum recipit, quia extra negotii formam habetur, in dote pactum respuit. est enim in ea Legibus finitum, quando & quemadmodum dos restitui debeat; ac, si aliter pactum sit & conven-

ventum, ad jus pertinet, nec servatur *l.* 12. §. 1. *D. de pactis dotalibus.* fac, in pacto dotali conventum esse, ut ulteriore die dos restituatur: non valet pactum: quia est contra Leges, simul contra dotis utilitatem *l.* 14. *l.* 15. *l.* 16. *& l.* 17. *D. eod. tit.* nisi (quod Paulus in hujus Edicti expositione observat *l.* 27. §. 3. *D. de pactis* quæ est ex ejus *lib.* 3. *Ad Edictum*) mulier pacta sit, ut præsente die dos reddatur, & deinde pacifcatur, ut tempore ei legibus dato, dos reddatur: tum enim valet pactum: quia (ut Paulus loquitur) cum incipiet dos redire ad jus suum: nec dicendum est, per pactum fieri deteriorem dotis conditionem. quoties enim ad jus quod lex naturæ ejus tribuit, de dote actio redit, non fit deterior dotis causa, sed formæ suæ redditur. Non minus huc spectat thema *l.* 6. *D. de pactis dotalibus:* cum enim sit ex libro Ulpiani IV. Ad Edictum, recte conjungitur cum *l.* 7. *D. de pactis* quæ est ex eodem libro & ad expositionem Edicti de pactis conventis refertur. id thema tale est. Vir in constituenda dote pactus est, ut dolum solummodo in dotem præstet. an valeat, quæritur? & negat Ulpianus. qua causa? ait, propter utilitatem nubentium: id est, quia est adversus naturam dotis quæ tota respicit ad nubentium utilitatem *l.* 2. *D. de jure dotium*, & ideo mariti culpam, ne interveniente quidem hoc pacto excusat.

Caput XX.

Pacisci posse omnes qui possunt consentire: nisi si regulis Juris excipiantur. inde quæri de pupillo, item minore viginti quinque annis, & prodigo.

Nunc tractemus de personis pacifcentium. postquam enim ostendi, pacta conventa contra Juris Civilis regulas rata non haberi: non fuerit extra propositam materiam, deinceps exponere, quibus liceat pacisci regulis juris; quibus non liceat. sic enim intelligemus, quorum pacta a Prætore serventur. Pacisci autem licet omnibus qui consentire possunt: nisi si specialiter excipiuntur: quales sunt quibus interdicitur administratione bonorum.

Et est exemplum in pupillo: in quo Gajus *l.* 28. *D. de pactis* distinguit: utrum pactus sit cum tutoris auctoritate, an sine ea: & rursus; utrum, ne petat; an ne ab eo petatur: hoc casu ait, valere pactum; illo negat: quia alterum est contra regulas juris; alterum non est. Atqui Prætor sequitur naturalem æquitatem: quæ vel pupillum tenet. potest enim pupillus consentire naturali jure. quid porro pactum præter consensum? videtur igitur hoc Edicto servari pupilli pactum: sine discrimine; utrum pacifcatur, Ne petat; an, Ne ab eo petatur. nam & naturaliter obligatur stipulatione; etsi non fiat locupletior. Sed primum Prætor cum æquitati servit, non servit meræ æquitati, sed præceptis civilibus attemperatæ. nec tuetur pacta: nisi ea quæ non sunt adversus regulas juris. hæ vero sinunt, pupillum suam conditionem facere meliorem sine tutoris auctoritate: deteriorem facere, non sinunt. ita si pacto sibi prosit pupillus; servatur pactum sine tutore factum. non æque, si noceat sibi pacto sine tutoris auctoritate facto. & recte. postquam enim est visum naturæ consequens, ut qui se tueri nequit, a tutore regatur: quod per se agit, ubi opus est tutore, id non agit jam naturæ convenienter. quin, si eum sibi permittamus; etiam efficimus, ut tutela sub qua positus est, supervacua videatur. At enim pupillus naturaliter obligatur. Nisi si ipsum spectes. tum enim ejus obligatio Civili Jure sine effectu relinquitur; eoque non intelligitur ipse obligari, ne naturaliter quidem *l.* 59. *D. de obligationibus & actionibus:* ablata ei facultate se obligandi *l.* 43. *D. eod. tit.* ac si solvat quod naturaliter debet, repetitioni locum facit personæ ratio *l.* 29. *& l.* 41. *D. de condictione indebiti.* Sic in pupillo.

Major quæstio est de minore viginti quinque annis. Sed interest: utrum curatore careat minor, an eum habeat. Priore casu pacifcendo obligatur regulis Juris: quibus non impeditur consentire, nondum prohibitus, sua bona suo arbitrio administrare. Hoc sensu Paulus *l.* 43. *D. de obligationibus*, *Obligari*, inquit, *potest paterfamilias*, *suæ potestatis*, *pubes*, *compos mentis.* Paulus ait, obligari eum qui sit paterfamilias, præterea pubes, etiam compos mentis, amplius suæ potestatis. is vero est minor sine curatore constitutus. alioquin supervacua sunt verba, *suæ potestatis:* cum appellatione patrisfamilias non veniat alius, quam homo suæ potestatis *l.* 195. §. 2. *D. de verborum significatione.* Posteriore casu contra est: nulla voluntate ejus, qui ut sit paterfamilias, idemque pubes & compos mentis: tamen ob minorem ætatem est in curatione, eaque facultatem bona sua administrandi æque amisit, atque hac caret pupillus sub tutoris potestate constitutus *pr. Inst. de tutelis*, *& pr. Inst. de curatoribus.* Aliquis dicat: tutor differt a curatore: alter enim personæ, alter bonis præficitur. libera igitur est minoris persona: pupilli non est. sic Poppæa, apud Tacitum *lib.* 14. *Annal. c.* 1, crebris criminationibus, aliquando per facetias incusat principem, & pupillum vocat: qui jussis alienis obnoxius, non modo imperii, sed libertatis etiam indigeret. Si tamen non ad merum jus personæ minoris, (ad quod jus nostra hæc non pertinet disputatio) sed ad bonorum ejus administrationem in cujus parte sunt pactiones obligationesque *pr. Inst. de obligationibus*, advertatur: puto, post Constitutionem D. Marci jubentis, curatores dari omnibus minoribus, etiam non redditis causis; (quod Capitolinus refert *in vita M. Antonini c.* 10) magis erit, ut minor, accepto curatore, non absimilis habeatur prodigo cui a Prætore, curatore dato, sit bonis interdictum. hunc Ulpianus ait in curatoris potestate esse *l.* 1. *D. de curatoribus furioso & aliis extra minores dandis:* etiam negat, eum promittendo stipulanti obligari *l.* 6. *D. de verborum obligationibus.* idem putemus in minore, cum ei curator datur. licet enim alteri volenti, alteri invito, utrique tamen bonorum administratio peræque adimitur. nec est quod deinceps quæramus, an is minor etiam contrahendi, obligandique se facultatem amisisse videatur. nisi alio pertinet: quod si fundum vendidit minor habens curatorem, & venditione læsus sit, non servatur contractus, nec opus est Prætoria in integrum restitutione, quia est tutus ipso jure. at si sine curatore constitutus, talem contractum faciat: Jure Civili obligatus intelligitur: & consilii fragilitate lapsus læsusque, demum in integrum restitutione Jure Prætorio adjuvatur. Clare sic Impp. Diocletianus & Maximianus *l.* 3. *C. de in integrum restitutione minorum.* Verba. *Si curatorem habens minor quinque & viginti annis post pupillarem ætatem res vendidisti, hunc contractum servari non oportet: cum non absimilis ei habeatur minor curatorem ha-*

habens, cui a Prætore curatore dato, bonis interdictum est. † *Si vero sine curatore constitutus, contractum fecisti: implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora præfinita excesserint, causa cognita non prohiberis.* Eodem etiam alia via exit Paulus *l.* 21. *D. de verborum significatione:* quæ est ex libro ejus XI. Ad Edictum, quo eum Edictum de minoribus exposuisse liquet ex Inscriptione *l.* 10. *l.* 14. *l.* 23. *&* 26. *D. de minoribus.* verba Pauli. *Princeps bona concedendo videtur etiam obligationes cedere.* Paulus respicit ad ætatis veniam minori a Principe concedi solitam: auctore Ulpiano lib. XI. Ad Edictum *l.* 3. *D. de minoribus.* impetrata hac venia, minor pleraque administrat quasi paterfamilias: emit, vendit; & si læsus est, deinde a Prætore non restituitur in integrum: ne Principali auctoritate circumscriptus putetur qui cum eo contraxit *l.* 1. *C. de his qui veniam ætatis.* Igitur Paulus *d. l.* 21. occasione Edicti de minoribus disputans de effectu veniæ ætatis, ait, Principem, si minori bona, id est, jus bona sua administrandi restituit, indulta ætatis venia: etiam concessisse ei obligationes; id est, jus se obligandi: quia bonorum appellatione etiam veniunt obligationes *l.* 3. *D. de sententiam passis.* atque hoc si est, ut est verissimum: apparet, minorem qui habet curatorem, nec a Principe impetravit ætatis veniam, Jure Civili non obligari sine curatoris consensu. alioquin stulte diceretur, a curatoribus suis liberatum indulgentia Principis, eo quod bonorum administrationem recipit, etiam jus se obligandi recuperare. Habes formam Juris circa minorum pactiones obligationesque introductam post Constitutionem D. Marci. Adhuc, inquies, molestus est Modestinus *l.* 101. *D. de verborum obligationibus. Puberes*, inquiens, *sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.* Nec eo inficias; si sic scripsit Modestinus. Sed visum V. CL. Georgio Conrado Crusio, amico meo, dum viveret, legere, *Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligare.* idemque ante incidisse Simoni a Leeuwen, *Notis ad d. l.* 101, me monuit Collega meus, Vir CL. D. Voet, *ad tit. Pand. de minoribus* §. 52. Ac, puto, addit huic conjecturæ pondus loci Inscriptio, *Modestinus lib.* 4. *De præscriptionibus.* indicat illa, a Modestino adferri præscriptionem a Juris regula post Constitutionem D. Marci recepta. ea regula fuit: quod minor, accepto curatore, aliis se sine ejus consensu obligare non potest. nempe, ne deteriorem faciat suam conditionem: quod nolebat D. Marcus. cæterum potest alios sibi etiam sine curatore obligare: facturus sic conditionem suam meliorem. quod ei vetare, D. Marco non fuit propositum. Non est quod quem offendat Modestini locutio, *Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligare.* pro obligare alios. Similiter Paulus *l.* 2. §. *pen. D. de rebus creditis, In mutui*, inquit, *datione oportet dominum esse dantem, nec obest, quod filiusfamilias & servus dantes peculiares nummos obligant.* pro, obligant alios. Apud Gajum quoque in *l.* 9. *D. de auctoritate & consensu tutorum & curatorum* sic legitur. *Obligari ex omni contractu pupillus sine tutoris auctoritate non potest: adquirere autem sibi stipulando & per traditionem accipiendo etiam sine tutoris auctoritate potest: sed credendo obligare sibi non potest.* id est, credendo alios obligare sibi non potest. Eodem modo Ulpianus in *l.* 14. *D. de obligationibus & actionibus, Servi*, inquit, *ex delictis quidem obligantur, & si manumittantur, obligati remanent: ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur; sed naturaliter & obligantur & obligant.* Accedat, inquiet aliquis, ad probabile Modestini emendatio. at non est necessaria: si perinde accipiatur Modestinus; ac si velit, esse casum, ubi minores possint ex stipulatu obligari? finge, a minore contrahi sponsalia aut nuptias. quis nescit, curatoris officium rerum administratione circumscribi: ad minoris autem personam non porrigi? non igitur pertinet ad curatorem, utrum sponsalia aut nuptias contrahat minor, an non *l.* 20. *D. de ritu nuptiarum, l.* 8. *C. de nuptiis:* recteque scribit Modestinus, *Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.* Sed metuo: ne a Modestini mente absit ea collectio. ut enim concedam, minorum sponsalia nuptiasque excedere curatoris potestatem: an idcirco mihi persuadeam, Modestinum, cum de minorum obligatione ex stipulatu disputat, de eorum sponsalibus aut nuptiis cogitasse? & qui potuit, quæso; si spectamus ad Juris usum Modestini tempore? erat tum ea Veterum ratio: ut sive simplice, sive pœnali stipulatione adstringerentur matrimonia aut futura aut contracta; nollent, a Prætore dari ex stipulatu actionem: interpretante repudiorum divortiorumque licentia quam tum matrimoniorum libertatem appellabant, non convenire honestati morum, pro servandis sponsalibus aut nuptiis dari actionem ex stipulatu *l.* 1. *C. de sponsalibus, l.* 2. *C. de repudiis, l.* 2. *C. de inutilibus stipulationibus, l.* 71. §. 1. *D. de conditionibus & demonstrationibus, l.* 134. *D. de verborum obligationibus.* Sed id dudum observavit Franciscus Hotmanus *De sponsalibus c.* 4.

CAPUT XXI.

Neminem Jure Civili posse sua pactione alteri nocere aut prodesse. An jus sit debitoris heredibus, pacto suo nocere ejus creditoribus? Num quorumdam creditorum pactum cum communi debitore factum, noceat aliis qui non consenserint? De pacto majoris partis creditorum facto cum debitoris herede suspectam habente ejus hereditatem.

Ne prætereunda quidem silentio est sequens regula: *Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest.* Exstat illa in *l.* 73. §. 4. *D. de regulis juris* ex Quinti Mucii Scævolæ libro singulari ὅρων: & est certa in stipulatione. at de pacto ambigas. est enim auctor Paulus, *l.* 27. § 2. *D. de pactis*, in stipulationibus jus contineri; in pactis factum versari: id est, ut quidem mihi videtur, stipulationem esse Juris Civilis; pactum Juris Naturalis. Modestinus vero *l.* 53. *D. de adquirendo rerum dominio* quæ est ex libro 14. Ad Quintum Mucium, *Ea*, inquit, *quæ civiliter adquiruntur, per eos qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere, adquirimus.* Sed jam observavi supra c. VIII, quæ Juris Civilis sunt, aliquando Jure Naturali regi: & quæ Juris Gentium sunt Jus Civile imitari. tantum valet utilitas! pactum igitur etsi Juris Gentium sit, hanc debet Juri Civili formam, ne quis possit alteri cavere: id est, alteri consulere, vel alteri providere *l.* 33. *D. de pactis, &* *l.* 3. *D. de transactionibus.* id vero si est: putemus, multo minus alteri nocere.

Sit

Sit exemplum ex *l.* 25. *C. de pactis*. Titius varios habet creditores. is Titius moritur, relictis pluribus heredibus. hi, diviso inter eos ipso jure defuncti ære alieno pro portionibus hereditariis ex lege Duodecim Tabularum, inter se pacifcuntur: ut unus huic, alius alii creditori in solidum respondeat. quæritur, an ea pactio noceat creditoribus: malentibus, singulos pro portione hereditaria convenire? Sed non placet, nocere. non enim patitur Edicti æquitas, creditorum petitionem debitorum pactionibus aut tolli aut mutari. recteque ait Gajus *l.* 3. *D. Familiæ erciscundæ*, liberam manere creditoribus potestatem cum singulis experiundi.

Similis quæstio est, an pactum quorumdam creditorum cum communi debitore factum, noceat aliis ei non consentientibus? Et si solvendo debitor sit: palam est, non nocere his qui non consenserint. sed finge, non esse solvendo debitorem; & interim creditorum partem consentire remissioni aliquantæ portionis debiti. quid dicemus, nimirum, eam pactionem obesse consentientibus; cæteris non obstare: nulla differentia, utrum sit pactum conventum cum minore, an cum majore creditorum parte. numquam enim servat Prætor pacta conventa quæ regulis Juris rata non habentur.

Hoc: si de sortis remissione conveniatur. nam si agatur de induciis quinquennalibus; aliter dicendum est: non ex forma hujus Edicti; sed ex Constitutione Imp. Justiniani: humanitati dantis in proposito: ut sinat, a Juris regulis recedi, ac minorem creditorum partem, quod sine magno suo damno facere possit, sequi majoris partis sententiam *l. ult. C. Qui bonis cedere possunt*.

Est & illa quæstio: an valeat pactum quod non ipse debitor, sed ejus heres suspectam habens hereditatem sibi ex testamento, aut ab intestato delatam, ante immixtionem aditionemve faciat cum creditoribus hereditariis in partem debiti. Non est dubium, quin valeat inter eos qui consenserint *l.* 7. §. 17. *D. de pactis*. sed quæstionis est, an præjudicet cæteris qui non consenserint? Si ad Edictum respiciamus: non oberit cæteris: quia est adversus regulas Juris, quibus placet, privatorum pactis non lædi jus cæterorum. Sed subtilitati Edicti prælata est ratio adjuvandi heredem, conservandæ famæ defuncti gratia paratum, suspectam hereditatem adire: ea conditione, ut creditoribus dumtaxat partem præstet *l.* 23. *D. Quæ in fraudem creditorum*. hanc benignitatem etiam commendabat utilitas plurium creditorum: existimantium, sua interesse, aliquem esse heredem quem conveniant. præterea æquum putabatur: ne paucorum stultitia aut avaritia plurium commoda moraretur. Debetur tamen ea moderatio Principum Constitutionibus. meminit Ulpianus *l.* 10. *D. de pactis* Rescripti D. Pii, etiam D. Marci, formæque ab eo novo huic juri datæ. quid autem velit ea forma, facile liquet ex *l.* 7. §. *ult. D. eod. tit.* ubi ait Ulpianus, hanc pactionem hodie, id est, hodie post D. Marci Constitutionem, ita demum obesse creditoribus: si omnes in unum convenerint, & communi declaraverint consensu, quota debiti parte velint contenti esse: vel Prætor, illis dissentientibus, decretum interposuerit ex voluntate majoris partis. quæ autem sit major pars, definit Papinianus *l.* 8., & Paulus *l.* 9. *D. eod. tit.* nec plura ad hanc partem desideres. Illud qui dissimulem? quod sic loquitur Rescriptum D. Marci: quasi oporteat omnes convenire creditores. Sed finge, esse absentes: quid dicemus? hos sequi præsentium exemplum. Aliquis putet, æquum esse, audiri omnes quos causa contingat: potuisse etiam absentium rationem, si adfuissent, cæteros trahere in aliam sententiam. proinde, ut non fuerit necesse, omnes, si convenissent, consentire: at oportuisse omnes convenire. Sed hanc sententiam prima facie non improbabilem, refellit Ulpianus *d. l.* 10. *D. de pactis*: *Rescriptum*, inquiens, *D. Marci sic loquitur, quasi omnes creditores debeant convenire. Quid ergo si quidam absentes sint? num exemplum præsentium absentes sequi debeant?* Interrogationem, inquis, video: responsionem non video. Sed manifestæ interrogationi tacita inhæret responsio; etsi non appareat palam: usitata loquendi forma alibi sæpius a me annotata. Vult igitur Ulpianus, omnes creditores convocari. sed negat, necessariam omnium præsentiam esse: ne quorumdam mora fiat, ut aliis depereat occasio servandi debiti.

Certum quidem hoc respectu eorum qui non sunt privilegiarii. sed quid, si tales sint? silet D. Marcus. at Ulpianus *d. l.* 10. putat, etiam his, si non habeant hypothecas, præsentium consensu præjudicium fieri. movit eum præsertim Rescriptum D. Pii: jubentis, fiscum quoque in his casibus, in quibus hypothecas non habet, & cæteros privilegiarios sequi exemplum creditorum. Atqui vetustius est hoc Rescriptum forma D. Marci. Ulpiano tamen ad hanc retrahendum videtur: exemplo legum in quibus sic observari, Paulus & Tertullianus tradunt *l.* 27. & 28. *D. de legibus*.

Caute tamen in *d. l.* 10. accipienda est illa Ulpiani definitio. non enim ait, absentibus suum privilegium ea creditorum pactione auferri. id quoque non ita esse, intelligitur ex Paulo *l.* 58. §. 1. *D. Mandati*. tantum ait Ulpianus, ipsos sequi præsentium creditorum exemplum: id est, oportere esse debiti parte contentos. proinde si universi creditores nequeant debitam singulis eorum partem, post pactionem deinde ab herede consequi, ob ejus inopiam aut quem fatalem casum insecutum: adhuc placet, privilegiarios in debiti portione præferri reliquis creditoribus chirographariis. Hoc vero si est: apparet, eos privilegium quod habent inter personales creditores, eorum pactione non amittere: non magis, quam hypothecarii creditores ea pactione jus hypothecæ amittunt. Atque hoc sensu Paulus *l.* 58. §. 1. *D. Mandati vel contra* privilegium comparat cum hypotheca. inter quæ alioquin hæc notabilis est differentia: quod creditoribus hypothecariis ne in debiti quidem portione cæterorum conventione præjudicatur: privilegiariis vero, etsi in privilegio non noceatur; tamen in debiti portione nocetur. utrumque recte: quippe, cum hypothecarii pro vindicanda hypotheca habeant specialem in rem actionem: contra privilegiarii non habent aliam, quam unam in personam defuncti debitoris. Satis diximus de debitoris herede.

Superest, ut de fidejussore aut mandatore disputemus. Sit thema ex Paulo *l.* 58. §. 1. *D. Mandati vel contra*. Lucius Titius uni ex multis creditoribus, verbi gratia, Sempronio, dedit mandatorem vel fidejussorem. deinde mortuo Lucio Titio, & consentiente majore creditorum parte; a Prætore decretum est, ut creditores ab herede ferant certam debiti portionem. Quæritur, si mandator aut fidejussor a Sempronio creditore conveniatur ante defuncti heredem, id est, ante principalem reum; (quod potuit facere Jure Pandectarum & Codicis, nondum invento a Justiniano ordinis beneficio *l.* 3. *C. de fidejussoribus*) an mandator seu fidejussor in solidum conventus, adversus creditorem eamdem habeat exceptionem quam habet heres debitoris? Ait Paulus, si creditor præsens apud Prætorem ipse quoque consen-

fenfit, pactum videri justa ex caufa: itaque rationis effe, ut quæ heredi datur exceptio, ea fit & fidejuffori & mandatori danda. Sed quid, fi abfuerit creditor? putat Paulus, adhuc nocere ei pactionem majoris partis creditorum: fi malit, defuncti heredem, quam fidejufforem, aut mandatorem, in folidum convenire. nimirum, quia abfens debet fequi exemplum majoris partis creditorum: maxime fi confirmata Prætoris decreto fit eorum pactio. Sed quid, fi hic creditor non eligat debitoris heredem, fed fidejufforem aut mandatorem, quod facere potuit Jure Pandectarum? dicemusne, dandam ei pacti exceptionem? Sed non putat Paulus, fidejuffori dandam; etfi heredi detur. primum, quia habet creditor actionem non modo adverfus defuncti debitoris heredem: fed etiam adverfus fidejufforem; atque is folvendo eft, quamquam folvendo non fit principalis debitor: iniquum porro foret, creditori aliena pactione auferri electionem conveniendi vel hunc, vel illum: perinde ac fi quis velit, aliena pactione alterius pignus aut privilegium tolli. Id adhuc clarius fore, putat Paulus *d.* §. 1. *l.* 58: cogitantibus potuiffe creditorem, fi præfens fuiffet, id ipfum proclamare, nec defiderare decretum Prætoris: id eft, potuiffe proteftari. hoc enim fignificat ea vox, *proclamare*, ut in illo Taciti *lib.* 13. *Annal. c.* 13. *Sed Agrippina non his inftrui cultus fuos, fed ceteris arceri proclamat.* Et apud Quintilianum, *Declam.* 7. *cap.* 5. *Ita non erat contra proclamationis fidem, fi nunc agere poffem quietum modeftumque miferum.* Si, inquam, præfens fuiffet creditor: potuiffet proteftari, five palam clamare, fe non defiderare Prætoris decretum: quin malle, fervato fuo Jure adverfus fidejufforem, feu mandatorem, ultro concedere heredi perfonali pacto, non petiturum fe ab ejus perfona folidam debiti quantitatem. Hoc primum Pauli in *d. l.* 58. §. 1. argumentum: eique mox accedit alterum in his verbis. *Nec enim fi quis dixerit fummovendum creditorem, heredi confulitur, fed mandatori vel fidejuffori quibus mandati judicio eamdem partem præftaturus eft.* Senfus eft: quod D. Marcus quidem voluit, heredi confulere, ut habeat quo invitetur ad adeundam hereditatem: fed non æque voluit, ejus fidejuffori aut mandatori prodeffe: eo quod hujus commodum aut incommodum ad rem præfentem nihil confert. At enim fidejuffor, fi folidum pro herede folvit, id ab herede recipit mandati judicio. Et ita eft, præterquam in hac fpecie: in qua ut folidum creditori folverit; nil recipit præter partem creditori dandam ex decreto Prætoris: propterea quod & ipfe eft creditor debitoris refpectu; & mandati agens, tenetur fequi exemplum aliorum creditorum. ita fi exceptio heredi competens, communicaretur cum fidejuffore: magis (ut Paulus animadvertit *d. l.* 58. §. 1) ipfe adjuvaretur fidejuffor, quam defuncti heres: cum oporteat hunc æque adverfus illum, atque adverfus reliquos creditores pacti exceptione defendi. Plane in fine *d.* §. 1. *l.* 58. ait Paulus, effe cafum, in quo etiam abfenti creditori denegetur in folidum actio adverfus mandatorem aut fidejufforem. is cafus eft: fi creditor reverfus, confenferit pacto majoris partis creditorum facto ex decreto Prætoris: vel fi ab herede acceperit partem de qua convenit. & recte. quid enim refert: utrum pacto ab initio confenferit, an id poftea habuerit ratum: item, utrum palam confenferit verbis, an tacite rebus & factis?

CAPUT XXII.

Scævolam in l. 14. *D. de transactionibus non fervaffe gloriam integritatis.*

Age, examinemus nunc veterem & celebrem difficultatem *l.* 14. *D. de transactionibus:* quam Florentiæ ita exhibet Francifcus Taurellius. *Controverfia inter legitimum & fcriptum heredem orta eft: eaque transactione facta certa lege finita eft: quæro, creditores quem convenire poffunt? Refpondit, fi iidem creditores effent:* [*qui transactionem feciffent*] *fi alii creditores effent: propter incertum fucceffionis, pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expreſſerit, utilibus conveniendus eft.* Defunt pauca perfecto fenfui: quæ in vetufto libro manufcripto quem in *Adnotatis* allegat Taurellius, ejus opinione, fic rectius fupplentur. *qui transactionem feciffent: id obfervandum de ære alieno quod inter eos conveniffet. fi alii.* &c. eoque modo legiffe videntur Græci, *Bafilic. lib.* XI. *tit.* 2. *pag.* 777. *tom.* 1. præteroo Accurfium, Haloandrum, & Vintimillium. Ipfe nihil improbo. vix tamen dubito, quin Florentina lectio fit a manu Scævolæ, etiam alibi utentis locutionibus obfcuris aut imperfectis. Ne exemplum deeffet, appofui fequentia verba ex *l.* 29. §. 12. *D. de liberis & pofthumis. Et rogo: fi filium habeas & nepotem nondum natum tantum ex eo heredem inftituas, filius decedat, mox vivo te nepos nafcatur? Ex verbis dicendum eft non rumpi teftamentum.* Scævola ait, fe rogare. at quid? non liquet ex interrogatione. tantum ex refponfione intelligitur, eum rogare, an rumpatur teftamentum. Exemplum hoc dedi a Scævola fuperiori fimile. liceret plura petere ab aliis. fed prævenit diligentiam meam Gulielmus Budæus, *Annot. ad Pandect. pag.* 76, *& feq.* & poft eum Francifcus Duarenus *lib.* 1. *Difput. Anniv. c.* 50: in fuis obfervantes Anantapodotum, fchema; fi fchema habendum quod in fermone fit excufandum magis, quam laudandum, certe non facile imitandum: optima oratione perfecta & maxime perfpicua. Quintilianum audi *lib.* 8. *Inft. orat. c.* 2. *p.* 677. *Nobis prima fit virtus perfpicuitas, propria verba, rectus ordo, non in longum dilata conclufio: nihil neque defit, neque fuperfluat. ita fermo & doctis probabilis, & planus imperitis erit.* Verum hæc utcumque accipientur, non verterim manum: hærent enim circa verba *d. l.* 14. ad rem non pertingunt.

Illud quæri dignum: an eo in loco Scævola fervarit gloriam integræ veritatis? non putavi olim juvenis. quin aufus fui, (quæ erat mea fiducia) contra Scævolam ftare *Probabilium lib.* 2. *c.* 2. nunc flexa ætate, alia quis exfpectet. at ego caufam mutandæ fententiæ nondum inveni vel probabilem: quamquam fæpe & multum quæfivi aliquam. igitur pergo opinari, dediffe Scævolam in *d. l.* 14. amicitiæ aut gratiæ: ut a Juris regulis fe moveret longius, quam oporteret. fpecies fane de qua confulitur, non eft difficilis, nec obfcura: licet ipfe præ fe ferat aliter: & eam multifariam implicent doctiffimi Interpretes. fpecies proponitur talis. Controverfia inter legitimum & fcriptum heredem orta eft: eaque transactione facta eft finita: hac lege, ut heres fcriptus, retenta parte certa hereditatis, reliquam partem concedat legitimo. urgent deinde defuncti creditores folutionem æris alieni. quæritur, quem debeant convenire, heredem fcriptum, an legitimum. Hæc fpecies, hæc quæftio: utraque brevis

vis & simplex; neutra involuta aut distorta ambagibus. quid Scævola? sic respondet: Aut sunt iidem creditores qui fecerunt transactionem, aut sunt alii. si iidem sunt: oportet eos observare quod de ære alieno inter se pepigerunt. si alii sunt: rationis est, utrumque heredem pro parte hereditatis quam in transactione expresserit, conveniri. nec deest Scævolæ causa aut potius color. ea causa atque is color fuit incertum successionis. eo prætextu decurrit ad actiones utiles quasi ex æquo & bono. perperam. meo judicio, solus heres est, testamento scriptus. isque defuncti creditoribus in solidum tenetur directis actionibus. Non arcessam documenta: re loquente, scriptum jam ex testamento fuisse heredem aditione factum, ante ortam inter eum & legitimum controversiam: eaque sequuta & transacta, heredem esse non desiisse. Siccine? licet dissentire: invito nihil extorqueo. tantum peto: si cui non videatur heres scriptus in *d. l.* 14. hereditatem adiisse, priusquam illi mota a legitimo fuit controversia: mihi exponat; cur putetur, id fecisse in *l.* 3. *D. eod. tit.* ut eadem sit utriusque species: verba considerantibus. Omitto *l.* 3. examinemus *l.* 14. Ullumne vel in ea indicium ortæ controversiæ ante hereditatem a scripto herede aditam? non video, ne minimum quidem. tu si habes: ostende. si cares: noli fingere quod in facto non posuit Consultor; nec in Responso notavit Scævola. alioquin vis persuasum quod docere non potes. Præter hæc dic: (scire enim cupio) quo pacto potuerit inter heredem scriptum & legitimum oriri controversia ante aditam hereditatem. Non eo inficias, potuisse illi ab hoc injici metum futuræ controversiæ: facta comminatione de movenda post aditionem controversia. At primum quod est hujus comminationis ad quam res substiterit, in *d. l.* 14. vestigium? nullum. Deinde quæ timeri potest controversia, ea non est orta controversia qua de loquitur Scævola: tantum est suspicio orituræ, id est, futuræ seu movendæ controversiæ: cum orta controversia sit mota controversia in Vetere Lapide quem posui *lib.* 3. *De fœnore & usuris cap.* 10. Ulpianus *l.* 6. §. *ult. D. de inofficioso testamento* dicit cœptam controversiam vel præparatam; & hanc discernit a movenda inofficiosi querela. Eodem modo Paulus in *l.* 4. *D. Si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit* illatam litis controversiam distinguit a minis. *Iniquum*, inquiens, *erat*, *omnimodo caveri*, *nondum illata controversia litis*, *cum possint ei lusoriæ minæ fieri.* Imp. quoque Antoninus *l.* 2. *C. de transactionibus* litis timorem separat a quæstione hereditatis. Antonini verba sunt. *Etsi nulla fuisset quæstio hereditatis*, *tamen propter timorem litis transactione interposita.* Jam Cicero, *Pro Quintio cap.* 5. *Appellat*, inquit, *ultro Nævium*, *ut quoniam suspicaretur aliqua de re fore controversiam; videret*, *ut quam primum & quam minima cum molestia tota res transigeretur.* Alia igitur est orta, alia oritura controversia. orta est præsens: ut *Orta fulguris interpretatio*, apud Tacitum *lib.* 14. *Annal. c.* 22, est præsens. De utraque controversia, peræque licita transactio est. apud Scævolam tamen *d. l.* 14. non provocavit eam orituræ metus controversiæ: sed, ut ipse ait, orta controversia. cæterum quo modo fuerit inter heredem scriptum & legitimum orta ante aditam hereditatem, id est, ante natam legitimo contra scriptum actionem, non conjicio. lubet facere periculum. sit querela inofficiosi testamenti. umquamne nascitur ante aditam hereditatem? nullo modo. auctor Ulpianus *l.* 8. §. 10. *D. de inofficioso testamento.* quid, si vertatur hereditatis petitio ex alia causa, quam de inofficioso? nempe datur ei qui suam esse hereditatem contendit *l.* 1. *pr.* & §. 1. *D. Si pars hereditatis petatur*, atque adversus eum qui totam, vel ejus partem, vel ex ea jus, vel rem aliquam possidet pro herede vel pro possessore *l.* 8. *l.* 9. *l.* 10. *D. de hereditatis petitione.* In utraque igitur specie res huc redit: ut cum Scævola, *Controversia*, inquit, *inter legitimum & scriptum heredem orta est:* nulla sit mora, ne heres scriptus hereditatem adierit ante ortam inter eum & legitimum controversiam: siquidem nulla inter eos de hereditate ante oriri potuit controversia: nulla inter eos ante nata actione.

At si scriptus jam ex testamento heres fuit ante ortam inter eum & legitimum controversiam: quis deinde legitimo relinquitur locus? certo, quamdiu est heres ex testamento, tamdiu legitimum non admitti *l.* 89. *D. de regulis juris:* quando jus nostrum non patitur, eumdem in paganis & testatum & intestatum decedere *l.* 7. *D. de regulis juris*, ne instituta quidem querela, nisi sequatur sententia. *l.* 24. *D. de inofficioso testamento:* quo casu testamenti factionem habuisse defunctus non creditur *l.* 17. §. 1. *D. eod. tit.* Non minus verum est, quod semel heres factus, eam personam non deponit *l.* 88. *D. de heredibus instituendis*, non dicam amissis translatisve bonis hereditariis: sed ne cessione quidem hereditatis in jure solemniter facta apud Prætorem. ut enim hanc cedat maxime: utique manet heres, nec a defuncti creditoribus liberatur. quod si est; (ut est verissimum fide Ulpiani *in Fragm. tit.* 19) cur laborat Scævola in *d. l.* 14? putat, hereditatem aditam ab herede scripto, ejus pactione transire ad legitimum vel in totum, vel pro parte? nimirum vult, quod civile ac solemne Jus non mutat, cessione in jure facta apud Prætorem, id pacto sine cessione fieri. at ridiculum est: hereditas enim non defertur pacto, sed publico jure, id est, testamento aut lege §. *ult. Inst. Per quas personas cuique adquiritur:* nec magis pacto mutatur jus successionis; cum privatorum cautio legum auctoritate non censeatur *l. ult. D. de suis & legitimis heredibus.* Atque hæc quo magis cogito, eo magis mihi persuadeo, Scævolam non respondisse ex animi sui sententia: sed in gratiam amici, sub colore incertæ successionis, a Jure certo abiisse. Mallem equidem benignius sentire; si liceret. at fas non est, salva Juris reverentia: sive ad heredem scriptum, sive ad legitimum specto. ille enim ex testamento heres factus ante ortam controversiam, nulla ex parte desiit transactione heres esse. hic non potuit hereditatem ex lege adire, impediente testamento; nec transactione succedere, deficiente Jure. qua igitur fronte eam in sententiam Scævolæ: sine necessitate fingentis incertum successionis: eoque prætextu ambigentis, quem & quibus actionibus convenire debeant creditores: nemine dubitante, quin heres succedat in omne jus defuncti *l.* 37. *D. de adquirenda hereditate*; ejusque creditoribus in solidum obligetur *l.* 8. *D. eod. tit.* Sunt hæc procul dubio certa: si ponamus, ut oportet, hereditatem esse a scripto aditam ante ortam inter eum & legitimum controversiam. Nec aliud jus est: si quis neget, scriptum fuisse heredem ante ortam controversiam: dum mihi concedat, eum heredem esse transactione cœpisse, si non ex asse, saltem ex parte. quantum enim liquet ex verbis *d. l.* 14, quibus continetur factum de quo consultus Scævola est: non fuit ea transactione actum, ut hereditatem repudiaret heres scriptus: sed ut hereditas qua de erat illi cum legitimo controversia, inter utrumque divideretur in certas partes. igitur non voluerunt transfigentes, ut hic, aut ille, totam haberet hereditatem: sed ut

ut uterque haberet ex ea partem certam. at si scriptus est heres factus, consentiente in partem legitimo: quo argumento videtur Scævolæ incerta defuncti successio? cum constet, quamdiu possit valere testamentum, tamdiu legitimum non admitti: prohibente Civili Jure, aliquem pro parte testatum, pro parte intestatum decedere. Atqui in transactione expressum est: ut uterque haberet hereditatem pro certa parte. Sit ita ex mente transigentium. at ego non illorum voluntatem, verba, pactionem denique quæro; sed Juris formam, usum, ac potestatem. constitit autem, pacto non mutari jus successionis; nec privatorum cautionem legum auctoritate censeri *l. ult. D. de suis & legitimis heredibus.* adeo quamvis instituta inofficiosi testamenti accusatione, res transactione sit decisa, tamen testamentum in suo jure manere, Ulpianus scribit *l.* 29. §. 2. *D. de inofficioso testamento.* Non igitur efficit transactio; ut legitimus sit ex parte heres, etsi sinat scriptus: non etiam facit, ne scriptus sit ex asse heres, etsi ipse nolit. est enim certus auctor Ulpianus *l.* 10. *D. de adquirenda hereditate*, ex asse heredem, si destinaverit habere partem hereditatis, videri in assem pro herede gessisse. Paulus etiam ait, eum qui potest totam hereditatem adquirere, pro parte eam scindendo adire non posse *l.* 1. *D. eod. tit.* Sed finio. satis enim demonstratum est, in proposito unum haberi heredem scriptum: sive hereditatem adiit, orta controversia, & per transactionem finita, sive ante: ideoque eum defuncti creditoribus in solidum teneri directis actionibus: quidquid dicat Scævola de successionis incerto, deque dividendis inter utrumque actionibus utilibus: explorato, creditorum petitionem nec tolli debitorum pactionibus, nec mutari *l.* 25. *C. de pactis.* fuerit tamen hoc consequens sententiæ Scævolæ, divisis inter scriptum & legitimum actionibus. pone, legitimum esse inopem: pone, esse potentiorem scripto. illic inanis fiet actio ob inopiam adversarii, istic durior ob potentiam. age vero, ut par sit utriusque conditio: adhuc distringetur in plures adversarios is, qui ab uno jus suum consequatur & melius & facilius.

Sane sic esse, ipse Scævola confitetur: sed judicio usus minus obnoxio in *l.* 3. *D. de transactionibus*, verbis sequentibus. *Imperatores Antoninus & Verus ita rescripserunt. Privatis pactionibus non dubium est non lædi jus cæterorum. quare transactione quæ inter heredem & matrem defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri potest, neque manumissis vel legatariis actiones suæ ademptæ. quare quidquid ex testamento petunt, scriptum heredem convenire debent, qui in transactione hereditatis aut cavit sibi pro oneribus hereditariis, aut si non cavit, non debet negligentiam suam ad alienam injuriam referre.* Sic Scævola: non respondens jam amico de jure consulenti; ut in *d. l.* 14. quæ est ex ejus *libro secundo Responsorum:* sed artem docens sincere & sine affectu: monstrante tam Inscriptione quæ præfert Scævolæ *lib.* 1. *Digestorum:* quam toto capite quod unius Rescripti recitatione finitur. species talis est. Testator, præterita matre in testamento, aliquem instituit heredem. idem testator quibusdam amicis dat legata, & servos aliquot manumittit. mortuo deinde testatore, heres adit hereditatem ex testamento. mater queritur, se a filio esse præteritam contra officium pietatis. heres scriptus cum ea decidit portione hereditatis. legatarii ab herede petunt legata sibi testamento relicta. Quæritur, an jure? movet dubium: quod transactione hereditatis bona quædam venerunt ad matrem. Quid Scævola? adfert Rescriptum Imperatorum, Antonini & Veri: existimantium, legata debere a scripto herede exigi actione ex testamento. & recte: nam absque transactione foret: ea actione teneretur. nunc facta transactione, quid ni ea maneat obligatus? an enim idcirco quod mota est querela inofficiosi testamenti; eamque sustulit transactio: idcirco rescissum esse testamentum, censeri potest? negant Imperatores verissime: nam tum demum creditur defunctus, ubi contra testamentum ut inofficiosum judicatur, non habuisse testamenti factionem. non idem est: cum actor sponte desistit a mota querela, aut de ea transigit, accepta parte. adjice his: quod privata conventio etsi noceat paciscentibus, alios tamen ut lædat, non putant justum esse Imperatores: ideoque ajunt, transactione quam heres fecerit cum defuncti matre, neque rescissum esse testamentum, neque ademptas manumissis vel legatariis esse actiones. At enim heres transactione amisit partem bonorum hereditariorum. Quid tum? nam alia est hereditas, alia sunt bona hereditaria: his singula designantur corpora; illa universitas venit etiam sine corporibus: ista in oculos incurrunt & sub tactum cadunt; illa animo cernitur, manu non tangitur *t. t. Inst. de rebus corporalibus:* postremo quæ heres ex hereditate habet: hæc ei facile & fortuna & injuria aufert: ipse etiam potest ea sua voluntate a se dimittere: contra hereditas etiam his traditis amissisve, durat & heredem sequitur *l.* 43. §. 3. *D. de vulgari ac pupillari substitutione.* Optime igitur (si audimus Imperatores) heres scriptus, licet rebus hereditariis cum hereditatem, tum testamentum redemerit, quia retinet hereditatem ex testamento aditam, legatariis ac manumissis ex testamento tenetur. fac tamen, passum esse, in transactione sibi caveri pro oneribus hereditariis. adhuc putant Imperatores, convenire formæ Juris Civilis, ipsum legatariis ac manumissis teneri: conventumque adversus matrem cum qua de oneribus pactus sit, suo ordine experiri, exemplo emptæ venditæque hereditatis: de qua in *l.* 2. *C. de hereditate vel actione vendita.* quid, si non cavit sibi? habet, inquiunt Imperatores, quod sibi imputet: at non debet suam negligentiam ad alienam injuriam referre. Ita apud Scævolam Imperatores *d. l.* 3. Nec aliter opinatur lib. 5. Opinionum Ulpianus *l.* 29. §. 2. *D. de inofficioso testamento: Quamvis*, inquiens, *instituta inofficiosi testamenti accusatione, res transactione decisa sit, tamen testamentum in suo jure manet, & ideo datæ in eo libertates atque legata, usque quo Falcidia permittit, suam habent potestatem.* Sic Ulpianus: & meæ convenienter sententiæ. Igitur quid est, cur audacior videar: quod auctoritate Juris, quod testimonio Ulpiani, ipsiusque Scævolæ victus, adhuc suspicor, Scævolam in *d. l.* 14. successionem quæ erat certa, dixisse incertam: ut gratiæ locum daret, atque imaginaria facti ambiguitate juvaret amicum: quem absque eo colore esset, servare, salvo Jure, non posset? Nisi aliquis dicet, interesse pulcherrimæ Artis, ejus Auctores non accusari imprudentiæ tam indecoræ. At non intercedo, quo minus delectetur, cui lubeat, talibus ad populum phaleris. mea ratio est, verum quærere, & inventum monstrare Juris studiosis. Sed nec est semper omnium hominum eadem de honesto & turpi sententia. ita videatur sectæ hujus temporis hoc Scævolæ factum non esse hominis probi: non tamen id ab officio viri boni omnino alienum esse, existimavit vetustas. Sed hoc ex Theophrasti, Ciceronis, aliorumque præceptis olim observavit Aulus Gellius *lib.* 1. *Noct. Atticar. c.* 3. & ex illo ipse annotavi *lib.* 2. *Probabilium c.* 2.

Dixi

Dixi quæ de Scævolæ ſententia habui dicere. Nec ignoro, eſſe ab aliquot annis complures Doctos viros qui hac mea obſervatione, quaſi claſſico excitati, diverſo commenti genere decurrant ad Scævolæ defenſionem. Sed non memini, ab his adduci quod Scævolam abſolvat: modo conſiſtatur intra ſpeciem de qua conſulitur Scævola. aliam enim quæri, quam quæ in *d. l.* 14. proponitur, quid attinet? Nempe rogatus fuit Scævola de facti ſpecie, de qua erat, ut ipſe ait, controverſia. ejus autem ſpeciei fines Scævolam in reſpondendo egredi non oportuit. Niſi quis putet, de Jure conſultum officio ſuo ſatisfacere: ſi Conſultori de facto alio, quam ei propoſitum fuit, reſpondeat. Sed hoc nimis abſurdum. non enim ſic Conſultoris deſiderium, quod debet, implet: ſed quod non debet, eum ludibrio habet. utcumque: uſum quem præbet tale reſponſum? Sit igitur ei qui auxilio eſſe Scævolæ cupiat, ſola hæc examinanda ſpecies quæ eſt *d. l.* 14, *Controverſia inter legitimum & ſcriptum beredem orta eſt: eaque transactione facta, certa lege finita eſt.* Hæc ſpecies: in eaque ſimpliciter accipiendus eſt *legitimus* heres qui ſine teſtamento venit ex lege ab inteſtato: ſcriptus contra, qui teſtamento inſtitutus eſt. id convenit rationi & mori propoſiti ad conſulendum facti: in quo nihil obſcure, nihil ambigue, nihil improprie dici oportet. Ex hâc ſpecie porro formanda quæſtio: quæ ipſa quoque verbis *d. l.* 14. continetur: ea quæſtio eſt, *Creditores quem convenire poſſunt?* ſenſus quæſtionis, uter a defuncti creditoribus conveniri debet, legitimus, an ſcriptus? Sit igitur hæc ſpecies, hæc quæſtio, atque hoc ſenſu tractanda. Quid Scævola? ut debet, continet ſe intra facti ſpeciem: ſed quod non debet, negligit Juris formam: non palam: ſed adhibito colore plane imaginario. is color eſt incertum ſucceſſionis: quod, ut dixi, nullum eſt in propoſita ſpecie. ait tamen Scævola, fieri ob incertum ſucceſſionis: ut neque ſcriptus heres, neque legitimus debeat in ſolidum conveniri actionibus directis: (quæ Juris forma obſervanda foret; ſi ad certum accederet ſucceſſio) ſed ut uterque ſit actionibus utilibus conveniendus pro parte hereditatis. Hoc vero reſponſum eſt mihi ſuſpectum, rem ex vero æſtimanti ſine affectu. abhorret enim a forma Civilis Juris; ut docui: conſentire vero cum ea, oſtendit nemo: etſi alii alia attulerint ad Scævolæ ſpeciem, aut ad Scævolæ verba, ejusque ſenſum minime pertinentia. igitur nemo Scævolam, ſicut oportet, defendit; neque, puto, defendet umquam: quia defendi non poteſt, ſalvo Jure.

Caput XXIII.

An & quando quis futuro heredi pacto ſuo poſſit prodeſſe aut nocere?

Sed apparet ex *d. l.* 73. §. *ult. D. de regulis juris*, Neminem paciſcendo alteri cavere aut nocere poſſe. Nunc addenda eſt exceptio: niſi alter fictione Juris habetur idem paciſcenti: quo ex genere eſt teſtator & heres, pater & filius in ejus poteſtate exiſtens, item dominus & ſervus. De herede res certa, ei prodeſſe defuncti pactum: ſive ei nominatim cavit *l.* 33. *D. de pactis:* ſive eum non nominarit: cum utique poſt mortem ſuam ab eo repræſentetur *l.* 9. *D. de probationibus. l.* 8. §. *pen. D. de pigneratitia actione.* debet tamen ei caviſſe tamquam heredi. nam ſi extraneo pactus ſit: non valet pactum, etſi eum heredem inſtituit: quippe cum verum ſit, quod ab initio vitioſum eſt, ex poſtfacto non convaleſcere *l.* 17. §. 4. *D. de pactis.* Sed nec illud omittendum eſt, quod defuncti pactum heredi tum prodeſt demum, ſi unus ſit, aut cum plures ſunt, defunctus omnibus cavet: cæterum ſi plures habet heredes, & uni nominatim cavit; non valet pactum, niſi ſi ſit, Ne a Titio ejus herede petatur *d. l.* 33. *D. de pactis*, at ſi tale ſit, ut Titio & ejus heredi Sejo dentur centum; non valet: nempe, ne quis alteri adquirat, qualis Titio Sejus ea in ſtipulatione eſt; cum eum e Lege Duodecim Tabularum quæ omnes defuncti obligationes inter heredes dividit ipſo jure, non repræſentet ultra portionem hereditariam. Hoc, ſi ſit dandi obligatio. quod ſi in faciendo conſiſtat; ut mihi & Titio heredi ire agere licere ſpondes; valet, & ſoli Titio prodeſt *l.* 137. §. *fin. D. de verborum obligationibus:* quia facta inter plures heredes Lege Duodecim Tabularum non dividuntur.

Sed quemadmodum defuncti pactum poteſt heredi prodeſſe; ita ei nocere nihil vetat *l.* 52. §. 1. *D. de pactis:* ſive ſit unus, ſive ſint plures: modo nil fiat contra Legem Duodecim Tabularum, defuncti æs alienum inter coheredes ipſo jure dividentem. proinde valet pactio, Ne uni ex heredibus ſolvatur quod ei debebitur diviſo defuncti ære alieno. tunc enim illi nocet pactum; neque diviſio Legis Duodecim Tabularum læditur. cæterum, ut unus nihil ſolvat, alter ſolidum ſolvat, nulla pactione effici poteſt: cum Duodecim Tabulis repugnet; & heredem oneret, ubi defunctum non repræſentat *l.* 33. *D. de pactis, juncta l.* 56. §. 1. *D. de verborum obligationibus.*

Caput XXIV.

De pacto patris & filii in poteſtate exiſtentis. item de pacto ſervi qui ſit in domini poteſtate.

Venio ad filiumfamilias & patrem. nam & hi Jure Civili pro iisdem habentur. Lactantius *lib.* 4. *Divin. Inſtit. c.* 29. *Cum quis babet filium quem unice diligit; qui tamen ſit in domo & manu patris: licet ei nomen domini poteſtatemque concedat, civili tamen jure & domus una & unus dominus nominatur.* Igitur paciſcente filio, Ne a patre petatur; valet pactum, & adquirit patri exceptionem. nec refert, utrum paciſcatur de eo quod cum ipſo, an de eo quod cum patre, contractum eſt *l.* 17. §. *ult. l.* 18. *l.* 19. *D. de pactis.* Quid, ſi paciſcatur filius, Ne a ſe petatur? jam ſi ipſe conveniatur, (quod poteſt fieri *l.* 39. *D. de obligationibus & actionibus*) proderit ei pactum: nec minus patri, ſi de peculio, vel de in rem verſo, vel quaſi defenſor filii, ſi hoc maluerit, conveniatur *l.* 19. §. 1. *l.* 20. *D. de pactis.* proderit quoque heredi patris, vivo filio. poſt mortem vero filii, nec patri proderit, nec heredi ejus: quia perſonale pactum eſt *l.* 21. *D. eod. tit.*

Quod de filio dixi, poteſt de ſervo dici: ſive paciſcatur de eo quod cum ipſo, ſive de eo quod cum

cum domino contractum est: maxime si in rem pactus sit; vel ita, Ne a domino petatur. quod si paciscatur, Ne a se petatur: non valet pactum: quia petere est, judicio petere: cum servo autem nulla actio est *l.* 107. *D. de regulis juris*, nullum judicium *l.* 6. *C. de judiciis.* si tamen in rem pactus sit; proderit domino & ejus heredi pacti exceptio. quod si in personam sit conceptum pactum; tunc superest domino non pacti, sed doli exceptio *d. l.* 21. §. 1. *D. de pactis.* illa subsidiaria exceptionis pacti *l.* 10. §. 2. *D. eod. tit.* nempe (quia doli exceptio non tam ex facto paciscentis nascitur, quam ex dolo volentis, sibi occasione Juris Civilis prodesse contra naturalem æquitatem *l.* 1. §. 1. *D. de doli mali & metus exceptione*) ea utuntur quidam qui pacti exceptione uti non possunt; suadente personarum obligationumve conjunctione *d.* §. 2. *l.* 10.

Possunt igitur filius & servus pacto suo patri vel domino prodesse. an & nocere? nullo modo. potest enim conditio nostra per eos melior fieri; deterior fieri non potest *l.* 133. *D. de regulis juris.* porro actio de qua paciscuntur, non est eorum, sed patris aut domini. si tamen de re peculiari cujus liberam habent administrationem, paciscantur, modo non donationis causa: nihil causæ est, cur non pacisci possint *l.* 28. *D. eod. tit.* cum ex patris vel domini voluntate pacisci intelligantur. imo videndum est in persona filiifamilias, ne aliquando, & si pactus sit, ne agat, valeat pactio *l.* 30. *D. eod. tit.* quia aliquando filiusfamilias habet actionem, veluti injuriarum *l.* 18. §. 1. *D. de judiciis*, *l.* 17. *D. de rebus creditis*, *l.* 13. & *l.* 9. *D. de obligationibus & actionibus.* sed cum pater quoque habeat actionem, propter injuriam filio factam; dubitari non oportet, quin pactio filii patri nocitura non sit *d. l.* 30. Sic in filiofamilias.

Quid, si pater vice versa caverit filio quem habet in potestate? & quidem si pactus ei sit quasi heredi: procul dubio proderit ei pactum. quod si pactus ei sit tamquam filio, non tamquam heredi: non placet Paulo, prodesse filio pactum, etsi patri heres existat *l.* 17. §. 4. *D. de pactis.* Atqui filii pactum prodest patri. Sed interest: quod liberi Jure Civili patri cujus in potestate sint, & jus & factum adquirunt: pater contra liberis tantum quod juris est, & patri adquiri potest, adquirit: scilicet, quia tum perinde habetur, ac si adquirat sibi; cum quod juris est, ne momento quidem in persona filii consistat, sed statim patri adquiratur. quod si pater factum conferat in personam filii; non competit patri actio, ut sibi facere liceat: quia non voluit pater se, sed voluit filium facere id cujus capax est: nec magis filio competit actio; quia si ejus foret, esset patris: quod pater noluit. inutilis igitur est stipulatio *l.* 130. *D. de verborum obligationibus.* Sic in stipulatione. unde de pacto conjectura fieri potest. nam in pacto magis factum, quam jus versari, Paulus ait *l.* 27. §. 2. *D. de pactis.* finge: (ut explicem *l.* 21. §. 2. *D. eod. tit.*) pater filio suo pactus est. non prodest filio patris pactum ex sententia Pauli *d. l.* 17. §. 3. ut ante monui. patri tamen prodesse, ait Proculus *d. l.* 21. §. 2. an recte? nam si putat Proculus, pactum patris, Ne a filio petatur, prodesse patri, cum convenitur filii nomine: errat. an pater impetrans a creditore pactum, Ne a filio petatur, paciscitur, Ne a se petatur? nequaquam. qui igitur potest uti pacti exceptione, si a creditore ipse conveniatur? voluit enim creditor jus suum retinere integrum adversus patrem, etsi noluit integrum servare adversus filium. atqui pater est idem filio. nempe in his quæ juris sunt: non in his quæ sunt facti. non enim natura est una patris & filii persona, sed juris fictione: quæ nulla est in re facti, ut est pactum. ergo pactum a patre factum, Ne a filio petatur, neque patri prodest, quia non est sibi pactus; neque filio, quia non potest ei pacisci pater. sed nec patri, si filii nomine convenitur; quia quod ipsi inutile est, nec defensori competit. quid igitur voluit Proculus: *Nos*, inquiens, *bis qui in nostra potestate sunt, paciscendo prodesse non possumus: sed nobis id profuturum. si nomine eorum conveniamur?* Possit quis metuere, ne erret Proculus. sed magis putat Paulus, obscuram esse ejus locutionem, & aliqua regendam interpretatione. Ea modestia usi aliquando Veteres, imprudentibus aliorum verbis. Exemplum *l.* 19. §. 2. *D. de receptis.* Eodem modo Paulus, *Hoc*, inquit, *ita recte dicitur; si in paciscendo id actum sit:* hoc est, si in rem pactus esse pater proponatur: verbi gratia, Ne teneatur filius *l.* 40. *D. eod. tit.* vel hoc modo, Ne petatur quod filius debet. tum enim patris pactum, etsi filio non prosit, tamen patri prodest; si conveniatur filii nomine. *cæterum*, id est, alioquin, *si paciscar*, *Ne a filio petas*, (sic ingeniose legit Cujacius: cum edatur, *Ne a Titio*, *petas*) *deinde actionem adversus me nomine ejus instituas: non est danda pacti conventi exceptio. nam quod ipsi inutile est, nec defensori competit.* Subjicit præterea Paulus, *Julianum quoque scribere*, *Si pater pactus sit*, Ne a se, neve a filio petatur: *magis esse*, *ut pacti exceptio filiofamilias danda non sit.* Recte. nam pater, quatenus paciscitur, Ne a se petatur, etsi addidit, neve a filio petatur, utique sibi pactus est: quod ei licet. quid ni igitur danda ei est ex sua pactione pacti exceptio? quatenus vero paciscitur, Ne a filio quoque petatur; non est filiofamilias danda pacti exceptio: quia non est pactus sibi, qui sibi pacisci potest; sed ei pactus est ejus pater qui non potest ei pacisci. si tamen doli exceptione utatur filius: neque Julianus, neque Paulus resistit, quo minus ea utatur *d. l.* 21. §. 2. ut sæpe alibi, suadente personarum obligationumve conjunctione.

CAPUT XXV.

An personis conjunctis non existentibus in potestate paciscentis aut stipulantis, ejus pactione aut stipulatione adquiritur exceptio pacti, aut actio ex stipulatu?

Satis de pacto patris & filii, in ejus potestate existentis. nam de patris & filii emancipati, item matris & filii, aut avi materni & nepotis pactis nil attineret quærere: (omnes enim sibi extranei sunt) nisi esset in his notabilis difficultas propter aliquot leges quibus persuadent sibi Interpretes doctissimi, effici patris, matris, & avi materni, affectione ac voto; ut per eos liberis quæratur pacti exceptio, atque etiam actio, non quidem directa, sed utilis. igitur non recusabo, de his pactis paulo diligentius disputare. Primum, si pater filium emancipat: fit filius patri suo extraneus *l.* 55. §. 1. *D. de ritu nuptiarum:* ita quia definit esse idem patri suo, placet Ulpiano *l.* 10. *D. de transactionibus*, *De re filiorum quos in potestate non habuit*, *transigentem patrem minime eis obesse.*

esse. Non magis prodest filio emancipato patris stipulatio: si audimus Impp. Diocletianum & Maximianum *l.* 26. *C. de jure dotium*, cuidam Demostheni ita rescribentes. *Si genero dotem dando pro filia pater communis* eam reddi tibi extraneo constituto *stipulatus est*, *nec sibi cessante voluntate*, *nec tibi probibente jure quærere potuit* [*actionem*]. De filio emancipato loqui Imperatores, tam hæc indicant verba, *pater communis*, quam illa, *tibi extraneo constituto:* ut bene observavit Thalelæus, *Basilic. lib.* 29. *tit.* 1. *tom.* 4. *pag.* 654. *lit. Z.* Sed lubet, propius considerare Rescripti speciem. Pater cum genero dotem daret pro sua filia; ab eo stipulatus est, eam reddi Demostheni filio suo emancipato. ex hac stipulatione orta dubitatione: rogat Demosthenes imperatores; utri quæsita sit ex stipulatu actio, patri, an sibi? primum negant Imperatores actionem patri; & præfantur, quod etsi stipulatus pater sit, tamen non est sibi stipulatus: noluit porro sibi adquirere qui non est sibi stipulatus. hoc primum Imperatores. deinde ajunt, nec Demostheni esse quæsitam actionem: & causantur, quod ut stipulatus ei sit pater, tamen is emancipatione erat jam patri suo factus extraneus: cui adquiri actionem ex stipulatu, Jure Civili prohibetur. Hoc fine subsistunt Imperatores: nec cogitant ulterius. Sed invitos longius trahunt Interpretes: rati, eos quidem Demostheni non dare actionem directam ex stricto jure; sed id non vetare, ne videantur ei adhuc actionem utilem ex æquitate permittere. Male. etsi memini, me tale quid aliquoties observare in Fragmentis Jurisconsultorum: quibus sit libido, disputare de regula Juris, omissa æquitate eam attemperante. at in Principum Rescriptis simile non memini. nec causa est, cur occurrat. an est Principis de jure consulti, attingere jus strictum, & negligere æquitatem ei contrariam, in primis usu receptam? at Imp. Constantinus *l.* 1. *C. de legibus* ait, solis licere Principibus, solosque oportere jus strictum æquitate, quam nova commendet utilitas, aut mutare, aut mollire. hoc vero facturos non fuisse, opinamur: si (quod vulgo jactatur) recepta jam tum fuisset utilis actio? nugæ. dicamus igitur, Imperatores in *d. l.* 26. negantes Demostheni actionem, & de utili non addentes verbum, ei nullam concedere, neque directam, neque utilem. nisi quis putet, eos satisfacere desiderio Consultoris, a quo rogati, an ei competat actio, id negent; ut ut sciant, ei competere utilem: nullo prorsus discrimine, utrum directam habeat, an utilem. Sed hoc nimis insulsum fuerit atque inconditum. Sic de pacto a patre facto emancipato filio.

Non alia est ratio matris: cum numquam in ejus potestate sint ejus liberi, nec igitur umquam habeantur iidem illi. rem certam loquor; auctore Gordiano *l.* 4. *C. de pactis conventis.* verba Gordiani. *Pactum dotale quo matrem convenisse cum patre tuo proponis*, *Ut*, *si in matrimonio decessisset*, *tibi & fratribus tuis dos restitueretur: si stipulatio ex persona vestra cum in potestate patris constituti non essetis*, *minus legitima intercessit*, *defuncta ea in matrimonio*, *actionem vobis quærere non potuit.* [*Sed*] *si obligatione verborum rite intercedente*, *dotis petitionem habere potuisti*, *maxime si adhuc vinculis potestatis patriæ non attigeris*, *petitionem exequi non probiberis.* Sic passim editur, *attigeris.* est tamen, ubi legitur, *attingeris.* sed accedo V. Cl. Antonio Mureto *lib. sing. Observ. jur. c.* 6. reponenti, *attineris*, ob similem Taciti locutionem. non æque probo Rescripti speciem quam format Muretus. mea opinione verissimam effinxit Accursius: licet eam immodeste explodat Muretus. sed Accursium, ut me decuit, adversus Muretum pridem defendi *lib.* 2. *Observ. cap.* 23: ubi, si placet, vide. interim rem dicam quæ nec Græcis sordet, *Basilic. lib.* 29. *tit.* 5. *pag.* 695. *& seq.* Proponitur Imperatori mulier marito datura dotem post contractum matrimonium, sicut potest, cum eo convenisse: ut, si in matrimonio decessisset, dos liberis suis restitueretur. mortua enim in matrimonio muliere, dos adventitia ad virum pertinet: ut nos docet Ulpianus *in Fragm. tit.* 6. id igitur ne fieret, pacta mulier fuit; ut, si in matrimonio decessisset, ea dos liberis suis restitueretur. deinde extitit conditio, muliere in matrimonio mortua. Quæritur; an actio ex stipulatu liberis competat? Ait Imperator: si ipsi stipulati sint; alioquin negat: nec aliam ob causam; quam quod constaret, matrem sua stipulatione suis liberis nullam quærere actionem, id est, neque directam, neque utilem: cum in Rescripto ne vestigium quidem sit directæ, aut utilis actionis: & quod non dixerunt Imperatores, nec voluisse existimandi sunt.

Quod de patre & matre dixi, etiam jus est in liberis, vice versa paciscentibus matri, aut patri in cujus non sint potestate. Testis Paulus in his verbis *l.* 59. §. *ult. D. Ad Senatusconsultum Trebellianum. Ea quæ dotem dabat*, *pacta erat cum marito*, *ut mortua se in matrimonio*, *dotis pars matri ejus redderetur; nec eo nomine stipulatio a matre interposita est: moriens deinde matrem & maritum suum heredem fecerat; & a matre petierat*, *ut hereditatem Titio restitueret: judex addictus de hereditate dividenda*, *partem dotis*, *quasi ex utili pacto*, *pro parte matri adjudicaverat. Quærebatur*, *an & ea portio ex causa fideicommissi præstanda sit?* [*quam*] *non esse restituendam puto: quia non quasi heres*, *sed quasi mater ex pacto accepit: nec occasione hereditatis*, *sed errore ex pacto eam habuit.* Proponitur Paulo mulier marito datura dotem, cum eo pacta esse; ut mortua se in matrimonio, pars dotis matri ejus redderetur. dos enim adventitia, qualis hæc est, ad virum pertinet, mortua in matrimonio muliere: ut modo monui. id ne fit, pacta mulier fuit, ut ipsa in matrimonio mortua, ejus matri pars dotis a marito redderetur. nec tamen a matre interposita est eo nomine stipulatio. deinde moriens mulier, matrem cum marito heredem instituit, & matrem rogat, ut hereditatem Titio restituat. Judex a Prætore addictus in judicio familiæ erciscundæ, matri adjudicavit partem hereditatis institutione ei debitam: præterea partem dotis quasi ex utili pacto, id est, quasi valeret pactum: alteram igitur jure, alteram errore. Quæritur, quid mater debeat Titio restituere ex fideicommisso. non est lis de portione hereditatis: hanc enim mater ex institutione acceperat, & rogata erat tamquam heres restituere. solum cadit dubitatio circa partem dotis ei a Judice adjudicatam quasi ex utili pacto. negat vero Paulus, hanc venire in restitutionem ex causa fideicommissi: & hanc addit rationem: quia *non quasi heres*, *sed quasi mater ex pacto accepit*, *nec occasione hereditatis*, *sed errore ex pacto eam habuit.* Duo significat Paulus: primum, in hereditatis restitutionem demum venire, quod fuit hereditatis: deinde, heredem non teneri, ex hereditate restituere præter id de quo rogatus est tamquam heres: (quod & traditum *l.* 18. §. 2. *& l.* 22. *D. eod. tit.*) in proposito autem mater portionem qua de quæritur, non ut heres accepit institutione; non etiam tamquam heres rogata est, eam restituere; ne accepit quidem eam ut hereditariam, aut occasione hereditatis: sed ut mater, atque ex pacto, nec sic jure, sed errore Judicis.

ita non tenetur mater eam restituere ex causa fideicommissi: quia apparet, de ea rogatam non esse. Non igitur valet pactum a filia matri factum; neque ex eo matri actio competit, maxime directa: imo nec utilis. Ait enim Paulus, errasse Judicem qui matri partem dotis quasi ex utili pacto adjudicavit. quomodo autem erravit; si ex hujusmodi pacto matri competiit utilis actio. potuisset enim mater utilem habens ex stipulatu actionem, a coherede petere dotis partem. nil impediret quoque Judicem, eam matri in divisione hereditatis quasi præcipuam addicere ex filiæ pacto. Satis de actione. restat, ut de exceptione videamus: constat enim, ex pacto, etiam cum cessat actio, exceptionem dari. & de exceptione silet Paulus *d. l.* quia de ea non fuit interrogatus. sed si non valet pactum quo matri cavit filia: qua ratione ex eo vel exceptio matri adquiri potest? at enim Papinianus *l.* 26. §. 4. *D. de pactis dotalibus* matri non denegat exceptionem: etsi nec actionem ei concedat simili in specie. Papiniani verba sunt. *Filia cum pro se dotem promitteret, pepigit,* Ut, si in matrimonio sine liberis decessisset, matri suæ dos solvatur. *Pacto filiæ nulla matri quæritur actio: si tamen heres puellæ matri pecuniam dotis solverit, viro contra placita petenti dotem obstabit exceptio.* Species Papiniani. Mulier pro se marito promisit dotem, & pepigit: ut, si in matrimonio sine liberis moreretur, a marito cujus alioquin foret dos adventitia, ut supra dixi, matri suæ dos restitueretur. mortua deinde in matrimonio puella, sive muliere juvencula, sine liberis, & extraneo Titio, verbi gratia, herede instituto: quæsitum est, an matri ex filiæ pacto competat actio aut exceptio. quod ad actionem attinet; negat Papinianus, matri ex filiæ pacto competere actionem, si velit repetere dotem traditam. hac, opinor, causa: quod mater ipsa dotem sibi reddi stipulata non est: filia autem non potest extraneæ, qualis ei mater est, paciscendo stipulandove actionem adquirere. exceptionem tamen (ut dixi) ei non negat Papinianus. pone: Titius heres filiæ, dotem marito nondum traditam, matri solvit sua sponte: quum hanc invitus ei solvere non cogeretur. mox maritus dotem sibi promissam ab herede petit actione ex stipulatu. an potest? non resistit Juris subtilitas: sed (ut Papinianus ait) ei contra placita petenti obstabit exceptio. quod superioribus adversari videtur. sed non est ita; nam ea exceptio non est pacti conventi quam hoc Edicto promittit Prætor: (non enim valet hoc pactum) sed est exceptio doli mali quam supra dixi, esse subsidium exceptionis pacti; & videtur æque hac in specie atque alibi, Juri extorsisse æquitas: propter personarum conjunctionem; etsi ad exceptionem pacti, aut etiam ad actionem utilem adspirare non potuit.

Sed turbat Paulus *l.* 45. *D. Soluto matrimonio.* Videamus tamen, ne tractet thema admodum singulare, & ad consequentiam minime trahendum. Ut hoc demonstrem, adscribam Pauli verba: mox speciem appositurus. Pauli verba. *Gajus Sejus avus maternus Sejæ nepti quæ erat in patris potestate, certam pecuniæ quantitatem dotis nomine Lucio Titio marito dedit: & instrumento dotali hujusmodi pactum & stipulationem complexus est, Si inter Lucium Titium maritum & Sejam divortium sine culpa mulieris factum esset, dos omnis Sejæ uxori, vel Gajo Sejo avo materno redderetur restitueretur que. Quæro, cum Sejus avus maternus statim vita defunctus sit, & Seja postea sine culpa sua divorterit vivo patre suo in cujus potestate est, an & cui actio ex hoc pacto ex stipulatione competat: & utrum heredi avi materni ex stipulatu, an nepti? Respondi in persona quidem neptis videri inutiliter stipulationem esse conceptam: quoniam avus maternus ei stipulatus proponitur. quod cum ita est, heredi stipulatoris, quandoque divorterit mulier, actio competere videtur. Sed dicendum est, Sejæ posse dotem solvi, quamvis actio ei directo non competat, ac si sibi aut illi dari avus stipulatus esset: sed permittendum est nepti ex hac avita conventione, ne commodo dotis defraudetur, utilem actionem: favore enim nuptiarum, & maxime propter affectionem personarum, ad hoc decurrendum est.* Hæc Pauli verba. nunc speciem accipe: ea species est. Gajus Sejus avus maternus pro nepte in patris sui potestate existente, Lucio Titio ejus marito in dotem dedit certam pecuniæ quantitatem: adjecto pacto & stipulatione: ut divortio facto sine Sejæ culpa, omnis dos Sejæ, vel ejus avo Gajo Sejo restitueretur. mortuo statim Gajo Sejo, Seja sine sua culpa divortit, vivo patre suo in cujus erat potestate. quæritur, cui competat ex stipulatu actio: utrum heredi avi materni, an Sejæ? quod ad heredem attinet: expedita videtur ratio: eo quod heres defunctum stipulatorem, quatenus sibi stipulatus est, repræsentat post ejus mortem. sed circa Sejam cadit difficultas: cum metus sit; ne in ejus persona inutiliter concepta sit stipulatio: quando non potest avus maternus, ut maxime velit, nepti ex filia quæ ipsi extranea est, stipulari. quid, si ne voluit quidem ei stipulari? non enim dixit, Sejæ uxori, & Gajo Sejo avo materno; sed Sejæ uxori, aut Gajo Sejo avo materno. non igitur directo competit Sejæ ex stipulatu actio, sed heredi stipulatoris. tantum potest Sejæ solvi quasi adjectæ solutionis gratia: perinde ac si avus *sibi aut illi* stipulatus esset. sic quidem Paulus: si sequamur Juris rigorem. at si æquitatem spectemus: *Permittendum est*, inquit, *nepti ex hac avita conventione utilem actionem.* Pauli dura locutio est: non inusitata. & exemplum simile in hoc Varronis *lib.* 8. *De lingua Latina*, *pag.* 92. *lin.* 52. *Sic enim omneis repudiandum est arteis.* Item in illo Ulpiani *l. ult.* § 1. *D. de Senatoribus*, *Senatores autem accipiendum est eos qui a Patriciis & Consulibus usque ad omnes illustres viros descendunt.* Annotavit alia quædam Sanctius, *Minerva lib.* 3. *cap.* 8. *pag.* 485. *& seqq.* & in *Animadversionibus ibidem*, *& ad lib.* 1. *cap.* 15. *pag.* 139. Collega meus V. Cl. Jacobus Perizonius. Ait igitur Paulus, permittendam nepti ex hac avita conventione esse actionem utilem. & duplicem adfert causam. una est, favor matrimonii: prohibentis, ne commodo dotis defraudetur mulier. altera ratio est, affectio personarum. hæc vero non efficit: ut avus maternus sua stipulatione possit nepti suæ actionem utilem adquirere. passim quidem id creditur: sed alio ducit illa ratio, & quidem eo: ut videatur avus hanc actionem nepti adquirere voluisse. sane absque illa personarum affectione esset: non adquisivisset actionem. erat enim stipulatus, dotem nepti vel sibi reddi restitui. quo in casu erat quidem illa adjecta solutionis gratia: sed nulla erat ei adquisita obligatio. id igitur ne credatur; ait Paulus, hanc esse avi mentem, ut non solutionis gratia sit adjecta neptis, sed videatur illi adquisita ex stipulatu obligatio. nam hoc convenire stipulatoris affectui. est igitur duplex Pauli inspectio: una de voluntate avi materni, altera de ejus jure. prior est, an avus maternus stipulatus dotem reddi nepti vel sibi, voluerit ea formula, nepti adquirere obligationem: an maluerit, neptem stipulationi adjicere solutionis gratia? hoc conveniebat rigori Juris; si nulla esset personarum conjunctio. nunc quia est avus maternus nepti ex filia sic stipulatus; suadet pietas & affectio ejus erga neptem justissima: ut eam non solutionis gratia stipulationi

ni adjecisse, sed ei magis obligationem ex stipulatu adquisivisse existimetur. sit ita: voluerit hoc avus maternus. at qui potuit nepti ex filia, id est, extraneæ personæ stipulari? hæc igitur est altera difficultas: sed putat Paulus, esse dandum favori matrimonii, qui favor maximus est: ut in proposito a Juris subtilitate recedatur; & quamquam nepti ex avi stipulatione nulla competat directa actio ex stipulatu; utilis tamen ei deneganda non sit: ne commodo dotis defraudetur mulier.

Est igitur hoc Pauli Responsum, ut ab initio dixi, subnixum ratione admodum singulari: ideoque non trahendum ad consequentiam. De eo dubito; an simili facto aptanda sint obscura Ulpiani verba quæ adscripsi ex *l.* 45. §. 2. *D. de verborum obligationibus. Si ita quis stipulatus sit, Post mortem meam filiæ meæ dari: vel ita, Post mortem filiæ meæ mihi dari: utiliter erit stipulatus. sed primo casu filiæ utilis actio competit, licet heres ei non existat:* Latius patet Ulpiani sermo: sed nolim, eum infinite intelligi de omni re a patre in stipulationem deducta. nec magis de stipulatione a patre facta in honorem qualiumcumque liberorum. contra suadeam, eum coarctari intra dotem quam pater dans pro sua filia, ei restitui stipulatur. ea causa videtur non de filio loqui; sed de filia. Nulla tamen fit ab Ulpiano dotis mentio. Sed nil opus fuit: ubi non erat quæstioni, utrum de dote, an de re alia filiæ suæ stipulari possit pater: sed an pater possit stipulari, filiæ suæ dari post mortem suam, quo casu ei stipulari potest, & in dote placuisse, tum erat notum. Esse autem hoc Ulpiani consilium, præter superiora, etiam indicio est totius tenor capitis: explicantis formulam stipulationis facientis mentionem mortis. Sic conjicio: si vere, ut puto; erit optimus Ulpiani sensus, & superioribus satis conveniens: quod pater dotem dans pro filia, potest stipulari, eam filiæ suæ post mortem suam reddi; ex eaque tum filiæ competit utilis ex stipulatu actio: licet ea patri non existat heres.

Atque hæc obtinuere vetere Jure quod fuit Pauli tempore. novo enim aliud placuit. hoc ut ausim mihi persuadere, inducor auctoritate Impp. Diocletiani & Maximiani *l.* 7. *C. de pactis conventis* cuidam Phileto ita rescribentium: *Pater pro filia dotem datam genero: ea prius in matrimonio defuncta, nepotibus pactus restitui: licet his actionem quærere non potuit, tamen utilis eis ex æquitate accommodabitur actio.* Species hæc est. Pater cum genero dotem dat pro filia; in traditione paciscitur, dotem restitui nepotibus ex filia: ea prius in matrimonio mortua. extitit conditio. Rogat Philetus Imperatores per Libellum: an nepotibus ex pactione avi materni quæsita intelligatur actio? Rescribunt Imperatores, aliud regula Juris placere, aliud æquitate. quantum enim ad regulam Juris attinet, non potuisse eis ab avo materno quæri directam actionem: quia avo sunt extranei: sed nihilominus ex æquitate illis accommodari utilem. quæso, cur ita? nimirum, quia jam obtinuit, actionem alteri per alterum adquiri. quoties quis alicui tradit aliquid; & paciscitur, id restitui alteri. sic enim aliquid dat non simpliciter, sed ob causam: qua non impleta, adquirit sibi actionem directam jure stricto; utilem vero ex æquitate cui restitui voluit. Huc ferunt se iidem Imperatores *l. pen. C. Ad exhibendum* quæ est anni 293: cum *d. l.* 7. sit anni 294. verba autem *d. l. pen.* talia sunt. *Si res tuas commodavit aut deposuit is cujus in precibus meministi, adversus tenentem ad exhibendum vel vindicatione uti potes. quod si pactus sit, ut tibi restituantur: si quidem ei qui deposuit, successisti jure hereditario, depositi actione uti non prohiberis: si vero nec civili, nec bonorario jure ad te hereditas ejus pertinet: intelligis nullam te ex ejus pacto, contra quem supplicas, actionem stricto jure habere: utilis autem tibi propter æquitatis rationem dabitur depositi actio.* Titius res tuas deponens apud Sejum, pactus est; ut eæ res tibi restituantur. quæritur, an tibi ex ea pactione competat depositi actio? rescribunt Imperatores, tibi competere; si ei jure hereditario successisti: repræsentans eum cujus erat ea actio. at si hereditas ad te non pertineat: nullam tibi ex pacto ejus cui extraneus es, actionem competere. sic ex stricto Jure: id est, ex regulis Juris. verum ex æquitate placuisse; ut licet directa depositi actio cesset ea in specie; utilis deneganda tibi non sit. Recessum igitur generaliter hoc in casu est a vetere Jure: nec tamen disputatione Jurisconsultorum, sed Principum Constitutionibus: ut jam anno 290. iidem testantur Impp. Diocletianus & Maximianus *l.* 3. *C. de donationibus quæ sub modo*, verbis sequentibus. *Quotiens donatio ita conficitur, ut post tempus, id quod donatum est, alii restituatur: veteris juris auctoritate rescriptum est, si is in quem liberalitatis compendium conferebatur, stipulatus non sit, placiti fide non impleta, ei qui liberalitatis auctor fuit, vel heredibus ejus condictitiæ actionis persecutionem competere. Sed cum postea benigni juris interpretatione divi Principes ei qui stipulatus non sit, utilem actionem juxta donatoris voluntatem competere admiserint: actio quæ sorori tuæ, si in rebus humanis ageret, competebat, tibi accommodabitur.* Species sic confingenda est. Gajus aliquam rem donavit Titio intra quinquennium: post quinquennium eam donavit Semproniæ. idcirco pactus est, eam rem Semproniæ, restitui post quinquennium. Titius rem donatam Semproniæ, quamdiu vixit, non restituit; neque magis Marcellæ ejus sorori & heredi, post ejus mortem. quærit igitur Marcella ab Imperatoribus: cui jus sit, rem Semproniæ donatam a Titio petere ex lege donationis? ajunt Imperatores, Jus vetus differre a novo: vetere enim Jure donatori ejusque heredi adversus Titium competere condictionem ex stipulatu: si stipulatio intervenerit: alioquin condictionem sine causa, vel condictionem ob causam dati causa non sequuta, vel præscriptis verbis. quid enim obstare, quo minus, elapso quinquennio, ipse a Titio repetat quod ei donavit non in perpetuum, sed dumtaxat intra quinquennium. sic in donatore ejusque herede videri. aliud in Sempronia, ejusque herede jus esse. non enim inter Titium & Semproniam intervenisse tractatum qui inter donatorem & Titium intervenit. potuisse porro donatorem sibi cavere; alteri cavere non potuisse. hoc vetere Jure. at novo contra esse: nam etsi donatoris conventio non valeat hactenus; ut Marcellæ, tamquam heredi Semproniæ, adversus Titium directa adquiratur actio; ubi tamen ea actio constitit in persona donatoris, placuisse Divis Principibus, benigna Juris interpretatione, actionem utilem, juxta ejus voluntatem, ab eo transferri in Semproniam, ejusque heredem. Sed apparet, peræque in omnibus superioribus casibus aliud vetere, aliud novo Jure obtinuisse. quia volebant Veteres, quæcumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona sumant obligationis initium, inanem actum nostrum efficere *l.* 11. *D. de obligationibus & actionibus.* novæ autem interpretationis hæc videtur ratio, quod actio utilis alteri non directo, sed per consequentiam adquiritur. & ita est: qui dicit legem restituendi, is actionem primum sibi adquirit: deinde paciscitur, alteri restitui. igitur actionem non directo quærit ei cui vult restitui:

sed

sed actionem quæ prius in ipsius persona constitit jure & ordine, sua voluntate cum alio communicat quasi per quamdam translationem, ut dixi, ex benigna Principum interpretatione. fere quemadmodum fit in fideicommisso: quo heres rogatur, rem restituere alii, cui eam donatam velit testator. nam & hoc in casu ab herede in fideicommissarium prior transfertur actio, non directa, sed utilis. fuerit id curiosæ observationis: ex qua intelligi poterit differentia *d. l.* 7. *C. de pactis conventis* & *l.* 26. *C. de jure dotium.* possit enim aliquis quærere: cur actio illa utilis qua de agimus, novo Jure locum habeat in specie *d. l.* 7.: at in *d. l.* 26. locum non habeat: cum utraque sit Imperatorum Diocletiani & Maximiani. nisi est hæc ratio: quod in *d. l.* 7. pater, cum pro filia daret dotem, pactus fuit, eam, mortua in matrimonio filia, restitui nepotibus ex filia: ubi vero pater dotem filiæ stipulatur, de dote actionem primum sibi adquirit: non modo si filiam habet in potestate: sed etiam cum non habet. nec magis refert, utrum sibi quoque palam caverit, an non *l.* 2. *D. Soluto matrimonio*, *l.* 6. *D. de jure dotium*: modo palam non sit alteri, verbi gratia, filio emancipato stipulatus. idem est, stipulante eo, dotem restitui liberis filiæ suæ: quia tum perinde habetur, ac si ipsi filiæ stipulatus esset: eo quod matri adquisita dote, is futurus esset exitus, ea in matrimonio mortua, ut dos ad ejus liberos pertineret. ita fit, ut pater aut avus, sive filiæ, sive ejus liberis dotem stipuletur, ab initio æque habeat dotis actionem, ac si dotem sibi stipulatus esset, aut eam pro filia simpliciter dedisset, nulla pactione aut stipulatione facta. quod si pater actionem primum sibi adquisivit, cum est pactus, dotem sibi, aut filiæ, ejusque liberis restitui: consequens est, ut ea pactione utilis actio recte ad filiam ejusve liberos ex æquitate transferatur. Sic in *d. l.* 7. At in *d. l.* 26. non est ita: non enim est pater in ea dotem sibi aut filiæ stipulatus, sed emancipato filio, id est, extraneo: eoque ostendit, quod noluit eam sibi adquirere. adeo (quod egregie indicant Diocletianus & Maximianus *d. l.* 26.) actio nec in ejus persona ab initio constitit, deficiente voluntate; nec filio adquisita est, prohibente Jure. id vero eo magis mihi placet: quia hujusmodi quid etiam observatur *l.* 6. *C. Si quis alteri vel sibi.* At enim potest quis Jure novo in traditione pacisci, alteri restitui: ita ut ei utilis actio competat, suadente æquitate. Esto; dum paciscens sibi prius adquirat actionem directam. at hic numquam actio consistit in persona patris; & idcirco ne ad filium quidem ab eo transferri potest.

CAPUT XXVI.

De pactis administratorum, ut tutorum, curatorum, actorum municipii.

Sequitur, ut de pactis administratorum videamus. in quibus primum occurrit tutor: hujus vero pactum pupillo prodesse, lib. 3. Ad Edictum ait Paulus *l.* 15. *D. de pactis.* & est ratio: quod tutor, quantum ad providentiam pupillarem, domini loco habetur *l.* 27. *D. de administratione tutorum.* Idem dicam de curatore furiosi *l.* 28. §. 1. *D. de pactis*, & de actore municipum: nam & hi, quatenus postulat necessitas publici muneris, pro dominis sunt. hæc tamen fictio est: non enim sunt domini, etsi habentur pro dominis: & ideo non datur actio directa ex ipsorum pactionibus, sed utilis *l.* 5. §. 9. *D. de constituta pecunia*, *l.* 4. *D. Rem pupilli salvam fore.*

Ex eodem fonte est: quod si paciscantur, Ne petat pupillus, aut furiosus, aut municipium: non nocet eorum pactum pupillo, furioso, aut municipio *l.* 28. §. 1. *& l.* 37. *D. de pactis:* in primis, si sit de remittenda actione pupilli, prodigi, aut reipublicæ, *l.* 22. *C. eod. tit.* Paulus *l.* 46. §. *ult. D. de administratione tutorum* ait, si donent, aut deminuendi causa transigant. cæterum potest tutor (ut idem Paulus ait *l.* 23. *D. eod. tit.* quæ est desumpta ex lib. 3. Ad Edictum, & conjungenda cum *d. l.* 15) ad pupilli utilitatem & novare, & rem in judicium deducere. potest etiam transigere *l.* 54. §. *ult. & l.* 56. §. 4. *D. de furtis:* & jusjurandum deferre, deficientibus probationibus *l.* 17. §. 2. *& l.* 35. *D. de jurejurando*, atque, ut ex Paulo dictum, ad utilitatem pupilli: non contra. nam tutor in re pupilli habetur domini loco; cum administrat tutelam, non cum pupillum spoliat *l.* 7. §. 3. *D. Pro emptore.* Videamus tamen; ne hic obstet *l.* 4. *C. de prædiis & aliis rebus minorum:* cujus apposui verba. *Non solum per venditionem rustica prædia vel suburbana pupilli vel adolescentes alienare prohibentur: sed neque transactionis ratione, neque permutatione, & multo magis donatione, vel alio quoquo modo ea transferre sine decreto a dominio suo possunt. igitur & tu si fratribus tuis per transactionem fundum dedisti, vindicare eum potes: [sed &] si quid ex eodem pacto consecutus es: id mutuo restituere debes.* Sed non obstat: loquitur enim lex de rustico prædio: quod tutor Oratione D. Severi quæ extat in *l.* 1. *pr.* §. 1. *&* 2. *D. de rebus eorum qui sub tutela*, prohibetur alienare sine decreto Prætoris. nec vero mirum est; si de eo prædio ne transigere quidem possit sine decreto *d. l.* 4. at in *d. l.* 54. §. *ult. & d. l.* 56. §. 4. *D. de furtis* agitur de re furto ablata, id est, de re mobili, vel sese movente: (nam utriusque fit demum furtum: explosa sententia existimantium, etiam fundorum aut ædium, id est, rerum immobilium furtum fieri *l.* 38. *D. de usurpationibus & usucapionibus*) agitur, inquam in *d.* §. *ult. & d.* §. 4. de re mobili, vel sese movente: quam, excepto mancipio rustico, poterat tutor, permittente Oratione D. Severi, Jure Pandectarum sine decreto alienare: ut apparet ex *l.* 22. *C. de administratione tutorum.* quid ni igitur poterat quoque de ea transigere?

CAPUT XXVII.

De pactis procuratorum. Eos procuratores videri duplices: vel esse unius rei qui procuratores speciales appellantur; vel esse universorum negotiorum, & hos dici generales procuratores: etiam dici habere liberam omnium negotiorum administrationem. quæ ratio ejus locutionis: & quid ea significetur? item, quæ sit utriusque procuratoris potestas?

Longe alia causa est procuratoris, non enim is publica auctoritate, sed privato domini mandato ejus negotia administrat. inde, si domino cavet, alteri cavere intelligitur: & ideo si pactus

sit,

sit, ne a domino petatur, non datur domino pacti exceptio: quia non placuit, aliquem paciscendo alteri cavere: sed domino dabitur exceptio doli mali, subsidiaria exceptionis pacti *l.* 10. §. *ult. D. de pactis:* eo quod exceptio doli mali non tam nascitur ex facto procuratoris, quam ex dolo actoris: quem ei occasione Juris Civilis contra naturalem æquitatem prodesse non oportet *l.* 1. §. 1. *D. de doli mali exceptione.* id tamen manifeste fit: actore a me petente quod non petiturum se a me, promisit meo procuratori res meas ex meo mandato sustinenti: in primis si meo nomine aliquid ab eo accepit, ut pacisceretur. nam si id retinet, nec vicissim servat fidem pacti, quia negat valere pactum alteri factum: improbe abutitur Juris subtilitate cum mea injuria. quod non est ferendum. Sit ita: non possit quis alteri cavere paciscendo aut stipulando; cum alter est extraneus, & ejus nihil interest: tamen si intersit paciscentis, alterum liberari obligatione, aut eam alteri prodesse: quid ni ei & stipulando & paciscendo caveatur *l.* 38. §. 20. *D. de verborum obligationibus?* Sed hoc nil mutat. nam alteri cavens, cum sua interest, alteri pacisci aut stipulari, non tam alteri, quam sibi pacisci aut stipulari videtur. sibi igitur acquirit obligationem & actionem *l.* 118. §. *ult. D. eod. tit.* exceptionem domino, non pacti, sed doli mali.

Prodest igitur hoc modo pactum domino. an etiam nocet? ait Ulpianus *l.* 12. *D. de pactis, Et nocere constat:* additque, hoc jus esse, *sive ei mandavi, ut pacisceretur, sive omnium rerum mearum procurator fuit.* Sed hoc ut distinctius intelligatur; age, dividamus, procuratorum species. Passim placet Juris Interpretibus, triplicem esse procuratorum divisionem. unum vocant specialem, alterum generalem simplicem, tertium dicunt habere liberam omnium negotiorum administrationem. Sed si mihi liceat, meo uti ingenio: non erit triplex procurator, sed duplex: vel ad res omnes datus, vel ad partem: id est, specialis vel generalis. tertium ab his distinctum nusquam adducunt Veteres: ex professo instituentes procuratorum divisionem: hos duos semper appellant. certo indicio, non adgnoscere tertium: & si alibi nominetur: (ut fit in *l.* 58. *D. de procuratoribus, & l.* 9. §. 4. *D. de adquirendo rerum dominio*) non adferri speciem diversam ac separatam a procuratore generali omnium negotiorum: sed potestatem ejus procuratoris aliis verbis indigitari. quod si probari poterit: erit observatu dignissimum. Huc vero me trahit Paulus *lib.* 1. *Sentent. tit.* 10. §. 2, his verbis. *Procurator aut ad litem, aut ad omne negotium, aut ad partem negotii, aut ad res administrandas datur.* Sensus Pauli, Procuratorem dari vel ad litem, vel ad res administrandas: & utrumque vel ad omne constitui negotium, vel ad partem negotii. ita subducta ratione, duplex Paulo est procurator: alius specialis, alius generalis omnium rerum, negotiorumve. Nil opus verbis: ipse sic Paulus *l.* 17. §. *ult. D. de jurejurando, Procurator quod detulit* (jusjurandum) *ratum habendum est: scilicet, si aut universorum bonorum administrationem sustinet, aut si id ipsum nominatim mandatum sit.* Dedi Pauli sententiam. quæ Ulpiani? plane similis *l.* 1. §. 1. *D. de procuratoribus.* verba Ulpiani. *Procurator vel omnium rerum, vel unius rei esse potest.* Ulpianus adfert species, non tres, sed duas. Nec tantum sic illo in loco Ulpianus; sed etiam in *l.* 12. *D. de solutionibus, Vero,* inquiens, *procuratori recte solvitur. verum autem accipere debemus eum cui mandatum est vel specialiter, vel cui omnium negotiorum administratio mandata est.* Etiam in *d. l.* 12. *D. de pactis, Et nocere,* inquit, *ei constat, sive ei mandavi, ut pacisceretur, sive omnium rerum mearum procurator fuit.* Sed apparet, Veteres, quoties ex professo dividunt procuratorum species, numquam facere partes plures, quam duas: nempe specialem & generalem: quia non putant, esse plures. Dicamus igitur eorum exemplo: quod procurator vel ad litem datur, vel ad res administrandas: & uterque constituitur vel ad omne negotium, vel ad partem.

Et quidem ad partem negotii datur cui una species, vel etiam plures species nominatim mandantur. talis vero procurator includitur mandati verbis. nisi occurrat aliquid sine quo principale mandatum expediri nequeat. tum enim hoc etsi excluditur mandati verbis, adhuc ejus sententia continetur: certa atque explorata ratione, eum qui extrema vult, non posse nolle ea quæ ad extrema sunt necessaria. sed hoc in præsentiarum intelligitur *l.* 56. *& l.* 62. *D. de procuratoribus.* id si non fit: mandati verbis finitur omnis vis & potestas specialis procuratoris. ita paciscetur procurator ad actionem datus, & eo nocebit domino, si ei mandatum sit, ut paciscatur *l.* 12. *D. de pactis.* quod si non sit: contra est. clare Gordianus *l.* 7. *C. de transactionibus, Transactionis,* inquit, *placitum ab eo interpositum cui causæ actionem, non decisionem litis mandasti, nihil petitioni tuæ derogavit.* Paulus *l.* 13. *D. de pactis* sic ait, *Sed si tantum ad actionem procurator sit, conventio facta domino non nocet:* & addit rationem. ea ratio est: *quia nec solvi ei potest.* Satis de procuratore qui ad partem negotii datur.

Alter datur ad omne negotium. isque alias appellatur procurator omnium rerum vel omnium negotiorum. hic vero est cui generaliter permittitur libera rerum administratio, vel libera universorum negotiorum administratio. Paulus certe *l.* 20. §. 1. *D. de novationibus* quærens, qui novare possint præter tutorem, nominat procuratorem omnium bonorum: aitque in *l.* 58. *D. de procuratoribus,* inter cætera etiam novare posse cui generaliter libera administratio rerum commissa est. Deest quidem Florentiæ vox *novare*; sed in cæteris extat exemplaribus; nec minus apud Græcos, *Basilic. lib.* 8. *tit.* 2. *pag.* 425. *tom.* 1. Rursus Paulus *l.* 59. *D. eod. tit.* arbitratur, eum cui concessa est generaliter libera administratio rerum, posse solvere creditoribus. talem vero qui id faciat, Celsus *l.* 87. *D. de solutionibus* appellat omnium rerum procuratorem. liquet igitur, procuratorem cui generaliter committitur libera rerum administratio, esse eumdem procuratori universorum negotiorum, aut omnium rerum. Dicitur autem, (nam hoc addam, sicut est dignum addi) libera dari administratio: pari forma qua dicitur concedi libera testamenti factio; vel a Constantino *l.* 1. *C. de sacrosanctis ecclesiis* dicitur testatori concedi liber stilus. dicitur autem concedi libera testamenti factio: ubi conceditur legitima & consueta testamenti factio *l.* 35. *C. de inofficioso testamento,* quæ ante non erat libera. Hoc modo nil refert, utrum simpliciter dicamus testamenti factionem, an liberam testamenti factionem. Eodem modo dicitur libera peculii administratio *l.* 18. §. *ult. D. de pigneratitia actione, l.* 1. §. 1. *D. quæ res pignori,* quæ alias peculii administratio appellatur, detracta voce *libera l.* 11. §. 2. *D. de rebus creditis, l.* 46. *l.* 48. *D. de peculio, l.* 15. §. 3. *D. de diversis temporalibus præscriptionibus, l.* 13. *in f. pr. D. de condictione indebiti.* quid ni igitur credamus, procuratorem cui datur libera rerum aut negotiorum administratio, ea formula nil accipere, præter omnium rerum aut negotiorum ad-

administrationem, quæ ante quam datur libera, non est libera; & ubi datur libera, non est alia ab omnium negotiorum administratione? Sic res suadet. qui enim dicit, se dare administrationem omnium negotiorum, is administrationi nullos ponit fines. dat igitur liberam administrationem quam dat infinitam. contra quoque qui dat liberam administrationem, is ut plene mandet res suas geri a procuratore; ei ideo non dat rerum suarum dominium; etiam ei non mandat rerum suarum perditionem: sed administrationem, atque ex fide bona gerendam *l.* 60. §. 4. *D. Mandati vel contra:* id est, non aliam, quam universorum negotiorum administrationem. Ita in summa libera negotiorum administratio non efficit speciem aliam ac separatam a generali omnium rerum administratione; sed diversam a partis, sive a speciei administratione *d. l.* 9. §. 4. *D. de adquirendo rerum dominio.*

Non tamen hoc eo pertinet; ut velim, esse unam aut simplicem formam mandati omnium rerum, vel etiam liberæ administrationis omnium negotiorum. Non ita est: sæpe differentiam facit voluntas domini expressa; aliquando rerum quæ mandantur conditio. adeo, cum quid fecit procurator cui conceditur libera rerum, aut simpliciter rerum omnium administratio: potest facti quæstio esse, an jure fecerit: nec est simpliciter inspiciendum, quid fecerit: sed (quod Gajus observat *d. l.* 9 §. 4. *D. de adquirendo rerum dominio*, & ex eo Imperator §. 43. *Inst. de rerum divisione*) an ex negotiis fecerit; sive ut idem Gajus alibi *l. ult. D. de curatoribus furioso & aliis* dicit, *ex administratione:* id est, ex ordine negotiorum quæ ei sint mandata. pone: (qui est casus *l.* 63. *D. de procuratoribus*) procuratori totorum bonorum administrandæ mandatæ sunt res domini: ait Modestinus, quod non potest res domini mobiles aut immobiles alienare, verbi gratia, vendere, vel permutare, vel oppignorare, sine speciali ejus mandato, non magis quam servus. & est ratio: quod ei nihil est concessum, præter administrationem omnium rerum. est igitur ex negotiis administratio. porro administrare est, res servare ad usum domini; si servari possint. alienare est, eas amittere & perdere, cum alienatione domino perinde pereant, ac si esse desinant. sic in rebus mobilibus & immobilibus, quas ne dominus quidem, utique bonus & diligens paterfamilias, temere & sine magna causa alienat. at quod ad fructus, & si quæ præterea facile corrumpantur, attinet: ait Modestinus *d. l.* 63, quod hæc alienare, id est, vendere, aut permutare pro alio *l.* 58. *D. eod. tit.* potest procurator totorum bonorum cui res administrandæ mandatæ sunt: quia servatæ essent perituræ aut deteriores futuræ; nec est ei permissa perditio rerum domini, quæ alienatione præveniri potest, & ab ipso domino sic præveniri solet. habetur igitur alienatio rerum, quæ servari nequeunt, pro administratione naturæ rerum & dominico usui conveniente: id est, fit (ut Gajus ait *d. l.* 9. §. 4.) ex negotiis, sive ex summa negotiorum quæ dominus sibi geri mandavit. Simili ratione potest procurator totorum bonorum cui mandatæ sunt res administrandæ, mutuas sumere pecunias, & res domini obligare pignori; si necessitas id fieri urgeat: ut, si metus sit, ne ædes ruant; aut ne pretiosa pignora distrahantur; neve usuræ aut pœnæ debitarum pecuniarum excrescant. maxime autem id licebit, si procurator sit constitutus ab eo qui solebat sub pignoribus mutuas pecunias accipere *l.* 11. §. *ult. & l.* 12. *D. de pigneratitia actione.* cum enim ei generaliter mandentur universa negotia e re domini futura; perinde est, ac si singula quæ usus domini aut certe necessitas exigat, ei nominatim mandentur. est igitur vel hoc ex negotiis; modo ipse sic esset facturus dominus. non enim præsumitur is generali mandato permittere quod nominatim non permitteret: nec sic permitteret quod ipse non faceret. Præter hæc ait Paulus *l.* 58. *D. de procuratoribus:* quod procurator cui generaliter commissa libera rerum administratio est, potest novare. sic censeo: etsi enim Florentiæ desit verbum, *Novare*, tamen restitui id Paulo auctoritate Græcorum; & fide plerorumque Codicum; eoque minore periculo: quod clare idem Paulus *l.* 20. §. 1. *D. de novationibus*, Novare, inquit, tutor potest, si hoc pupillo expediat: item Procurator omnium bonorum. Addit Paulus *d. l.* 58, eum procuratorem posse etiam exigere: id est, ut Ulpianus ait, rem in judicium deducere *l.* 12. *D. de pactis.* recte: nam est pro specie novationis *l.* 29. *D. de novationibus.* Tamen nec hoc est sine exceptione: nam apud Ulpianum *l.* 40. *D. de procuratoribus* sic extat, *Pomponius scribit, non omnes actiones per procuratorem posse quem instituere. denique ut liberi, qui in potestate absentis dicuntur, ducantur, interdictum non posse desiderare ait: nisi, ut Julianus ait, causa cognita: id est, si [&] nominatim ei mandatum sit, & pater valetudine, vel alia justa causa impediatur.* Cæterum procuratori omnium rerum & hoc mandari videtur; ut solvat creditoribus *l.* 59. *D. de procuratoribus*, *l.* 87. *D. de solutionibus.* igitur eo quoque modo etsi alienat, facit quod ex negotiis est. Potest etiam jusjurandum deferre *l.* 17. §. *ult. D. de jurejurando*, opinor, deficientibus probationibus, ut de tutore dictum *l.* 35. *D. eod. tit.* sic enim servat domini res alioquin perituras defectu probationum. Potest insuper pacisci, & pacto nocere domino *d. l.* 12. *D. de pactis:* nisi donet. nam donatio in persona administratoris, qualis est procurator, non administratio est, sed perditio. transactio autem in dubiis causis facta bona fide, ab administratione non removetur: cum ex parte servet quod in totum retineri nequit. At obstat *l.* 60. *D. de procuratoribus:* sic scribens, *Mandato generali non contineri etiam transactionem decidendi causa interpositam. & ideo si postea is qui mandavit, transactionem ratam non habuit; non posse eum repelli ab actionibus exercendis.* Quid dicimus? legendum esse, *transactionem deminuendi causa:* ut de tutore idem Paulus loquitur *l.* 46. §. *ult. D. de administratione tutorum?* ita Doctissimus Interpres, Jacobus Cujacius, *Notis ad d.* §. 43. *Inst. de rerum divisione*, atque ingeniose: sed nulla necessitate. non est enim inusitata Pauli locutio, *transigere decidendi causa:* quando & Ulpianus *l.* 29. §. 2. *D. de inofficioso testamento* ait, *rem transactione decidi:* & Imperatores *l.* 17. *C. de transactionibus* litem *transactione decisam.* Meo judicio, non absurde quis conjiciat, Paulum non esse exaudiendum de generali mandato omnium negotiorum, quo de nos agimus: sed de generali mandato exercendarum actionum, seu litium. prorsus, ut transigere possit omnium negotiorum procurator æque ex Pauli, atque ex Ulpiani sententia *l.* 10. §. *ult. l.* 11. *& l.* 12. *D. de pactis.* quippe cum sit ex negotiis ei mandatis: sed is cui omnes actiones, vel generaliter actiones exercendæ mandatæ sunt, eo transigere nequeat: quod ei in singulis causis non decisio, sed actio mandata esse intelligitur: auctore Gordiano *l.* 7. *C. de transactionibus*; & ipso Paulo *l.* 13. *D. de pactis.* Loquitur quidem uterque de una actione exercenda mandata: sed idem est, si plures vel omnes exercendæ mandatæ sint. nisi enim sit omnium negotiorum, vel universorum bonorum procurator constitutus: semper coërcetur

tur facultas procuratoris ad exercendas actiones constituti, intra mandatum exercendarum actionum: quod est, ut actiones instituat, litem contestetur, & persequatur usque ad sententiam: ultra non procedit. adeo ne judicati quidem actio ei datur; nec ei solvi potest: nisi hoc ei mandatum sit *l.* 86. *D. de solutionibus*, vel nisi sit totorum bonorum, vel omnium negotiorum procurator. si tamen in rem suam sit procurator datus; aliud dicendum est: quia tum domini loco habetur, & ideo servandum erit pactum conventum, ut in §. 1. *d. l.* 13. subjicitur. In eumdem fere sensum disserit Paulus *l.* 17. §. *ult. D. de jurejurando* de jurejurando a procuratore deferendo. verba Pauli. *Procurator quoque quod detulit, ratum habendum est: scilicet, si aut universorum bonorum administrationem sustinet, aut si id ipsum nominatim mandatum sit, aut si in rem suam procurator sit.*

Sed absolvamus: est, ut dixi, quærentibus, quid jure faciat procurator, accepta omnium negotiorum, aut libera omnium negotiorum administratione, diligenter animadvertendum, quid ex negotiis sit. non est enim una & simplex ejus mandati ratio. aliquando variat hanc domini voluntas: aliquando conditio rerum quæ mandantur. est igitur res facti: multumque refert, quid actum sit. ita detur alicui generale mandatum ad administrandas res domini quo de superior fuit disputatio: rursus detur alii generale mandatum ad negotiandum de rebus domini: sive velit emere, sive vendere, sive pacisci, sive aliud agere tamquam dominus: est procul dubio aliud hujus jus, quam illius: licet uterque habeat liberam rerum administrationem. interest enim; quod alter est ad negotiandum de rebus domini constitutus: alter non est. alteri palam datur facultas emendi, vendendi, permutandi, oppignorandi, & si quid præterea facere velit. alteri ea facultas non ita datur. Illuc refero hoc Scævolæ *l.* 60. §. 4. *D. Mandati vel contra. Lucius Titius fratris filio commisit rerum suarum administrationem ita. Sejo filio suo S. Ego quidem secundum naturam esse existimo pro patre & patris filiis negotiari sine aliqua concessionis inquisitione: si autem necessitas alicujus talis erit: concedo tibi de omnibus meis, ut vis negotiari; sive vendere vis, sive pacisci, sive emere, sive quodcumque operari, ut domino omnium meorum: me omnia firma esse a te facta existimante, & non contrarium dicente tibi ad ullam operationem. Quæsitum est, si quid non administrandi animo, sed fraudulenter alienasset, vel mandasset, an valeret? Respondi, eum de quo quæreretur, plene quidem, sed quatenus res ex fide agenda esset, mandasse.* † *Item quæro, an cum Sejus magistratu functus, debitor extitisset, Lucius Titius eo nomine conveniri possit, vel res ejus obligatæ essent, propter verba epistolæ suprascripta? Respondi, neque conveniri posse, neque res obligatas esse.* Ex hoc loco intelligitur: quod procurator amplissimo & liberrimo hoc mandato ad negotiandum constitutus, potest emere, vendere, permutare, etiam mutuas pecunias accipere, & pignus constituere domini nomine: quia ea sunt ex negotiis. tantum desideratur: ut, cum ea agit, res spectet ad negotiationem: quam unam ei permisit dominus. quod si alia ex causa æs alienum contrahat, aut domini bona pignori obliget: ad dominum non pertinet: ut si (qui est casus *d. l.* 60. §. 4. *in fine*) cum magistratu fungeretur procurator, ea ex causa debitor sit civitatis, vel res domini obligaverit: non id spectat ad dominum, nec idcirco ejus res tenentur: quia non est ex negotiis.

Sed apparet, quod dixi, esse unum mandatum quo conceditur generalis omnium negotiorum administratio, & quo conceditur libera omnium negotiorum administratio: & tamen id ex domini voluntate, & rerum conditione aliquam invenit varietatem: ingente differentia, utrum procuratori ad negotiandum de rebus domini, an ad administrandas domini res data sit omnium negotiorum, aut etiam libera omnium negotiorum administratio. fuitque id eo diligentius annotandum: quia simili ratione interest; utrum servus a domino accipiat administrationem omnium rerum, negotiorumve domini: an accipiat peculii administrationem, aut liberam peculii administrationem. nam accepta administratione rerum domini, potest quidem fructus, & si quæ præterea facile corrumpantur, alienare, sed res mobiles aut immobiles alienare non potest: exemplo procuratoris totorum bonorum cui res administrandæ mandatæ sunt *l.* 63. *D. de procuratoribus.* longe aliter, ac cum servo data est peculii administratio, vel libera peculii administratio. nam tum alienare res peculiares eum posse, extra dubitationem est *l.* 18. §. *ult. D. de pigneratitia actione:* eo quod peculium est quasi proprium servi patrimonium *l.* 39. *D. de peculio.* deinde datur servo plerumque peculium ad negotiandum magis, quam ad custodiendum. Et tamen, quod de totorum bonorum procuratore cui concessa sit libera rerum administratio, dixi, etiam dicendum est de servo & filiofamilias cui permissa sit libera peculii administratio, posse facti quæstionem esse, quantum ei sub ea appellatione sit concessum *l.* 1. §. 1. *D. Quæ res pignori. l.* 7. *pr.* §. 1. 2. & 3. *D. de donationibus.*

Caput XXVIII.

De pactis principalis debitoris, itemque fidejussoris, & unius ex duobus correis, sive socii sint, sive non sint.

Hoc loco videbo de pacto rei principalis, itemque fidejussoris, & unius ex duobus correis. sed primum de reo dicam. is si paciscatur, Ne pecunia petatur: interest; utrum in rem, an in personam paciscatur. nam si in personam pactus sit reus; fidejussor non utetur pacti exceptione *l.* 22. *D. de pactis:* quia personale pactum non prodest alii, quam paciscenti *l.* 25. §. 1. *D. eod. tit.* quod si in rem pactus sit reus: pacti exceptio non tantum ei, sed & fidejussori ejus prodest: quia in rem pacta prosunt omnibus quorum obligationem dissolutam esse, ejus qui paciscebatur, interfuit *l.* 21. §. *ult. D. eod. tit.* interest autem rei principalis, ne fidejussor conveniatur: quia is si quid pro reo solvit, ab eo potest mandati judicio repetere *l.* 32. *D. eod. tit.* At enim unius pactum non prodest alteri *l.* 73. §. *ult. D. de regulis juris.* Nempe principaliter: nam per consequentiam alteri prodesse non prohibetur, modo si ne paciscenti quidem prodesset; nisi ad alium quoque pertingeret pacti effectus *l.* 23. *D. hoc tit.* quoties igitur regressum adversus reum habet fidejussor, succurretur ei exceptione pacti quod fecit reus: quoties autem non habet eum regressum, ut si donandi animo fidejussit: non prodest ei exceptio pacti a reo facti. egregie Paulus *l.* 32. *D. eod. tit. Quod dictum est, si cum reo pactum sit, ut non petatur, fidejussori quoque competere exceptionem:* prop-

propter rei personam placuit, ne mandati judicio conveniatur. igitur si mandati actio nulla sit, forte si donandi animo fidejusserit: dicendum est, non prodesse exceptionem fidejussori.

Quod dixi, maxime verum est: si perpetuum sit rei pactum. imo, & si sit temporale; quale est, Ne intra annum petatur. nam hoc utrique proderit intra annum: ultra neutri. sic Paulus §. 1. *l.* 27. *D. de pactis:* utique, si reus æque de se pactus sit, ac de fidejussore. Sed fac, dixisse, Ne a fidejussore petatur: de sua persona nihil dixisse. ait Paulus, fuisse qui putarent, nihil id prodesse fidejussori; quamquam id rei intersit. ac movisse eos: quod ea demum competere fidejussori debeat exceptio quæ & reo. sensus Pauli: Unusquisque debet sibi pacisci: at reus soli paciscens fidejussori, alteri paciscitur: quod per liberam personam fieri nequit. nec mutat, quod rei interest, ne a fidejussore petatur. nam id fit per consequentiam: cum exceptio debeat reo prodesse principaliter; & fidejussori demum propter reum per consequentiam *d. l.* 32. nempe debet rei pactum originem sumere a reo; & per eum ad fidejussorem pertingere. quod si a reo non sumat originem: non pertinet ad fidejussorem. Sic quidam. Sed Paulo aliud sedet. ait enim, *Ego didici prodesse fidejussori exceptionem:* & addit, *Non sic enim illi per liberam personam adquiri, quam ipsi qui pactus sit, consuli videtur.* Subaudienda vocula *tam*, vel *magis;* ut sæpe alibi. sensus Pauli est: Cum reus pactus est, Ne a fidejussore petatur, & de se nihil dixit; exceptionem fidejussori prodesse propter reum: non quod ea sic fidejussori per liberam personam adquiritur: sed quia a reo tacite agitur hoc pacto; ut sibi consulat: quando ejus interest, exceptionem fidejussori dari, etsi de se non fuerit loquutus. porro alteri paciscimur recte; si nostra intersit: ut, si agamus, quo nobis consulamus: non ut uni consulamus ei cui paciscimur. quod si est: apparet, reum paciscendo fidejussori, non tam agere rem fidejussoris, quam suam: ideoque fidejussorem, quod per se non habet ex alieno pacto, id contemplatione principalis rei accipere. sic Paulus; atque eo verius: quia subjicit, *Quo jure utimur.*

Ne illud quidem hic negligendum, quod Furius Anthianus *l. ult. D. de pactis* refert, si reus postquam pactus sit, a se non peti pecuniam, ideoque cœpit id pactum fidejussori prodesse, rursus pactus sit, ut a se peti liceat: quæsitum esse, an utilitas prioris pacti fidejussori posteriore pacto sublata esse intelligatur. sed cum Marcianus *l.* 19. *D. de exceptionibus* scribat, Omnes exceptiones quæ reo competunt, fidejussori, etiam invito reo, competere; forsan verius fuerit, fidejussori invito per posterius pactum non extorqueri pacti exceptionem ei priore pacto semel adquisitam. sic Furius Anthianus *d. l. ult.* Sed aliter visum Paulo *l.* 27. §. 3. *D. de pactis:* his verbis: *Eadem ratione contingit, ne fidejussoribus prius pactum prosit.* Nisi quis Paulum sic accipiat: quasi non loquatur de pacto rei principalis, sed de pacto fidejussoris: ut sensus sit, Si pactus sit fidejussor, ne a se petatur; & is rursus paciscatur, ut a se petatur: prius pactum non prodesse fidejussori.

Hoc, si reus pactus sit, Ne petatur. quid si vice versa sic pactus sit fidejussor? placet, hanc conventionem neque reo prodesse, neque confidejussori *l.* 23. *D. eod. tit.* primum non prodest reo hæc conventio: quia nihil interest fidejussoris, a reo non peti. nam excusso reo liberatur fidejussor. nec datur reo regressus adversus fidejussorem. ita sive in personam, sive in rem paciscatur fidejussor: pactum ipsi quidem prodest, at reo non prodest: quia potest fidejussor paciscendo sibi consulere, alteri non potest. Eadem ratione nec confidejussori prodest fidejussoris pactum: nam alter solidum solvens, non habet regressum adversus alterum, nisi ante cessis ei a creditore actionibus *l.* 39. *D. de fidejussoribus.* Aliquis dicet, interesse fidejussoris, ne a reo, neve a confidejussore petatur: quia, ut post solutionem non possint actiones ante non cessæ, confidejussori competere adversus confidejussorem: potest tamen fidejussor, ante quam solvit, a creditore petere, sibi cedi actiones quas habet contra confidejussorem *d. l.* 39. Sed animadvertit Antonius Faber, *Rationalibus*, non posse creditorem fidejussori parato solidum solvere, alias præstare actiones, quam ipse habeat: non autem habere efficaces adversus fidejussorem, cum quo pactus sit, actiones. non igitur posse fidejussori præstare efficaces actiones adversus ejus confidejussorem. sed nec posse fidejussorem cum creditore pactum, Ne petat, magis a confidejussore, quam a creditore conveniri. Non igitur interest fidejussoris pacti cum creditore; utrum confidejussoribus prosit ejus pactum, an non prosit: &, ut bene ait Paulus *d. l.* 23, non quoquo modo cujusque interest, cum alio facta conventio prodest; sed tunc demum, cum per eum cui exceptio datur, principaliter ei qui pactus est, proficiat: sicut in reo promittendi & his qui pro eo obligati sunt.

Cæterum, quamquam fidejussoris pactum neque reo, neque confidejussori prosit ad exceptionem pacti: probat tamen ex Juliano Paulus, *l.* 25. §. 2. *D. de pactis*, obtinuisse, ut plerumque reo prosit doli exceptio: videlicet, si hoc actum sit, Ne a reo quoque petatur. idemque in confidejussoribus esse, Ulpianus refert *l.* 26. *D. eod. tit.*

Finge tamen: aliquis in rem suam fidejussit. is convenit, Ne petatur pecunia. puta, debebam pecuniam; & conventus a creditore, fidejussi pro eo qui me defendit apud Judicem. mox sum pactus cum creditore, Ne petat. an defensori prodest pacti exceptio? ait Paulus *l.* 24. *D. eod. tit.* & causatur, fidejussorem hic pro reo haberi: pactumque cum eo factum, non cum eo, sed cum reo factum intelligi.

A reo & fidejussore transeo ad duos debendi reos. nam in his quoque quæritur: an pactum unius prosit alteri? puto autem, referre; utrum socii sint, an non sint. nam si socii sint, & ab uno sit pactum conventum, Ne petatur: placet, exceptionem pacti etiam alteri prodesse: propter regulam §. *ult. l.* 21. *D. eod. tit.* interest enim correi, ne a correo petatur: quia quod unus solverit, id ab altero repetit actione pro socio, is est sensus *l.* 25. *D. eod. tit.* maxime conjunctæ cum fine *l.* 23. *D. eod. tit.* est enim utraque ex eodem *lib.* 3. Pauli *Ad Edictum.* sic: si socii sint correi. quid, si non sint? jam alteri non prodest alterius pactum; quia paciscentis, ut correo prosit pactum, non interest principaliter: cum alter quod solvat, ab altero non repetat. atque hæc distinctio confirmatur *l.* 3. §. 3. *D. de liberatione legata.* Etsi possit eo quoque in loco aliqua videri difficultas: quam movet & tollit Bachovius, ad τὰ πρῶτα *pag.* 620. ea difficultas est: quod Ulpianus ait, Julianum respondisse, legata uni ex correis liberatione, oportere eum ab herede liberari non pacto, sed acceptilatione: addita ratione; ne alioquin, dum ab altero petitur, alter inquietetur. ita vero significari videtur, pactum unius correi debendi alteri non prodesse, ne socio quidem. Hæc difficultas. ad hanc tamen respondet Bachovius, non fuisse Juliano propositum, tradere, quo modo necesse sit, fieri unius correi liberationem,

nem: sed quo modo ea contingat quam prudentissime: id est, ita, ut in omnem eventum plenissime securus sit legatarius. id vero commode fieri per acceptilationem: quia per hanc ipso jure tollitur obligatio. cæterum pacto non æque commode fieri: nam actione ipso jure contra alterum durante, facile evenire, ut alter exigatur, alter inquietetur. In hunc fere sensum Bachovius. cujus responsio si placet, ut probabilis videtur D. Vinnio, *De pactis c.* 16. *n.* 5. apparet, argumentum quod ea difficultas facit a consequentia rationis, nihil directo & palam concludere.

Similis quæstio est: an pactum unius ex duobus argentariis, aut duobus correis stipulandi, alteri noceat? eam quæstionem definit Paulus *l.* 27. *D. de pactis*, his verbis. *Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit: an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus, Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere: tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. idem Labeo: nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur.* † *Sic enim & his qui in nostra potestate sunt, recte solvi, quod crediderint, licet novare non possint: quod est verum.* † *Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est.* Sic Paulus, satis obscure. primum negat, pactum unius ex argentariis factum cum debitore, alteri nocere; si non sint socii. hoc enim modo mihi concipienda videtur Pauli species: & esse legendum initio legis, *Si unus ex argentariis cum debitore pactus sit*; vel, *Si unus ex argentariis duobus cum debitore pactus sit.* Sic conjicio; & fidem conjecturæ facit finis ejusdem legis: qui finis ait: *Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est:* nec *sociorum* meminit ullo modo. Huc igitur redit Pauli disputatio: ut putemus, si unus ex duobus argentariis, aut unus ex duobus stipulandi reis, qui non sint socii, cum debitore pactus sit, ejus pactionem alteri numquam nocere; nec si in rem pactus sit: & pro ratione addit Paulus: quod tantum constitutum est; ut alter possit solidum petere; itemque ut possit ei solidum solvi. dehinc contrariis occurrit Paulus quasi per occupationem his verbis. *Nam nec novare alium posse, quamvis, ei recte solvatur.* Sensus est, Aliquis objiciat: si potest uni ex argentariis solvi: quid ni uni permittatur pacisci? non enim absimilis est solutioni pactio. nam ut solutio, sic pactio perimit obligationem: etsi non ipso jure: utique ope exceptionis. hæc objectio. At responsio talis est. non semper procedit illatio a solutione ad novationem: ut maxime novatio obligationem perinde tollat ipso jure, ac solutio *l.* 10. *D. de novationibus.* multo igitur minus valet argumentum a solutione ad pactum: cum obligatio pacto non ipso jure, sed per exceptionem tollatur. Is Pauli sensus in his verbis, *Nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur.* Ubi enim *alium* dicit; non intelligit alium argentarium aut alium correum; (uti videtur prima facie) sed intelligit *alium* ab argentario aut correo diversum: cui recte quidem solvi possit; jus vero novandi non sit. is quoque ne obscurus esset: ponit Paulus exemplum in filiosfamilias: cui potest solvi quod crediderit; at ejus novatio non est. Sic Paulus, etiam Celsus *l.* 25. *D. de novationibus*: Verba Celsi. *Non ideo novare veterem obligationem quisquam recte potest, quod interdum recte ei solvitur. nam & his qui in nostra potestate sunt, quod ab his creditum est, recte interdum solvitur: cum nemo eorum per se novare priorem obligationem jure possit.* Hactenus Celsus: visusque mihi eo notabilior esse hic locus: quia est ex *Celsi lib.* 1. *Digestorum*: quo eum de pactis scripsisse, conjicio ex *l.* 9. *D. de probationibus*, & *l.* 33. *D. de pactis.* nec inverisimile mihi sit, Celsum in *d. l.* 25. eamdem tractasse quæstionem de pacto unius ex duobus correis: eique præsentem aptasse disputationem, modo ab ea quæ Pauli est, non diverso. utcumque erit: est in *d. l.* 27. *de pactis* clarus Pauli sensus, Pactum ab uno ex duobus argentariis, aut uno ex duobus correis stipulandi qui non sint socii, factum cum communi debitore, alteri non nocere; licet in rem pactus sit, a debitore non peti. scilicet: quia eo pacto non tollitur obligatio; & ut is qui pactus sit, agens repellatur pacti exceptione: nil tamen causæ est, quo minus alter experiatur cum debitore. habet enim eum obligatum subtili Jure; nec est cum eo pactus, ne petat; porro quod petit, neque correi nomine, neque ad ejus utilitatem petit; sed suo nomine, & ad suam utilitatem: modo non sint socii. alioquin palam quidem petit sibi: at vi ipsa etiam socio petit: obligatus actione pro socio quod accipiat, cum socio communicare. eo igitur casu alteri nocet unius pactum, sicut prodest. Hoc Paulus *d. l.* 27. Idem, nisi fallor, intelligitur quoque ex *l.* 34. *D. de receptis qui arbitrium receperunt* quæ est ejusdem Pauli. verba talia sunt. *Si duo rei sunt, aut credendi, aut debendi, & unus compromiserit, isque vetitus sit petere, aut ne ab eo petatur: videndum est, an, si alius petat, vel ab alio petatur, pœna committatur. Idem in duobus argentariis, quorum nomina simul eunt. Et fortasse poterimus ita fidejussoribus conjungere, si socii sunt. alias nec a te petitur, nec ego peto, nec meo nomine petitur, licet a te petatur.* In hac lege proponit Paulus duos reos credendi aut debendi, aut duos argentarios quorum nomina simul eunt: pari loquendi forma qua ait Quintilianus *lib.* I. *Inst. orat. c.* I. *pag.* 17. *Non longe itaque Latina subsequi debet, & cito pariter ire.* Vult vero Paulus, duorum argentariorum nomina simul ire: cum (ut dicitur in *l.* 9. *D. de pactis*) eorum nomina simul facta sunt. adeo sint (veniam enim ad rem) tales duo correi, aut duo argentarii. ex his unus in arbitrum consensit, compromissa pœna, ni stetur arbitri sententiæ. is ab arbitro prohibetur petere. deinde petit ejus correus qui non compromisit. an commissa est pœna adversus eum qui prohibitus est petere? negat Paulus. & recte: non enim ipse petit, neque per se, neque per alium: sed ejus correus petit. hic vero non est prohibitus petere. accedit, quod is petit suo, non correi nomine. ita Paulus: si non sint socii. at quid, si sint? contra putat, esse commissam pœnam: propterea, quod ut non directo petat, tamen vi ipsa petit: eo quod actione pro socio est venturus in partem socii. tenetur igitur præstare socii factum: ne (quod idem Paulus ait *l.* 5. *D. Si quis cautionibus*) dolus ei prosit propter societatem: id est, ne societas præbeat occasionem improbi quæstus.

FINIS.

NOTITIA
CAPITUM OPERIS
DE
PACTIS ET TRANSACTIONIBUS.

FINIS.

GERARDI NOODT,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

JULIUS PAULUS,

SIVE DE

PARTUS EXPOSITIONE

ET

NECE APUD VETERES

LIBER SINGULARIS.

EDITIO SEXTA.

Paulus l. 4. D. de agnoſcendis & alendis liberis.

Necare videtur non tantum is qui partum perfocat, ſed & is qui abjicit, & qui alimonia denegat, & is qui publicis locis miſericordiæ cauſa exponit, quam ipſe non habet.

GERARDI NOODT,

Jurisconsulti & Antecessoris,

JULIUS PAULUS,

SIVE

DE PARTUS EXPOSITIONE ET NECE APUD VETERES,

LIBER SINGULARIS.

PRÆFATIO.

De partus expositione & nece extat sub Titulo Digestorum De agnoscendis & alendis liberis, capite quarto, Fragmentum Julii Pauli, Jurisconsulti, ex libro II. Sententiarum, Titulo XXIV, sane pulchrum, nec minus celebre, sed effugit industriam hominum doctrina excellentium. Quotus enim quisque eo non utitur, cum quæritur, an pater teneatur tollere liberos quos generavit? quotusquisque non clamat, patrem qui filium abjicit, aut exponit alienæ misericordiæ quam ipse non habet, filium æque necare, ac si eum strangulet, idque Julium Paulum opinari? Et certe eum qui non hominem modo, sed patrem quoque, exuit, esse destabilem, dignumque omnium odio, quis, nisi quem pigeat humani generis, negaverit? Sed quod præterea clamant, patrem ob infantis expositionem, abjectionem, aut elisionem, jure Pandectarum fuisse coërcitum legis Corneliæ de sicariis, aut Pompejæ de parricidiis, aut qua extraordinaria, pœna, idque Paulum existimasse: vix a me impetro, ut credam. imo arbitror, id Paulo numquam venisse in mentem; longeque aliam fuisse ejus sententiam. Sed imposuit Doctissimis Viris imago argumenti quod ex Pauli verbis a consequentia, quamquam ad speciem probabili, tamen imprudente, faciunt. Nec id fecissent; si, quod decet Jurisconsultos, utique eos qui paulo supra vulgi humilitatem assurgunt, ad historiam Juris, usumque Fori Romani qui ætate Pauli fuit, animum diligentius adjecissent. Mea enim sententia, nihil verius est, quam infantum expositionem necemque Jure Civili non dicam piam atque honestam, sed impunitam licitamque, fuisse non modo sub Gentilibus, sed sub Christianis quoque, Imperatoribus, usque ad principatum Valentiniani, Valentis, & Gratiani. Atque hoc si est; nonne efficitur, Paulum qui non Juris conditor, sed Juris interpres, fuit, etsi ejus scripta Principum Constitutionibus deinde Juris vim acceperint, non potuisse, salva artis suæ auctoritate, scribere, patrem qui sanguinolentos liberos necaverit, abjecerit, aut exposuerit, in Foro Romano ad legis Corneliæ, aut Pompejæ, alteriusve pœnæ, severitatem pertinere? Et tamen non inficior, ne id scelus in se admitteret pater, apud sapientes ac bonos in Juris præceptis fuisse. Sed inter ea & Juris regulas ingens differentia est. habet enim regula legis necessitatem; ac, si negligitur, vigore publicæ disciplinæ vindicatur: præceptum vero neque obligat quem Civili Jure; neque cui pœnam minatur, nisi divinam. Ita fit, ut quod Juris præceptis execrabile sit, per temporum morumque feritatem stultitiamve Juris regulis neque prohibeatur, neque puniatur. Interim utriusque generis observationem peræque ad Jurisconsultum, illum bonum & sanctum virum, pertinere, Veteres existimabant. quippe, cum Civilem Sapientiam, exemplo Philosophiæ, partim scientia, partim actione, censerent. Et proinde qui ad exponenda Veterum Fragmenta serio animum appellit, eum, ne cruda evadat ejus disputatio, inter cætera quoque quid in præceptis, quid in regulis, quoquo tempore fuerit, diligenter attendere oportet. Nec enim quis tam rudis humanarum rerum sit, ut in his eamdem omnium ætatum locorumve æstimationem fuisse arbitretur. Ego certe ei qui sic sentiat, non assentiar temere. quin semper existimavi, artem nostram non uno tempore de cœlo delapsam esse imbris more; sed incrementa sua ab experimento utilitatis paulatim accepisse: sed nec ipsam per tot secula parem atque eamdem fuisse; verum ab hominum paupertate, severitate, opibus, mollitie, feritate, disciplina, religione, pace denique & bello, sæpe aliam atque aliam apparuisse. Atque ideo quod alibi, idem hic, observavi: ut suis quæque temporibus restituerem; & quæ ex regulis Juris proficisci viderentur, ad Forum remitterem; quæ vero pietatis atque officii esse, existimarem, ea non Juris regulis, sed præceptis, accenserem. Sed & illa mihi cautio fuit, ne civilia remedia quæ fere hic novit vetustas, cum criminis persecutione quam primi introduxere Imppp. Valentinianus, Valens, & Gratianus, constituta non arbitraria, sed capitali, animadversione, confunderem. Quod alioquin adeo secure fit: ut non satis mirari potuerim, non animadvertere hic Jurisconsultos præclara fama, ea quæ civilia sunt, privata partium utilitate finiri: criminalia vero ad exempla spectare; neque aliud agere, quam ut læsa reipublicæ disciplina delinquentis pœna atque infortunio vindicetur: postremo, nec utraque in uno atque eodem Foro, neque ab uno atque eodem Magistratu, examinari; sed civilia judicia ad Prætoris, criminalia ad Præfecti Urbis, cognitionem pertinere. Habes summam Operis, quam patitur modus Præfationis. nunc ipsum aggredior, & quod poscit elegantia materiæ, deinde singula, quam potero diligentissime, demonstrabo.

CAPUT I.

Ita obtinuisse plurimarum gentium humaniorum, & in primis Græcarum, legibus ac moribus, ut parentum arbitrio permitteretur, utrum vellent tollere, an exponere, aut necare, infantes recens natos.

Quis credat, apud gentes, non feras, nec barbaras, sed virtutis, humanitatis, cultiorisque vitæ, studiosas, legibus moribusque fuisse receptum; ut esset in parentum potestate, liberos recens natos, si eis videretur, tollere; sin minus, necare, aut exponere? Eam tamen immanitatem, a qua nunc & natura & communis sensus abhorret, Græcis palliatæ imputant fabulæ. Nec illæ tantum, sed Aristoteles quoque, *lib.* 7. *De republica c.* 16. cum sic scribit, *De exponendis autem vel tollendis partubus lex esto, ne quid mancum & debile alatur. Propter multitudinem autem liberorum, ne plures sint quam expediat, si gentium instituta & leges vetent procreata exponi: definitum esse oportet procreandorum liberorum numerum.* Aristoteles ostendit, fuisse quidem in Græcis gentes quarum institutis prohibita esset liberorum expositio; sed fuisse quoque alias, & forte plures, apud quas esset licita. Adeo Thebis cum vigeret lex, *Ne cui Thebano liceret, infantem exponere, neque in solitudinem abjicere, capitis supplicio constituto*; tam ea digna observatu visa fuit Æliano, ut ab eo & annotaretur, & laudaretur, *lib.* 2. *Var. histor. c.* 7. Nec alio spectat quod Plutarchus de Lycurgi legibus sic scribit, *vita ejus, pag.* 49. *tom.* 1. *edit. Paris. Arbitrium tollendi partus non erat penes parentem, sed portabat eum in locum Lescben nomine, ubi tribulium natu maximi considentes infantem spectabant. Qui, si membris compactis & robustis esset, tolli jubebant eum, sortemque ei ex novem millibus assignabant. Debilem & distortum amandabant in locum voraginosum propter Taygetum, quas Apothetas nuncupabant: quasi nec illi ipsi, nec civitati, qui non esset a primordio ad bonum habitum, neque ad robur, comparatus, expediret vivere.* Sed de Græcorum institutis satis.

CAPUT II.

In urbe Roma non licuisse parentibus ex lege Romuli, ac XII. Tabularum, necare aut exponere infantes recens natos, in primis masculos, & ex sequiore sexu filias primogenitas, nisi illi infantes a vicinis quinque proximis judicati essent monstrosi, debiles, aut insignes ad deformitatem: ac, si contra facerent parentes, constitutas lege pœnas fuisse. Sed insecutorum temporum mores eam legem usque adeo in potestatem suam redegisse, ut parentibus facerent jus, liberos recens natos, qualescumque essent, exponere, aut necare, sine metu criminis; eosque mores valuisse temporibus Jurisconsultorum quorum Fragmentis censetur Pandectarum corpus.

Venio ad leges moresque reipublicæ Romanæ: atque in ea primum ad Romuli leges. in his probat Dionysius Halicarnasseus *lib.* 2. quasi sapienter & utiliter factum, quod is civibus suis imposuit necessitatem tollendi omnem virilem prolem, & e filiabus eas quæ primogenitæ essent: tum, quod præterea vetuit, id quod natum esset, ante triennium occidi: nisi si quis infans in ipso partu editus esset mutilus, aut monstrosus. tales enim fœtus Romulus, quia pro liberis eos non habebat, exponi a parentibus minime vetuit: modo, si prius ostensi essent quinque vicinis proximis; atque illi quoque exponendos esse censuissent. postremo ait Dionysius, quod, si qui contra fecisse dicerentur, eos Romulus certæ obligavit pœnæ: eaque pœna fuit cum alia, tum publicatio partis dimidiæ bonorum. Verba Dionysii si quis considerare velit, apposui; sunt autem hæc. *Romulus igitur his institutis civitatem instructam & ornatam, tam ad pacem, quam ad res bellicas, satis habilem & idoneam reddidit: eamque hac ratione & magnam & frequentem fecit. Primum quidem ejus colonis necessitatem imposuit educandi omnem virilem prolem, & e filiabus eas quæ primogenitæ essent, & vetuit, ne ullum fœtum triennio minorem necarent, nisi si quis infans mutilus aut prodigiosus statim in ipso partu editus fuisset. Nam non vetuit istiusmodi monstrosos partus a parentibus exponi: dummodo eos prius ostenderent quinque vicinis proximis, si & ipsi id comprobarent. In eos vero qui contra leges istas fecissent, mulctas statuit, cum alias, tum etiam hanc qua dimidium bonorum quæ illi possiderent, ærario addixit.*

Illud æque observandum, quod eam Romuli legem, etsi neque ipsam valde justam atque humanam, deinde Decemviri confirmarunt in Duodecim Tabulis. Id enim intelligitur ex illo Ciceronis; *lib.* 3. *De legibus cap.* 8. *Deinde cum esset cito necatus, tanquam ex XII. Tabulis insignis ad deformitatem puer.* Ad easque Tabulas respicit Seneca, filius, *lib.* 1. *De ira c.* 15. cum, *Portentosos*, inquit, *fœtus extinguimus, liberos quoque si debiles monstrosique editi sunt, mergimus.* Et non filius tantum, sed pater quoque *lib.* 5. *Controv.* 33. his verbis. *Nascuntur quidam aliqua parte corporis mulctati, infirmi, & in nullam spem idonei quos parentes sui projiciunt magis, quam exponunt.*

Igitur visum fuit Romulo & Decemviris, etsi non eum qui Thebanis, nec hunc qui Lycurgo placuit, tamen aliquem impietati finem ponere. cæterum aperta ei per legem fenestra, ut fit, longius mali perrexerunt mores. Non enim filias primogenitas a sequentibus, neque filios a filiabus, distinxerunt; ac neque infirmos aut portentosos tantum; quod & Romulo & Decemviris fuit consilium; sed integros quoque qui parentibus oneri futuri viderentur, vel eis ob sexum, aut conjugis odium, aut aliquod omen, aut aliter, displicerent, exponi, abjici, aut necari, passi sunt. Nec defuit immanitati causa aut potius color. ea causa atque is color fuit: quod partus nondum editus *l.* 9. §. 1. *D. Ad legem Falcidiam*, amplius recens natus, nisi nutricis opera intervenisset, vulgo non haberetur homo. Eam causam adfert Philo Judæus, *De vita Mosis*, cum Mosis parentes in filii expositione ita loquentes facit, puto, ex seculi sui sensu, *Debueramus recens natum exponere; quando priusquam nutricis intercedat officium, vulgus vix habet pro homine.* Sic vulgus: sed a Philosophis, etsi non omnibus. Apud Plutarchum cer-

certe, *De placitis Philosophorum lib. 5. c. 15*, cum quæritur, *an fœtus in utero animal sit*, Plato *animal censet, quia & moveatur in utero & alatur.* Stoici *partem ventris, non animal: utque fructus, qui stirpium partes sunt, ubi maturuere defluunt: ita rem quoque habere de fœtu.* Empedocles *fœtum non esse quidem animal, spiritu tamen præditum in utero. primam autem animalis respirationem fieri, cum partu editur, decedente humore qui est in fœtu, & in exhausti locum succedente in vasa reserata aëre externo.* Diogenes *inanimata nasci animalia, sed cum calore: atque insitum calorem simul atque natum est animal, animum in pulmones attrahere.* Herophilus *naturalem fœtui in utero, non animalem motum permittit, motusque causam edit nervos. animalia autem tum demum fieri, cum ex utero effusa aliquid aëris accipiunt.*

Sed qualiscumque fuerit ea ratio: placuit Populi Romani moribus adversus legem Romuli & Duodecim Tabularum, parentibus jus esse, liberos sanguinolentos, si eis videretur, tollere: sin minus, exponere aut necare sine discrimine: valueruntque hi mores temporibus Principum, sub quibus floruerunt Jurisconsulti, ex quibus excerpta sunt Pandectarum Fragmenta. Usus certe his fuit Cæsar Augustus; cum apud Suetonium, *Octavio c. 65. Ex nepte Julia, post damnationem, editum infantem agnosci alique vetuit.* Nec tantum Cæsar; sed & privati. Suetonium audi, *Caligula c. 5. Quo defunctus est die, lapidata sunt templa, subversæ Deum aræ, Lares a quibusdam familiares in publicum abjecti, partus conjugum expositi.* Nec alius fuit Tacito animus; cum Judæorum, Germanorumque, res exponens, *lib. 5. Histor. c. 5.* & *De situ, moribus, & populis Germaniæ c. 19.* neque Judæis, neque Germanis, in more positum fuisse scriberet, *Numerum liberorum finire, aut quemquam ex agnatis necare*; quam quod suis civibus se rem novam, ac dignam admiratione, annotare existimaret. id vero ineptum fuisset, si apud Romanos idem tum, quod apud Germanos, Judæosve, jus fuisset. Non dissimilis fuit ratio Q. Curtii *lib. 9. c. 1.* de regno Sophitis ita scribentis, *Gens, ut barbari, sapientia excellit, bonisque moribus regitur. genitos liberos non parentum arbitrio tollunt aluntque: sed eorum, quibus spectandi infantium habitum cura mandata est. si quos insignes aut aliqua membrorum parte inutiles notaverunt, necari jubent.* Factum igitur Romæ utentium consuetudine, ut pro jure Romuli, & XII. Tabularum, duro atque inhumano, deinde jus multo adhuc durius atque injustius surreperet. Ac nescio, an hoc sensu Tacitus *d. c. 19.* postquam dixit, apud Germanos, *Numerum liberorum finire, aut quemquam ex agnatis necare, flagitium haberi*, mox subjiciat, *Plusque ibi bonos mores valere, quam alibi bonas leges.* Aut enim me fallit conjectura, aut ad leges Romuli, & XII. Tabularum, intendit: quas *bonas* vocat; non quod omnino essent tales, sed quod meliores essent moribus pessimis, post eas insecutis. Sed quod de utrisque dixi, apertius ostendit Tertullianus, *Ad nationes lib. 1. c. 15*, quum de sua ætate (quæ incidit in Septimii Severi principatum: tum enim id scripsit opus) fere ita loquitur, *Non aliter vos quoque infanticidæ qui infantes enecantes legibus quidem probibemini, sed nullæ magis .... es tam impune tam secure sub omnium conscientia unius æ .... tabellis eluduntur. Sed nec eo distant, si vos non ritu sacri, neque .... tis. atquin hoc asperius, quod frigore aut fame aut best ..... tis, aut longiore in aquis morte semergitis.* Mutilus locus est: sed, quid velit, claret. Christianos enim defendit adversus vulgarem Gentilium calumniam, a quibus Christiani fiebant rei infanticidii specie religionis commissi. Eam autem calumniam quo fortius infringat Tertullianus; ait, infanticidii crimen, si quod cadat in Christianos, in his inique puniri a Gentilibus: qui, quamvis legibus quas esse Romuli, & XII. Tabularum dixi, prohibeantur necare infantes recens editos; tamen quotidie eos necent impune & secure, legibus illis delusis atque abrogatis tabellis, seu suffragiis, *unius orbis*: sic enim legendum; nisi cum Doctissimo Viro, Jacobo Gothofredo, malis, *unius ætatis.* Atque hoc eo adhuc iniquius esse, Tertullianus ait: quod Christiani dicuntur, infantem necare ad usum rei sacræ; & ob id religionis sive errore, sive veneratione, excusandi sunt. Gentiles autem nullam habent excusationem; quia infantem neque ritu sacri, neque Diis, necant; sed arbitrio suo. Postremo interest, quod Christiani infantem interficiunt sine notabili crudelitate: Gentiles autem cum infantem exponunt, asperius eum necant: nempe frigore, aut fame, aut bestiarum laniatu, aut longiore in aquis morte. Unde effici, ut iniquum sit, Christianos a Gentilibus puniri ob id quod Gentilium moribus plane impunitum licitumque sit. Superiori Tertulliani loco in summa par est sequens ex ejus *Apologetico adversus Gentes c. IX. Sed quoniam de infanticidio nihil interest, sacro an arbitrio perpetretur, (licet de parricidio intersit) convertar ad populum. Quot vultis ex his circumstantibus, & in Christianorum sanguinem biantibus, & ipsis etiam vobis justissimis & severissimis in nos Præsidibus apud conscientias pulsem, qui natos sibi liberos enecent? Si quid & de genere necis differt. Utique crudelius in aqua spiritum extorquetis, aut frigori & fami & canibus exponitis. Ferro enim mori ætas quoque major optaverit. Nobis vero homicidio semel interdicto, etiam conceptum utero dum adhuc sanguis in hominem deliberatur, dissolvere non licet. Homicidii festinatio est, probibere nasci; nec refert natam quis eripiat animam, an nascentem disturbet. Homo est & qui est futurus. Etiam fructus omnis jam in semine est.* Obscurus locus est: sed illustrabo. Tertullianus Populi appellatione designat Gentiles; & adversus illos ut superiore, sic hoc, loco defendit Christianos, infanticidii in sacris & suspectos, & puniri solitos: sed putat, in his id puniri eo injustius, quod a Gentilibus etiam sine sacris impune admittitur: nam eos publicis moribus subnixos, quamvis impie apud conscientiam, tamen infantes recens natos, pro arbitrio licite enecare, non dicam ferro, quod sit levius; sed quod crudelius in expositione est, aqua, frigore, aut canum laniatu. hoc porro jure uti, non hos de infima plebe, sed totum Populum, in eoque etiam honestissimos, finge Præsides, ipsos visos justissimos & severissimos, cum in Christianos, quasi infanticidas, etsi insontes injuria animadvertunt. nam Christianos ab omni hominis cæde, tamquam a Deo semel prohibita, abstinere: usque adeo, ut non modo non necent infantes jam natos; sed ne conceptos quidem materno utero, & adhuc informes, sibi dissolvere, salva pietate, licere existiment: utcumque vel id impune publico jure permittatur: hoc prætextu, quasi infans, nondum editus, nondum homo sit. nam rerum naturam contemplantibus magis, quam popularem opinionem, esse homicidii festinationem, prohibere nasci; nec referre, natam quis eripiat animam, an nascentem disturbet. hominem quippe esse, & qui est futurus: quemadmodum fructus omnis jam est in semine. Sic Tertullianus. Quid Lactantius? is *lib. 6. Divin. instit. c. 20.* postquam complura enarravit apud homines licita, sed Christianis illicita; qualia sunt in-

intereſſe ſpectaculis publicis, item militare quæſtus cauſa, ſe occidere, & accuſare aliquem criminis capitalis; deinde opinatur, in eodem numero eſſe infantum ſanguinolentorum necem expoſitionemque: nam utramque apud Chriſtianos ex eorum diſciplina æque impiam ac ſceleratam haberi: quamvis moribus publicis licitam. Verba Lactantii quia complura ſunt, adſcribam contracta: ſunt autem hæc poſt alia. *Non enim cum occidere Deus vetat, latrocinari nos tantum probibet, quod ne per leges quidem publicas licet: ſed ea quoque ne fiant monet, quæ apud bomines pro licitis babentur. ita neque militare juſto licebit, cujus militia eſt in ipſa juſtitia: neque vero accuſare quemquam crimine capitali, quia nibil diſtat, utrumne ferro, an verbo potius occidas, quoniam occiſio ipſa probibetur. Itaque in boc Dei præcepto nullam prorſus exceptionem fieri oportet, quin occidere bominem, ſemper ſit nefas, quem Deus ſanctum animal eſſe voluit. Ergo ne illud quidem concedi aliquis exiſtimet, ut recentes natos liceat oblidere, quæ vel maxima eſt impietas. ad vitam enim Deus inſpirat animas, non ad mortem. Verum bomines, ne quod ſit facinus quo manus ſuas non polluant, rudibus adbuc & ſimplicibus animis abnegant lucem non a ſe datam. Expectet vero aliquis, ut alieno ſanguini parcant, qui non parcunt ſuo. Sed bi ſine ulla controverſia ſcelerati & injuſti. Quid bi quos falſa pietas cogit exponere? Non poſſunt innocentes exiſtimari, qui viſcera ſua in prædam canibus objiciunt, & quantum in ipſis eſt, crudelius necant, quam ſi ſtrangulaſſent. Quis dubitet, quin impius ſit, qui alienæ miſericordiæ locum non tribuit? qui etiam, ſi contingat ei quod voluit, ut alatur, addixit certe ſanguinem ſuum vel ad ſervitutem vel ad lupanar .... Tam igitur nefarium eſt exponere, quam necare.* Sic Lactantius: clare oſtendens, hæc a Chriſtianis, haberi nefaria: cum in Foro publice licita atque impunita ſint. Nec aliter idem in *Epitom. Divin. inſt. c.* 6. verbis ſequentibus: *Vetus præceptum eſt, non occidere. quod ſic accipi debet, non tamquam jubeamur ab bomicidio tantum, quod etiam legibus publicis jubetur, manus abſtinere. Sed bac juſſione interpoſita, nec verbo licebit periculum inferre, nec infantem necare aut exponere, nec ſe ipſum voluntaria morte damnare.*

Sed apparet, moribus adverſus XII. Tabulas fuiſſe datum non dicam patri, ſed parentibus; (nam & matris meminit Scævola *l.* 29. *D. de manumiſſis teſtamento*, & Quintilianus *Declam.* 306.) ut, ſi vellent, poſſent, tollere ſanguinolentos liberos: ſin exponere, aut necare, mallent, non punirentur: eoſque mores temporibus Juriſconſultorum quorum centonibus conſtat Pandectarum corpus, ſine exceptione viguiſſe.

CAPUT III.

Eos mores non videri expunctos Senatusconſulto Planciano, neque altero quod dicitur tempore Divi Hadriani factum, neque Reſcripto Divorum Fratrum, neque Edicto Prætoris, neque remedio quod majori trimo extra ordinem indulgetur.

Nec eſt quod quis hic ad Senatusconſultum, cum Plancianum, tum alterum quod ſit tempore Divi Hadriani factum, provocet; iiſque ſublatam eſſe tantæ impietatis enormitatem opinetur. Non enim ita eſt: ac quantum ad prius Senatusconſultum, id eſt, Plancianum, attinet, ejus ſenſum Ulpianus *l.* 1 §. 1 *D. de agnoſcendis & alendis liberis* exprimit ſequentibus verbis. *Permittit igitur mulieri, parentive, in cujus poteſtate eſt, vel ei, cui mandatum ab iis eſt, ſi putet prægnatem, denunciare intra dies triginta poſt divortium connumerandos ipſi marito, vel parenti, in cujus poteſtate eſt, aut domum denunciare, ſi nullius eorum copiam babeat.* Et §. 4. *Pœna mariti ea eſt, ut niſi aut cuſtodes præmiſerit, aut contra denunciaverit, non eſſe ex ſe prægnatem: cogatur maritus partum agnoſcere; & ſi non agnoverit, extra ordinem coërcetur.* Atque hoc quoque Senatusconſulto comprehenſum fuisſe, apparet ex §. 12. *d. l.* 1. Significat autem Ulpianus, Planciano Senatusconſulto contineri: ut facto divortio mulier, parensve in cujus poteſtate eſt, vel is cui mandatum ab iis eſt, ſi putet prægnantem, poſſit intra dies triginta denunciare ipſi marito, vel parenti in cujus poteſtate ſit, aut ad domum, ſi nullius eorum copiam habeat; & maritus, niſi cuſtodes præmiſerit, aut contra denunciarit, non eſſe ex ſe prægnantem, cogatur partum agnoſcere; &, ſi non agnoverit extra ordinem coërceatur. Id vero non ſic accipiendum, quaſi maritus, qui neque cuſtodes præmiſerit, neque contra denuntiarit, non eſſe ex ſe prægnantem, poſtquam ei ab uxore denuntiatum eſt, ſe prægnantem ex eo eſſe, a Præfecto Urbi cujus tum in Urbe merum imperium erat *l.* 1. *pr.* & §. 4. *D. de officio Præfecti Urbi* corporaliter caſtigetur: (hoc enim nuſquam dicitur) ſed quaſi a Prætore qui imperium non merum, ſed mixtum, habebat, neque de criminalibus, ſed de civilibus, cauſis cognoſcebat *l.* 1. §. *ult. l.* 2. *D. de ſuſpectis tutoribus*, civiliter coërceatur ejus remediis, hoc eſt, mulctæ dictione, & pignoris captione. id enim indicat cum Inſcriptio *d. l.* 1. *D. de agnoſcendis & alendis liberis*, quæ eſt ex Ulpiani *lib.* 34. *Ad Edictum*, tum ipſe in primis Ulpianus *l.* 1. §. 3. *D. de ventre inſpiciendo.* Atque hæc eſt pœna illa *denunciati*, cujus ſit mentio in *l.* 9. *C. de patria poteſtate:* ubi vulgo ſcribitur, *pœna denunciata;* ſed, quod jam obſervavit Doctiſſimus Interpres, Jacobus Cujacius *lib.* 19. *Obſerv. c.* 40. legendum *denunciati*, id eſt, viri admoniti, ſive cui denunciatio facta eſt: ut in *l.* 29. *D. de judiciis.* Hoc priore cavebatur Senatusconſulto. Quid poſteriore? ait Ulpianus *l.* 3. §. 1. *D. de agnoſcendis & alendis liberis. Quia Plancianum Senatusconſultum ad eos partus pertinet, qui poſt divortium eduntur, aliud Senatusconſultum temporibus D. Hadriani factum eſt, Ut etiam ſi conſtante matrimonio partus ſit editus, de agnoſcendo eo agatur.* Ulpianus vult, eo Senatusconſulto cautum fuiſſe; ut, etiamſi conſtante matrimonio editus ſit partus, de eo agnoſcendo poſſit agi. Loquebantur igitur illa Senatusconſulta de agnoſcendis a patre infantibus, qui ab eo, invita matre, aut conſtante, aut ſoluto, matrimonio, liberi eſſe negabantur. Sed (quod obſervat Ulpianus *l.* 1. §. 1. *D. de inſpiciendo ventre*, & confirmat Reſcripto Divorum Fratrum quod eſt in *pr. ejuſdem loci*) ea Senatusconſulta locum non habuere, ſi mulier diſſimularet, ſe prægnatem vel negaret: addita ratione, quæ ratio eſt, quod partus antequam edatur, mulieris eſt, vel viſcerum. Et ideo, cum incidiſſet temporibus Divorum Fratrum, ut maritus quidem prægnatem mulierem diceret, uxor negaret, Principes in neceſſaria cauſa ſubvenere *d. l.* 1. §. 1. dum Valerio Priſciano, Prætori Urbano, reſcripſerunt in hæc verba *d. l.* 1. *pr. Novam rem deſiderare Rutilius Severus videtur, ut uxori quæ ab eo diverterat, & ſe non eſſe prægnatem profiteatur, cuſto-*

flodem appellat: & ideo nemo mirabitur, si nos quoque novum consilium & remedium suggeramus. Igitur si perstat in eadem postulatione, commodissimum est, eligi honestissimæ fœminæ domum, in quam Domitia veniat: & ibi tres obstetrices, probatæ & artis & fidei, quæ a te assumptæ fuerint, eam inspiciant: & si quidem vel omnes, vel duæ renunciaverint prægnatem videri, tunc persuadendum mulieri erit, ut perinde custodem admittat, atque si ipsa hoc desideraffet: quod si enixa non fuerit, sciat maritus, ad invidiam existimationemque suam pertinere; ut non immerito possit videri captasse hoc ad aliquam mulieris injuriam: si autem vel omnes, vel plures, non esse gravidam, renunciaverint, nulla causa custodiendi erit. Sed & hoc Rescriptum, cum ad Prætorem Urbanum sit, non aliam, quam Prætoriam, id est civilem, coërcitionem quæ mulctæ dictione & pignoris captione finitur, continet *d. l.* 1. §. 3. Ego nec illud omittendum censeo, quod, si inter parentes conveniret de abjiciendo exponendove partu, quia silebant Senatusconsulta, non videntur parentes ad eum tollendum alendumve superioribus Senatusconsultis jure cogi potuisse. Verum Edicto perpetuo quod factum est Hadriani jussu, proposita est præjudicialis actio de agnoscendo partu: ut Justinianus refert §. 13. *Inst. de actionibus.* Præterea concessum filio, sed majori trimo, & adeo jam lacte depulso, vel certe alii ejus nomine, ut intelligitur ex *l.* 9. *C. de patria potestate*, petere a Judice, id est, Consulibus, (sic enim *Judicem* interpretor in *l.* 5. *D. de agnoscendis & alendis liberis*, quia desumpta est ex Ulpiani *lib.* 2. *De officio Consulis*) concessum, inquam, est filio, majori trimo, vel alii ejus nomine, a Judice, sive a Consulibus, petere, ut alimenta ei ex bonis patris decernantur *d. l.* 5. ac si pater eum alere detrectet, alimenta ei pro modo facultatum constituentur: & si ea non præstet pater, pignoribus captis & distractis cogetur sententiæ satisfacere *d. l.* §. 10. Atque ea remedia de quibus dixi, pleraque enumerant Impp. Diocletianus & Maximianus *l.* 9. *C. de patria potestate*; & ex his inferunt, nulli liberum esse, *negare filium.* Verba Imperatorum apposui: sunt autem hæc. *Nec filium negare cuiquam esse liberum, Senatusconsulta de partu agnoscendo, ac denunciati pœna*, (sic enim legendum esse, modo monui) *item præjudicium Edicto perpetuo propositum, & remedium alimentorum majori trimo petenti, nomine ejus monstratum, jure manifesto declarant.*

CAPUT IV.

Ea, & similia, remedia fuisse civilia; & ad vindicandum crimen minime pertinuisse. Ipsa, nec alia, sub Paganis Imperatoribus viguisse. Expliciti præsertim Impp. Diocletianus & Maximianus l. 16. C. de nuptiis.

Sed qualiacumque ea fuerint judicia, non criminalia, sed civilia, fuere. in quibus non id Veteribus negotium fuit; ut exposito partu, vigor publicæ disciplinæ vindicaretur; sed ut privatæ partus utilitati necessitate educationis consuleretur. Ita, si nihilominus videretur parenti exponere vel necare infantem sanguinolentum; adhuc nulla apparet nova pœna qua tam notabile seculi vitium emendaretur: ea quæ a Romulo & in Duodecim Tabulis olim fuerat constituta, per desuetudinem obliterata.

Sed id, ut ostendi *capite* 11, sub Septimio Severo, testatur Tertullianus *lib. Ad nationes*, item *Apologetico adversus gentes c.* IX. tum ante illum sub Antonino Pio ostendit Justinus Martyr, *Pro Christianis apologia secunda ad Antoninum Pium, pag.* 70. & 71. *editionis Parisiensis anni* 1636. *apud Morellum.* Nec minus Apulejus *lib.* X. *Metamorphos.* apud quem *Pater peregre proficiscens, mandavit uxori suæ matri ejusdem juvenis, quod enim sarcina prægnationis oneratam eam relinquebat, ut si sexus sequioris edidisset fœtum, protinus quod editum esset, necaretur.* Rursus Minucius Felix, *Octavio c.* XXX. *Vos enim video procreatos filios nunc feris & avibus exponere, nunc adstrangulatos misero mortis genere elidere.* Et mox *c.* XXXI. *Dum etiam domi natos alienæ misericordiæ frequenter exponitis.* Forte longius excurro, demonstraturus Veterum testimoniis, post Senatusconsulta de quibus dixi, adhuc impunitam atque adeo licitam fuisse infantum & necem & expositionem. Addam tamen Scævolam *l.* 29. *D. de manumissis testamento.* verba Scævolæ, *Uxorem prægnantem repudiaverat, & aliam duxerat: prior enixa filium exposuit: hic sublatus ab alio educatus est, nomine patris vocitatus. usque ad vitæ tempus patris, tam ab eo, quam a matre, an vivorum numero esset, ignorabatur: mortuo patre, testamentoque ejus, quo filius neque exheredatus, neque heres institutus sit, recitato, filius & a matre & ab avia paterna agnitus, hereditatem patris ab intestato, quasi legitimus possidet.* Titius cum repudiasset uxorem prægnantem, mox aliam duxit. prior filium peperit, & editum exposuit, ut videtur, odio mariti. is maritus moritur. mater agnoscit filium quem exposuit. etiam agnoscit eum paterna avia. filius, quia patris testamento neque institutus reperitur, neque exheredatus, ei heres fit ex lege ab intestato. Nulla criminis materni mentio, nulla accusationis, nulla pœnæ. cur ita? nimirum, quia adhuc licita atque impunita parenti eo tempore erat expositio. Scævolæ jungam Imperatores, Diocletianum & Maximianum *l.* 16. *C. de Nuptiis*: qui, *Patrem*, inquiunt, *qui filiam exposuit, hanc nunc adultam sumptibus & labore* [*tuo*] *factam, matrimonio conjungi filio tuo desiderantis, favere voto convenit: qui si renitatur, alimentorum solutioni* [*in hoc solummodo casu*] *parere debet.* Pater filiam suam exposuit. eam Rhodo quidam ad quem rescriptum est, cum suscepisset, suisque sumptibus, ac labore, ad ætatem adultam & nubilem eduxisset, filio suo uxorem destinat: sed ejus voto intercedit alumnæ pater, suam agnoscens filiam. An jure, quæritur? Rescribunt Imperatores, Diocletianus & Maximianus, oportere quidem patrem, quum filiam suam agnoscit, favere voto educatoris qui ab illo abjectam suis sumptibus, suoque labore, servavit: sed nolentem honestati cedere, quod humilitati paupertative educatoris, qui suo labore, ut videtur, vitam tolerabat, vel opes vel generis fortunam præferat, legibus non cogi: imo habere jus suam recipiendi filiam, modo si alimentorum solutioni pareat; (id est, si, quod Cujacius alibi observat *lib.* 25. *Observ. c.* 15. educatori alimenta restituat) atque ad eorum solutionem in hoc solummodo casu, quo filiam repetit, educatori teneri. Quod si est; apparet, patrem qui filiam exposuit & adultam repetit, restitutis educatori alimentis, adhuc facere rem unicuique jure publico licitam. Ac nescio, an faciat huic definitioni sequens Quintiliani locus qui est *lib.* 7. *Inst. orat. c.* 1. *Quædam scholasticis ponuntur ad conjungendam actæ rei seriem: ut,* Pa-

Pater expositum qui agnoverit, solutis alimentis recipiat. Minus dicto audientem filium liceat abdicare *Qui expositum recepit, imperat ei nuptias locupletis propinqui: ille ducere vult filiam pauperis educatoris. Lex de expositis ad affectum pertinet, judicium pendet ex lege abdicationis.* Sic Quintilianus: quem eo lubentius apposui; quia non me præterit, esse insigni fama atque eruditione Jurisconsultos qui inducti auctoritate Jacobi Cujacii, *Paratitl. C. de infantibus expositis*, censeant, Impp. Diocletianum & Maximianum in *d. l.* 16. agere de patre, non qualicumque, sed qui sanguinolentam filiam egestate & fame compulsus, in publico exposuerit; talemque a graviore pœna necessitate excusari: sed, si ea nulla expositioni caussam præbuerit, contra dicendum esse. Frustra. eam enim interpretationem, ne quid dicam de ipso Diocletiani & Maximiani Rescripto in quo nihil tale quod illi volunt, clare refellit Quintilianus.

CAPUT V.

Etiam sub Christianis Imperatoribus, & nominatim sub Constantino fuisse licitam impunitamque infantum expositionem.

Sed non tantum sub Paganis Imperatoribus perduravit hæc consuetudo; si sic appellanda est immanis impietas: sed, quod magis mireris, etiam sub Christianis. ab his enim etsi aliquando, tamen non statim, mutata est. Nempe quia, ut ille ait, *desinit esse remedio locus, ubi quæ fuerant vitia, mores sunt.* Utique sub Constantino Julius Firmicus Maternus, *lib.* 7. *Mathefeos*, quod primum fecit caput, inscripsit, *De expositorum vel non nutritorum genitura*; sub eoque ait, quod, pro varietate thematis, nati statim exponuntur a matribus, & expositi vel interibunt, vel ab aliis conjungentur, & in libertatem redditi, filiorum loco nutrientur; imo interdum a canibus laniabuntur; est etiam, ubi ii qui nati fuerint, aut in mari aut in fluvio projecti, statim interibunt. Et Lactantius in *Divinis Institutionibus* quas ad Constantinum scripsit, *lib.* 6. *c.* 20. rebus quæ apud homines pro licitis habentur, annumerat factum eorum qui recentes natos vel *oblidunt* vel *exponunt.* Viguit igitur is mos & pessimus & infandus adhuc sub Constantino; quamquam non ita, ut laudatus fuerit; tamen ut non fuerit lege prohibitus, aut punitus. id apparebit, adductis plerisque legibus quæ Constantini sunt hoc in argumento. Prima est *l.* 1. *Cod. Theod. de alimentis quæ inopes parentes de publico petere debent.* Verba hæc sunt. *Æreis tabulis, vel cerussatis, aut linteis mappis, scripta per omnes civitates Italiæ proponatur lex, quæ parentum manus a parricidio arceat, votumque vertat in melius: officiumque tuum hæc cura perstringat, ut si quis parens adferat subolem, quam pro paupertate educare non possit, nec in alimentis, nec in veste impertienda tardetur; cum educatio nascentis infantiæ moras ferre non possit: ad quam rem & fiscum nostrum, & rem privatam, indiscreta jussimus præbere obsequia.* Quid hic Constantinus? Detestatur & expositionem & necem sanguinolenti filii; & utramque *parricidium* vocat: (pariter, ut Athenagoras, *Legatione pro Christianis*, *pag.* mihi 38. & Lactantius *lib.* 6. *Divin. Inst. c.* 20.) neutram tamen punit Constantinus aut parricidii, aut qua alia, pœna; ne putes: tantum, ne pater filium elidat, exponatve, movente egestate, jubet, ei ex fisco & alimenta, & vestem, sine mora præberi. Non igitur scelus tollit, sed sceleris caussam; & ipsum, quamquam parricidium lege Pompeja non sit, neque hac lege fiat parricidium, tamen genere quodam exaggerandi parricidium dicit. fere, quomodo Alexander Severus *l.* 12. *C. Quibus ex caussis infamia irrogatur* crimen expilatæ hereditatis appellat *improbius furtum:* cum jure civili non sit furtum, neque illo Alexandri Rescripto furtum fiat: ut infra observo *capite VII.* Sed, quod dico, certum est: cogitantibus præsertim, patrem ne hoc quidem tempore solitum legibus pro parricida haberi; etsi occidisset filium, jam agnitum & ali cœptum. id enim factum demum est *l. unic. C. de his qui parentes vel liberos occiderunt:* hoc est, quadriennio post *d. l.* 1. scilicet anno 319; cum *d. l.* 1. sit lata anno 315. quod diligentis observationis est.

Eamdem rationem idem tenuit Constantinus in *l. unic. Cod. Theod. de his qui sanguinolentos emptos vel nutriendos acceperint*; nec in illa tantum, sed etiam in *l.* 2. *C. de patribus qui filios suos distraxerunt.* De utraque monebo pauca, antequam ad rem veniam. Primum est, quod V. CL. Jacobus Gothofredus suspicatur, *d. l.* 2. esse a Triboniano deformatam ex *d. l. unica.* Temere. est quidem utraque Constantini lex; sed duplex: altera ad Italos, altera ad Provinciales: altera communis comparatorum filiorum, servorumque, a sanguine; altera propria venditorum filiorum sanguinolentorum. ita sit altera cum altera non per omnia conveniens: tamen cum sunt duæ ac diversæ leges; non est causa, cur altera idcirco interpolata atque (ut Gothofredus ait) deformata a Triboniano esse videatur. Verba utriusque legis, si quis noscere ea cupiat, subjeci. sunt autem hæc ex *d. l. unica. Imp. Constantinus A. Italis suis. Secundum statuta priorum Principum, si quis a sanguine quoquo modo legitime comparaverit, vel nutriendum putaverit, obtinendi ejus servitii habeat potestatem: ita ut si quis post seriem annorum ad libertatem eum repetat, vel servum defendat, ejusdem modi alium præstet, aut pretium quod potest valere, exolvat: qui enim pretium competens instrumento confecto dederit, ita debet firmiter possidere, ut & distrahendi pro suo debito caussam liberam habeat: pœna subjiciendis iis qui contra hanc legem venire tentaverint.* Huc usque *d. l. unica.* At *d. l.* 2. sic se habet. *Imp. Constantinus A. Provincialibus salutem. Si quis propter nimiam paupertatem egestatemque victus caussa filium filiamve sanguinolentos vendiderit, venditione in hoc tantummodo casu valente, emptor obtinendi ejus servitii habeat facultatem: liceat autem ipsi qui vendidit, vel qui alienatus est, aut cuilibet alii ad ingenuitatem eum propriam repetere: modo si aut pretium offerat, quod potest valere, aut mancipium pro ejusmodi præstet.* Hæc verba *d. l.* 2. atque ipsa ex *d. l. unica* a Triboniano, quantum liquet, minime interpolata. Hoc primum monstrandum fuit. Alterum est, quid in *d. l. unica* sit, *a sanguine.* id vero expediet locus pulcher ex passione SS. Perpetuæ & Felicitatis: cujus verba apposui. *Item Felicitas salvam se peperisse gaudens, ut ad bestias pugnaret,* a sanguine atque ab obstetrice, *ad retiarium lotura post partum baptismo secundo.* Plura non addo ad *d. l. unicam:* cum præsertim ejus consilium ultro sit apparitnrum ex intellectu *d. l.* 2. Ad hanc monendum, quod Accursius ait, in ea pro *sanguinolentos* alias legi *sanguinolentus:* atque ipse sic mavult, sed

quod

quod jam dudum ab aliis est animadversum, legendum *sanguinolentos*: quomodo habere plures ac meliores libros manuscriptos, testis est Russardus. commode quoque observavit Gothofredus, id convenire Titulo Codicis Theodosiani, qui est *De his qui* sanguinolentos *emptos vel nutriendos acceperint?* Est porro sanguinolentus utroque in loco, recens natus; sive, ut est in *d. l. unica*, a sanguine. Juvenalis *sat.* 7. *vers.* 195. ait, talem

— — — Primos incipientem
Edere vagitus & adhuc a matre rubentem.

Sed a verbis ad rem. Quid in *d. l.* 2. Constantinus? permittit filii filiæve sanguinolenti, id est, ut dixi, recens nati, venditionem: nec tamen semper; sed tantum ob nimiam paupertatem egestatemque victus causa. ad quid? ne alioquin pater cogatur cedere necessitati; & vel invitus occidere, abjicere, aut exponere, filium filiamve sanguinolentum quem non potest alere. Igitur neque hic Constantinus directo vetat expositionem aut cædem sanguinolenti filii filiæve, proposita pœna: sed, ut dixi, ejus causam atque occasionem tollit. Paulo aliter quam lege Thebana factum. Nam ea utrique occursum fuisse, Ælianus refert *lib.* 2. *Var. hist. c.* 7. his verbis, *Lex hæc Thebanorum rectissime & humanissime posita est, Ne cui Thebano liceat infantem exponere, neque in solitudinem abjicere, capitis supplicio constituto. Verum si extrema paupertate pater laboret, sive mas sit, sive fœmina infans; jubet lex, eum statim a materno partu ad magistratum cum ipsis fasciis deferre: qui acceptum alicui tradat levissimo pretio, cum quo pacta & conditiones intercedunt, bona fide infantem alat, adultumque servi vel ancillæ loco habeat, sic ut pro educationis mercede operas ejus percipiat.* Sic Ælianus: ex quo apparet, legem Thebanam in hoc convenire legi Constantini: quod utraque patri in summa egestate permittit venditionem sanguinolenti filii: nempe, ne ei sit causa expositionis: sed differre in eo, quod altera expositionem palam prohibet sub capitali pœna, altera neque prohibet eam, neque punit.

Cæterum postquam Constantinus & alimenta de quibus dixi, parentibus concedi jussit, & sanguinolentorum liberorum venditionem, ob nimiam paupertatem egestatemque, victus causa indulsit; etsi nondum auderet, eorum expositionem aut necem prohibere; tamen ut alios ad expositorum susceptionem invitaret, simul parentes ab ea absterreret; deinde cavit in *l.* 1. *Cod. Theod. de expositis*, quæ lata est anno 331 post natum Christum, ne jus esset patri filium quem exposuit, repetendi ab eo qui eum collegerit, ac suis alimentis ad robur perduxerit. Verba hæc sunt. *Quicunque puerum vel puellam, projectam de domo, patris vel domini voluntate scientiaque, collegerit, ac suis alimentis ad robur provexerit, eundem retineat sub eodem statu quem apud se recollectum voluerit agitare, hoc est, sive filium, sive servum eum esse maluerit; omni repetitionis inquietudine penitus submovenda eorum qui servos aut liberos scientes propria voluntate domo recens natos abjecerint.* Exposui plerasque leges quas hoc in themate tulit Constantinus; etiam ostendi, his neque vetitam, neque punitam, & ideo licitam, fuisse infantum recens natorum & expositionem & necem; eamque fuisse causam, cur in hanc parentum crudelitatem atque impietatem adhuc tantopere inveherentur Christiani Scriptores.

Caput VI.

Primos infantum expositionem prohibuisse Imperatores, Valentinianum, Valentem, & Gratianum l. 2. C. de infantibus expositis. Quæ sit ea in lege constituta animadversio, *ab Accursio, aliisque doctis viris, frustra peti ex l.* 1. §. 4. *D. de agnoscendis & alendis liberis, item l.* 9. *C. de patria potestate, & l.* 4. *D. de agnoscendis & alendis liberis.*

At quod ausus non fuit Constantinus, ut videtur, vetusto jam & ideo prævalido malo, primi palam prohibuerunt Imppp. Valentinianus, Valens, & Gratianus *l.* 2. *C. de infantibus expositis*: quæ sic scripta ad Probum P. P. *Unusquisque sobolem suam nutriat: quod si exponendam putaverit, animadversioni, quæ constituta est, subjacebit. Sed nec dominis, vel patronis repetendi aditum relinquimus, si ab ipsis expositos quodammodo ad mortem, voluntas misericordiæ amica collegerit: nec enim suum quis dicere poterit, quem pereuntem contempsit.* Sic quidem in Codice Justinianeo lex editur; sed conflata est ex duabus, & his diversorum Imperatorum, Constitutionibus: ex quibus prior pars est Valentis, & Gratiani; posterior Honorii & Theodosii. Verum hoc mitto, quia a Russardo, *Marginalibus notis*, & aliis, jam observatum ex collatione *l.* 2. *Cod. Theod. de expositis*: in qua tota ea pars illis clare adscribitur. Illud magis quæri dignum; quæ sit illa *animadversio constituta* quam infantum expositoribus minantur Valentinianus, Valens, & Gratianus. In primis, quia Vir Eximius, Hubertus Gifanius, ad *l.* 1. *C. de infantibus expositis*, *pag.* 480. *Col.* 2, videtur ingenue fateri, se id ignorare. ait certe, parentes non impune liberos suos exponere: quippe in *d. l.* 2. *C. eod. tit.* fieri mentionem animadversionis adversus liberorum expositionem constitutæ: sed quæ ea pœna sit, non exprimi. Accursius autem animadversionem eam extraordinariam esse suspicatur *Gloss. ad d. l.* 2. *lit. F.* additque, etiam teneri patrem, quasi occiderit filium. pro firmanda autem ea sententia adducit *l.* 1. §. 4. *D. de agnoscendis & alendis liberis*, *l.* 9. *C. de patria potestate*, & *l.* 4. *D. de agnoscendis & alendis liberis.* Inde huc fere deveniri video: ut, quisquis infantem non occidendi animo, sed quo evitet alimentorum onus, aut quam infamiam, aut quid simile, alienæ misericordiæ aliquo celebri in loco exposuerit, tantum extra ordinem puniatur, per *l.* 2. *C. de infantibus expositis*, *l.* 9. *C. de patria potestate*, *l.* 1. §. 4. *D. de agnoscendis & alendis liberis:* sin eum in flumen, in silvam, inve quam aliam solitudinem, abjecerit, aquis, fame, frigore, aut ferarum laniatu, consumendum, quia necis consilium habuit, lege Cornelia de sicariis, aut Pompeja de parricidiis, coërceatur, per *d. l.* 4. *D. eod. tit.* & *l.* 15. *D. Ad legem Corneliam de sicariis.*

Sed fuerit pretium operæ, ipsa hæc capita quorum auctoritate visum plerisque, in eam sententiam decurrere, paulo curiosius examinasse. plane enim mihi persuadeo, in his nihil minus reperiri, quam quod illi, quamquam magno numero, præ se ferunt. Sed primas dabo Ulpiano *d. l.* 1. §. 4. cujus apposui verba: ea verba sunt, *Pœna autem mariti ea est, ut, nisi aut custodes præmiserit, aut contra denunciaverit, non esse ex se prægnatem, cogatur maritus partum agnoscere: & si non* ag-

agnoverit, extra ordinem coërcetur. Sed frustra ea adferuntur verba: quia *extraordinaria coërcitio*, cujus meminit Ulpianus *d. l.* 1. §. 4. fit ex Senatusconsulto Planciano; & fere post denunciationes de quibus supra dixi, quarum neque vola, neque vestigium, in *d. l.* 2. *C. de infantibus expositis.* Sed neque ea coërcitio a Præfecto Urbis cujus in Urbe merum imperium fuit, fit in corpus patris, non agnoscentis filium: sed a Prætore cujus non de criminibus, sed de civilibus causis, jurisdictio erat, fit ejus remediis, id est, mulctæ dictione, & pignoris captione: ut ex Inscriptione loci, & *l.* 1. §. 3. *D. de ventre inspiciendo*, in antecessum demonstratum est. Satis de *d. l.* 1. §. 4.

Venio ad *d. l.* 9. *C. de patria potestate* quam secundo loco pro sua sententia adfert Accursius. Ejus verba sunt, *Nec filium* negare *cuiquam esse liberum, Senatusconsulta de partu agnoscendo, ac denunciata pœna, item præjudicium Edicto perpetuo propositum, & remedium alimentorum apud Præsidem majori trimo petenti, nomine ejus monstratum, jure manifesto declarant.* Sed neque ea in lege Accursio favit fortuna Jurisprudentiæ. Nam etsi ea lex ait, non esse cuiquam liberum, negare filium; non probat tamen quod Accursius indigitat: quia in *d. l.* 2. non hæc quæstio est, an pater ad agnoscendum alendumque filium civiliter cogi possit vel denunciati pœna ex Senatusconsulto Planciano, & altero quod fuit tempore Divi Hadriani factum, vel præjudicio, seu præjudiciali actione, vel remedio quod datur majori trimo, de quibus agit *d. l.* 9. Minime. quæ in *d. l.* 2. movetur quæstio, hæc est, an pater ideo quod filium sanguinolentum & nondum agnitum exposuit, abjecitve, apud Præfectum Urbis, Præsidemve Provinciæ, criminaliter accusari punirique possit. id vero in *d. l.* 9. a Diocletiano & Maximiano non dicitur; neque illis Principibus jus fuit: ut supra ostendi. Ut enim posset civiliter cogi pater, filium & agnoscere & alere; tamen si eum statim a partu exponeret, nulla posita fuit arbitraria pœna qua ob id coërceretur: qui aliis exemplo esset ad deterrendum maleficium. Non igitur debuit Accursius ad interpretationem *d. l.* 2. uti auctoritate *d. l.* 1. §. 4. & *d. l.* 9.

Sed neque Pauli *d. l.* 4. *D. de agnoscendis & alendis liberis*; etsi sic scribat, *Necare videtur non tantum is qui partum perfocat: sed & is qui abjicit; & qui alimonia denegat; & [is] qui publicis locis misericordiæ causa exponit, quam ipse non habet.* Non enim agnoscit Paulus illam ordinariæ & extraordinariæ pœnæ differentiam, quam circa infantis expositionem faciunt Doctissimi Viri. Quin indistincte ait, partum necare qui perfocat, qui abjicit, qui alimonia denegat, denique qui publicis locis misericordiæ causa exponit quam ipse non habet. Qui igitur possunt eorum aliqui lege Cornelia, aut Pompeja, aliqui extra ordinem, teneri, utique ex Pauli sententia? si enim putat, eos qui partum necant, Cornelia, aut Pompeja, lege puniri: æque putat, illum qui partum publico loco alienæ misericordiæ exponit, eis legibus coërceri, atque hunc qui partum perfocat; aut eum abjicit, aut ei alimonia denegat: quia ait, omnes partum peræque necare. atque hoc voluit Glossa ad *d. l.* 4. Quamquam nec sic ad verum acceditur: quia Paulus nullos ex his de quibus dixi, ulli adstringit pœnæ, ne legis quidem Pompejæ, aut Corneliæ. Quid, si nec potuit adstringere? quippe, cum ejus ætate, id est, sub Septimio Severo, Caracalla, & Alexandro Severo, plane impunitam licitamque fuisse sanguinolentorum liberorum & expositionem, & abjectionem, & necem, supra ostensum sit. Quod si est; apparet, *constitutam* illam *animadversionem* quam adversus infantum expositionem decernunt Valentinianus, Valens, & Gratianus, in *d. l.* 2. temere peti a Paulo: qui de ea numquam, ne per somnium quidem, cogitavit: quia nulla erat ejus ætate; & deinde post tantum temporis intervallum demum recepta est? Ait tamen Paulus, *Necare videtur non tantum is qui partum perfocat, sed & is qui abjicit, & qui alimonia denegat, & is qui publicis locis misericordiæ causa exponit quam ipse non habet.* Optime. atque ita censebant plerique boni ac justi viri: ut toto hoc Opere intelligitur. quin Constantinus, & Athenagoras, ut jam *capite V.* ostendi, ea in specie etiam *parricidium* dicebant. Sed licet sic optime disputet Paulus, tamen male illi qui hinc collegerint; Si necare Paulo videtur non tantum is qui partum perfocat, sed & is qui abjicit, & qui alimonia denegat, & is qui publicis locis misericordiæ causa exponit quam ipse non habet: fuit igitur infantis & cædes, & abjectio, & expositio, Pauli tempore punita aut homicidii, aut parricidii, pœna. Nihil enim ineptius, nihil magis a vero abhorret: etsi non inficier, tale argumentum quod ex Pauli verbis hic videatur aliqualis ducere consequentia, hactenus qualem qualem veri speciem induere.

CAPUT VII.

In exponendis Veterum monumentis frequentissima Viris, etiam Eruditissimis, esse argumenta a consequentia: sed fallacissima esse, & evitanda his qui ad laudem veræ eruditionis adspirant, exemplis pulcherrimis demonstratum: simul expedita quædam, atque eadem intricata, Juris Civilis capita.

Sed nescio, an quod frequentius Interpretibus, non modo de plebe, sed etiam majorum gentium, sit argumentum, quam quod desumitur a consequentia rationis aut dicti quo usus sit quis Vetus Auctor: atque interim nullum est quod Imprudentes æque fallat, &, cum ex vero ac probabili colorem ferat, magis præter Auctoris mentem ducatur. Id, nisi grave cuiquam sit, paucis, sed pulchris, exemplis demonstrare constitui: ut aliquanto certior fiat Pauli sententia: simul appareat, eis qui ad eruditionem, illam justam ac masculam, bona eniteuntur fide, in exponendis Veterum Auctorum scriptis deinceps parcendum esse argumentis tam levibus & fallacibus.

Primum sumam ex Virgilio: apud quem Juno Juturnam sic alloquitur *lib. XII. Æneid. vers.* 142.

Nympha decus fluviorum animo gratissima nostro,
Scis, ut te cunctis unam, quæcunque Latinæ
Magnanimi Jovis ingratum adscendere cubile,
Prætulerim.

Ait Juno, se Nymphis cunctis quas amaverit Jupiter, Juturnam prætulisse: perinde quasi omnes in honore habuerit amores Jovis. id vero non ita esse constat, & in Notis observat Servius: cujus adscripsi verba; atque eo lubentius, quia præterea attulit locum ex Sallustio æque pulchrum, & ad rem accommodatum. Verba Servii. *Liptotes figura per contrarium. plus enim dicit & minus significat. namque alias omnes est persecuta: huic vero libenter indulsit. Et dicit se hanc omnibus prætulisse:*

lisse: quasi etiam alias in bonore babuerit. ergo ideo boc dicit, ut tollat causam quam potuit Juturna babere suspectam. *Sane talis bæc figura est, ut illud Sallustianum*, Mare Ponticum dulcius, quam cætera: *cum nullum dulce sit.*

Alterum exemplum atque idem superiori, habet Ulpianus *l.* 4. *D. de curatoribus furioso & aliis extra minores dandis:* cum sic infit, *Furiosæ matris curatio ad filium pertinet: pietas enim parentibus, etsi inæqualis est eorum potestas, æqua debetur.* Primo adspectu videtur velle, quod Civili Jure aliqua matris est in liberos potestas, quamquam non tanta, quanta est patris: quia inæqualis eorum potestas est. At hoc nemo Veterum dixit: ne Ulpianus quidem. quin is *l.* 4. *D. de bis qui sui vel alieni juris sunt* sic scribit, *Qui ex me & uxore mea nascitur in mea potestate est.* Et Justinianus §. 10. *Inst. de adoptionibus* negat, fœminas adoptare posse: & addit rationem; ea ratio est, *quia nec naturales liberos in sua potestate babent.*

Tertium exemplum apponam ex *l.* 12. *C. Ex quibus causis infamia irrogatur.* Verba hæc sunt. *Si te expilasse bereditatem sententia Præsidis constiterit, non ex eo quod non & alia pœna tibi irrogata est, furti improbioris infamiam evitasti.* Alexander expilatæ hereditatis crimen vocat *furtum*, & *improbius.* Ineptus tamen fuerit qui hinc colligat, ergo id crimen esse furtum Jure Civili; ex eoque furti agi. hoc enim procul vero esse, liquet ex Ulpiano *l.* 2. *D. Expilatæ bereditatis.* Verba Ulpiani, *Si expilatæ bereditatis crimen intendatur, Præses provinciæ cognitionem suam accommodare debet: cum enim furti agi non potest, solum superest auxilium Præsidis.* Sed & Paulus *l. ult. D. eod. tit.* sic scribit, *Rei bereditariæ furtum non fit, sicut nec ejus quæ sine domina est.*

Quartum exemplum est in *l.* 2. *C. Rerum amotarum:* in qua ita rescribunt Diocletianus & Maximianus. *Divortii causa rebus uxoris a marito amotis, vel ab uxore mariti, rerum amotarum Edicto perpetuo permittitur actio.* Et causantur, *Constante etenim matrimonio neutri eorum neque pœnalis, neque famosa, actio competit, sed de damno in factum datur actio.* An igitur actio rerum amotarum & pœnalis & famosa est Civili Jure? cave, putes. non enim pœnalis est, quia licet ex delicto nascatur; tamen rei persecutionem continere, Paulus docet *l.* 21. §. 5. *D. eod. tit.* sed nec famosa est: quia, ut Gajus ait, rerum amotarum actio condictio est *l.* 26. *D. eod. tit.* cessat autem ignominia in condictionibus, quamvis ex famosis causis pendeant *l.* 36. *D. de obligationibus & actionibus.* Quid ergo volunt Diocletianus & Maximianus *d. l.* 2. *C. rerum amotarum?* quod marito rebus amotis re vera furtum fit ab uxore *l.* 21. §. *ult. l.* 29. *D. eod. tit.* etsi in honorem matrimonii leniore utamur vocabulo: cum autem pœnalis & famosa furti actio marito adversus uxorem, constante matrimonio, negetur *l.* 1. & 2. *D. eod. tit. l.* 52. §. 1. & 2. *D. de furtis;* idcirco ei ne rerum quidem amotarum actio adversus uxorem, constante matrimonio, datur: quia ea actio, etsi famosa non sit Civili Jure; tamen re ipsa & opinione gravium virorum pro famosa habetur. in quem autem famosa actio non permittitur, in eum nec illa competit quæ re ipsa & existimatione hominum bonorum & gravium non evitat infamiæ notam: etsi Civili Jure non habeatur famosa: ut apparet ex *l.* 2. *l.* 5. *l.* 7. *pr.* §. 1. & *seqq. D. de obsequiis parentum.*

Quintum exemplum, atque ipsum insigne, est in *l.* 7. *C. Ut in possessionem legatorum:* in qua sic infit Alexander. *Scire debetis, fideicommissi [quidem] & legati satisdationem remitti, Divum Marcum, & Divum Commodum constituisse. Ut autem boni viri arbitratu is, cui ususfructus relictus est, utatur fruatur: minime satisdationem remitti testamento posse.* Quia negat Alexander, priorem fructuariæ satisdationis clausulam quæ est, *Fructuarium usurum fruiturum arbitratu boni viri*, testamento remitti posse; nec verbum addit de posteriore clausula quæ est, *Restituturum se, finito usufructu, id quod ex re fructuaria extabit:* idcirco visum fuit eruditis hominibus, sic eum accipere; quasi nolit, priorem ejus cautionis clausulam a testatore remitti; sed posteriorem remitti, non prohibeat. At hanc collectionem perperam fieri existimo: quia neque ratio juris eam fert, neque Alexandri sententia. Fuerit tanti, utramque vidisse. Quod ad jus attinet: certa res est. nam Prætor, si cujus rei ususfructus legatus sit, voluit, legatarium de utroque cavere; & usurum fruiturum se boni viri arbitratu; &, cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde extabit *l.* 1. *D. Usufructuarius quemadmodum caveat.* quod si non satisdet fructuarius; præterea promisit Prætor, actionem ei non dare *l.* 13. *D. de usufructu.* nec refert, utrum fructuario remissa testamento cautio sit, sive tota, sive ex parte, eaque priore, aut posteriore; an non sit. non enim distinguit Prætor: & quamquam pro lege servetur testatoris voluntas *l.* 120. *D. de verborum significatione*, quando a legibus non abhorret; tamen quoties illis adversatur, pro lege non habetur *l.* 55. *l.* 112. §. *pen. D. de legatis lib.* 1. Quod si est, efficitur: ut, si testamento fiat remissio fructuariæ cautionis, sive totius, sive pro parte, priore, vel posteriore, ea quia Edicto repugnat, ratione juris improbetur. At necdum securæ ab Alexandro res sunt. Toto erras cœlo: is Imperator rescribit veteri convenienter juri. Ain' tu? In rem præsentem veni: senties. Consulebat Alexandrum Proculianus, (ad hunc enim rescriptum est) an testamento remitti posset satisdatio fructuaria, quam Alexander (ut mox ostendam) vocat satisdationem, *Ut boni viri arbitratu is cui usufructus relictus est, utatur fruatur.* Quæstionis causa erat, quod D. Marcus & D. Commodus, satisdationem quam Prætor legati aut fideicommissi servandi causa ab herede præstari jubet *l.* 1. *D. Ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur*, ei a testatore remitti passi sunt *l.* 2. *Cod. eod. tit.* Hæc quæstio. ad eam rescripsit Alexander, Proculianum scire oportere, quod a remissione cautionis quæ legati vel fideicommissi servandi causa ab herede præstanda est, non valet argumentum ad remissionem cautionis, *Ut boni viri arbitratu is cui usufructus relictus est, utatur fruatur.* Quam ob rem? quia de remissione cautionis fideicommissi vel legati servandi causa D. Marcus & D. Commodus nominatim constituerunt: de remissione autem cautionis, *Ut boni viri arbitratu is cui ususfructus relictus est, utatur fruatur*, neque illi rescripserunt, neque alii. manet igitur ea cautio sub Edicti regulis a quibus excepta non est: ac, quamquam ex Marci & Commodi Constitutionibus remitti possit satisdatio legati aut fideicommissi servandi causa; tamen satisdatio, *Ut boni viri arbitratu is cui ususfructus relictus est, utatur fruatur*, minime potest remitti. Sic Alexandrum interpretor; atque eum integram fructuariæ cautionis formulam primis ejus verbis designare: usitata Veteribus ratione; sed, quia ab Interpretibus parum observata, pauca apponam exempla. Primum dabit Ulpianus: apud quem in *l. ult. D. Usufructuarius quemadmodum caveat* sic legimus, *Si vasorum [ipsorum] ususfructus relictus sit, non erit cau-*

cautio Senatusconsulti necessaria; *sed illa sola*, *Boni viri arbitratu usurum fruiturum.* Significatur autem, valorum relicto usufructu, non cautionem quasi ususfructus desiderari: sed illam quæ est veri, cujus initium est, *Boni viri arbitratu usurum fruiturum.* Similiter in *l.* 13. *D. de usufructu* extat, *Si ususfructus legatus sit*, *non prius dandam actionem usufructuario*, *quam satisdederit*, *se boni viri arbitratu usurum fruiturum.* pro, non prius, quam fructuariam cautionem præstiterit. Nec tantum Ulpianus, sed & Imperator Alexander, is cujus sententiam quærimus, eam formulam a priore ejus parte appellat *l.* 4. *C. eod. tit.* cum sic rescribit, *Usufructu constituto*, *consequens est*, *ut satisdatio boni viri arbitratu præbeatur ab eo ad quem id commodum pervenit*, *quod nullam læsionem ex usu proprietati adferat.* Evenit & alibi, ut a primis Edicti verbis quo interdictum aut actio proponitur, actio aut interdictum appelletur: & exemplum in *l.* 1. *D. Quod legatorum*: in qua Ulpianus, *Hoc*, inquit, *interdictum vulgo* Quod legatorum *appellatur.* Unde, nisi a primis Edicti verbis quæ sunt in §. 2. *ejusdem loci?* Et in *l.* 1. §. 1. *D. Quorum bonorum* infit, *Hoc interdictum* Quorum bonorum *appellatur.* nempe a primis Edicti verbis quæ sunt in principio ejusdem capitis. Sed & certi condictio vocatur, actio *Si certum petetur l.* 1. *D. de condictione triticiaria.* Unde, nisi a primis Edicti verbis quo promissa a Prætore hæc actio fuit?

Addamne & sextum exemplum ex Gajo *l.* 6. *D. de transactionibus?* addam; maxime, quia in superioribus res tantum cum Interpretibus fuit; in hoc vero etiam cum Juris Architectis erit. Verba Gaji, *De his controversiis quæ ex testamento proficiscuntur*, *neque transigi*, *neque exquiri veritas aliter potest*, *quam inspectis cognitisque verbis testamenti.* Ex his verbis colligunt Interpretes, paucis exceptis, plerique omnes, Jure Civili non posse transigi de controversiis ex testamento proficiscentibus, ante non inspectis ejus verbis: ac, si facta sit transactio, non valere. Sed assentior Jacobo Labitto, *Primo Indicis sui usu*, *n.* 13. *pag.* 297. *& seqq.* existimanti, post Cujacium *lib.* 3. *Observat c.* 37. numquam eam Gajo mentem fuisse, quamquam fuisse etiam Juris Architecti velint. Nihil enim verius est, quam eam transactionem tempore Gaji valuisse. Et sane, si ad æquitatem respiciamus, quid æquius est, quam lites partium consensu bona fide sopitas, altera invita, non resuscitari, ne ob causam quidem non inspecti ante testamenti? quæ enim necessitas legatario, verbi gratia, fuit, transigere de testamento, eo non inspecto? plane nulla. ante enim, quam transegit, potuit ab herede, ut sibi fieret ejus inspiciendi describendique copia, petere vel per interdictum De tabulis exhibendis, vel ex Edicto Quemadmodum testamenta aperiantur. Id si neglexerit facere, cum posset, læsusque transactione sit: habet quod sibi, non quod adversario, imputet; & ideo, si damnum passus est, quia culpa sua passus est, non intelligitur passus esse *l.* 203. *D. de regulis juris*; denique, non habet causam, cur velit, rescindi transactionem quam volens fecit, etsi eventu læsus sit: modo nil dolo malo factum sit *l.* 7. §. 10. *D. de pactis.* Atque ad hanc naturalem æquitatem accedit auctoritas Prætoris: qui generaliter promisit, servare pacta quæ neque dolo malo, neque adversus leges, neque in fraudem legum facta erunt *l.* 7. § 7. *D. de pactis.* Nulla autem lex, aut constitutio, aut etiam Juris regula, extat in tota antiquitate, qua transactio de controversiis ex testamento proficiscentibus, utique bona fide, facta improbetur ideo, quod facta sit non inspectis testamenti tabulis. Quin contra rescripserunt Impp. Diocletianus & Maximianus *l.* 19. *Cod. de transactionibus*, *Sub prætextu instrumenti post reperti*, *transactionem bona fide finitam*, *rescindi jura non pati.* Id vero si placet in instrumento, & ante non cognito, & post demum reperto: quanto verius fuerit in testamento, etsi ante non inspecto, tamen ante cognito? At Gajus obstat *d. l.* 6. *D. de transactionibus.* Fateor: sed vitio Triboniani: qui hoc caput, (quod præclare animadvertere Cujacius, & Labittus) a suo avulsum titulo, in locum plane alienum imperite transmisit. utique si ejus Inscriptio capitis expendatur, quæ Inscriptio habet *Gajus lib. XVII. Ad Edictum Provinciale:* apparet, id pertinere non ad Edictum de pactis ac transactionibus: sed ad Edictum de tabulis aperiendis. Nec verbis opus: arguit hoc *l.* 1. *in pr. &* §. 1. *D. Testamenta quemadmodum aperiantur:* quæ est ex eodem Gaji libro XVII. Ad Edictum Provinciale. præterea adfert ibi Gajus illud Edictum, & commendat ipsis *d. l.* 6. verbis. Intererit, utrumque demonstrasse. Sensus Edicti talis est. *Omnibus quicunque desiderant tabulas testamenti inspicere*, *vel etiam describere*, *inspiciendi*, *describendique potestatem facturum se Prætor pollicetur.* Hic Edicti sensus: commendatio autem quæ non Prætoris est, sed Gaji, talis est. *Ratio autem hujus Edicti manifesta est. neque enim sine judice transigi*, *neque apud judicem exquiri veritas de his controversiis*, *quæ ex testamento proficiscerentur*, *aliter potest*, *quam inspectis cognitisve verbis testamenti.* Sic Gajus: & verissime. Non enim quærit, an de testamenti tabulis, non inspectis cognitisve ejus verbis, Jure Civili transigi possit; &, si facta sit transactio, an infirmetur Civili Jure. Minime. de eo enim nil edixit Prætor. Quid ergo? tantum ostendit Gajus, id Edictum a Prætore summa ratione proponi: quippe eo spectare, ut omnibus quicumque desiderant, testamenti tabulas inspicere, vel describere, fiat inspiciendi, describendive, copia. Ad quid? ut, si de testamento velint litigare apud Judicem, veritas facilius exquiri possit: sin malint transigere sine Judice, quam litigare, etiam controversia sine Judice componi aliquanto commodius possit. Igitur voluit quidem Prætor, auctore Gajo, eos qui hoc agunt, ut litem de testamento ortam, quacumque ratione dirimant, proditis testamenti tabulis juvare, ne lædantur: sed non voluit, transactionem, si nihilominus sit bona fide facta, non inspectis testamenti verbis, rescindere ob causam non inspecti ante testamenti. id enim non cogitavit Prætor; utique de eo verbum non addidit; neque adeo potuit Gajus, ejus Interpres, nisi desiperet, dicere: ac proinde si ex Gaji mente, ut debet, cum verum quæritur, explicanda sit sive *d. l.* 1. §. 1. sive *d. l.* 6. quæ ex illa descripta est; apparet, neutram resistere, quo minus valeat transactio de testamento, etiam non inspectis ejus tabulis: quia Gajus, cum ait, *Neque enim sine judice transigi*, *neque apud judicem exquiri veritas de his controversiis quæ ex testamento proficiscerentur*, *aliter potest: quam inspectis cognitisve verbis testamenti*, tantum de facto loquutus est, de jure loquutus non est. Sed hoc cum minus vidisset Jacobus Cujacius *ad l.* 1. *D. de transactionibus*, egregie observavit Jacobus Labittus, *d. loc.* & Antonius Faber, *Rationalib. ad. d. l.* 6.

CA-

CAPUT VIII.

Pauli l. 4. D. de agnoscendis & alendis liberis novus & verus intellectus.

Igitur, ut revertar e diverticulo ad *d. l. 4. D. de agnoscendis & alendis liberis* a qua longius, quam volueram, abduxerat me observationis elegantia, rectissime ait Paulus, *Necare videri non tantum eum qui partum perfocat, sed & eum qui abjicit, & qui alimonia denegat, & eum qui publicis locis misericordiæ causa exponit quam ipse non habet.* Sed male atque imperite illi qui hinc collegerint, infantis perfocationem, abjectionem, atque expositionem, Pauli tempore fuisse obnoxiam homicidii, aut parricidii, pœnæ. Non enim id egit Paulus; sed nec potuit agere, nisi deliraret, palam repugnante Fori usu. Quid ergo est? ego vereor, ne Paulus non ad juris regulas, sed ad juris præcepta, respexerit. Sunt enim, ut diligenter ostendam infra *capite decimo*, aliæ juris regulæ, alia juris præcepta. illæ Foro serviunt, & legum tabulas sequuntur: ista non ad Forum, sed ad officium viri boni & sancti, spectant, nec, quid Populi legibus moribusque impune fiat; sed quid pietas, honestas, verecundia, denique ratio velit, considerant. Et ita est: Paulus vult, regulis juris licitam parentibus esse liberorum expositionem. nam & abjicere & perfocare eos, parentibus licere. hoc tamen nolle parentes; nisi nimis impios: scilicet, ne vitam tollant infelici partui. malle liberos exponere: id enim partum servare alterius misericordiæ, & humanius esse. at hunc quoque esse colorem pietatis; sed non verum. nam, si rem spectes, æque impiam & nefariam esse infantum expositionem atque abjectionem & perfocationem. occidere enim, quantum ad ipsum attinet, eum qui gignit quidem; sed quod debet, non tuetur genitum. ac hoc non in Foro, atque ex legum severitate, obtinere: sed convenire præceptis juris, atque adeo officio viri boni: æstimantis, non quid liceat, hoc est, legibus moribusque indulgeatur; sed quid pium sit. Exposui Pauli sensum, a nullo, quantum scio, animadversum: sed eo veriorem, quod neque a ratione Veterum Jurisconsultorum, ipsiusque adeo Pauli, abhorret: & in primis Cœlius Lactantius id jus, cum civile & legum, tum officii, & conscientiæ, in hac & aliis similibus quæstionibus pro seculi sui secta, ad eamdem prorsus formam tam clare descripsit, ut non possit clarius. Verba Lactantii, etsi complusculа sint, tamen, quia rem signant, apponenda existimavi. sunt autem hæc ex *lib. 6. Divin. Instit. c. 20. Non enim cum occidere Deus vetat, latrocinari nos tantum probibet, quod ne per leges quidem publicas licet: sed ea quoque ne fiant, monet, quæ apud homines pro licitis habentur. ita neque militare justo licebit, cujus militia est in ipsa justitia: neque vero accusare quemquam crimine capitali, quia nihil distat, utrumne ferro, an verbo potius occidas, quoniam occisio ipsa probibetur. Itaque in hoc Dei præcepto nullam prorsus exceptionem fieri oportet, quin occidere hominem, semper sit nefas, quem Deus sanctum animal esse voluit. Ergo ne illud quidem concedi aliquis existimet, ut recentes natos liceat oblidere, quæ vel maxima est impietas. ad vitam enim Deus inspirat animas, non ad mortem. Verum homines, ne quod sit facinus quo manus suas non polluant, rudibus adbuc & simplicibus animis abnegant lucem non a se datam. Expectet vero aliquis, ut alieno sanguini parcant, qui non parcunt suo. sed bi sine ulla controversia scelerati & injusti. Quid illi quos falsa pietas cogit exponere? Non possunt innocentes existimari, qui viscera sua in prædam canibus objiciunt, & quantum in ipsis est, crudelius necant, quam si strangulassent. Quis dubitet, quin impius sit, qui alienæ misericordiæ locum non tribuit? Qui etiam, si contingat ei, quod voluit, ut alatur, addixit certe sanguinem suum vel ad servitutem, vel ad lupanar. Quæ autem possint, vel soleant accidere in utroque sexu, vel per errorem, quis non intelligit, quis ignorat? Quod vel unius Oedipodis declarat exemplum, duplici scelere confusum. Tam igitur nefarium est exponere, quam necare.* Huc usque Lactantius, angustias juris Civilis in his omnibus ex seculi sui disciplina distinguens ab officio viri justi & sancti. Ad quod pertinet quoque hoc Justini Martyris, *Pro Christianis apologia secunda ad Antoninum Pium* pag. 70. *Nos sane, ne quem persequamur, neve impietatem committamus, pueros etiam recens natos exponere, improborum esse dicimus bominum.*

CAPUT IX.

Constitutam animadversionem *cujus mentio fit d. l. 2. C. de infantibus expositis, non aliunde petendam, quam ex l. 8. C. Ad legem Corneliam de sicariis. Uterque locus diligenter & plene expositus, rejectis Jacobi Cujacii, Jacobi Rævardi, aliorumque, opinionibus.*

Superest, ut explicemus, quæ sit illa *constituta animadversio*, quam in *d. l. 2. C. de infantibus expositis* indigitant Imppp. Valentinianus, Valens, & Gratianus; cum *Unusquisque*, inquiunt, *sobolem suam nutriat. Quod si exponendam putaverit, animadversioni, quæ constituta est, subjacebit.* Puto autem, capitalem esse eam animadversionem, atque ex lege Cornelia de sicariis infligendam. Quo jure? ex auctoritate *l. 8. C. Ad legem Corneliam de sicariis*: cujus hæc apposui verba. *Imppp. Valent. Valens & Gratian. AAA. ad Probum P. P. Si quis necandi infantis piaculum aggressus, aggressave sit: sciat se capitali supplicio esse puniendum. P P. 7 id. Februar. Romæ, Gratiano A. 3. & Equitio Coss* 374. Quamquam nec hoc forte extra omnem esse difficultatem videbitur: quia aliter eam legem interpretantur Viri Summi, Jacobus Cujacius, & Jacobus Rævardus. Cujacius certe (nam ab eo initium faciam) *lib. 6. Observ. c.* 21. eam exaudit de quocumque infante; putatque, ea tolli dubitationem, quæ apud Veteres fuerit, an infantis cædes lege Cornelia de sicariis puniri posset. Quod non probo: imo vereor, ne Cujacius, cum sic censet, parum intenderit felicis ingenii vires. Quis enim Veterum dubitavit, an *infans*, utique editus, agnitus, alique jussus, *bomo* intelligeretur? nemo. Non igitur ejus infantis cædes novam desiderabat Constitutionem: quia, ut absque ea foret, tamen si dolo malo esset occisus, etsi infans, tamen homo, jam lex Cornelia de sicariis sufficiebat *l. 1. §. 2. D. Ad legem Corneliam de sicariis.* Ne addam nunc,

nunc, quod prӕterea parentibus, a quibus occisus diceretur infans, agnitus, alique cœptus, ex Constantini Constitutione quӕ est in *l. unic. C. de his qui parentes vel liberos occiderunt*, etiam lex Pompeja de parricidiis indistincte irasceretur. Nullius igitur rei est Jacobi Cujacii sententia.

Nec melior Jacobi Rӕvardi. is *lib.* 3. *Conjectan. c.* 1. conjicit, prohiberi in *d. l.* 8. infantum immolationem quӕ olim in Africa invaluerit. Qua causa? duplice. una est, quod *piaculum* aliquando *sacrificium* significat; & Imperatores capitale supplicium constituunt: si quis *necandi infantis piaculum* aggressus aggressave sit. altera causa est, quod ea Constitutio scripta est ad Probum qui fuerit Prӕfectus Prӕtorio per Italiam: sub cujus dispositione Italia, Illyricum, & Africa, in Notitia Provinciarum numerentur. Sed primum, quod de *piaculo* dicit Rӕvardus, nihil efficit: siquidem *piaculum*, vel ipso auctore, non tantum sacrificium, sed etiam qualecumque aliud malum facinus, significat. deinde apparet ex Tertulliano quem allegat Rӕvardus, olim Principe Tiberio, prohibita fuisse hominum sacrificia. Et ante Valentinianum, Valentem, & Gratianum, clare Paulus noster *lib.* 5. *Sentent. tit.* 23. §. 16. *Qui*, inquit, *hominem immolaverint, ex ejusve sanguine litaverint, phanum templumve polluerint, bestiis objiciuntur, vel si honestiores sint, capite puniuntur.* Postremo, quod de Probi Prӕfectura addit Rӕvardus, nec hoc ullius momenti est. Ut enim verum sit, Probum fuisse Prӕfectum Prӕtorio per Italiam, sub ejusque dispositione Italiam, Illyricum, & Africam, fuisse: liquet tamen, (quod jam Jacobus Gothofredus animadvertit) hanc legem proprie ad urbem Romam spectasse: quia in ejus Subscriptione dicitur, *P. P.* 7. *Id. Februar. Romӕ.* id est, proposita Romӕ, VII. Id. Februar.

Sed quid est? ut dixi, pertinet *d. l.* 8. *C. Ad legem Corneliam de sicariis* ad infantum expositionem: idque unus omnium optime & verissime subodoratus est V. Cl. Justus Lipsius, quem honoris causa appello, *Cent.* 1. *Ad Belgas epist.* 85. sed tantum subodoratus. nihil enim in ea attingit, nihil adstruit, ne eam confert quidem cum *d. l.* 2. *C. de infantibus expositis.* saltem dicit, (ipsa enim ejus verba adferam) *Primi fuerunt, opinor, qui vetuerunt Valentinianus, Valens, & Gratianus: quorum lex in utroque Codice Theodosii & Justiniani exstat, Ad legem Corneliam de sicariis, Si quis necandi infantis piaculum aggressus aggressave sit, erit capitale illud malum.* Sic Lipsius; atque ideo nihil persuadet Jacobo Gothofredo, *ad l.* 1. *Cod. Theod. d. t.* Imo is, *In patres*, inquit, *liberos exponentes aliӕ sunt leges quӕ cum hac l. nihil commune habent: quӕ tamen confudit Lipsius.* Igitur, quod Lipsius facere debuit, sed non fecit, fuerit tanti, pro nostra mediocritate sic detexisse, ut deinceps a Juris Studiosis in clara luce conspiciatur. Quod ut prӕstem, observandum primum, quod *d. l.* 8. est Imperatorum, Valentiniani, Valentis, & Gratiani, ad Probum, Prӕfectum Prӕtorio: ad quem eodem anno ab iisdem illis Imperatoribus non multo post est scripta *d. l.* 2. *C. de infantibus expositis*: ut ex utriusque legis Inscriptione, & Subscriptione, intelligitur. atque adeo, opinor, *animadversio quӕ constituta est*, cujus meminit *d. l.* 2, est animadversio quӕ pridem est constituta in *d. l.* 8. Deinde observandum, quod, hi Imperatores, cum in *d. l.* 8. ajunt, *Si quis necandi* infantis *piaculum aggressus aggressave sit*, non qualemcumque significant infantem: quamquam alioquin *infans* dicatur usque ad septimum annum *l.* 18. *C. de jure deliberandi.* nam in infante, jam agnito & ali jusso, quid erat nova opus Constitutione? cum, ut supra dixi, in extraneos a quibus dolo malo occisus esset etsi infans, tamen homo, olim lex Cornelia de sicariis insurgeret; in parentes autem, si ab iis occisus esset filius ab iis agnitus, ex Constantini Constitutione quӕ est in *l. unic. C. de his qui parentes vel liberos occiderunt*, jam lex Pompeja de parricidiis sufficeret. Igitur *infantis* appellatione Imperatores in *d. l.* 8. non qualemcumque intelligunt infantem; sed sanguinolentum, seu recens natum: qui in Rubrica Codicis *De infantibus expositis, liberis & servis, & de his qui sanguinolentos nutriendos acceperunt*, & apud Lactantium, *lib.* 6. *Divinar. Instit. c.* 20. id est, in ipsa hac quӕstione, specialiter *infans* dicitur. Is vero populari errore, quod prӕterea observandum, non videbatur *homo*, antequam nutricis opera intervenisset: ut ex Philone Judӕo, *De vita Mosis*, supra ostendi: denique adhuc ad legis Corneliӕ, aut Pompejӕ, providentiam non pertinebat. Igitur quod omnes boni & sancti viri, in primis Christiani, etiam multi Gentiles, non legis, sed officii ac pietatis, esse existimabant; hoc Imperatores *d. l.* 8. tandem ad juris necessitatem traxerunt: cum jusserunt, homicidii pœna quӕ tum capitalis erat, puniri eum qui infantem necaverit: puta, strangulaverit, aut eliserit: nec hunc tantum, sed etiam, qui necare tentaverit, puta quod eum abjecerit in aquas aut in solitudinem, aquis, aut fame, aut frigore, aut ferarum laniatu, consumendum. idque jus esse non modo, si quis aggressus, sed etiam, si quӕ aggressa, sit necandi infantis piaculum: quum ante & patri, & matri, impunita filii expositio esset; ut liquet ex Scӕvola *l.* 29. *D. de manumissis testamento*, Quintiliano *Declam.* 306. & Julio Firmico Materno, *lib.* 6. *Mathes. c.* 1. His adde, quod Imperatores non distinguunt, utrum quis hoc piaculum ob paupertatem sit aggressus, an aliter: quum alioquin se plerique illo colore excusarent: ut Parasitus apud Quintilianum *lib.* 4. *Inst. Orat. c.* 2. Sed & Lactantius *d. lib.* 6. *c.* 20. *At enim*, inquit, *parricidӕ facultatum angustias conqueruntur, nec se pluribus liberis educandis sufficere posse prӕtendunt. quasi vero aut facultates in potestate sint possidentium, aut non quotidie Deus ex divitibus pauperes, & ex pauperibus divites faciat. Quare si quis liberos ob pauperiem non poterit educare, satius est, ut se ab uxoris congressione contineat, quam sceleratis manibus Dei opera corrumpat.* Atque ea certa & clara erant, si vel necatus, puta, perfocatus, strangulatus, elisusve, esset infans, vel ejus mors tentata esset abjectione in aquas, aut in solitudinem. Sed quid, si in publico & celebri loco esset expositus alienӕ misericordiӕ, quod fere a pauperioribus fiebat, cogente necessitate: quum illud sine egestatis suspicione faceret prӕsertim qui infantem poterat, sed nolebat, heredem relinquere? Potuit insignis esse dubitatio, an huc porrigenda esset legis severitas: non enim ӕque videbatur pater in hac, atque in priore, specie aggredi necandi infantis piaculum. Quintilianus *d. Declam.* 306. *Una calumniӕ origo est, quod hanc exposuisse constat. Rarum igitur est, ut expositi vivant. Caducum circa initia animal, homines sumus. Nam ferarum pecudumque fœtibus est statim ingressus, & ad ubera impetus: nobis tollendus infans, & adversus frigora nutriendus, sic quoque inter parentum manus, gremiumque nutricis, sӕpius labitur. Unde nobis tantam felicitatem, ut ad infantem mors accersita non veniat? Vos ponite ante oculos puerum statim neglectum: cui mori domi expediret, inde nudum corpus, sub cœlo, inter feras & volucres. Video moveri, mulier, lacbrymas tuas. Nemo tibi*

mor-

mortalium posset ignoscere, nisi jussa fecisses. alia tamen conditio est eorum quibus obvium patrem quærit exponentium paupertas. ille relinquitur loco celebri: tunc & libet custodire longe, & spectare fortunam. aliter abdicatur quem jussit exponi, qui relinquere poterat heredem. Sed quid est? utrum lex ad utramque, an ad alteram, expositionem spectat? ut dixi, potuit dubitari. imo ex facto dubitatum fuit a Probo, Præfecto Prætorio, ad quem missa *d. l.* 8. fuit a. d. VII. Idus Februarii, Gratiano III. & Equitio, Consulibus. sed dubitationem sustulere Imperatores *d. l.* 2. *C. de infantibus expositis* quæ data est ad eumdem Probum P. P. IV. Nonas Martii, eodem anno. Voluerunt enim, unumquemque suam nutrire sobolem: ac, si quis exponendam putaverit, eum subjacere animadversioni quæ constituta est: id est, capitali, constitutæ in *d. l.* 8. nempe, quia interpretati sunt, tentari necem infantis cui per conditionem suam egeno alienæ & pietatis & providentiæ (caducum enim circa initia animal, homines sumus: ut Quintilianus ait *d. loc.*) omnia negantur a parentibus qui, volente natura, ei omnia debent ad arcendam necem necessaria. Quod omnes Christiani Scriptores, sed & multi Pagani, sentiebant; ut ex locis, supra allegatis, intelligitur: quibus hic pro cumulo addam illud Plauti, *Cistellaria, act.* 4. *sc.* 1. *vers.* 12.

— — — Crepundia
Hæc sunt, quibuscum tu extulisti nostram filiolam ad necem.

CAPUT X.

De præceptis juris: & quo sensu Ulpianus l. 10. §. 1. *D. de Justitia & Jure dixerit*, Juris præcepta hæc esse, honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere. Et *quomodo ea distinguantur a* legis virtute *quam Modestinus l.* 7. *D. de legibus ait esse*, Imperare, vetare, permittere, punire.

Hoc caput postulat, ut inquiram, quid sibi velit Ulpianus *l.* 10. *pr.* §. 1. & 2. *D. de justitia & jure;* cum sic scribit, *Justitia est constans & perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi. Juris præcepta sunt hæc: honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere. Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia: justi atque injusti scientia.* Nam & exponere id promisi capite VIII. hujus libri; & nisi fallor, erit pulchræ res inquisitionis; juvabitque ea quæ supra attuli ad intellectum Pauli *l.* 4. *D. de agnoscendis & alendis liberis.* Principio autem monebo, quod is locus est ex Ulpiani *lib.* 1. *Regularum:* sic enim habet ejus Inscriptio. Deinde addam, quod Ulpianus, cum *Juris præcepta* dicit, non Juris regulas, seu Jus civitatis, & Legum decreta, ac definitiones, quibus in Foro locus est, significat: sed Jurisprudentiæ, sive Civilis Sapientiæ, sive Artis æqui & boni, quam idem Ulpianus *Jus* appellat *l.* 1. *D. de justitia & jure*, suasiones sive admonitiones ad justitiam. Quod ut censeam, movet me Auctor *Dialogi De oratore, sive de caussis corruptæ eloquentiæ c.* 32. his verbis. *Ut ignorent leges, non teneant senatusconsulta, jus civitatis ultro derideant, sapientiæ vero studium & præcepta prudentum penitus reformident.* Sic ille; Leges, Senatusconsulta, & Jus civitatis, a Sapientiæ studio, & præceptis Prudentum, clare distinguens. *Juris* igitur *præcepta* non sunt Legis, nec Senatusconsultorum, denique non Juris civitatis, regulæ ac decreta; sed Jurisprudentiæ admonitiones ad justitiam. *præcipere* enim Latinis est non modo jubere, sed etiam docere & monere: unde *præceptor* idem qui doctor & monitor. Hoc sensu Lactantius *lib.* 6. *Divin. Instit. c.* 6. *Qui*, inquit, *error non modo populi & imperitorum, sed etiam philosophorum est qui præcepta quoque dant ad justitiam.* Item *c.* 10. *Ad hanc partem philosophorum nulla præcepta sunt.* Et *c.* 12. *Ignorantia veri juris prudens ac sciens in hos se laqueos induxit, quod ut ei possit ignosci, testificatus est, non ad veram justitiam quam non teneat, præcepta se dare, sed ad umbram imaginemque justitiæ. ignoscendum est igitur umbratico & imaginario præceptori, qui se nescire fateatur.* Igitur *præcepta juris* Ulpiano non sunt legis, aut Juris Civilis, decreta, seu regulæ; sed Artis æqui & boni ad justitiam admonitiones.

Quod ut clarius intelligatur, animadvertendum est, eam esse Artis nostræ rationem, ut non tantum scientia, sed etiam actione, occupetur: itaque ex duobus constet, id est, decretis, præceptisque: exemplo Philosophiæ quam Veteres cum similiter distribuant in veri contemplationem, & actionem, decretis ac præceptis absolvi opinantur. Vocant autem *decreta*, Philosophiæ sive leges, sive scita generalia, & omnia alligantia, atque a quibus sine scelere recedi nequeat. Auctor Cicero *lib.* 4. *Academic. quæstion. cap.* 9. verbis sequentibus, *Decreta Philosophi vocant Δόγματα quorum nullum sine scelere prodi poterit. cum enim decretum proditur, lex veri rectique proditur.* Contra *præcepta* appellant Veteres, monitiones, sive suasiones, officiorum quæ propria cujusque personæ sint; non autem in universum componunt hominem, nec imperant, sed exorant: ut multis ostendit Seneca *epist.* 94. & 95.

Quod illi de Philosophia tradidere, Ulpianus *d. l.* 10. §. 1. & 2. de Civili Sapientia censet: nam & hanc partim legum ac regularum scientia, partim officiorum præceptis ac monitionibus consumi. itaque expositurus Ulpianus Regulas Juris, (quod Inscriptio *d. l.* 10. ostendit) in operis ingressu Juris *regulas*, id est, generalia Artis decreta, ab ejus *Præceptis*, id est, a specialibus officiorum suasionibus, denique scientiam ab actione, distinguit; ac postquam dixit, quid *Justitia* sit, deinde *Juris*, inquit, *præcepta sunt hæc: honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere. Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia justi atque injusti scientia.* Sed primum de Juris regulis, seu Juris decretis, videbo. Qua in parte placet quod Modestinus *l.* 7. *D. de legibus* (quam similiter esse ex *libro* 1. *Regularum*, ejus Inscriptio ostendit) ait simili consilio, *Legis virtus est, imperare, vetare, permittere, punire.* Primum vult Modestinus, quod lex *imperat*, aut *vetat:* non suadet, aut disputat. optime: non enim hæc ejus ratio est, sapientiæ studere; sed humanæ societati cavere ab hominibus stultis aut improbis. igitur imperat recta, id est, paci & conjunctioni utilia: vetat autem contraria. Utrumque Cicero indicat *lib.* 2. *De natura Deorum;* cum *Lex*, inquit, *est recti præceptio, pravique depulsio.* Deinde ait Modestinus *d. l.* 7. quod lex *punit.* quando? si non observetur: & ideo a Papiniano *l.* 1. *D. de legibus* dicitur, *Coërcitio delicto-*

lictorum quæ sponte vel ignorantia contrahuntur. Quid ni? frustra enim jubet aut vetat, si non possit cogere eos qui civilis societatis rationem ac fructum per imperitiam non sentiant, aut per malitiam adspernentur. punit igitur lex utrosque tuendæ disciplinæ gratia: atque adeo non quia peccatum est, sed ne peccetur: denique, ut homines improbi aut stulti quibus ratio non sufficit, quo minus peccata quæ eis utilia aut jucunda videntur, appetant; & virtutem quæ eis sterilis aut molesta apparet, negligant: animadvertant, virtutem, etsi non habeat præsentem utilitatem, aut certe non tantam, quantam peccatum, tamen ideo utilem esse; quia non metuit pœnam, id est, futurum malum: peccatum autem, etsi quale quale habeat præsens bonum, tamen eo damnosum esse; quia ei, propter insecuturam pœnam, gravius atque acerbius imminet malum. At lex non tantum imperat, vetat, ac punit: sed, ut Modestinus ait, etiam *permittit*. primum, quia non potest omnia complecti. deinde fertur hominibus non perfectis; sed qui erroribus atque affectibus sint obnoxii: iis autem ut pœnas ostendat, etiam gravissimas; tamen cum eorum ingenia & mores neque statim, neque semper, neque in omnibus, peræque possit ad perfectæ sapientiæ virtutisque rigorem inflectere: apparet, inanem & iniquam futuram: si ad perfectæ virtutis ac sapientiæ scribatur formulam: nec quidquam donet seculi vitiis, aut communis humanitatis fragilitati: sed eam adstringat necessitate faciendi id cui par non sit. Igitur oportet legem, ut utilis & æqua sit, cogitare, quales esse conveniat, quibus præest, etiam quos inveniat, denique, quid in his libido, quid error, & modus humanæ sortis, patiatur. Atque hoc observat Mecœnas, Oratione ad Augustum de ordinanda republica, apud Dionem Cassium *lib.* 52. Verba ejus. *Natura multos homines eo rapit, ut contra leges delinquant. quæ si quis accurate persequi omnia velit, aut neminem aut perpaucos relinquat impunitos: sin humaniter æquitatem juri permisceat, fortassis eos emendet. lex enim quanquam necessario pœnas statuat, tamen naturam coërcere non semper potest.* Augustinus quoque, *lib.* I. *De libero arbitrio*; cum sic infit, *Ea vindicanda sibi lex populi assumit, quæ satis sint conciliandæ paci hominibus imperitis, & quanta possunt per hominem regi.* Et paulo post, *Videtur tibi lex ista quæ regendis civitatibus fertur, multa concedere, atque impunita relinquere quæ per divinam tamen providentiam vindicantur. & recte.* Exposui virtutes legis; id est, civilis sapientiæ regulas, seu decreta.

Venio ad præcepta: ea præcepta, ut Ulpianus ait *d. l.* 10. §. I. *D. de justitia & jure*, sunt, *Honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere.* Volunt autem, quod est officium Jurisconsulti, civilem sapientiam profitentis, si de jure quæratur, præcipere sive monere, sive suadere: ne is qui vir bonus & justus videri velit, tam legum tabulas ob oculos habeat, quam in primis humanæ conjunctionem societatis. ita prorsus: ut, si hanc juvent leges, eas sequatur: sin minus, non eis serviat, sed societati: quem finem sibi ipsæ proponunt leges. huic porro cum semper faciat quod honestum est, quodque alterum non lædit, & quod æqualitatem inter homines servat; leges vero ea aut contraria non ubique imperent aut vetent: (sive quod generales sunt, nec facile possunt se ad singula dimittere; sive quod resistit humanæ infirmitas conditionis, quo minus perfectæ sint) eam ob causam virum justum & civilis vitæ studiosum non peræque quod legibus licet, decere. nam his concedi multa quæ non sint honesta, multa quæ alterum lædant, multa quæ non tribuant suum cuique. igitur si quæ liceant ideo, quia legibus permittuntur, tamen si inhonesta sint, aut alterum lædant, aut non tribuant suum cuique, denique non pergant ad legum finem, id est, ad utilitatem humanæ conjunctionis; ei ab his æque abstinendum esse, ac si essent legibus vetita. Seneca *lib.* 2. *De ira c.* 27. idem sic exprimit, *Quam angusta innocentia est, ad legem bonum esse? quanto latius officiorum patet, quam juris regula? quam multa pietas, humanitas, liberalitas, justitia, fides exigunt quæ omnia extra publicas tabulas sunt.* Seneca, quas legis virtutes dixit Modestinus, vocat juris regulas, id est, regulas juris civitatis; & has observare, ait ad legem bonum esse: quæ vero juris præcepta dixi ex Ulpiano, Seneca appellat regulas officiorum: easque ait non legum tabulis, sed virtute ac ratione, circumscribi. ita angustam legem esse: late autem patere præcepta sapientiæ. nempe, quia refert, quod lex non suadet, sed imperat aut vetat; ac, si non servatur, punit, nec pœnitentiæ locum dat. at præceptorum non imperium est, sed suasio: quam si quis sponte audit, virtus laudatur: si non audit, non utique pœna sequitur. Eam differentiam notat idem Seneca, *epist.* 94. Verba Senecæ, *Leges*, inquit, *ut faciamus quod oportet, non efficiunt: & quid aliud sunt, quam minis mixta præcepta? Primum omnium ob hoc illæ non persuadent, quia minantur: at hæc non cogunt, sed exorant. Deinde leges a scelere deterrent: præcepta in officium adhortantur. His adjice, quod leges quoque proficiunt ad bonos mores: utique si non tantum imperant, sed docent. in hac re dissentio a Posidonio. Non probo, quod Platonis legibus adjecta principia sunt. legem enim brevem esse oportet, quo facilius ab imperitis teneatur, velut emissa divinitus vox sit. Jubeat, non disputet. Nihil videtur mihi frigidius, nihil ineptius, quam lex cum prologo. Mone, dic, quid me velis fecisse: non disco, sed pareo.*

Ex quo apparet, alia esse Juris decreta, seu regulas: alia præcepta. Nisi Papiniano lex dicitur, *commune præceptum l.* I. *D. de legibus*. Et in *l.* 41. *D. de pœnis* exstat, *Sanctio legum quæ novissime certam pœnam irrogat iis qui* præceptis legis *non obtemperaverint, ad eas species pertinere non videtur.* Et Tryphoninus *l.* 37. §. I. *D. de minoribus* allegat *Præcepta legis Juliæ de adulteriis*. Item dicit, *Quod non sit ætatis excusatio adversus* legum præcepta *ei qui dum leges invocat, contra eas committit.* Justinianus quoque *pr. Inst. de nuptiis* ait, *Justas nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum* legum præcepta *coëunt*. Sed dicamus, juris præcepta vel in specie talia esse, vel decreta appellari: atque adeo interdum sub decretis comprehendi, interdum ab iis distingui. Senecam audi *epist.* 94. *Quid enim interest inter decreta philosophiæ & præcepta: nisi quod illa generalia præcepta sunt, hæc specialia? utraque res præcipit: sed altera in totum, particulatim altera.* Seneca decreta sub generali præceptorum appellatione complectitur; & tamen decreta a præceptis distinguit: quia illa generalia sunt, hæc specialia: illa sunt minis mixta, hæc non sunt: ut ante ex eo dictum.

CA-

Caput XI.

Aliquando evenire, mitescentibus paulatim hominum ingeniis; ut quæ ante erant in præceptis, deinde ad juris regulas transeant. Ejus rei exemplum perquam elegans esse in expositione, & nece, recens nati infantis: item in procuratione abortus. Quando cœperit crimen abortivi quod mulier ipsa sibi faceret, puniri. Et an a constituta ei pœna recte fiat argumentum ad pœnam infantis expositioni, aut neci, positam? Non videri. Marcianus & Tryphoninus expositi l. 39. D. de pœnis, & l. 4. D. de extraordinariis criminibus. Aliud exemplum in fideicommissis. Aliud in testimonio familiæ emptoris & heredis. Item in beneficio ordinis quod fidejussoribus competit. Denique in stipulationibus & promissionibus jocandi animo factis. Notabilis differentia inter Prætoriam & Censoriam cognitionem. Varroni lux loco egregio & obscuro.

Vix possum mihi temperare; quin superioribus addam, aliquando fieri, mitescentibus magis hominum moribus: ut quæ hactenus substiterant in Juris præceptis, in decreta, seu regulas, transeant; & quam ante non habuerant, necessitatem accipiant. Est enim & ea res curiosæ, atque in jure utilis, observationis; sed nec ab hoc instituto alienæ. Posset certe in his quæ de infantum expositione & cæde supra disputavi, inde aliqua subnasci hæsitatio; quod jam olim ante Valentinianum, Valentem, & Gratianum, imo ante Paulum quoque, placuit, graviter puniri mulieres quæ visceribus suis, quo partum abigerent, vim intulisse dicerentur. Nam, si animadversum fuit in eas quæ occiderent partum nondum natum; quanto justior fuit pœna adversus parentes qui partum natum interficerent? Atqui jam Ciceronis tempore, atque adeo ante Paulum, punitas fuisse mulieres quæ partum abigerent, ex ejus Oratione *Pro Cluentio Avito* ostendit Tryphoninus *l. 39. D. de pœnis:* & præterea addit, mulierem, si quæ post divortium visceribus suis vim intulerit, ne jam inimico marito filium procrearet, etiam ab Imperatoribus nostris temporali exilio coërcitam fuisse. Non igitur dubium est, quin tum puniri quoque debuerint parentes, si qui partum natum occiderent, aut exponerent. Quid dicimus? non sic recte disputari. Non enim illa hic quæstio est, utrum infantis expositionem æque, atque abortivum, olim oportuerit Civili Jure puniri: sed an quæ pœna eo jure æque illi, atque huic, sceleri fuerit constituta. Quod non temere dixerim. nam si quæ mulier ipsa sibi partum abigeret, nulla videtur adversus eam posita Jure Civili fuisse pœna: quamquam Cicero in Oratione *Pro Cluentio Avito* scripsit, Milesiam quamdam mulierem, cum esset in Asia, quod ab heredibus secundis, sive substitutis, accepta pecunia, partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatam. Non enim hoc exemplum (quod miror non vidisse aut Jacobum Cujacium *lib. 19. Observ. c. 9*, aut Jacobum Rævardum *lib. 3. Conjectan. c. 1.*) ad rem pertinet. Potuit enim legibus moribusque alicujus in Asia Gentis suo utentis jure, sic judicari recte: cum præsertim Veterum quorumdam Legislatorum, & nominatim Lycurgi ac Solonis, institutis vindicatum fuisse abortus crimen, Galenus auctor sit, *lib. An animal sit id quod in utero est c. 5.* Sed nos de usu Fori Romani quærimus: de quo nihil Cicero *d. loc.* nec Galenus; puto, quod id scelus, quamquam Romæ a fœminis, etiam honestioribus, quotidie & fere palam admitteretur, tamen legibus moribusque ibi impunitum esset. Sceleris istius quotidiani, quasi liciti atque impuniti, meminit Seneca *Consolat. ad Helviam matrem c. 16.* in verbis quæ adferam paulo post. Frequentiæ ejus sceleris etiam meminit Ovidius *Eleg. De nuce*, verbis sequentibus:

Nunc uterum vitiat quæ vult formosa videri:
Raraque in hoc ævo est quæ velit esse parens.

Nec minus Juvenalis *Sat. 6. vers. 593. & seqq.* verba.

Sed jacet aurato vix ulla puerpera lecto.
Tantum artes hujus, tantum medicamina prosunt
Quæ steriles facit, atque homines in ventre necandos.

Optime Juvenalis ait, in ventre necari homines: sed contra invaluit sententia existimantium, quod partus nondum editus, qualiscumque esset, sive adhuc informis, sive jam formatus, ut apud Philosophos complures, sic in Foro Romano, matris quidem & viscerum haberetur portio *l. 1. §. 1. D. de ventre inspiciendo:* sed interim, antequam editus esset, non recte *homo* diceretur. Sic enim Papinianus definit *l. 9. §. 1. D. Ad legem Falcidiam*, & plerique Philosophi, apud Galenum *d. loc.* & Plutarchum, *lib. 5. De placitis Philosophorum c. 15. & c. 26.* Atque eo minus: quia & editum natumque infantem, quamdiu non esset agnitus alique jussus, exponere, atque etiam necare, licebat: propterea quod infans, quamdiu nullum nutricis officium intervenisset, vulgari errore non haberetur homo: ut ex Philone Judæo ostensum supra. Et tamen, quia homine concepto, etsi nondum edito, neque agnito, jam hominis spes erat; ideo viri justi & pii, cum Christiani, tum Gentiles, ab ejus cæde, quamquam legibus licita, tamen improba, perinde atque a vetita, abstineri præcipiebant: denique laudabant fœminas, etiam illustres & egregias; quod a concepti partus elisione abhorrerent. quæ frigida fuisset laudatio, si ea res legibus aut moribus jam tum prohibita fuisset. Ex hoc genere est illud Senecæ, *Consol. ad Helviam matrem d. c. 16. Nunquam te fœcunditatis tuæ, quasi exprobraret ætatem, puduit: nunquam, more aliarum quibus omnis commendatio ex forma petitur, tumescentem uterum abscondisti, quasi indecens onus, nec intra viscera tua conceptas spes liberorum elisisti.* Jam Ovidius *lib. 2. Amorum Eleg. 14.* tale amicæ suæ scelus, quasi impium, ac flagitiosum, serio detestatur; sed pœnæ non meminit, nisi divinæ. Nec aliter Athenagoras, *Legatione pro Christianis pag. 38.* id est, sub Divis Fratribus; cum, *Qui*, inquit, *mulieres medicamentis abortivis utentes, homines occidere, & rationem reddituras Deo, dicimus.* De suo quoque tempore Tertullianus, *Apologetico*, id est, sub Septimio Severo sub quo id Opus scripsit, sic ait *cap. 9. Nobis vero homicidio semel interdicto, etiam conceptum utero, dum adhuc sanguis in hominem deliberatur, dissolvere non licet. Homicidii festinatio est, prohibere nasci: nec refert, natam quis eripiat animam, an nascentem disturbet: homo est, & qui est futurus, & fructus omnis jam in semine est.* Sed quod illi tum non legis, sed præcepti, esse verissime existimabant; Impp. Severus & Antoninus in nuptis paulo post ad Juris regulam, atque adeo

adeo ad necessitatem, traxerunt. Id observat Marcianus *l.* 4. *D. de extraordinariis criminibus*: quæ, quod notandum, desumpta est ex *libro* ejus *primo Regularum.* ait vero, *Divum Severum & Antoninum rescripsisse, Eam quæ data opera abegit, a Præside in temporale exilium dandam*; & addit, *Indignum videri posse, impune eam maritum liberis fraudasse.* Atque eos Imperatores intelligit, nisi fallor, Tryphoninus *l.* 39. *D. de pœnis*; cum sic scribit, *Sed & si qua visceribus suis post divortium, quod prægnans fuit, vim intulerit, ne jam inimico marito filium procrearet: ut temporali exilio coërceatur, ab optimis Imperatoribus nostris scriptum est.* Igitur cœpit abortus procuratio, cujus detestatio hactenus in præceptis fuerat, post hoc Rescriptum cadere in crimen non homicidii, sed extraordinarium, nec ex lege Cornelia, sed exilio temporali, vindicandum. An & infantis expositio, & occisio? censent doctissimi homines. sed, quod cum bona eorum venia dixerim, si qui sunt qui illorum auctoritate capiuntur, errant. Tantum enim rescripserunt Imperatores de abortu de quo ex facto erant consulti. cæterum de infantis expositione, aut nece, neque consulti erant, neque rescripserunt. Mansit igitur execratio expositionis, & necis, infantis post hoc Rescriptum in præceptis: nec sub legis severitatem venit; nisi sero: id est, demum sub Valentiniano, Valente, & Gratiano *l.* 8. *C. Ad legem Corneliam de sicariis, & l.* 2. *C. de infantibus expositis.* Exposui primum, & sane notabile, exemplum Juris præcepti in regulam mutati.

Venio ad alterum. id exemplum est in fideicommissis. nam ea ante Imp. Augustum quidem pudore eorum qui rogabantur, continebantur: sed juris vinculum demum a moribus accepere; postquam Imp. Augustus semel iterumque jussit, Consules auctoritatem suam extra ordinem interponere §. 1. *Inst. de fideicommissariis hereditatibus.* Quamquam nec sic statim peræque in provinciis, atque in Urbe, recepta sunt. Clare Suetonius, *Claudio c.* 23. *Jurisdictionem de fideicommissis quotannis, & tantum in urbe delegari magistratibus solitam, in perpetuum, atque etiam per provincias potestatibus demandavit.*

Similiter Veteres quidem familiæ emptorem, & eos qui per potestatem ei conjuncti erant, a testamentariis testimoniis repellebant; heredi autem & iis qui per potestatem ei conjuncti fuerant, concedebant, testimonia in testamentis præstare. & tamen qui id permittebant, hoc jure minime abuti eos debere suadebant. Sed eam observationem correxit Justinianus; & quod ab illis suasum est, in legis necessitatem transtulit; atque ad imitationem pristini familiæ emptoris merito nec heredi qui imaginem vetustissimi familiæ emptoris obtinet, neque aliis personis quæ ei conjunctæ sunt, licentiam concessit, sibi quodammodo testimonia præstare §. 10. *Inst. de testamentis ordinandis.*

Æque pulchræ fuerit observationis, quod olim electio Jure Civili permittebatur creditori, apud quem fidejussor intervenerat pro debitore, utrum mallet principalem debitorem, an ejus fidejussorem, convenire. id enim apparet ex *l.* 3. *C. de fidejussoribus & mandatoribus*: in qua Impp. Severus & Antoninus ita rescribunt. *Non recte Procuratores nostri, si allegationi tuæ fides adesset, audire te noluerunt ex bonis fidejussoris, quæ ad fiscum pervenerunt; pecuniam repetentem, sed reum principalem convenire jusserunt: cum electionis potestas permittatur creditori.* Sic in decretis fuit, quibus in Foro locus erat: sed non idem fuit in præceptis. Quintilianum audi, *Declam.* 273. Verba Quintiliani. *Petitur a nobis pecunia quam non accepimus, non consumpsimus, non in ullum rerum nostrarum usum convertimus. Etiam cum istud periculum est sponsoris, miserabile est, bonitate labitur, humanitate conturbat. Hoc quo pertinet? non ut extorqueam vobis, judices, religionem: sed ut intelligatis, quod profecto cognoscitis, non esse exigendum a sponsore creditum, nisi jure summo. De quo priusquam loquor, etiamnum ea quæ humanitatis & consuetudinis gratia dici solent, non omitto. Debitorem appellasti: cum ipso cui dederas pecuniam egisti. Non enim aliter salvo pudore ad sponsorem venit creditor, quam si recipere a debitore non possit.* Sed quod Quintilianus pudoris atque officii esse perhibet; deinde juris & decreti esse, in primis Justinianus jussit *Novell.* 4. *c.* 1.

Ex eodem genere nescio an sit hoc Varronis, *lib.* 5. *De lingua Latina, pag.* 41. *Qui spoponderat filiam despondisse dicebatur: quod de sponte ejus, id est, voluntate exierat. Non enim si volebat, dabat, quod sponsu erat alligatus. Nam in comœdiis vides dici, Sponden' tuam gnatam filio uxorem meo? quod tum & prætorium jus ad legem, & censorium judicium ad æquum æstimabatur.* Et paulo post. *Itaque qui ad id, quod rogatur, non dicit, non respondet: ut non respondet ille statim, qui dixit spondeo, si jocandi causa dixit, neque agi potest cum eo ex sponsu. Ita quisquis dicit in tragœdia, Meministine te despondere mihi gnatam tuam? quod sine sponte sua dixit, cum eo agi non potest ex sponsu.* Huc usque Varro. Ut autem intelligatur elegans, sed obscurus, locus; observandum est, quod, ut ex sponsu quis obligaretur Civili Jure, sufficiebat, eum ad interrogata respondisse: nec intererat, utrum serio respondisset, an per jocum. erat enim stipulatori jus utraque in specie, a Prætore petere ex stipulatu actionem: nec Prætori licebat, eam denegare; aut ei, si eam daret, addere exceptionem. ita fiebat, ut ex sponsu conventus promissor apud Judicem a Prætore datum, quamvis interroganti per jocum respondisset, tamen sine ulla Judicis religione condemnaretur. Atqui hoc non officium patiebatur. Scio: sed de officiis non apud Prætorem querebatur, nec apud Judicem ab eo datum; sed apud Censorem. erat enim alteri commendata juris legumque executio. alteri non ea commissa erat; sed morum censura & castigatio: ut ille clamat, apud Gellium, *lib.* 14. *Noct. Attic. c.* 2. Ac vere Persius *sat.* 5. *vers.* 93.

Non Prætoris erat, stultis dare tenuia rerum
Officia, atque usum rapidæ permittere vitæ.

Quid multa? clare Plautus, *Pseudolo* 4. 7. 126. Verba Plauti.

Auferetur id præmium a me quod promisi per jocum.

Idem Varro indicat sequentibus verbis, *Qui spoponderat filiam, despondisse dicebatur: quod de sponte ejus, id est, voluntate exierat. non enim si volebat, dabat, quod sponsu erat alligatus.* Sensus, si nolebat, dabat tamen; sive, etsi non volebat, tamen dabat; id est, tenebatur tamen actione ex stipulatu dare ideo, quod sufficeret Civili Jure, promissionem de promittentis sponte esse profectam; denique apud Prætorem de jure, non de moribus atque officiis, ut apud Censorem, ageretur. Pergit enim Varro, *Nam in Comœdiis vides dici, Sponden' tuam gnatam filio uxorem meo? quod tum prætorium jus ad legem, & censorium judicium ad æquum æstimabatur.* Varro vult, Prætores olim legibus, Censores æquitati, serviisse. igitur Prætores tum, si quis per jocum respondisset interroganti, ex legibus jus dixisse; etsi æquitas resisteret: tantum, quia sponsor sponte locutus diceretur; idque legibus sufficeret. & addit Varro joci exemplum: ut, si quis in comœdia spon-

ſpondeat. Ita olim fuit. Sed deinde & Prætor cœpit de ſponſu ita jus dicere; ut, ſi jocandi cauſa dictum eſſet, *ſpondeo*, daret quidem actionem Civili Jure; verum ut ei adderet exceptionem: eaque oppoſita, obligatio per jocum contracta, etſi Civili Jure valeret, tamen Prætorio Jure pro nulla haberetur. Atque hoc inprimis invaluiſſe opinor; poſtquam Gallus Aquilius (quod Cicero *lib.* 3. *De officiis* docet) introduxit de dolo malo formulas: ſcilicet, ne cui dolus ſuus per occaſionem Juris Civilis prodeſſet contra naturalem æquitatem *l.* 1. §. 1. *D. de exceptione doli mali.* Obtinuit vero ea exceptio, non modo ſi quis, cum aliter per machinationem obligatus eſſet: ſed & ſi nullus ſtipulantis dolus interceſſiſſet, verum ipſa res in ſe dolum haberet: ut, ſi ſine cauſa ſtipulatus ſit, & deinde ex ea ſtipulatione experiatur. nam etſi ab initio nihil dolo malo admiſerit; tamen, cum litem conteſtatur, dolo facit qui perſeverat ex ea ſtipulatione petere *l.* 2. §. 3. *D. eod. tit.* & *l.* 36. *D. de verborum obligationibus.* Et hoc porro Varro vult; cum ſubjicit, *Itaque qui ad id, quod rogatur, non dicit, non reſpondet, ut non reſpondet ille ſtatim qui dixit ſpondeo, ſi jocandi cauſa dixit, neque agi poteſt cum eo ex ſponſu. itaque quisquis dicit in tragœdia. Meminiſtine te deſpondere mibi gnatam tuam? quod ſine ſponte ſua dixit, cum eo agi non poteſt ex ſponſu.* id eſt, non poteſt cum effectu agi: quia jam oppoſita doli exceptione fit: ut nihil interſit, utrum quis ab initio actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur *l.* 112. *D. de regulis juris.* Atque eo quoque ſenſu accipi debet Paulus *l.* 3. §. *ult. D. de obligationibus & actionibus.*

FINIS.



NOTITIA CAPITUM HUJUS OPERIS.

FINIS.

GERAR-

GERARDI NOODT,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

AMICA RESPONSIO

AD DIFFICULTATES

JULIO PAULO,

SIVE LIBRO DE PARTUS EXPOSITIONE ET NECE, NUPER MOTAS A VIRO AMPLISSIMO, CORNELIO VAN BYNKERS-HOEK, JURISCONSULTO ET IN SUPREMA HOLLANDIÆ, ZELANDIÆ, ET WESTFRISIÆ CURIA SENATORE, OPUSCULO DE JURE OCCIDENDI, VENDENDI, ET EXPONENDI LIBEROS APUD ROMANOS.

GERARDI NOODT,

Juriſconſulti & Anteceſſoris,

AMICA RESPONSIO.

Quem mihi deſtinavi finem, animum appellens olim ad confectionem *Julii Pauli*, *ſive libri ſingularis de partus expoſitione & nece apud Veteres*, is finis fuit, inter alia neque inelegantia, neque ante pervulgata, in *l.* 4. *D. de agnoſcendis & alendis liberis* detegere mentem Julii Pauli, per aliquot ſecula a nobilibus ingeniis ſedulo inveſtigatam, verum a nullo, quantum memini, repertam aut demonſtratam. Erat vero pretium operæ, videri, cognoſci, intelligi rem inſignem: ad quam ſuo tempore, ac ſuo modo, intendit Julius Paulus; & alio in compoſitione Pandectarum Imperator Juſtinianus. Non enim idem utriusque iter fuit: ſed quod ſuus oſtendet locus, diverſum. utrumque tamen ante obſtructum, omnium obfuit induſtriæ. a me deprehenſum neſcio quo fato, certe favente fortuna indefeſſæ diligentiæ, admodum juveni ſine cavillatione primum aperuit in *d. l.* 4. utriusque ſenſum, diſcuſſis tenebris, eum tanto tempore abſcondentibus. Nec diſſimulo, mihi poſtea tam gratum, quam decorum, fuiſſe conſenſum hominum egregiorum ad quos devenit Opus meum. Quamquam tertium communicato cum erudito orbe, (ut raro idem ſapit omnibus) vidi, Ampliſſimum Virum, mihi in primis amicum, Cornelium Van Bynkershoek, Juriſconſultum Inclytum, & in Suprema Hollandiæ, Zelandiæ, & Weſtfriſiæ Curia Aſſeſſorem, edito, *Opuſculo de jure occidendi, vendendi, & exponendi liberos apud Romanos*, nuper pleraque quæ mihi inciderunt *Julio Paulo*, ſollicitare omnia. Invidere alienæ libertati, numquam fuit moris mei. meæ vero me oblioiſci, cum poſſit aliis prodeſſe, neque ratio velit, neque Dominus Van Bynkershoek. Erit igitur jus utrique, in re ſciri digniſſima, ſua quemque argumenta in medium pari libertate conferre; & quid plus minusve ad veriſimile accedat, citra damnum affectus, aliis ad diſcernendum relinquere: unoquoque quod ipſe cogitaverit, ob naturalem ejus amorem, ſemper optimum ducente.

De cætero duplex nos occupabit cura: una eſt, quamdiu parentibus in Foro Romano fuerit permiſſum, liberos natos, antequam ſuſcepti, agniti, alique juſſi eſſent, pro arbitrio exponere aut necare. Altera eſt, quando abortus mulieris, medicamento ab illa ſponte ſumpto, in eodem Foro pro crimine haberi punirique cœperit.

Ut autem evitetur in diſputando confuſio, obſervari ſuadeam, quod & volui in *Præfatione Julii Pauli*, non verti: utrum fuerit ex decoro Populi Romani, fœdam atque impiam tolli conſuetudinem: ſed quo ea deſierit tempore. proinde, quod diſtat, non in jure, ſed in facto, conſiſtit; & ut expediatur, non dabo locum argumento a pio, juſto, honeſto; nec contra a turpi aut abſurdo: expertus, omnia illa, quando peræque recipit vita communis, privata hominum ſingulorum, & publica civitatum, ad facti demonſtrationem, tamquam fallacia, nihil valere. tantum petendam puto ejus probationem inde, unde per humanam conditionem haberi poteſt tutius: id eſt, a teſtibus & exemplis temporis rei geſtæ. eſtque idcirco hæc diſputandi forma ad quam ratio ducit, a me religioſe ſervata & hic, & ante in *Julio Paulo*. Eamdem formam poſtea etiam ſibi præſcripſit Dominus Van Bynkershoek *c.* III. *Opuſc. p.* 154. ſed præſcriptam neglexit penitus: ſemper uſus argumentis ac conſequentiis: numquam teſtibus aut exemplis temporis cujus uſum inveſtigamus. Quam habuerit cauſam variandi, neſcio. variaſſe, quisquis in rem præſentem venerit, deprehendet ſtatim. proinde nec mirum, nos qui contrariam tenemus viam, non eodem exire.

Hisce præmiſſis, nunc me moveo ad propoſitas quæſtiones. In priore fert mea opinio, fuiſſe parentibus apud Romanos, more aliarum Gentium, alioquin a cultura vitæ elegantioris non abhorrentium, permiſſum, liberos natos, ac nondum ſuſceptos, alique juſſos, pro arbitrio tollere, exponere, necare, Jure Pandectarum & Codicis, usque ad Principatum Valentiniani, Valentis & Gratiani: quibus viſum, inveteratæ crudelitati extra ordinem capitali ſupplicio occurrere in *l.* 8. *C. Ad Legem Corneliam de ſicariis* & *l.* 2. *C. de infantibus expoſitis:* idque pro ſua ſagacitate unum eſſe ſubodoratum V. Cl. Juſtum Lipſium *Cent.* I. *Ad Belgas Epiſt.* 85. non ſine præfatione honoris indicavi *Julio Paulo c.* IX. Dixi tamen ibi quod res eſt: tantum ſubodoratum. Nunc fas ſit addere, non vituperandum ideo fuiſſe ab Ampliſſimo Senatore *Opuſc. c.* VII. *pag.* 196. *& ſeq.* quaſi inepte affectantem in Jure quod non intelligebat. contra eſſe laudandum puto ſtudium conati, Juriſprudentiam nova conjectura ut non ex ſolido, at pro copia, adjuvare. Ego interim nec caruiſſe ornamento Juris ſcientiæ elegantioris, multis rebus intellexi. In præſentia autem æque ac *d. c.* IX. grato adgnoſco animo, ejus beneficio me quod ante nemo vidit, nec ipſe adhuc expedit Dominus Van Bynkershoek, in clara luce poſuiſſe. Ac bonum factum Antonii Schultingii, Viri Præſtabilis, Cognati, Collegæ, & Amici mei, *Notis* ad Paulum *lib.* 2. *Sentent. tit.* 24. *pag.* 315. & *lib.* 5. *tit.* I. *pag.* 431. in hisce & Lipſio, & mihi, ſua ſuffragatione non ita pridem applaudentis.

Quod tamen viſum mihi, non placet Bynkershoekio in *Præfatione ad Lectorem* & in *Opuſculo c.* VII. & IX. exiſtimanti, non fuiſſe patri usque ad Principatum Valentiniani, Valentis, & Gratiani, conceſſam infantum expoſitionem necemque, ſed eam diu ante fuiſſe abolitam jam a tempore Trajani, Hadriani, & Antonini Pii: inde adempto illi in liberos, ſine ætatis diſcrimine, jure vitæ & necis, ac poſita, ſi contra faceret, extra ordinem pœna mortis vel minore pro re nata.

Sed aut fallit me animus meus, aut quod egi *Julio Paulo*, ita vero admovetur: ut vix alia probatione indigeat: conſentiente in primis Viro Ampliſſimo in *d. Præfatione* & *d. c.* IX. & X. infantum expoſitionem parentibus fuiſſe indultam usque ad Principatum Trajani, Hadriani & Antonini Pii. Nam ſi tamdiu liberam a crimine & pœna fuiſſe confitetur; nec probat, (quod nusquam fe-

fecit: negare enim quod solum facit, non est probare; ne artis quidem est aut doctrinæ) si, inquam, non ostendit, deinde vetitam ac coërcitam fuisse expositionem: quid est verius, quam ad Valentinianum, Valentem, & Gratianum, sine crimine & pœna perseverasse, medio tempore non mutatam?

Posset sic perorata videri causa: sed cogitanti serio componere motos fluctus, lubet obiter & quasi per indicem, in memoriam revocare *c.* II. *&* IV. *Julii Pauli* explicita a me, postrema præsertim Operis editione, testimonia Veterum, istos Fori Romani mores sub Trajano & deinceps sine circuitu asserentium. Sic agam: partes primas daturus Christianis; insequentes Gentilibus. Est autem celebris apud Christianos Justini Martyris Apologia secunda, pro Christianis scripta ad Antoninum Pium, ejus filios, Verissimum, qui est Marcus Antoninus, & Lucium Verum, itemque ad Senatum, & Populum Romanum. In hac Apologia vir ille sapiens, Christianos defensurus adversus Gentilium calumniam de infanticidio & convivio incesto, non timuit *pag.* 70. *editionis Parisiensis apud Morellum anni* 1636, facta utriusque sectæ comparatione, confirmare, inter alios Populi Romani mores, a Christianis habitos pro improbis, esse infantum expositionem ac necem: sed hanc cum cæteris jure publico a Gentilibus licitam atque impunitam relinqui. Evidens esse hoc Justini Martyris testimonium, nemo neget, inspectis loci verbis. quin sincerum sit, ego cur dubitem? tu quoque non petas melius. quo tamen cumulatior sit ejus auctoritas, addam, quod idem simili consilio testatus sub Severo & Antonino Caracalla est Minucius Felix *Octavio c.* 30. *&* 31. tum sub iisdem Principibus Tertullianus *lib.* I. *Ad nationes c.* 15. *& in Apologetico c.* 9. etiam sub Constantino Lactantius *lib.* 6. *Divin. instit. c.* 20. *& in Epitome c.* 6. & quidem omnes tam diserte ac perspicue, ut nemini, nisi cui libido sit de omnibus, vel certissimis, ambigere, post se relinquant dubitationem. Nihil jacto: loquor simpliciter: & esse vera quæ dixi, rebus comperiet necessariis, quisquis mentis suæ oculos a me *Julio Paulo* scriptis ad illorum intellectum, curiosius adjecerit.

Aliquem deterreat contraria sententia Amplissimi Bynkershoekii *Opusculi c.* x, omnium fidem Christianorum pro vana aut mendace una litura expungentis. Sed me solatur, quod non constat sibi. nam meditantem aliorum scripta arguere, ante sollicite inquirere, & pro certo nosse oportet, an & qua causa quid rejicere & velit & debeat. securum vero talis diligentiæ fuisse Virum Amplissimum, mihi indicio sunt ejus verba, *d. c.* x. palam fluctuantia *pag.* 225. *&* 226. primum enim accusat Christianos Scriptores erroris, etiam mendacii: quod dicant, infantum expositionem sua ætate apud Gentiles fuisse licitam; cum, ejus opinione, esset detestabilis. mox deinde pro vero obtinet contrarium, Nullum Christianorum dixisse, patres sua ætate adblandientes sibi puerulos jure licito aut elisisse aut exposuisse: sed ejus sceleris immanitatem & frequentiam narrare primum, deinde damnare, & præterea nihil. Objicit ergo Christianis meis duo, ipsa pugnantia usque adeo; ut uno vestigio simul nequeant insistere. Hanc porro inconstantiam a veri intelligentia proficisci, non credam ego: ac si contrarium malit Vir Amplissimus; nemini id persuasurum confido: nec magis extorturum cuiquam, ullo jure se erroris aut mendacii damnare quos an aut cur eo damnet nomine, ipse nesciat. Sed profecto ne famæ Christianorum noceat ista Viri Amplissimi accusatio duplex, primum in mora est ejus ignorantia tam manifesta vacillatione intellecta. deinde, quod neutra ex vero colorem ducit. alteram enim vincit Christianorum consensus de licita eorum tempore infantum expositione ac nece; eo validius, quod contraria ejus juris negatio, est singularis Viri Amplissimi, tum hujus temporis, & incerta plane. Christianorum vero assertio est multorum, præterea vetus, unanimis, constans, etiam Gentilium suffragio suffulta: ut in loco apparebit. altera omni caret probatione ad demonstrationem vanitatis aut mendacii Christianis objecti, necessaria. Sane pro tali apud me non cedat prima hæc ejus proclamatio, *Veteres Christianos sæpe de bona fide parum sollicitos, Gentilibus adversariis suis plurima exprobrasse, atque si pro licitis haberent quæ ipsi eorumque leges palam detestabantur.* Sic censeo: nec opus quæri causam, ultro liquidam: ea causa est, protestatio ab hac lite toto cœlo remota. Nec major est vis secundæ: *Plus semel illos Patres insurgere in seculi vitia, in mores corruptos, in fæcem populi, in turbam sine nomine, quæ tantum non legibus soluta vivit.* Ne video quidem, qua causa, quo fine, quo sensu, his eodem subjungat spiritu: *Quæ omnia non recte detorqueri ad viros bonos & utiles reipublicæ cives qui legibus vivebant & magistratibus parebant.* Idem dicam de adjectione tertia. *Possum sexcenta hujusmodi proferre quæ nisi dicerent Venerandi Patres, ego convicia de plaustro dicerem.* Sunt enim verba & nuda & privata Viri Amplissimi: eoque aliis non præjudicantia. Postremo leniturus orationem, nec sic conjectat aut certius, aut ad rem accommodatius: *Etiam Christianos Gentilibus promiscue objicere vulgi flagitia, ignaros legibus esse vetita: meliores videlicet Theologos, quam Jurisconsultos. quin forte existimasse, licita, quod vitia in mores migraverunt, & inter leges creverat delictorum frequentia.* Igitur quantum ad Scriptores Christianos attinet: nil habent metuere a censura Viri Amplissimi, plena erroris, & ipsa se destruente, tum singulari, postremo vaga, & hanc litem nulla ex parte attingente. Ego vero præter hæc optem, exercitam non fuisse ab Amico Honorato: judicaturis quibus studium sit, se æquos præbere omnibus, (quod omnes bonos facere decet) non convenire ejus comitati, prudentiæ, dignitati, Scriptores veteres, ingenii solertia nominis claritatem per tot secula retinentes apud viros doctos & laudatos, tam adspernanter habere; eoque rumpere, non solvere, nodum sibi incommodum.

Ita liceret mihi adquiescere hactenus pro Christiana sinceritate dictis. sed permittes mihi, ea haberi tantum quasi præambula defensionis quam paro; & de universis quæ ad eam spectant, nunc ire in consilium, quam potero, exactissime, sequestrato paulisper isto Christianorum contemptu. Unde datur nobis hodie cognoscere, & finire litem de tempore antiquati ante multa secula moris necandi exponendique infantes; præterquam ex memoria eorum quibus re integra opportunum erat, scire quod nunc aliunde non apparet? id divinare (præter hoc enim nihil restat) verius aptiusve ratiocinatione, quam illis licuerit fide oculorum, & usu præsentis temporis intelligere, quo modo, si sapimus, speret alter nostrum? Insuper volo interrogare, quanta Juris scientia fuerit opus significaturis, an ipsorum ævo parentibus esset permissum, infantes tantum quod natos, pro arbitrio tollere, exponere, necare? Conferamus, nisi grave est, nostra tempora cum illis vetustis: quisquamne hodie, utrum jure concessum, an vetitum, sit parentibus exponere aut necare infantes, laborat usquam

fa-

ſanus homo? quisquamne, ut ſciat, quid ſe facere ea in re oporteat, ullius umquam adit Jurisconſulti domum? Cur aliud fuerit olim? nam & tum erat cunctis notum, quid liceret: a nullo ignorabatur nato homine: atque ut ad conſtringendam ſingulorum vitam pertinebat, debebat ab omnibus intelligi: legibus ſolitis, ne ab ullo peccetur, in commune ſcribi omnibus, tam ſummis, quam infimis *l.* 1. *l.* 8. *D. l.* 3. *l.* 9. *C. de legibus*: ſicut putant, omnes, oblata occaſione, peræque eſſe improbos. Solos vero quod ſciebant, quod videbant, quod loquebantur omnes, ne comœdiæ quidem reticebant, qua fronte credimus, latuiſſe Chriſtianis: ut ut eſſent ſecundum Ampliſſimum Senatorem meliores Theologi, quam Juriſconſulti?

Sed ut perfectius adhuc ſervetur Chriſtianorum decus, diſtinctiusque reſpondeatur caſtigationibus quibus in repellendis eorum teſtimoniis magna fiducia uſus eſt Vir Clariſſimus: non tædet me, ulterius oſtendere, ne fuiſſe quidem illos homines ineptos, rudes, illiteratos: ſed doctos, & peritos rerum, etiam civilium. primum an eſt dubia hæc Tertulliani gloria? atqui ex ejus monumentis plurima valuiſſe eruditione, legum quoque ac conſuetudinum fuiſſe ſcientem: liquet omnibus: nec inficiatur Dominus Van Bynkershoek *Opuſc. c.* x. *pag.* 226. Quid ſi probabile eſt præterea, Lactantium, illum ſub Conſtantino Rhetorem, non minus gnarum Juris Civilis fuiſſe, quam facundum & literis præſtantem? utrumque ex *Divinis* ejus *Inſtitutionibus* conſtat. præterquam quod neceſſariam Oratori eſſe Juris Civilis notitiam, ignorari non ſinit Quintilianus *lib.* 12. *Inſt. orat. c.* 3. Jam Minucium Felicem quo ſimiliter uſus ſum teſte, (&, quod notandum, de viſu: nam de ſe hoc ipſe refert *Octavio c.* 30.) tam Romæ cauſas egiſſe in jure, quam multiplice doctrina & eloquentia excelluiſſe, ex *d. Opere* patet. quin fuiſſe non ignobilis in Foro inter cauſidicos loci, bonus auctor eſt Lactantius *lib.* 5. *Divin. inſt. c.* 1. Atque hæc ſi ſunt, ut negari nequit, explorata: judicet, quisquis volet; ullane ſit Ampliſſimo Senatori cauſa, vel minima, male exiſtimandi de ingeniis Chriſtianorum Scriptorum, eorumque teſtimonia ſpecie ignorantiæ Juris, pro vilibus rejiciendi in re manifeſta omnibus, etiam infimis.

At fuerunt parum ſolliciti de fide bona: quin plurima ſæpe dederunt fallaciis, fraudibus, ac conviciis, vel plauſtro dignis: Gentiles, adverſarios ſuos, facturi odioſos. Audio. Verum convincendi ſunt ejus nequitiæ. accuſari enim poſſunt optimi. id quotidie fit: & in priore claret articulo. præterea notari oportet, eſſe hic, hic inquam, alia enim, hinc aliena, prætermitto, controverſiam de re una, ea non unius aut alterius errore, aut fictione, quali quali aliquando producta abdito ex receſſu aliquo: ſed unicuique omni occaſione, loco, tempore, obvia: eoque ſummis, mediis, infimis, peræque indubitata. In ea an potuit, niſi ſtultis, quales illos nemo appellet ſapiens atque intelligens, apud Philoſophos (nam cum his contendebant de integritate & excellentia ſectæ) incaſſum obrepere cogitatio tam humilis & inverecunda, quam temeraria, ac nihil profutura? Adhuc de privata Octavii, verbi gratia, cum Cæcilio Natali diſputatione eximia apud Minucium Felicem loquor. Quid, ſi pro diſciplina Chriſtiana Tertullianus verba fecit apud Magiſtratus Populi Romani, de ipſa ſolitos, ut initio *Apologetici*, ait, pro tribunali judicare? quid ſi ad Principem, Senatum, & Populum Romanum *Apologiam ſecundam* pro Chriſtianis ſcripſit Juſtinus Martyr? vel hic debuit parci mendaciis manifeſtis, tam certa veneratione majeſtatis.

Sit iſta præſumptio, & ſpecioſa admodum, nondum intellecta veritate: at detecta, & cognita, quid facit præſumptio? eſt autem unus, ut de cæteris ſileatur, Minucius Felix, imperitiæ, aut improbitatis, aut utriusque manifeſtus: viſus nempe Domino Van Bynkershoek *Opuſc. c.* x. *pag.* 225, multa protervia Gentilibus publicam exprobrare indulgentiam, nedum expoſitionis infantum qua de agimus; ſed quo evidentior ſit fallacia, etiam aliorum criminum. Quorum? Homicidii atque Adulterii. plura vult intelligi. hæc nominat: indignatus, ea fraude illum ſuos Chriſtianos in *Octavio* ab his ita vindicare: *Nobis homicidium nec fas videre, nec audire.* Et mox: *At nos pudorem non facie, ſed mente præſtamus, unius matrimonii vinculo lubenter inhærentes.* Quæ apposuit verba, excerpſit ex *c.* 30. & 31. atque ipſa mox exploſit quaſi falſa. Quo argumento? optimo hoc & certo; (ſic putat) quod *contra homicidium præſto eſt Lex Cornelia;* & *contra adulterium Lex Julia.* At mihi proclive eſt, exiſtimare, quod pro falſo protervoque culpat & damnat Bynkershoekius, ipſi Minucio Felici numquam veniſſe in mentem. ne cerno quidem, quemadmodum, permiſerit ſibi Doctiſſimus Senator, arbitrari, tam ſocordem atque inſulſum fuiſſe illum conſultum, doctum, ac nobilem Fori Romani Cauſidicum: ut aut neſciret latrocinio iraſci Legem Corneliam; & adverſus adulterium inſurgere Legem Juliam: aut ſe adverſariis ſuis, minime ſtultis aut hebetibus, perſuaſurum, non eſſe Leges quas noverant omnes, & in judiciis publicis quotidie exerceri videbant omnes. Sunt hæc nimis diluta. Ipſe melius ominor, a Minucio Felice de homicidio & adulterio dicta a mendacio, fallacia, proterviaque, tota via abeſſe, accepta præſertim, ſic oportet, ex diſciplina Veterum Chriſtianorum: cujus præceptis ille ſuſtinuit ſuorum innocentiam tueri, & Gentilium calumniam de infanticidio & convivio inceſto, mendacii convincere. Id oſtendi res poſtulat: & ſi probem, quod facturum me confido, vicero.

De homicidio primum agam: arbitratus, Minucio Felici *d. c.* 30, cum ait, *Nobis*, id eſt, Chriſtianis, *non eſſe fas, homicidium videre, nec audire*, in oculis non fuiſſe latrocinium, Lege Cornelia vetitum: quod credidit Bynkershoekius: ſed alias homicidii ſpecies, Chriſtiana quidem lenitate improbatas, at publice licitas. finge, homicidia, voluptatis gratia fieri ſolita in arena, in Amphiteatro, in ſpectaculis publicis, ſive feris beſtiis, ſive invicem ſibi objicerentur gladiatores noxii, aut alii, arenæ ſe locantes. In eodem numero pone cædem voluntariam, nusquam prohibitam jure publico; ſi fiat tædio vitæ, non mala conſcientia: etiam accuſationem criminis capitalis, quantumvis legibus permiſſam in judicio publico: tum militiam; & quod ante omnia notandum fuit, illam de qua diſputamus infantum expoſitionem ac necem. Omnia hæc erant publice conceſſa: ſola Chriſtianorum ſecta impia & damnata. Abſit igitur, ut poſſint aut debeant Domino Van Bynkershoek mendacia videri, & convicia de plauſtro appellari. Subrides, video. ſed quod ad ſpectacula attinet: ejus auctorem habeo Athenagoram *Apolog. pro Chriſtianis pag.* 38. *editionis Pariſienſis apud Morellum:* etiam Prudentium *lib.* 1. *Adverſus Symmachum verſ.* 379. & *ſeqq.* item *lib.* 2. *ad fin.* atque optantem id mutari a Chriſtiano Principe. Pauca dixi. idem, & cætera omnia, ne excepta quidem infantum expoſitione ac nece, teſtatur Lactantius in *Epitome c.* 6. & *lib.* 6.

6. Divin. inst. c. 20. Verba utriusque loci adscribam, etsi complura: quia a stirpe tollunt litem, a Viro Amplissimo motam. Verba prioris loci. *Quid tam horribile, tam tetrum, quam hominis trucidatio? ideo severissimis legibus vita nostra multatur: ideo bella execrabilia sunt. inventa tamen consuetudo, quatenus homicidium sine bello, ac sine legibus faciant, & hoc ut scelus vindicent. quod si interesse homicidio, sceleris conscientia est, & eodem facinore spectator obstrictus est, quo & admissor: ergo & his gladiatorum sceleribus non minus cruore perfunditur qui spectat, quam ille qui facit: nec potest esse immunis a sanguine qui voluit effundi; aut videri non interfecisse qui interfectori & favet & praemium postulavit.* Et post: *Vetus praeceptum est, non occidere. quod sic accipi debet, non tamquam jubeamur ab homicidio tantum, quod etiam legibus publicis jubetur, manus abstinere: sed hac jussione interposita, nec verbo licet periculum mortis inferre, nec infantem necare aut exponere, nec se ipsum voluntaria morte damnare.* Verba prioris loci cernis: ipsa ad demonstranda quae expectas, liquida. Sequentia sunt posterioris, & aliquanto pleniora. *Qui hominem, quamvis ob merita damnatum, in conspectu suo jugulari pro voluptate computat, conscientiam suam polluit, tam scilicet, quam si homicidii quod fit occulte, spectator & particeps fiat. Hos tamen ludos vocant, in quibus humanus sanguis effunditur. Adeo longe ab hominibus secessit humanitas, ut cum animas hominum interficiant, ludere se opinentur, nocentiores iis omnibus quorum sanguinem voluptati habent. Quaero nunc, an possint pii & justi homines esse, qui constitutos sub ictu mortis, ac misericordiam deprecantes, non tantum patiuntur occidi, sed efflagitant, feruntque ad mortem crudelia suffragia, nec vulneribus satiati, nec cruore contenti. quin etiam percussos jacentesque repeti jubent, & cadavera ictibus dissipari, ne quis illos simulata morte deludat. irascuntur etiam pugnantibus, nisi celeriter e duobus alter occisus est, & tamquam humanum sanguinem sitiant, oderunt moras. Alios illis compares dari poscunt recentiores, ut quam primum oculos suos satient. Hac consuetudine imbuti, humanitatem perdiderunt. Itaque non parcunt etiam innocentibus, sed exercent in omnes, quod in malorum trucidatione didicerunt. Hujus igitur publici homicidii socios & participes esse non convenit eos qui justitiae viam tenere nituntur. Non enim cum occidere Deus vetat, latrocinari nos tantum prohibet, quod ne per leges quidem publicas licet: sed ea quoque ne fiant, monet, quae apud homines pro licitis habentur. ita neque militare justo licebit, cujus militia est in ipsa justitia: neque vero accusare quemquam crimine capitali, quia nihil distat, utrumne ferro, an verbo potius occidas, quoniam occisio ipsa prohibetur. Itaque in hoc Dei praecepto nullam prorsus exceptionem fieri oportet, quin occidere hominem sit semper nefas, quem Deus sanctum animal esse voluit. Ergo ne illud quidem concedi aliquis existimet, ut recentes natos liceat oblidere quae vel maxima est impietas. ad vitam enim Deus inspirat animas, non ad mortem. Verum homines, ne quod sit facinus, quo manus suas non polluant, rudibus adhuc & simplicibus animis abnegant lucem non a se datam. Exspectet vero aliquis, ut alieno sanguini parcant, qui non parcunt suo. sed hi sine ulla controversia scelerati, & injusti. quid illi quos falsa pietas cogit exponere? Non possunt innocentes existimari qui viscera sua in praedam canibus objiciunt, & quantum in ipsis est, crudelius necant, quam si strangulassent. Quis dubitet, quin impius sit qui alienae misericordiae locum non tribuit? qui etiamsi contingat ei, quod voluit, ut alatur, addixit certe sanguinem suum vel ad servitutem vel ad lupanar. Quae autem possint vel soleant accidere in utroque sexu vel per errorem, quis non intelligit, quis ignorat? quod vel unius Oedipodis declarat exemplum, duplici scelere confusum. Tam igitur nefarium est exponere, quam necare.* Lactantius inter caetera quae nobis sunt in quaestione, sine scrupulo probat, etiam infantum expositionem & necem apud Gentiles quidem suo tempore jure publico fuisse permissam: at a Christianis tamquam impiam fuisse damnatam: simul, Minucii Felicis verba, *Nobis homicidium nec fas videre, nec audire*, a convicio, fallacia, & protervia, id est, ab objurgatione Domini Van Bynkershoek esse liberam.

Similis sit solutio aenigmatis de impunitate adulterii, a Minucio Felice Gentilibus falso proterveque objici a Viro Amplissimo credita. Nam ne hanc quidem somniavit Minucius. contra, cum dixit objecto loco, *At nos Pudorem non facie, sed mente praestamus, unius matrimonii vinculo lubenter inhaerentes;* solum voluit, Lege Julia de adulteriis & stupris coërcendis ad complura conniveri adulterii & stupri genera: a quibus, etsi licitis ea Lege, Christiana disciplina suos abstrahit, tamquam a vetitis: nam jubere, suos unius matrimonii vinculo (id est, una uxore: *matrimonium* enim pro uxore dicit; ut saepe Veteres) esse contentos: nec sequi alias, non dicam matronas aut virgines viduasve honestas a quibus abstineri, etiam Lex Julia imperat: sed nec ancillas aliasve mulieres liberas, viles, vulgares meretrices cum quibus Lex Julia adulterium stuprumve admitti neque vetat, neque admissum pro adulterio aut stupro punit. certa haec ex *l.* 22. *l.* 25. *l.* 29. *C. Ad Leg. Jul. de adult.* nec incognita Ovidio *lib.* 1. *De arte amandi vers.* 31. *& seqq.* Verba.

Este procul vittae tenues, insigne pudoris,
Quaeque tegis medios, instita longa, pedes.
Nos Venerem tutam concessaque furta canemus.

Tenes sic laxitatem publicae Gentilium disciplinae. quaeris rigorem Christianae, ab illa abhorrentis ex sententia Minucii Felicis. Accipe ab Hieronymo. is *Epistola ad Oceanum pag.* 200. *edit. Basil. anni* 1524. *tom.* 1. sic scribit: *Aliae sunt leges Caesarum, aliae Christi. aliud Papinianus, aliud Paulus noster praecipit. apud illos viris impudicitiae frena laxantur, & solo stupro atque adulterio damnato, passim per lupanaria & ancillulas libido permittitur; quasi culpam dignitas faciat, non voluntas: apud nos quod non licet feminis, aeque non licet viris; & eadem servitus pari conditione censetur.* Sic Hieronymus. nec minus Lactantius *lib.* 6. *Divin. instit. c.* 23. & in *Epitome c.* 6. sed locus prior sufficiet. is sic habet. *Nondum omnia castitatis officia executus sum, quam non modo Deus intra privatos parietes, sed etiam praescripto lectuli terminat; ut cum quis habeat uxorem, neque servam, neque liberam habere insuper velit, sed matrimonio fidem servet. Non enim sicut juris publici ratio est, sola mulier adultera est, quae habet alium: maritus autem, etiam si plures habeat, a crimine adulterii solutus est: sed divina lex ita duos in matrimonium, quod est in corpus unum, pari jure conjungit, ut adulter habeatur, quisquis compagem corporis in diversa distraxerit.* Sed quid ego ex Lactantio & Hieronymo sector Minucii Felicis sensum? cum in *Octavio c.* 35. haec comperiam ejus verba: *Si vobiscum Christiani comparemur, quamvis in nonnullis disciplina nostra minor est, multo tamen vobis meliores deprehendemur. Vos enim adulteria prohibetis & facitis: nos uxoribus tantum viri nascimur.* Sensus Minucii Felicis: Licet ex Christianis nonnullos, sive aliquos, non omnino, ut oportet, in officio teneat Christiana disciplina; eoque forte in his sit minor, sive possit minus efficax videri: multo tamen vobiscum comparati, o Gentiles, vobis, id est,

vestra

vestra secta melior deprehendetur nostra. Vos enim adulteria prohibetis Lege Julia: & tamen hac permittente facitis manifeste cum ancillis videlicet, etiam cum mulieribus liberis, vilibus & vulgaribus, id est, meretricibus. At nos uxoribus tantum viri nascimur: volente secta, nos una esse contentos uxore, nec sectari aut ancillas, aut meretrices alias, etsi impune, & connivente Lege Julia.

Sed finiamus: nam afferta sic, adversus singularem observationem Domini Van Bynkershoek, integritate & existimatione Minucii Felicis, cæterorumque Christianorum Scriptorum, plenissime constat ratio omnibus quæ de infantum expositione & nece dixi eorum fide: liceretque mihi ulteriore superfedere cura: nisi promisissem, etiam Gentilium uti testimoniis, quod ex Christianis dictum, publici juris fuisse, æque clare significantibus. Age igitur; pareamus vel hujus debiti solutioni. Res extat apud Plautum & Terentium locis, paulo post allegandis. Nec causa Domino Van Bynkershoek sic scribendi in *Opusc. c.* VII. *pag.* 193. *Non ut in comœdiis, ita in jure quo de agimus, patris electio est, velletne tollere liberos, an occidere.* Unde enim Comicis materia, nisi ex moribus Populi? nonne illis finis, *Humanos mores nosse & describere?* Sic observat Hieronymus *Epist. ad Furiam de viduitate servanda pag.* 82. Præterea solent Juris Interpretes res facti æque a Comicis atque ab aliis mutuari. Fuerit, quod ajunt, vetustis temporibus. at recentiora quærit Dominus Van Bynkershoek. Primo quis nescit, posteriora pendere a prioribus, nisi fuerint innovata? Deinde mutatio, ut est facti, probari debet. nuda Viri Clarissimi affirmatio, ut ut contraria, & fortis, nullius roboris est. Ipse tamen, quamquam non habeo necesse, dicam sponte, etiam sub Augusto & Tiberio perdurasse exponendi jus vetus: monstrante Suetonio *Octavio c.* 65. & *Caligula c.* 5. Audebo opinari, etiam postea obtinuisse: modo fuerit ante imperium Trajani, Hadriani & Antonini Pii: sic enim cavet Dominus Van Bynkershoek *d. c.* X. causatus, inde ademptum patri nullo ætatis discrimine esse in liberos jus vitæ & necis. Sed Ælius Spartianus Suetonii Tranquilli, Magistri Libellorum, meminit sub Hadriano in *ejus vita c.* 11. Eamdem cautionem sub Trajano prævenit Tacitus locis ad hanc rem a me accommodatis *Julio Paulo c.* 11. addita ibi pro cumulo observatione Quinti Curtii tenoris & consilii ejusdem. Conatus quidem Dominus Van Bynkershoek, infringere Taciti auctoritatem: sed prudentius non tentasset: circa ejus ætatem, ubi pedem figat, incertus. Nam *d. c.* X. *pag.* 230. modo dicit, *Taciti ætatem fere remotiorem esse, quam ut conveniat nostræ disputationi:* modo ait, *Nolo tamen, quod ad Taciti ætatem attinet, de ea usque quaque contendere.* Quamobrem sic nutet; non animadverto: minusque, quo pacto in animum induxerit, me vel hic refellere: confessus, se id quo me refellat, ignorare. quo enim hoc pertendit? nisi quod constituit; a me dissentire ideo, quia constituit dissentire: etsi non habeat dissentiendi causam. quod an oportuerit fieri, judicent alii, quos non piget modestiæ & sinceritatis. Æque non intelligo causam qua non perviderit ætatem Taciti: cum Trajani Principatum ipse attingat Tacitus *lib.* 1. *Histor. c.* 1. *Agricol. c.* 3. & *De situ & morib. German. c.* 37. Cæterum non fui contentus allegasse Tacitum sub Trajano: etiam Apulejum adduxi testem, non minus certum, & sub Divis Fratribus Juris scientia non incuriosum: ut ex libris *Metamorphoseos*, tum ex præclara ejus *Apologia* constat. Potuissent hæc sufficere: sed amor veri *c.* IV. *Julii Pauli* vetuit me oblivisci Scævolæ *l.* 29. *D. de manumiss. testam*, item Diocletiani & Maximiani *l.* 16. *C. de nuptiis*, & dissimulare duo ex jure exempla impunitæ illo tempore expositionis infantum. Obmovet quidem Vir Clarissimus, non fuisse illis in locis quæsitum de pœna exponentis filiam; & ideo de ea quoque cessare responsum; neque faciendum nunc inde argumentum. Sed ea solutio nil meretur reponi: nam (ut taceam de *d. l.* 29. & solum loquar de *d. l.* 16.) si tum coërcita corporali pœna, atque etiam morte, fuit expositionis impietas, ut putat Doctissimus Senator: quæso, an quis pater, exposita a se filia, & ab alio educata, foret tam demens aut temerarius; ut ipse se vellet perdere: ejus repetitione se proditurus Præsidi, Principalibus Mandatis obstricto, provinciam purgare malis hominibus *l.* 13. *l.* 3. *D. de officio præsidis.* Quod si adeo imprudens aut insanus alicui videri possit filiæ pater: (sunt enim variæ & miræ hominum sententiæ) an proinde dicturi sint Imperatores, illum filiæ expositione, id est, suo scelere, mortem meritum, adultum quidem inverecunde repetere, at a jure interim nihil facere alienum: modo sit paratus, alimentorum impensas educatori restituere: & sic moris esse. Tam absurdos in Rescripto fuisse Imperatores, si serio sibi persuadet Vir Clarissimus, non invideo: sed a me aliisque ut serio credatur, impetrabit numquam. Verisimilius est mihi, erit forte & aliis, Imperatores, quatenus attinet ad infantis expositionem, & adultæ repetitionem, oblata alimentorum restitutione, ita ut moris esse *d. c.* IV. *Julii Pauli* probavi ex Quintiliani *lib.* 7. *Inst. Orat. c.* 1. rem illo ævo licitam atque impunitam indigitare.

Quod si his sua, ut oportet, adest auctoritas: cedo, qua ratione sibi persuadeat Vir Amplissimus, Veteres de infantum expositione disserentes, non enarrare jus, concessum omnibus; sed privata flagitia publice vetita & puniri solita: maxime post Trajanum, Hadrianum, & Antoninum Pium. Scio, præfatur, inde mutatam esse priorum temporum licentiam, sed hujus asseverationis nullum dat sponsorem: ita docet quod non probat. ego vero sine eo non credo: quam enim sic habeo causam, Veterum sermonem qui post illos Principes literis floruerunt, in alium trahere sensum, quam eorum qui ante de infantum expositione scripserunt, sermo accipi & solet & debet? plane nullam. Sunt hæc evidentia, ut cætera omnia: sed collatis exemplis fient evidentiora. En apud Plautum *Ampbytr.* I. 3. 2. Jupiter sub specie Amphytruonis Alcumenam sic alloquitur.

— — — *Menses jam tibi esse actos vides.*
Mihi necesse est ire hinc: verum quod erit natum, tollito.

Similiter ait Davus apud Terentium *Andria* I. 3. 14.

Quidquid peperisset, decreverunt tollere.

Aliquisne hæc legens, ambigat, utrum repræsentetur flagitium hominum vilissimorum, legibus aut moribus puniri solitum: an jus concessum omnibus tam summis, quam infimis; eoque criminis pœnæque vacuum? Æque credes mihi, ejusdem tenoris esse hoc Suetonii *Octavio c.* 65. de Augusto sic loquentis: *Ex nepte Julia post damnationem editum infantem agnosci alique vetuit.* Quæso, ne graveris, etiam sequentem ex *Caligula c.* 5. locum exaudiri, non quasi designet, a turba vili & sine nomine quid flagitiose factum: sed passim a populo in luctu jure licito. *Quo defunctus est die, lapidata sunt templa, subversæ Deum aræ, Lares a quibusdam familiares in publicum abjecti, partus conjugum expositi.* At nec hic resistet Dominus Van Byn-

Bynkershoek: recordatus præsertim, se esse aliquoties confessum, ante Trajanum, Hadrianum, & Antoninum Pium, nondum prohibitam fuisse infantum expositionem, nondum ablato patri jure liberos necandi. De Tacito, quia dictum ante, nihil repeto. Illud non silebo: quod difficilius sinat, similem sub Divis Fratribus, fieri conjecturam de sequente Apuleji loco ex *lib.* 10. *Metamorph. Pater peregre proficiscens, mandavit uxori, matri ejusdem juvenis, quod enim sarcina prægnationis oneratam eam relinquebat, ut si sexus sequioris edidisset fœtum, protinus quod editum esset, necaretur.* Mihi vero nihil proponitur, cur Apulejo alium adscribam sensum, quam Plauto, Terentio, Suetonio: eadem Apulejo loquendi forma, eodem parentum arbitrio ob sexum tollendi aut necandi infantis, nec prohibita, quidquid dicat Dominus Van Bynkershoek, illo tempore ejus nece aut expositione. Ne prætermittam quidem notatum hoc a Donato qui floruit maxime sub Constantini filiis, ad *d.* Terentii locum: *Paritur enim aut masculus aut fœmina: & solet justior esse causa tollendi, si marem uxor peperit. sed nimii amoris est, non expectare, quid tollas.* Addam, quod in mare justior visa fuit tollendi infantis causa, quam in femina: etsi alioquin æque impia esset aut cædes aut expositio. sed hoc intelligitur comparatione sequentis ex Ovidio loci *lib.* IX. *Metamorph. fab.* 10. *vers.* 668.

Proxima Gnosiaco nam quondam Phæstia regno
Progenuit tellus, ignoto nomine Ligdum,
Ingenua de plebe virum. nec census in illo
Nobilitate sua major: sed vita fidesque
Inculpata fuit. gravidæ qui conjugis aures
Vocibus his movit; cum jam prope partus adesset:
Quæ voveam, duo sunt: minimo ut relevere labore;
Utque marem parias. onerosior altera sors est:
Et vires fortuna negat. quod abominor, ergo
Edita forte tuo fuerit si femina partu;
(Invitus mando: pietas, ignosce) necetur:

Dicta de Gentilibus Scriptoribus, age, aptemus etiam Christianis: nam nec hi, cum illis exprobrant infantum expositionem necemque, eo fuere animo: ut referrent flagitia fæcis Populi, vetita & puniri solita: sed disciplinam sectæ, utramque omnibus impune permittentis. Solus hoc negat Dominus Van Bynkershoek: præterea nemo unus, ne apud Veteres quidem. imo Tertullianus ait, non modo plerosque de populo, sed ipsos etiam provinciarum Præsides, liberos suos impune & necare & exponere. probavi id *Julio Paulo c.* 11. ex ejus *Apologetico c.* IX. Nec frustra nunc addam, esse verisimile, certantes de præstantia sectæ Christianos Gentilesque, non voluisse, se invicem aggredi argumentis ab indole & factis singulorum, & vilissimorum hominum; ubi virtutis, sapientiæ, & religionis honor vertitur, a neutra parte locum invenientium.

Non meliore aut causa aut fato circumfert Vir Amplissimus *c.* x. *sui Opusculi*, negotium fuisse Christianis, Gentiles, quos habebant adversarios, cum eis infantum expositionem ac necem objiciunt, petulantibus conviciis quæ de plaustro vocat, odii plenos facere. Nam contra intellecto, quod eis exprobrant, esse in aperto, an pro convicio aut maledicto reputetur quod est verum? accedit quod convicium videri nequit dictum sine convicii aut injuriæ proposito. id an fuit illis qui adversariis suis non ultro, nec sponte, imputarunt impietatem expositionis necisque infantum? si rem recta putemus via: non habuere consilium inferendæ, sed repellendæ injuriæ: quin ante ab eis lacessiti insimulatique infanticidii & inde convivii incesti, suam purgaturi innocentiam, necesse habuere allegare, haud crediturос de Christianis Gentiles scelus, turpe atque atrox: nisi ipsi facerent consimile, & suo exemplo discerent, ab aliis admitti posse. præterea esse iniquos qui in aliis reprehendant ac puniant pro crimine quod in ipsos reciprocata vicissitudine possit retorqueri. Sed profecto licita & honesta prius læsis omni jure fuerit defensio: nec male Terentius *Eunuch. Prolog. vers.* 6.

Responsum, non dictum esse, quia læsit prior.

Illuc autem unice collineasse Christianos, quomodo non animadvertit Dominus Van Bynkershoek; si attente legit & examinavit Scriptores ipsos, hoc palam declarantes? quod si aut perfunctorie legit integros, aut saltem excerptos ab aliis consideravit: (alterum res arguit) quomodo non erubuit, viros bonos & passim laudatos damnare indecoræ improbitatis quos ejus nulla idonea cognitione reos deprehendit? Quidquid est: mihi sufficit, id quod ago, ex Justino Matyre, Tertulliano, & Lactantio, hic paulo ante, & *in Julio Paulo c.* 11. sic demonstrasse; ut a suspicione calumniæ conviciique omni ratione absolvantur. De Minucio Felice an aliud suspicer? suadet Dominus Van Bynkershoek *d. c.* x. *Opusc. p.* 225. sed non persuadet mihi, nec persuadebit aliis, integro animo reputantibus ejus verba, ut extant *Octavio c.* 30. sunt autem talia. *Illum jam velim convenire qui initiari nos dicit aut credit de cæde infantis & sanguine. Putas posse fieri, ut tam molle, tam parvulum corpus fata vulnerum capiat? ut quisquam illum rudem sanguinem novelli & vixdum hominis cædat, fundat, exhauriat? Vos enim video procreatos filios nunc feris & avibus exponere, nunc adstrangulatos misero mortis genere elidere. sunt quæ in ipsis visceribus, medicaminibus epotis, originem futuri hominis extinguant, & parricidium faciant, antequam pariant. Et hæc utique de Deorum vestrorum disciplina descendunt. Nam &c.* Rursus *c.* 31. *Et de incesto convivio fabulam grandem adversum nos Dæmonum coïtio mentita est, ut gloriam pudicitiæ deformis infamiæ aversione macularet, ut ante exploratam veritatem homines a nobis terrore infandæ opinionis averteret. Sic de isto & tuus Fronto, non ut affirmator testimonium fecit, sed convicium ut orator asperfit. Hæc enim potius de vestris gentibus nata sunt. jus est apud Persas misceri cum matribus. Ægyptiis & Athenis cum sororibus legitima matrimonia. Memoriæ & tragœdiæ vestræ incestis gloriantur, quas vos libenter & legitis & auditis: sic & Deos colitis incestos, cum matre, cum filia, cum sorore conjunctos. Merito igitur incestum penes vos sæpe deprehenditur, semper admittitur. etiam nescientes miseri potestis in illicita proruere. Dum Venerem promiscue spargitis, dum passim liberos seritis, dum etiam domi natos alienæ misericordiæ frequenter exponitis, necesse est in vestros recurrere, in filios inerrare. Sic incesti fabulam nectitis, etiam cum conscientiam non habetis. At nos pudorem non facie, sed mente præstamus: unius matrimonii vinculo libenter inhæremus.* Utrum Minucii sermo spectet ad flagitia infimæ fæcis, legibus prohibita & punita; & velit ejusmodi fraudibus ac conviciis adversarios suos facere odiosos: an intendat ad disciplinæ Gentilis a se oculis visæ reprehensionem: simul sit pro tuenda sectæ Christianæ puritate, infanticidii & convivii incesti Gentili more accusatæ a Cæcilio Natali *ibidem c.* 9, ejus litis ego Judicem fero quemvis; nec addo plura: quia pluribus res non indiget.

Molestum tamen est Amplissimo Senatori, (pergo enim ad reliquas ejus objectiones) non allegari a me aliquem Jurisconsultum Veterem qui licitam suo ævo infantum expositionem fuisse dixerit.

rit. etiam video petere, sibi ostendi talem: ac vereri, ne quæratur frustra. ita protestatur *Opusc. c.* IX. *pag.* 210. *item c.* X. *pag.* 223. *& c.* VII. *p.* 191. Sed nulla ratione: producto a me paulo ante Scævola *l.* 29. *D. de manumiss. testam.* & præter eum Diocletiano & Maximiano *l.* 16. *C. de nuptiis.* Quod si vel illa deficerent exempla: ne sic quidem esset mirum, hodie non reperiri Jurisconsultum cujus testimonium ad probandum, jure Pandectarum licitam impunitamque fuisse infantum expositionem, desideret Vir Amplissimus. Versa vice, ego ab eo potius postulem, mihi ostendi Jurisconsultum qui eam jure Pandectarum fuisse vetitam punitamque, palam scribat. hoc enim fuit necessarium fieri a confesso, ante Principatum Trajani fuisse licitam. at jure Pandectarum superesse testem retentæ permissæque adhuc expositionis Jurisconsultum, quid attinet, post sublatam a Valentiniano, Valente & Gratiano *l.* 8. *C. Ad Leg. Corn. de sicar. & l.* 2. *C. de infantib. exposit.* nam si ab illo tempore nulla superesset ejus copia: ideone ante nulla fuit? at negatio nihil operatur in facti probatione: & quoties evenit; ut antiquitus obtinuerit aliquid: quod postea abolitum ab aliis Scriptoribus per occasionem narretur: cum in Pandectis a Jurisconsultis attingatur nusquam? dedi tale exemplum *lib.* 2. *De usufructu c.* 2.

Sit simile in præsenti: ubi non reperto Jurisconsulto quem sibi hodie ostendi petit Bynkershoekius, non est hæc quam credit, causa: quod numquam fuit aliquis: sed quod aliquem in Pandectis superesse, noluit Justinianus: non esse e re Jurisprudentiæ arbitratus, in ejus Operis compositione ex veteribus libris describi doctrinas Veterum, legibus aut moribus abrogatas; eoque usum neque tum habentes, neque deinceps habituras. Id quemadmodum præterierit Virum Clarum & Doctum, equidem non possum ad conjecturam evadere: cum sit indubitatum, auctore Justiniano: qui ab Architectis Pandectarum in earum compositione sic observari palam mandavit. Verba Mandati, si quis recognoscere velit, apposui ex *l.* 1. §. 10. *de conceptione Digestorum:* sunt autem hæc: *Sed & si quæ leges in Veteribus libris positæ jam in desuetudinem abierunt: nullo modo vobis easdem ponere permittimus: cum hæc tantummodo obtinere volumus quæ vel judiciorum certissimus ordo exercuit, vel longa consuetudo hujus almæ urbis comprobavit.*

Expositis quæ erant dicenda pro intellectu, simul pro bona fide, & auctoritate tot illustrium testium consuetudinis in Foro sine interruptione continuatæ usque ad *l.* 8. *C. Ad Legem Corneliam de sicariis, & l.* 2. *C. de infantibus expositis* quæ sunt Valentiniani, Valentis, & Gratiani, non dicam, salvas esse opes meas: id enim apparet ultro: sed me nescire, qua causa aut spe præsumpserit amplissimus Senator, illis invitis, ipse nulla adjutus lege, sola fretus auctoritate sua, post tot secula, persuadere viris doctis, & extra litem nostram, extraque affectum utriusque positis, infantum sanguinolentorum expositionem & necem ante hos Principes vetitam punitamque extra ordinem aut morte aut leviore pœna fuisse. Transilio leges: ne attulit quidem aut Veteris Jurisconsulti aut Scriptoris alicujus vel Gentilis vel Christiani testimonium: quo illa licentia antea diserte vetita & punita dicatur. Non fallo, nec fallor. si quod tale habet; me convincat producto; & cedam ultro. si non habet, ne dicat, consuetudinem, ipsius confessione ante Trajanum, Hadrianum, & Antoninum Pium, in facto certam atque indubitatam, inde sublatam esse.

Ego nec per consequentiam argumentorum hoc probasse existimo. Alicui durior videatur sermo. sed est verissimus; & sum paratus, vel ejus facere periculum. Exigit, en, Vir Amplissimus in *Opusculo* passim, præsertim in *Præfatione*, tum *c.* IX. *pag.* 210. *& seq.* item *c.* X. *pag.* 223. exponendi necandique infantis licentiam ad jus vitæ & necis quod antiquitus fuerit pars patriæ potestatis, & a Principatu Trajani, Hadriani, & Antonini Pii, evanuerit. Sic censet, atque hoc se munit clypeo: sed non firmo, nec apto. Non enim profecta est licentia ista a rigore patriæ potestatis, nec inde pependit umquam. Ain' tu? nolo mihi credi. consulamus quod proximum est, Veteres de facto vetere: non enim petenda aliunde est ejus notitia; quam ab illis qui possunt ex se directo scire sine ratiocinatione, plerumque fallente veri specie. At est ab his traditum quasi per manus, infantem nondum natum, & cum visceribus matris adhuc cohærentem, partem matris esse, atque interim pro planta, nondum pro animali, nedum pro homine fuisse: imo ne natum quidem, antequam susceptus, agnitus, alique, a parentibus jussus esset, iis aliter censeri consuevisse. Nobis hodie non ita sedet. at illa fuit Veterum secta, fateor, impia & crudelis: sed quam, more aliarum Gentium, sequutus fuit Populus Romanus, ipse id jus, ejusque prætextum probavi *Julio Paulo c.* I. II. *&* IV. Nec obluctatus est Bynkershoekius, nisi injectis, credo, fervore disputandi, scrupulis aliquibus, in summa nihil operantibus. Proinde nil attinuit, ad litem de jure necandi exponendique partus argumenta ducere ab integra aut imminuta vi patriæ potestatis cum qua nullam habuit communionem. Sint hæc, ut sunt, firma, Veteres consulentibus: tamen quid vetat, adhuc subjicere, infantum necem expositionemque tam matri, quam patri, fuisse permissam, quamvis in matris potestate liberi fuerint numquam? Atque hoc ostendi *Julio Paulo c.* II. IV. *&* V. fide Scævolæ, Quintiliani, Julii Firmici Materni. Ad hæc indicavi *c.* IX. prohibitam ab eadem causa, utrique parenti in *l.* 8. *C. Ad Leg. Corn. de sicar.* fuisse infantum necem a Valentiniano, Valente, & Gratiano. quod non fuisset opus: si ea matri ante non fuisset licita atque impunita. Succurrit mihi & tertia observatio, æque decretoria, ideoque non magis negligenda. ea observatio est, patriam potestatem esse Juris Civilis, eoque solorum propriam civium Romanorum §. 1. *Inst. de patria potest. l.* 3. *D. de his qui sunt sui vel alieni juris*, ut cætera quæ juris civilis appellantur *l.* 15. *D. de interdict. & releg l.* 17. §. 1. *D. de pœnis.* Et tamen infantum necem expositionemque tantum civibus Romanis, non etiam peregrinis, fuisse licitam impunitamque, nusquam ostendit, neque umquam ostendet, Dominus Van Bynkershoek: Veteribus hac in parte distinctionem non facientibus, etiam ante civitatem omnibus qui in orbe sunt, datam ab Antonino Caracalla. Absit igitur, ut eam licentiam debuerit metiri jure vitæ & necis, patri integro aut sublato.

Nondum executus sum omnia. plus dicam, perperam credi a Viro Clarissimo, jus necis in liberos patri fuisse ademptum inde a tempore Trajani, Hadriani, & Antonini Pii. est enim (quod ægre dico) & hic error manifestus: nec erit labor, refellere. Initium sumam a Trajano. cedo, nam scire cupio, ejus Principis Constitutionem de abrogando patri jure vitæ ac necis, & puniendo eo, si contra fecerit? ego nullam vidi hactenus, nullam quoque attulit Bynkershoekius, & quæ est mea opinio, ne deinceps quidem adferet aliquam; quia in tota antiquitate nulla extat. Interim rem publice licitam atque impunitam sine Lege Populi, aut Constitutione Principis, ab ul-

lo Magistratu fieri crimen & recipere pœnam mortis aut corporis, quis umquam credidit, dixit, aut sivit Jurisconsultus? Novi: provocat ad hoc Papiniani *l. ult. D. Si a parente quis manumissus sit: Divus Trajanus filium quem pater male contra pietatem adficiebat, coëgit emancipare.* Æque scio, hinc argumentari a consequentia hisce verbis: *Quæro, an non jus illud vitæ & necis evertat, quod Trajanus coëgerit emancipare filium inclementius habitum.* Memini etiam, mox sic inferre ac concludere: *Itaque mihi videtur.* Sed flectamus, ut lubet, Papiniani verba: quod in his signum prohibitæ patri necis filii? quod denunciatæ pœnæ aut mortis aut levioris, si necarit? At enim Papinianus patriam potestatem magis pietate, quam atrocitate æstimari censet. Sino. verum idem ante voluit Lex; cum patri jus vitæ & necis concessit: nam (ut demonstravi *Comment. ad Tit. D. de his qui sunt sui vel alieni juris*) illi hoc non indulsit, ut filium perderet, sed ut regeret ad commune utriusque bonum: optime sperans de naturali patris pietate. Porro quod Lex egit, id spectavit Trajanus: forte oblato patre a quo neglecta esse dicebatur pietas. quo enim consilio, nisi illo, jussit filium ab eo emancipari? Atque hoc extra ordinem licebat Principi, legibus soluto: Prætori his adstricto non licebat jure ordinario. Sed singulare Principis Decretum illo in facto quid facit ad rem præsentem? in qua non quærimus, an Legis severitas a Trajano similitudine rationis circa jus vitæ & necis mutanda fuerit: sed an hoc jus a Trajano patri illo exemplo sit ademptum? de eo vero cum ne minimum quidem sit in *d. l. ult.* signum; an dubitamus, mansisse merum atque immutilatum quod non est mutatum, etsi potuerit mutari, non repugnante ratione: sicut suo tempore postea etiam mutatum fuit? Igitur si investiganti mihi Trajani mentem Vir Amplissimus faciat gratiam pedibus eundi in ejus sententiam; meam tenebo viam rectam & planam, etsi contrariam.

Proximus a Trajano foret transitus ad Hadrianum prærogativa successionis: sed permittes, inverso imperii ordine, prius quæri sententiam Antonini Pii: quia vel hunc Principem de abroganda patri nece liberorum, & eo puniendo, illis occisis, cogitasse, nusquam est memoriæ proditum. Nec me confundit Bynkershoekius auctoritate Gaji *l.* 1. §. 1. *&* 2. *D. de his qui sui vel alieni juris sunt:* confirmantis, Antoninum Pium domino ademisse jus necandi servum sub comminatione pœnæ Legis Corneliæ de sicariis; si eum occiderit sine justa causa. Non est enim præsens controversia de dominorum in servos, sed de patris in liberos, potestate. in re autem facti, an hæc valet consequentia, Antoninus Pius fecit unum, ergo Antoninus Pius fecit alterum? apage. Si tamen vetuit, servum a domino occidi: quo argumento non noluit, a patre occidi filium? nam hic, ut improbissimus, & pessime de patre meritus, est nihilominus filius, & (quod observatum a Seneca *lib.* 1. *De clementia c.* 14. & Cicerone *Pro S. Roscio Amerino c.* 19) patris opinione, ejus affectione ac pietate non indignus. servus contra, apud Juvenalem *Sat.* 6. *vers.* 221. vix pro homine, & apud Paulum Jure Civili pro nullo habetur *l.* 32. *D. de regul. Jur.* Sic colligit Dominus Van Bynkershoek. qui potuit? professus *Opusc. c.* 3. *pag.* 154. in quæstione facti testibus & exemplis extricanda, parum securam esse a justo, probabili, aut simili collectionem. nam si hoc vere opinatus, quod & ipse puto: fuit ejus prudentiæ, abstinere ab hujusmodi argumento non modo fallace, sed tam ipsi, quam mihi, improbato: etsi alioquin servus Jure Civili pro nullo habeatur: filius non habeatur. illud non absurde putetur, quod sic pronior quidem fuit sævitia domini in servum, quam patris in filium. ideoque debuit hoc jus potius aptari ad id quod frequenter & facile, quam quod perraro, eveniret *l.* 3. *& seqq. D. de Legibus*? sed idcirco non necessario sequatur, tam interdictam patri fuisse filii cædem quam domino cædem servi. imo hoc magis inhibenda videatur domini sævitia, quam patris: quod domino vilis esset servus: at patris pietas plerumque filio consuleret? Atque huc, quamquam in alia specie, non inutiliter trahatur forte sequens Papiniani contemplatio *l.* 22. §. 4. *D. Ad. Leg. Jul. de adult. Ideo patri, non marito, mulierem & omnem adulterum permissum est occidere, quod plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit. cæterum mariti calor & impetus facile decernentis fuit refrænandus.*

Tandem venio ad Hadrianum. nam is restat, atque ab ejus Decreto, ex Marciano posito in *l.* 5. *D. de Lege Pompeja de parricidiis*, adhuc subsidium ac forte præcipuum, sibi parat Clarissimus Bynkershoekius. Verba Marciani sunt. *Divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in insulam cum deportasse: quod latronis magis, quam patris jure eum interfecit: nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere.* Insigne esse Hadriani Decretum, insignem quoque venire Marciani observationem, equidem non inficior. Sed cur dissimulem, quid utroque indigitetur, parum assequutum esse Bynkershoekium: in eoque assensuros mihi fore omnes quibus otium erit, consulere sub Titulo Digestorum, *De his qui sunt sui vel alieni juris*, a me observata pridem ad intellectum cum *d. l.* 5, tum cæterorum Capitum, historiam hujus articuli in Digestis & Codice perficientium. Virum Clarissimum vidisse meum Commentarium, censeo: sed locum qui adductus, potuisset lucem facere, prætermisisse, miror: magisque non animadvertisse quæ contra attulit, invicem se destruere mutua repugnantia. Quare & negligere decreveram. sed intercessit Epistola Amici cujusdam Anonymi, apprime docti & ingeniosi, non opinanti data: qua momenta rationum Clarissimi Senatoris ad *d. l.* 5. rite examinata, atque optimo jure refutata, me ista deliberatione absolverunt. Exemplum Epistolæ hoc est.

Cepit me, Vir Clarissime, impetus paucis ab hinc diebus, inquirere in quæstionem difficilem ac nobilem de tempore ablatæ patri potestatis necandæ prolis suæ. Ad eam legi magna cum amœnitate a te scripta in *Commentario ad Tit. Pand. De his qui sunt sui vel alieni juris:* cum iisque contuli quæ nupero Opusculo *De jure occidendi, vendendi, & exponendi liberos apud Romanos c.* IV. *pag.* 167. contra disseruit Vir Clarissimus, Cornelius Van Bynkershoek, Senator: ac cum aliquamdiu me detinuissent ab eo prodita ad *l.* 5. *D. de Lege Pompeja de parricidiis:* animadverti tuam quidem sententiam illis non premi aut impelli: sed aliquas ei offundi nubeculas, etsi a contradictione non liberas, futuras tamen aliquibus, in his minus exercitatis, in legendo incommodas. itaque existimavi, facturum me rem studiosis talium non ingratam: si tecum in præsentiarum communicarem simplicissimam Marciani mentem: prout hanc a te ipso ex tuo *Commentario* didici: ratus, ejus demonstrationem ad refellenda quæ ex adverso confuse sunt disputata a memorato Viro Amplissimo, summopere pertinere. Feci autem hoc eo lubentius, quia credidi, posse novæ Operum tuorum editioni quam parari, ex fama intellexi, non inutiliter alicubi inseri: si quidem libeat tibi in hac ætate tua jam grandi, respondere objectionibus

Domini Bynkershoekii, & tanti mea videatur opera. nam si pro certo conficiatur, patri Principe Hadriano nondum ademptum fuisse jus necandi filii: decisa quæstio est, & confutata sententia, cui firmandæ Vir Amplissimus ingens sibi ex *d. l.* 5. pollicetur robur cum sit nullum. Constitui igitur, quod ex ea pro se produxit, examinare hic illic: sperans, ne invito quidem eo cui sine dubio perinde, ut nobis est propositum, veri demonstratione adjuvare rempulicam literariam bona fide. Igitur Dominus Van Bynkershoek *d. c.* IV. *p.* 164. probaturus quod proposuit, jam sub Hadriano & ante nullum patri fuisse jus necandi filii; ait, hoc ex eo intelligi, quod nihil punitur præter vetitum illicitumque. ab Hadriano autem in *d. l.* 5. punitus fertur pater deportatione, quæ est ordinaria Legis Corneliæ de sicariis pœna, eo quod in venatione necaverat filium qui novercam adulterabat. fuit igitur patri tempore Hadriani prohibitum illicitumque, filium suum interficere. Hoc ubi dixit Vir Amplissimus; subjungit, se mirari, eos qui liberorum cædem adhuc patri sub Hadriano & deinceps indulgent, putare, vel id posse hoc obtineri argumento: quod ex contraria Marciani sententia in *d. l.* 5. elicitur nimirum: quod Hadrianus dicitur patrem non hac ex causa punivisse, quod filium occidit; sed quod in venatione, & ut mox sequitur, latronis magis, quam patris jure interfecit. indeque videtur posse colligi, ei salvum futurum fuisse jus necandi filii; si non fuisset illi more latronis insidiatus per occasionem venationis. Atque hoc cum ait Vir Amplissimus, ego ei facile consentio: & æque, esse id doctos eos viros verissime arbitratos. Cum vero contra pergit sic dicere, *Sed aut ego fallor, aut omnes alii sic Marcianum interpretantes falluntur*, hac parte illi consentiendum nullo modo puto. Litem dirimet casus a Marciano *d. l.* 5. propositus. is casus est: *In venatione filium suum quidam necaverat qui novercam adulterabat:* id est, qui solebat adulterare, nisi malis legere nec inepte, *adulteraràt.* Quid juris? Duo considerat Vir Amplissimus: prius est, an videri possit pater usus jure mariti ex Lege Julia? sed frustra: nam Lex illa marito tantum permittit, adulterum domi suæ deprehensum occidere; nec ibi quemlibet *l.* 22. §. 4. *D. Ad Leg. Jul. de adult.* sed dumtaxat viles, enumeratos *l.* 24. *D. d. t.* quod ad expediendam *d. l.* 5. nihil confert. Altera ejus consideratio est; an pater filium recte occiderit jure patriæ potestatis? Et hoc negat causa æque vana: quod jus patris, quoad potestatem occidendi filii tum decoxerat. addit, non magis vere, esse ab hac factum, ut filii cædes in proposito atrocitati tribueretur, & pro latrocinio reputaretur: idque liquere ex his *d. l.* 5. verbis: *Nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere.* Sic Bynkershoekius: sed utrum erret, an ludat, nescio. primum, ubi apparet, ablatum patri ante Hadrianum fuisse jus necandi filii? quid ni igitur putemus, obtinuisse quod non ostenditur mutatum? At nec Marcianus *d. l.* 5. patitur credi aliud. nam si filii cædes prohibita atque illicita erat ante Hadrianum; poteratne deinde ullo colore ambigi aut ab Hadriano, aut a Marciano; utrum pater qui filium, ob adulteratam novercam in venatione interfecerat, a pœna Legis Corneliæ esset liber jure patriæ potestatis? atqui erat nullum, quatenus ad cædem. Igitur amoveris unum, amoveris utrumque. Sed quid hæremus? ubi tu, Vir Clarissime, *d. loc.* ex *Collatione Legum Mosaicarum & Romanarum Tit.* IV. contra evidentissime demonstrasti testimonio Papiniani cujus est etiam *l.* 20. & *l.* 22. *D. Ad Leg. Jul. de adulter.* vel eo florente, patri competiisse necem filiæ ex Lege Regia, sive Romuli certo jure. Re vero sic indubitata cum moribus, tum testimonio Papiniani ac Marciani, ipse viderit Vir Amplissimus; an decuerit eum captiunculis hujusmodi inanibus conari nobis extorquere, punitum in *d. l.* 5. ab Hadriano esse patrem, ob filium a se privata auctoritate sine Judice occisum: eaque ex causa esse eum in *d. l.* latroni comparatum, & cædem atrocitate æstimatam: nec flagitio per venationem quid sævitiæ esse superadditum; etsi venationis in facti specie meminerit Marcianus. Longe aliter se res habet: etenim filii cædes qua cædes, patri licita certo jure tum temporis, neque atrocitatem habuit, neque latrocinium fuit; sed utrumque vitium ab occidendi modo accepit: videlicet propter insidias filio a patre structas prætextu venationis in silvis, ac quæsitam ibi more latronum solitudinem. Rem hanc, ut dignum, Jurisconsulto, in facto annotavit Marcianus: nec est causa, cur aliter sentiat Dominus Van Bynkershoek. Nam quid addam, quod in *d. l.* 5. Marcianus non minus observavit, singulare esse hoc Hadriani Decretum, ideoque non trahendum ad consequentiam prohibiti sublative generaliter juris necandi filii. Vidisti tu quoque hoc *d. loco*, Vir Clarissime, tam vere, quam ingeniose: latere autem Bynkershoekio non debuit, non vulgare fuisse patris crimen Lege Cornelia illicitum prohibitumque: sic enim res fuisset ordinariæ cognitionis Præsidis, verbi gratia, habentis Legis claræ ac certæ executionem. Nunc atrocitas nova atque inaudita, egrediebatur modum fini Legis convenientem: ita necessaria erat Principis majestas, libera & legibus soluta. Nam pater, secundum Leges Romuli & Duodecim Tabularum, in filium habens jus necis, eum adulterii in novercam manifestum occidit: non de consilio amicorum, non etiam impetu doloris in continenti: sed dissimulata ira atque injuria, pessimo exemplo, instituta venatione, quasi illa se filiumque oblectaturus, denique occasione, tempore, loco, ad crudelitatem opportuno, in silvam ac solitudinem abductum, nec quid mali suspicantem, interfecit in morem latronis. Hoc non erat pietatis quam Lex in patre præsumpserat, cum ei daret jus necis: sed erat atrocitatis, vel patri Lege naturæ interdictæ; ideoque etsi Legum subtilitate poterat impune admitti: debuit pro latrocinio pœna Legis Corneliæ puniri. A quo? a Principe. an a Magistratu quoque, Præside, verbi gratia? non. Atqui erat cædes atrox & a patris pietate recedens. Sed pater Legibus Romuli & Duodecim Tabularum in filium habebat jus necis sine fine & modo: iisque Legibus adstrictus erat Magistratus. Utinam hanc Marciani observationem duce te, Vir Clarissime, secutus esset Dominus Senator! ignorare enim non debuit, interesse inter Magistratus & Principis cognitionem: alteram legibus servire; alteram ab illis liberam esse: ideoque patrem altera debuisse absolvi; altera potuisse condemnari: Marcianum autem in *d. l.* 5. non fuisse de Præside, sed de Principe, locutum: quando sic ait, Cum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat: non fertur aliquis Magistratus, sed fertur Divus Hadrianus in insulam eum deportasse. quam ob rem? Marcianus putat: quod ut patria potestas complecteretur jus necis: hic pater filium magis latronis, quam patris jure interfecit: patria autem potestas, ut putabat Princeps, non ipsam Legem, sed ejus finem secutus, in pietate debet, non atrocitate consistere.

Hactenus Epistola Amici eruditi & digni cujus laudabili studio Jurisprudentiam intra sinceritatem retinendi, merito ejus nomine gratias agam maxi-

maximas. De cætero dicam, posse nos carere tam confusa, quam prolixa Amplissimi Senatoris disputatione de tempore ademptæ patri potestatis necandi liberos, tamquam hic otiosa: jure exponendi necandique infantes non trahente, ut putat, originem a patria potestate: sed (quod a Philone Judæo, aliisque Veteribus Scriptoribus, interque eos etiam a Jurisconsultis nostris, de opinionibus & doctrinis sui temporis melius instructis, quam alter nostrum, est observatum) inde: quod partus cohærens cum ventre matris, tantum planta haberetur: recens quoque natus, antequam esset a parentibus susceptus, agnitus, alique jussus, vel, ut Philo Judæus loquitur, antequam nutricis opera intervenisset, populari opinione nondum homo esse intelligeretur.

Pari ratione potuit Vir Amplissimus *Opusc. c.* VII. parcere operæ supervacuæ: judicia civilia, Jure Pandectarum usitata, confundenti cum criminalibus, illo jure adhuc incognitis: item liberos jam susceptos cum nondum agnitis. quæ ego *Julio Paulo c.* 3. *&* 4. ut oportet, sedulo distinguenda esse, indicavi. Insuper dubito, an Suetonius *Claudio c.* 27. notet, velut rem singularis exempli: quod Imperator Claudius conceptam ex liberto suo Botere Claudiam, quamvis ante quintum mensem divortii natam, aliquecœptam, exponi tamen ad matris januam & nudam jussit abjici. Sed hæc ego nunc attingo obiter saltem & quasi in transitu: excusatura me hac admonitione a necessitate respondendi argumentis ex ista confusione arcessitis, & ad rem nihil pertinentibus. Sit mihi integrum sic proclamare; tum arbitrari, quidquid suspicionum, aut consequentiarum, Amplissimus Senator ab hoc ducit fonte, quantumvis de his speret plurimum, frustra sperare: nam tam facile hinc negari quam inde affirmari: proinde subducta utriusque ratione, nihil esse allatum toto ejus *Opusculo*, cur minus existimetur, a me aut alio, patri ac matri, more aliarum Gentium, in Republica Romana fuisse concessum, donec a Valentiniano, Valente, & Gratiano *d. l.* 8. *& d. l.* 2. prohiberentur, liberos recens natos & nondum susceptos, agnitos, alique jussos, suo arbitrio aut necare aut exponere: hoc colore, quod hi nondum pro hominibus, nedum pro liberis, haberentur. At hoc credi, inquit Dominus Van Bynkershoek, non esse ex dignitate Populi Romani. Tamquam non idem dici possit de Græcis aliisque Gentibus, eo jure manifeste abusis. Sed Populorum leges ac mores non ubique, nec semper reguntur eo quod sit honestum ac pium. non etiam est omnium locorum & omnium temporum idem judicium de utili & noxio, de æquo & iniquo, deque honesto & turpi. Extat hujusmodi observatio elegans apud Herodotum *lib.* 3. *pag.* 77. *& seq. editionis Henrici Stephani anni* 1570. itemque alia apud Cornelium Nepotem in *Præfatione.* Sed ne recedam a proposita materia, ero contentus Aristotele: qui *lib.* 7. *De republica c.* 16. quæ hic nobis videntur, ut sunt, plena flagitii & impietatis, in ordinanda civitate indifferentia existimat: eademque in Græcis civitatibus, non minus politis & cultis, quam fuit Populus Romanus, pro permissis licitisque fuisse attestatur, præter Plutarchum & Aelianum, *Julio Paulo c.* 1. a me ante hac allegatos. Romæ porro quæ & quanta fuere tolerata, neque a turpitudine, neque ab absurditate aut crudelitate aliena! & præsentem licentiam impiam atque inhumanam, obtinuisse, an quærimus? Sed hanc adeo certam in Foro Romano fuisse, ostendi *c.* II. *d. Operis*, ut contrariam apud Judæos, Germanos, Indos, servari, quidquid dicat Amplissimus Bynkershoekius, Tacito, Curtioque, res nova & Romanis in Historia notatu digna videretur. Taceo, quod eodem modo etiam Philo Judæus observat *lib. De specialibus legibus*, infantum expositionem apud Judæos Legibus Mosaicis prohiberi punirique solitam, apud multas Gentes, propter nativam inhumanitatem, vulgarem esse impietatem: id est, ut ego interpretor, impietatem moribus aut legibus receptam atque impunitam.

Quo, inquis, pertinet hæc præparatio? nimirum, ut occupem solvamque sequentem protestationem Domini Van Bynkershoek: in *Præfatione Opusculi ad Lectorem* dicentis inter alia, *Solem numquam adspexisse quid humanius benigniusque Veteribus Jurisconsultis :* Et *amoliendam ab illis esse fœdissimam maculam qua afficiantur:* opinantibus: *damnasse quidem ea facinora, utpote contraria officiis boni viri, at non contraria legibus.* Præterea, *Quod apud ipsos legit, esse ad Jurisprudentiam referendum: non ad doctrinam de moribus & virtutibus.* Et rursus *c.* X. *pag.* 226. *Absit enim, ut in animum meum inducam, hæc scelera sine pœna dimisisse severitatem Veterum JCtorum: quin satis, opinor, contra probatum est.* Hæc fere pro Veteribus Jurisconsultis Amplissimus Senator. Sed parum digne erudito nomine. quid enim continent, præter verba sonantia, at nihil significantia? Nil dico temere, nec sine ratione: quæso enim, quos in proposito intelligit Jurisconsultos Veteres, fœdissima ista macula qua mea disputatione afficiantur, liberandos per causam humanitatis benignitatisque eorum? utrum eos qui ante Trajanum fuere: an qui inde insecuti sunt? atqui illis florentibus jure permissam impunitamqe fuisse infantum expositionem necemque, ipse palam confitetur Vir Amplissimus. hi vero si ita disputarunt, ut eos disputasse ante dixi, & mox iterum dicam: quæ eos deformat macula? imo quæ non ornat gloria servati officii & pietatis? igitur demus, pessimos fuisse Populi Romani mores: ut fuerunt detestabiles hac in parte: quid hoc ad Jurisconsultos? qui eos non finxerunt, non laudarunt, at nec habuerunt jus, eos pro arbitrio vetare, aut punire, id est, mutare nova Lege: quippe cum non essent Legumlatores, sed Legum Interpretes, & privati; etsi eorum scripta postea juris & legis auctoritatem acceperint a Theodosio *l. unic. Cod. Theod. de respons. Prudent.* & a Justiniano *l.* 1. *De conceptione Digestorum, & l.* 2. *De confirmatione Digestorum.* nam ante non fuit ita: & de suo tempore Constantinus *l.* 1. *C. de legibus*, *Inter æquitatem jusque interpositam interpretationem*, inquit, *nobis solis & oportet & licet inspicere.* Non patitur hoc refutationem: cum incurrat in oculos omnium: & quod contra dictum ab Amplissimo Viro, sine dubio aliud cogitanti excidit. utcumque erit, a sincero Jurisprudentiæ tam longe abest, quam quod longissime. Verius ego duplex feci munus Veterum Jurisconsultorum, bonos, & innocentes viros ubique profitentium. unum fuit docere, quid liceret legibusque moribusque Populi Romani: alterum, quid esset pium atque honestum. prius juris regulam appellari, posterius juris præceptum, primus, opinor, demonstravi *Julio Paulo c.* X. *&* XI. Credibile autem est, utrumque a Paulo fuisse observatum in *l.* 4. *D. de agnosc. & alend. liber.* etiam fore appariturum; si locum haberemus integrum: cujus sola nunc pars reliqua est. Sed hoc animadverti olim *c.* VIII. *d. Operis:* apposito pro majore fulcimine loco consimili ex Lactantio *lib.* 6. *Divin. instit. c.* 20. item alio ex *Apologia secunda* Justini Martyris. In præsentia quoque non recedam a vicinia veri: opinatus, Justinianum quod a Paulo pro regula erat traditum, in *d. l.* 4. idcirco non descripsisse: quia

a

a Valentiniano, Valente, & Gratiano, vetitum in *l.* 8. *C. Ad Leg Cornel. de ficar.* & *l.* 2. *C. de infantib. expofit.* jam tum pro jure obfervari defierat.

At Viro Ampliffimo *c.* VII. *Opufc.* non fit verifimile, Paulo in *libris Sententiarum* ex quibus eft *d. l.* 4, fuiffe propofitum, perfuadere Philofophiam moralem, five boni viri officia quæ impune licuiffet contemnere. Quafi dixerim, Paulum in *libris Sententiarum* voluiffe, unam tradere moralem Philofophiam, & quod in Foro pro regula Juris obfervaretur, in totum neglexiffe. Non ita eft: numquam hoc cogitavi; & contrarium oftendit meus Julius Paulus. Igitur nec me conturbat Clariffimus Senator, porro profeffus, Se potius cenfere ita habendum, Paulum eo Opere quod *Sententias* infcripfit, vel maxime Juris Regulas, & recepta Jure Civili dogmata comprehendiffe; nec alio fine tradidiffe, quam ut filium ad quem eum librum fcripfit, edoceret principia & fundamenta Juris. Nam ut hoc concedam: quid tum poftea? num Paulus, fi unum fecit in gratiam Filii, idcirco alterum omifit? hoc putari, nulla jubet ratio. nam in libris quoque *ad Edictum* Juris fundamenta expofuit; fed non eo minus ex his præcipit *l.* 144. *D. de regulis juris*, *Non omne quod licet*, *honeftum effe.* Idem factum in libris *Sententiarum:* quid ni enim pater filium in re notabili vel hic optimo confilio implere velit tam juris præceptis, quam juris regulis? Sed exemplum petis. accipe pulcherrimum, atque ex *libris Sententiarum*, quod opportune mihi fuggeffit *Collatio Legum Mofaicarum & Romanarum Tit* VII. §. 2. Verba: *Paulus libro Sententiarum* V. *ad Legem Corneliam de ficariis & veneficis. Si quis furem nocturnum vel diurnum*, *cum fe telo defenderet*, *occiderit*, *hac quidem Lege non tenetur: fed melius fecerit*, *qui eum comprehenfum*, *transmittendum Magiftratibus obtulerit.* Explicationem loci ne expecta. jam dedi pleniorem olim *lib.* I. *Probabilium c.* 9. & *lib. fing. Ad Legem Aquiliam c.* 5. ubi poteft videri. Verum fi hanc Operis ejus particulam, fi alias aliorum Senatusconfultorum quas Pandectis inferuit Tribonianus, ad præcepta moralia referes: eft Bynkershoekio metus; ne auctoritas Juris immane quantum periclitetur; ac ne quod pro Lege haberi voluit Juftinianus, habeatur pro declamatione alicujus Rhetoris aut Philofophi. Sed qui metus eft Amico Docto & Claro, is metus non eft mihi: re ipfa a me fuperiore exemplo extra dubitationem pofita. præterea quis ignorat paulo eruditior, oportere in Fragmentis Pandectarum, ut recte intelligantur, duplicem fieri infpectionem: unam de mente Veterum Auctorum: alteram de fententia Juftiniani. Secundum hanc credi debet Pauli Fragmentum a Juris Architectis esfe in *d. l.* 4, parte dempta, collocatum: hoc confilio, ut acciperet vim Legis, aptam & convenientem moribus illo tempore receptis ex Conftitutione Valentiniani, Valentis, & Gratiani, in *d. l.* 8. *C. Ad Leg. Cornel. de ficar.* & *d. l.* 2. *C. de infantib. expofit.* Aliter ac fi examinetur ad ufum feculi quo fcripfit Paulus: tum enim dicam, neque Legem fuiffe, neque Legis auctoritatem obtinuiffe; fed tantum fuiffe doctrinam Pauli, privati Jurisconfulti, pii & fapientis: præter Regulam Juris quæ in Foro habebat neceffitatem, etiam quod virum bonum & honeftum decebat, prudentiffime admonentis. Nec hoc fine exemplo, ipfo egregio & quod poffit omnium inftar videri, ex §. 9. *Inft. de nuptiis* & *l.* 12. §. 1. 2. 3. *D. de ritu nuptiarum.* Ecce: fi uxor tua poft divortium ex alio filiam procreavit, hæc non eft quidem privigna tua, & idcirco potuit a te accipi in matrimonium, falvis Regulis Juris. Sed Julianus, vir fapiens & pius, confiderato quod eft pudoris & honeftatis, ait abftineri ab hujusmodi nuptiis oportere: idque etiam aliis exemplis intelligi: nam nec fponfam filii nurum effe, nec patris fponfam novercam effe: rectius tamen & jure facturos qui ab hujusmodi nuptiis fe abftinuerint. Hoc in Juris præceptis Juliani tempore fuiffe, manifeftum eft. at ubi placuit Juftiniano, id ponere in *d.* §. 9. & *d. l.* 12. §. 1. 2 & 3. an eft dubium, inde pro Lege effe cœpiffe. Atque huic fi adeft, ut oportet, fides veri: quam habet Dominus Van Bynkershoek caufam in præfentia metuendi, ne a mea interpretatione periclitetur Juris auctoritas: & quod pro Lege haberi voluit Juftinianus, pro Declamatione alicujus Rhetoris aut Philofophi reputetur? opinor, nullam: quippe cum omnia, poftquam fua fecit Juftinianus, ab eo profecta, ex ejusque mente, intelligi debeant: ut eft in Conftitutione, *De conceptione Digeftorum*, & *De confirmatione Digeftorum*, variis locis.

Videor mihi ex voto folviffe argumenta a Viro Eximio mihi objecta circa priorem quæftionem de infantum expofitione & nece. Succedit altera de abacto partu, medicamento a muliere fponte fumpto ad abortionem. Eft vero ifta, five ad Regulas Juris, five ad Juris præcepta examinetur; item five ad Juris initium, five ad ejus progresfum fpectetur, a me ad certum adducta *capite ultimo Julii Pauli.* Sed quia hic quoque alio flexit Bynkershoekius *Opufculi c.* VII. *pag.* 187. & *feq.* age quæ intercedant, ne mecum ftet, confideremus. Putat Vir Ampliffimus, mulierem nuptam numquam habuiffe jus abigendi partus: & fi abigeret in mariti fraudem, femper punitam fuiffe: hac caufa, quod mulier liberos numquam habuit in poteftate: & uterus non ipfius, fed mariti fuit: hinc poft divortium, vel mortem mariti, ventrem infpici; & fi mulier renunciatur gravida, ei cuftodem apponi. confequenter putat, leges Romanas, fi quando mulieri dederint poteftatem partus in ventre necandi: non aliter dediffe quam de partu vulgo, non ex marito, concepto. Ita firmat quod intendit, argumentis & rationibus. ego vero teftes & exempla exfpectaveram: ficut his contrarium ipfe *d. c. ult.* demonftravi teftimoniis Senecæ, Ovidii, Juvenalis, Tertulliani, quæ ibi poffunt videri; & ignorari vel diffimulari ab Ampliffimo Viro non debuere. Quo magis tamen liqueret, quam lubricæ in re facti fint ejus rationes, non gravabor, vel illas inquirere. Negat Vir Ampliffimus, mulierem nuptam umquam habuiffe poteftatem abigendi partus: & ufus duplice ratione. una eft, quod mater liberos non habet in poteftate. altera, quod uterus eft mariti, non mulieris. Quod ad priorem attinet, in ea eft manifefta repugnantia. nam fi jus in ventre necandi partus pendet a patria poteftate: an poteft matri effe jus in ventre necandi partus fpurii? non poteft: nam ne fpurius quidem eft in poteftate matris. Potius fuerat dicendum, quod innupta impune potuit partum abigere; quia partus cum matre cohærens, eft pars matris, & ficut mater poteft fe jure civili occidere; ita partum, id eft, partem fui poteft. eodem modo nuptæ licuit abigere, id eft, in ventre necare, infantem: quando etiam fœtus cum ejus vifceribus cohærens, effe vifcerum, id eft, matris pars intelligeretur. Sed mitto argumenta, etfi bona: cum fint exempla, ut dixi, luce meridiana, clariora, apud Ovidium, Senecam, & Juvenalem, a me *d. c. ult.* allata *Julio Paulo;* iisque nihil responderit Dominus Van Bynkershoek: ficut nec poterit refpondere umquam; cum fint certiffima. Non magis probo prætextum exiftimantis, uterum

rum non esse uxoris, sed ad maritum pertinere jure proprio. quis enim ei hoc dixit Vetus Jurisconsultus? nemo. imo Veteres contrarium pro explorato habuere: ideoque temporibus Divorum Fratrum, cum incidisset, ut maritus quidem prægnatem diceret mulierem, uxor negaret: caussa fuit illis Principibus, ut consulti Valerio Prisciano, Prætori Urbano, in hæc verba rescriberent apud Ulpianum *l.* 1. *D. de inspic. ventre*: *Novam rem desiderare Rutilius Severus videtur, ut uxori quæ ab eo diverterat, & se non esse prægnatem profiteatur, custodem apponat: & ideo nemo mirabitur, si nos quoque novum consilium & remedium suggeramus. Igitur si perstat in eadem postulatione, commodissimum est, eligi honestissimæ fœminæ domum, in quam Domitia veniat: & ibi tres obstetrices probatæ & artis & fidei quæ a te assumptæ fuerint, eam inspiciant: & si quidem vel omnes vel duæ renunciaverint, prægnatem videri, tunc persuadendum mulieri erit, ut perinde custodem admittat, atque si ipsa hoc desiderasset.* Tenes Rescriptum. Nunc quid observet in eo Ulpianus, accipe ex §. 1. *Ex hoc Rescripto evidentissime apparet, Senatusconsulta de liberis agnoscendis locum non habuisse, si mulier dissimularet se prægnatem, vel etiam negaret. Nec immerito.* Quam ob caussam? sic ait: *Partus enim, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum.* Quid deinde? pergit: *Post editum plane partum a muliere, jam potest maritus jure suo filium per interdictum desiderare aut exhiberi sibi aut ducere permitti extra ordinem. Igitur* (sic concludit) *Princeps in caussa necessaria subvenit.* Hæc Ulpianus: & quia plana sunt omnia: equidem vellem, contra dicta ab Amplissimo Amico esse indicta: tam manifesta eorum confusione. Non magis sequitur, quod ille, postquam dixit, uterum esse mariti jure proprio: porro infert, hinc soluto per divortium vel mortem mariti matrimonio, inspici ventrem; & si mulier renuncietur gravida, custodem apponi: allegata ad hoc *d. l.* 1. *pr.* & §. 10. Perperam. nam ratio custodiendi ventris, si Rescriptum Divorum Fratrum in *d. l.* 1. *pr.* & Edictum Prætoris in *d.* §. 10. consideremus; non est alia, quam ne supponatur partus. eamque rationem, ne quæstioni sit, etiam adfert subjecta Ulpiani interpretatio §. 11. 12. & 13. Proinde viderit Amplissimus meus Amicus, quo jure finem custodiendi ventris hunc esse fingat; ne abortum faciat mulier: & si faciat, non esse a pœna liberam existimet: cum hujus finis pœnæque non meminerint in Rescripto Principes, neque in Edicto Prætor, neque in interpretatione Ulpianus: & interim pœna abortus sola hic quæstioni sit. Huic observationi accedit altera: quod Rescriptum Divorum-Fratrum non est factum ad Consultationem Præfecti Urbi; sed Prætoris Urbani: cujus tantum mixtum imperium, id est, de civilibus caussis fuit: cum illius esset merum, id est, de criminibus. Igitur si mihi licebit, salva gratia Viri Amplissimi, abstinere ab ejus ratiocinatione, nullum in re facti habente usum, ut monui sæpius: dicam quod res est, & plenissime ostendi *Julio Paulo capite ultimo*, abortum a muliere ipsa sibi procuratum, ante Divum Severum & Antoninum, ex Regulis Juris non fuisse crimen, ideoque nec punitum, sive nupta esset mulier, sive innupta. sed Rescripto Divi Severi & Antonini in nupta esse recessum a Regulis Juris. Non utar ad hoc ratione longe petita: sed testibus de suo tempore deponentibus. talis inter alios est Marcianus *l.* 4. *D. de extraord. criminibus*, quam esse ex *lib.* 1. *Regularum*, ejus Inscriptio indicat. Is vero ibi, *Divus*, inquit, *Severus & Antoninus rescripserunt, eam] quæ data opera abegit, a Præside in temporale exilium dandam.* Quam ob rem? ait, *Indignum videri posse, impune eam maritum liberis fraudasse.* Sensus Marciani est: Ante hoc Severi & Antonini Rescriptum impunitus vel in nupta erat abortus: quia fœtus ejus pars erat: sed Severus & Antoninus deinceps impunitum esse eum abortum, non siverunt: primi interpretati, indignum videri, eam tali Juris subtilitate maritum liberis fraudasse. Igitur cum abortus ante legibus non esset crimen; ideoque non liceret Præsidi, mulierem, quamvis nuptam, propter abortum punire: tamen aliter esse cœpit, postquam Rescripto Divi Severi & Antonini factum est crimen extraordinarium, & temporali exilio in futurum puniri jussum. Idem plane iter tenuit Ulpianus *l.* 8. *D. Ad leg. Cornel. de sicar.* sic scribens: *Si mulierem visceribus suis vim intulisse, quo partum abigeret, constiterit: eam in exilium Præses provinciæ exiget.* Ait, *Exiget*, in futuro tempore: id est, deinceps exiget: jam accepta potestate ex Rescripto Severi & Antonini: quam potestatem ante non habebat ex Regulis Juris. Ne alia quidem, quidquid reluctetur Dominus Van Bynkershoek, fuit sententia Tryphonini *l.* 39. *D. de pœnis* in verbis sequentibus: *Cicero in Oratione pro Cluentio Avito scripsit, Milesiam quandam mulierem, cum esset in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatam. Sed & si qua visceribus suis post divortium, quod prægnans fuit, vim intulerit, ne jam inimico marito filiam procrearet: ut temporali exilio coërceatur ab Optimis Imperatoribus nostris rescriptum est.* Mihi videtur Tryphoninus, cum de abortu disputaret, (est enim is locus ex *libro* x. *Disputationum*) primum fuisse detestatus abortum, istis temporibus apud omne genus mulierum, sicut ex Seneca, Ovidio, Juvenali, evidentissime demonstravi *d. c. ult. Julii Pauli*, adeo frequentem; ut in morem prorsus abierit: & deinde inquisivisse in remedium quo rem impiam & sceleratam jure coërceri oporteret: existimasse autem, nullam Romæ extare Legem qua abortus quem ipsa sibi medicamento inferret mulier, pro crimine aut haberetur aut puniretur. Argumentumque esse: quod suo tempore Cicero in Oratione *Pro Cluentio Avito cap.* 11. similiter sollicitus de pœna abortus, non protulit exemplum ex Foro Romano, in quo versabatur; videlicet, quia ibi deficiebat, alioquin ex proximo petiturus: sed ex Asia arcessivit longe: dicens, cum ibi esset, Milesiam quamdam mulierem quod ab heredibus secundis, id est, substitutis, accepta pecunia, partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatam. sed hoc quamquam justum, non pertinere ad Forum Romanum, neque ibi esse observatum. igitur fuisse dignum providentia Optimorum Imperatorum nostrorum, id est, Severi & Antonini: cum essent super ea re consulti a Præside qui erat Legibus adstrictus, rem turpissimam Principali Rescripto extra ordinem emendari: placuisse vero hoc, mulierem quæ prægnans visceribus suis post divortium vim intulerit, ne jam inimico marito filium procrearet, temporali exilio coërceri. Quid inde? jam Romæ cœpit crimen esse, & pro tali extra ordinem puniri, quod ante neque crimen habebatur, neque pro tali in Foro Romano puniebatur. Sic mihi sedit *Julio Paulo d. capite ultimo.* Alio vertit Dominus Van Bynkershoek. an felicius, quam in superioribus, alii judicent: utroque æque sibi blandiente, humano more.

F I N I S.

GERAR-

GERARDI NOODT,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

DISSERTATIONES

QUATUOR.

I. De Civili Prudentia.

II. De Causis Corruptæ Jurisprudentiæ.

III. De Jure Summi Imperii & Lege Regia.

IV. De Religione ab Imperio Jure Gentium Libera.

ACCEDIT

RESPONSUM

IN CAUSA MATRIMONIALI.

GERARDI NOODT,

Jurisconſulti & Anteceſſoris,

DISSERTATIO PRIMA

DE

CIVILI PRUDENTIA,

Habita Franekeræ Friſiorum a. d. 6. Octobris. A. MDCLXXIX, cum auſpicaretur Juris profeſſionem.

Si umquam mihi fuiſſet dubium, A A, deberemne Jurisprudentiæ docendæ cauſa relinquere urbem Noviomagum, ſitu amœniſſimam, & ſerie temporum, civiumque ingenio, ac virtute claram ac nobilem, patriam vero mihi cariſſimam: id ne in dubium vocarem hodie, non una me impelleret ratio. cum enim ab ea ætate qua fas eſt, de ſua quemque vita ire in conſilium, me idcirco addixerim ſecreto literarum: ut, ſi quæ foret meæ facultas mediocritatis, ipſe egregium publicum pro portione adjuvarem: eſt quod mihi gratuler, perculſa proximo bello patria Academia in qua Jurisprudentiam publice profitebar, hanc provinciam mihi in hac obtingere Muſarum ſede: quam ſi ſua cenſeam celebritate, ferme putem Belgii Principem haberi: ſi cogitem eos qui in ea famam omni doctrinarum genere ſunt ingreſſi, optem, quo in loco tot inclaruerunt lumina, eo in loco egregia ſane eorum exempla imitari. accedit, quod hic olim Jurisconſulti nomen atque inſignia ſum adeptus: & quos nunc Collegas ſaluto, ex his tum tirocinii mei teſtes atque arbitros inveni aliquos. quod quam jucundum mihi eſt meminiſſe, tam modo honeſtum videtur, in Inclytum illum Profeſſorum Ordinem adſciſci. atque is honor mihi adhuc eſt eo gratior, quod non ambivi: & deſignatus ei fui ante, quam ſcirem, eſſe notum his ad quos ſumma ejus rei pertineret: denique, quo die me innotuiſſe accepi, eo per Illuſtrem & Magnificum Virum, Wilhelmum van Haren, Præfecturæ Biltanæ Prætorem, mihi decretam a Republica eſſe hanc dignitatem, intellexi. Inde quid animi mihi fuerit, facile conjicitis. nempe erat mihi pulchrum, illum Virum quem Noviomagenſis ex omni Europa de pace conventus, præter alias Legationes ante pro Fœderata Belgica plæclare geſtas, in præſentia ornat, ſortiri publici hujus decreti interpretem, & tam prompto affectus officio: ut ad ſummam ejus comitatem nihil deſideraretur. Atque ego volueram hoc diſſimulare, evitaturus jactantiæ opinionem: ſed metui, ne meum ſilentium non tam eſſe verecundi crederetur animi, quam negligentis tantæ ſenſum facilitatis. adhæc blandiebar mihi, ſi id ederem, fore, ut reverentia tam decori nominis vobis commendatiora eſſent hæc mea auſpicia. Nec tamen me præterit, A A, illa ſingularis benevolentia qua ultro ſoletis, omnes qui ament ſtudia bonæ mentis, optimo complecti exemplo. ſit igitur vel illa quæ aliis ſæpe profuit, etiam veſtri erga me animi pignus: quid habeo aliud ſperare, quam ut difficultates vultum, linguam, mentem meam in ingreſſu hujus actionis deſigentes, meo remittatis pudori: forte a præſente quoque orationis cauſa aliquid gratiæ inventuro.

Eſt enim mihi in animo, A A, dicere de Civili Prudentia. cui quid præferatur, aut comparetur, vix equidem ſcio: paucis, ſive naturali decore, ſive utilitate æſtimentur, æque ad dignitatem honeſtis, vel ad fructum uberibus. Mitto cætera: eſt, A A, extra controverſiam: quod illa artium princeps, quidquid usquam eſt divinæ aut humanæ rei, una præſertim fovet, ſuſtinetque. nec, ut putet aliquis, hæret intra ſolemnia fori, civilesque leges Populi Romani: etſi vel ſic ſatis late pateret ejus amplitudo. tamen major erit gloria tractantis inſuper leges orbis terrarum, maximam Dei omniumque hominum civitatem ſtabilientes. quid reſpicitis, quid quæritis? ubi utrasque appello leges, Jus Naturæ & Civile indigito; & uno verbo quantas opes, quantum humani generis ornamentum mente atque animo veſtro concipere vos, poſtulo!

An quisquam ambigit, omne jus ſive cognatum nobis ſit, ſive poſt inventum, cœlo trahere originem, Deique immortalis donum ac munus haberi? ſimus ſubducta ad rem ratione: qualecumque ſit jus, ſumma redit ad unam Naturæ legem: intendentis omnium hominum, ſive in civitates coïerint, ſive ſinguli ſint, vitam mitem, tranquillam, beatam. atque illa ſine juris atque officiorum ſocietate quæ haberi, quæ intelligi poteſt? Quod ſi adhuc foret inter mortales dubium, eſſetne jus aliquod a Natura comparatum: utique rudes & tardos admoneret Gentium conſenſus, ſapientes ratio, non arceſſita, ſed certa & olim ſeminibus infuſa a Natura, rebus convinceret neceſſariis, eſſe Numinis providentiam: a qua vim proficiſci univerſos, quotquot usquam ſint homines, tam ad ſui conſervationem, quæque ei inſerviant, inevitabili neceſſitate rapientem, quam a diverſis abſterrentem: eam vero non cœpiſſe humanis affectibus eſſe regulam, cum decreto hominum virtute ſapientiaque excellentium, alicubi eſt æri aut tabulis inſcripta: ſed jam inde fuiſſe legem, ex quo cum rerum Natura ac mente Divina orta eſt. Igitur ſi ad Artis dignitatem, utilitatemve ſpectamus: dixi. perorata res eſt. an reputantibus Supremi Numinis majeſtatem, humani decoris conſervatricem inſtinctu ac motu rectæ rationis, licet ignorare, quantus ſit ſplendor fructusque Artis, uſum, finem, cauſam ſanctiſſimi fœderis Naturæ ad juvandas tuendasque res humanas explicantis?

Multa dixi A A: non omnia; & vos plura exſpe-

ſpectatis. hactenus enim ſibi quisque cura: nullo in medium conſulente. ita cives quæritis: homines videtis ſingulos per agros, per ſilvas ſparſos ferarum more: forſitan expertos ſolitudinis pericula atque incommoda, nondum utilitatem junctarum opum, aut ſubnixæ legibus ſocietatis: eoque non intelligentes aut contemnentes. Igitur quantæ fuit rei, tales, quod agebat Deus & Natura, colligere, & comparatione utilitatis vitæ communis cum incommodo ſolitudinis triſtis, miſeræ, obnoxiæ eniti atque efficere: ut renuntiantes naturali libertati, deinceps velint ſuas vires, ſuaque commoda non ſuo, ſed legum, arbitrio metiri? jam vero quantæ prudentiæ induſtriæque, collectos unire; unitos regere; continere, coërcere reverentia ſummi imperii, quaſi anima & ſpiritu civilis corporis? aut me fallit veneratio quæ ſumma animo meo eſt, conjunctionis, auctore Deo, conſtitutæ ac ſacratæ, aut ea dedit ſuam humanitati faciem, nitorem, elegantiam: ea lapſa erexit, nutantia fulſit, fatigata recreavit: ea ſingulis quietem, omnibus ſuas ſpes aſſeruit. ab hac receſſeris: ſquallida, turbulenta, incerta omnia: vix ſupereſt vitæ cauſa. aude, tollere Jus civile; ut fit civili furore. dic: ubi libertas, inæſtimabile illud Naturæ bonum? ſi potes; oſtende rerum dominia. quam petes tuam eſſe hereditatem, etſi patris aut matris voto ac pietate delatam? quid vult contractus vel bona fide initus? quæ vis obligationis? atqui hæc novit Jus Gentium. utinam res eſſet! at experimentis conſtat, eſſe nomen: niſi in Naturæ ſtatu adverſus vim, ferociam, improbitatem, bello atque armis adjuvetur, aut poſt inventas leges, majeſtas ſummi imperii veritatem Naturæ officio jurisdictionis exequatur. O magnam gloriam Civilis Prudentiæ! quibus eam prædicem laudibus? quibus verbis? quidquid cogitem, quidquid dicam: minus eſt, quam pro meritis Artis: cujus beneficio valemus, ſpiramus, vivimus: ſine qua nulli, brutis, quam hominibus ſimiliores: non colentes alter alterum, ſed perſequentes: non adjuvantes, ſed ſpoliantes: non ſervantes, ſed perdentes: quid dicam, devorantes? Illa igitur, illa, inquam, Arte qua emollita morum immanitate, tandem hominem induimus, quod fidelius, religioſius, ſanctius innocentiæ, modeſtiæ, juſtitiæ ſuffugium? age ſane, par eſt, eam quæ res confuſas humano errore ad certam redigat vivendi formulam, credi atque haberi civitatis lumen; aut, ſi mavis, oraculum; utique vicariam Dei ac Naturæ operam præſtare.

Nimirum, ut ſibi ſinguli homines, ſic ſibi quæque civitas conciliatur. numquam enim Naturæ vis atque impetus deſtituit quos genuit homines. quin ut ſingulos, ita unitos civili fœdere, ad bona atque utilia non ducit, ſed trahit: parique vi a contrariis avocat atque abſterret. interim quæ bona aut mala ſint, in facto poſitum eſt: atque id neque his, neque illis omni loco, omni tempore, in omni re & cauſa, Natura peræque definit. prorſus quædam præcipit, alia vetat, pleraque in medio relinquit. ad rem pertinet, hæc diſertius indicari.

Sit, ut eſt, humanæ caput felicitatis, civilis conjunctio. huic promovendæ cuſtodiendæque neceſſaria, numquam in medio ponit Naturæ providentia: ſed ea in infinitum vocat bona, juſta, honeſta; eoque hæc tam civitati, quam ſingulis, motu rationis, quaſi tacita lege, ſemper imperat. contra quæ illi tollendæ diſſolvendæque ſint, putat mala, turpia & nefaria; ideoque ea omnibus ſine diſcrimine prohibere, credi debet. in his igitur, quid eſt privati arbitrii? nec magis civilis valet auctoritas. ſola mortalibus, quocumque appareant modo, ſtatu, aut conditione, eſt relicta obſequii gloria. ne quis dicat, quod Natura malum ſit, vel civitatis lege pium apud Deum, & juſtum atque honeſtum apud homines fieri. Jactavit id aliquando ſæva & ſervilis adulatio, rectis conſiliis ſemper adverſa. Verum amentia fuit. res loquitur, Naturæ jus non pendere ab hominum opinione; ſed Divina providentia conſtitutum, eſſe ſempiternum, conſtans, immutabile, atque in civitate, extraque eam, ſine exceptione, orbis viribus retinendum: omni humana lege, tantum miniſtra ad ejus executionem comparata.

Cætera, præter hæc, ſunt media atque indifferentia, per ſeſe ipſa neque bona, neque mala. hæc igitur hominibus neque ſingulis ac ſeparatis, neque conjunctis civili fœdere, imperat aut vetat Natura. quin ut ſingulis, nondum conſtituto civili jure, ſic deinde civitati, integram permittit libertatem hinc ſumendi quod ſibi utile, & improbandi negligendive quod noxium aut ſupervacuum videatur: nullo civitati, nullo extra eam ſingulis, præter ſe, quid ſibi conveniat, judice: ob ſummam hominum, nec minorem civitatum, inter ſe paritatem. Ullane igitur rebus mediis vel in civitate ineſt in alteram partem obligatio, neceſſitasque? nulla, A A; niſi quam in ea a civili jure acceperint. etenim cum ejus cui rerum poteſtatem permiſit Dei & hominum conſenſus, ſit æſtimare, quid ex his ſuo proſit aut noceat corpori: an dubitamus; ſitne ejus cognoſcere, & judicare, quid oporteat ex his quæ in medio poſuit Natura, legum neceſſitate adſtringi, quid ſuo cujusque arbitrio relinqui? Licita igitur per eum ſint in civitate omnia quæ ipſe non prohibet, aut jubet, & Natura fecit indifferentia. Interim eſt hic fons Juris Civilis, hæc materia humanarum legum. inde ordo judiciorum, inde dominiorum, negotiorum, obligationum, tutelarum, curationum, donationum, ultimarum voluntatum ratarum ruptarumque modi. omnium origo rudis, informis, ſimplex a Jure Naturæ ſeu Gentium. fines, formam, robur, civilis addidit utilitas. hæc abs Naturæ initiis non in totum diſcedit: hæc non per omnia eis inſervit. ſæpe addit; aliquando detrahit: & utraque via res medias ac liberas alligans legis vinculis, deinceps bonas aut malas facit quæ ante non erant tales. neque tamen æternum ſervat nominum fidem: aliquando transfundit ac mutat ſignificationem, ſuadente utilitate: quam unam ſequitur.

Sed bene habet. inveni quod quæſivi Jus non Naturæ tantum, ſed Civitatis quoque: poſita omnibus vivendi lege ſuam cuique firmaturum libertatem: ut alicui videatur minuere; & ſui generis ſervitute transfigurare. Non enim eſt hæc hominum ſervitus; ſed legis, Naturæ exemplo, tam humili atque inopi, quam nobili & potenti æquæ: numquam volentis, alterius ſuperbia alteri ſuam atteri facultatem: ſed, quod agebat Naturæ providentia, ubique pudore & modeſtia, nusquam ſcelere ac licentia exerceri. At hæc vera libertas & ſolida. alia non eſt. videlicet liber eſt civis qui legum imperio ſecurus, nihil metuit idem poteſt facere omne quod vult: ultro nolens, facere quod legibus facere prohibetur.

Quid ergo obtinemus? quod initio dixi, unam rectam rationem per omnem orbem & hominum ſingulorum, & civitatum jura: vires, commoda, ſocietate humanæ conjunctionis; id eſt, vero uſu terminare. At enim aliquis: Cur ergo miramur, varia, imo contraria, aliis atque aliis locis aut temporibus ſervari jura: quid, ſi præſtet, Naturæ jus moratiorum Gentium, quam communi ho-

hominum, ratione definire? Sed tu quisquis es, aufer mihi, ſis, veteres nugas quibus dudum ſibi quisque blanditur populus, ſæpe prætextu cultus, elegantiæ, atque humanitatis, privatim deſes, nequam, fallax, ſui prodigus, alieni appetens; publice prædo, & libidine dominandi omnibus noxius & periculoſus. agam ſimpliciter, A A. Fingite vobis quas lubet, Gentes. una eſt omnium ratio. domi unus omnium finis, ſocietas vitæ civilis. huc exeunt omnium jura, quamquam diverſis viis. ex his alia hanc mavult, alia illam; prout rebus ſuis expedire exiſtimat. etiam, quam primum tenuit, aliquando mutat, deprehenſo errore, aut nova oblata opportunitate. quacumque tamen incedat ſemita: perſeverat qui fuit, affectus retinendæ utilitatis conjuncti juris. hac cauſa idem quod ante, cum eſſet utile, probavit tamquam bonum & honeſtum, modo mutata conditione, vituperat tamquam turpe & malum; & quod nunc juſtum dicit atque æquum, alias injuſtum atque iniquum appellavit. Ita cum temporibus aut locis differant viæ, formæque ad ſervandam communem utilitatem directæ: ubique una conſtat recta Naturæ ratio, ubique unum & verum ſtudium tuendæ ſocietatis humani juris; etſi in modis varietur, etiam ſæpe erretur humano more.

Verum ceſſo, colligere rem indubiam, manifeſtam. confitemur enim, omne jus originem ducere a ratione per omnes qui ſe homines vocant, diffuſa divino ac provido Naturæ beneficio. adhuc quærimus, qualis, quantaque habenda ſit ſcientia quæ Naturæ jus Dei vice executura, ubique ordinat, gubernat, ſervat auctoritatem humani fœderis demonſtratione ejus quod pro tempore liberum atque arbitrarium, quod fœdum, quod egregium ſit, id eſt, quod illi nocere, aut proficere, aut illuc non pertinere arbitretur?

Neque vero jam adſpernor, A A, Populo Romano (cujus quamquam ſcelus per bella ampliandi imperii, neglecta humani generis ſocietate, deteſtor, tamen Jus Civile optima ratione colo) hanc fuiſſe diu reverentiam Civilis Sapientiæ: ut voluerit, eam aſſervari inter Deorum ſacra ac cæremonias, jusque a Pontificibus, velut ab ipſa juſtitia poſtulari: hos leges tractare, hos formulas componere: fere quaſi auctoritatem non conſtare Juri Civili, ſit vincula communis vitæ laxari, ſolvi, abrumpi. ſcio: ad Populum deinde tranſiit Jurisprudentia. ſed tum quoque obtinuit, ut in principum præſertim manu ac poteſtate eſſet. eo certe itinere rebus ſe nobiliſſimi juvenes præparare, eo ad honores graſſari inſtituerunt. quid, ſi non piguit Prætorios viros, ne Conſulares quidem & triumphales, vel maximis rebus geſtis, legum ſcientiam profiteri: ſive in jure, judiciisve orarent cauſas: ſive domi ſedentes in ſoliis, aut transverſo foro obambulantes, de jure conſulentibus reſponderent: ſive Deorum cæremonias ordinarent, & publica ſacra, jusque Pontificium commentariis deſcriberent: ſive in Fori diſputatione Juris regulas definirent; & ambiguas leges ratione aut auctoritate regerent; duras æquitate vera & maſcula temperarent; inutiles aliquo verborum colore atque imagine eluderent: ſive adoleſcentes quibus erat indoles virtutis, diſciplina emendarent: ſapienter opinati, quales ipſi cum præceptis, tum exemplis, ad rempublicam informarent, talem ſe reipublicæ fortunam effingere. At illis ad armorum negotiorumque gloriam adjicere ſplendorem Juris ſcientiæ: foris manu, domi conſilio, legibus, judiciis, multos adjuvare, defendere: utrimque famam in poſteros, in præſens venerationem ad Populum atque in Senatu invenire, id quidem pulchrum ac magnificum videbatur.

Ego vero, A A, quoties ad Populi Romani ortus progreſſusque adjeci animum, & qua re maxime imperium quæſiverit, invenerit, habuerit, mecum reputavi, ſemper arbitratus ſum, multum virtuti, multum fortunæ, plus juri debuiſſe: neque ex initiis tam anguſtis atque humilibus ad tantæ magnitudinis inſtar ulla magis re, quam legum religione ſurrexiſſe. ſi vacat: ſpectemus robur, opes, ingenium, tum quot & quas gentes non magis vicinas, quam inimicas invenerit aut fecerit: niſi fallor, viribus, opibus, intelligentia, paucis prior, multis inferior fuit. conferamus fidem, mores, laborem: dubito, an pleroſque domi militiæque ſuperaverit. ſic facile arma valebant: ubi Urbi, nec Urbi tantum, ſed inſuper caſtris diſciplina conſtaret: & utrimque tantum pudor, quantum virtus & fortuna exequeretur. cæterum ubi luxuria atque avaritia in rempublicam irrupere, & ruſticitatem vocarunt ſeveritatem ante laudatam; eoque modeſtiam, juſtitiam, induſtriam remiſerunt, atque inter bonos & malos diſcrimen, ſimul vitiorum & virtutum pœnas ac præmia ſuſtulerunt: tum illam, ut maxime viris, equis, armis, copiis valeret, tamen minimum efficere, quin ſenſim fluere, & in aliam partem ire, neceſſum fuit. Sed quanti intereſt civitatis, ejus conjunctionem optimis legibus ac moribus omni ratione ſervari ſartam tectam: tanti intereſt, Artem ejus auctorem, cuſtodem, vindicem, coli diligenter religioſeque.

Non ſum neſcius, fore de populo aliquem qui magna clamet voce, eſſe hæc ſubfrigida atque inania; applaudi nugis; in cœlum evehi ſcientiam modicam, ab omni ſapientiæ atque ingenii cultu remotam: parum pendentem a judicio; plus a memoria. tum eſſe anxiam de ſyllabis; torqueri in ſingulis literis, maxime verborum calumniis conſumi: plerumque de ſtillicidio, de fluminibus, de cloaca, de glande legenda, id eſt, ineptiis conſuli: raro majoribus miſceri negotiis: minimum de ſumma republica ſollicitari.

Vetus hoc & frequens convitium depingentis imaginem hominis Jurisprudentiam veluti opificium exercentis: non quam exſpectatis divinam atque admirandam faciem ſapientiæ legibus moribusque ornantis pacem ſeculi. interim percutit ſonus iſte inſcitus non magis aures, quam animos juvenum nondum firmatos & adhuc in primis viis laborantes. qui ut contemni poſſit a ſapientibus, tamen ne imprudentibus fraudi ſit, age conferamus pedem: ſine dubio evicturi, a Jurisprudentia prope abeſſe quidquid negotiis, quidquid ſapientiæ, quidquid cæteris humanitatis ſtudiis debetur.

Ajunt, Artem noſtram (ſi Diis placet) eſſe vilem: ajunt, minoribus fatigari rebus. vos videte, hoc qui accipiatis, A A. ego vero illi imputo: quod civilis ſtudioſa tranquillitatis, nihil omittit, quo qualescumque evitentur lites, & ubique retenta pace, in civitate conſtet fides communis boni. ita tantum abeſt: ut idcirco contemnenda ſit; ut magis laudanda veniat induſtria ſic majora exequentis: ut ne minora quidem prætereat: & viciſſim ad minora ita accedentis, ut nec majora negligat. Siccine? primum inſtruit, ornat, abſolvit officium, curam, ſtudium vitæ ſplendidæ ac negotioſæ. illa quid vult, quid agit, quibus conſtat? tractatione omnium quæ ſummi imperii providentia atque auctoritate in comitiis, in conſiſtorio Principis, inve Senatu egent pro optimo publico. Magiſtratuum porro officia, curationes, munera, nonne Senatus, Populi, Principis voluntatem miniſterio ſuo exequuntur? unde ſit, ut foris ſecura ſit respublica; ut domi ſa-

na; utrimque opibus ac copiis affluens; ubique innoxia libertate fruatur? illuc quæ exeunt, maxima sunt. una tamen publici Juris partem efficiunt. quid altera? ad Sacerdotes, ad sacra, ad cæremonias pertingit: uno justitiæ officio, conciliari cum Deo, secundo cum homine. hoc pietas, illud religio appellatur: ingens, si caste adhibeatur, instrumentum ad mentis emendationem; id est, ad virtutem honestatemque; simul ad divinam humanamque pacem. sin aliter: non minus incitat animos superstitione captos, velut furialibus stimulis ad turbas, ad libidinem, ad scelera. igitur ut oporteat, liberam ac voluntariam esse rem animi atque intellectus; nec pœnis armisque, sed conjunctione rationis homini cum Deo communis, accipi, custodiri, ac promoveri. at ne vergat ad ruinam morum, remve publicam in casum trahat factionum conspiratione, justissimæ cautionis est. I nunc, & præ te fer, tantum exiguis rebus, tantum ineptiis servire Artem: cujus tam insignem in rebus sacris ac profanis domi, foris, pace & bello esse commodum experimur. i, & dubita: utrum plus memoriæ, an judicio debeat.

Nam quid dicam de ejus affinitate cum cultu Sapientiæ? hujus optima & præcipua laus ad mores refertur: cæteris occultis & quodammodo ab ipsa Natura involutis. at illa virtutis atque officiorum magistra quid habet a Jure Naturæ & Civitatis, quid ab homine publicis privatisque rebus intento alienum? non repetam superiora. tantum utar exemplis paucis, sed evidentibus. Sit maris & fœminæ conjunctio, quam matrimonium appellamus. quid magis expedit reipublicæ, futuræ brevis ævi, absque eo seminario sit? jam in tot fortunæ casibus quod est honestius mortalibus solatium? dubitetur tamen, quid in conjunctione tam necessaria Natura indulgeat deliciis humani affectus? quid contra civilis pudor dicat incestum, nefarium, turpe? permittenda, an coërcenda sit uxorum multitudo? quid conveniat primis votis, quid sequentibus a morte prioris conjugis: præsertim natis liberis? an sufflaminanda inter virum & uxorem sit donatio nocitura profusa facilitate, aut concordiam magis pretio, quam honesto amore conciliatura, postremo meliorem factura pauperiorem, deteriorem vero ditiorem? an concedendum sit licentiæ repudiorum, divortiorumque bona gratia, aut per indignationem? honestumne sit, his receptis, stipulatione pœnarumque vinculis adstringi matrimonia contracta vel futura? quantam oporteat esse potestatem patris, liberorum educatione incertam adituri aleam? qua diligentia circumdanda sit pupillorum, minorum, aliorumque infirmitas: ne sibi noceat, neve prætextu tutelæ curæve impie atque inhumane spolietur? longum est. addam tamen pactionum contractuumque multiplices formas aut officiorum necessitudine, aut utilitatis permutatione omni vitæ commodas atque opportunas? adhuc neget aliquis, ne in genere injuriæ aut ratione erretur, esse in constituendis singulorum naturis, modis, finibus, opus sapientia judicioque negotiis spectato? quo igitur in his, nisi in honesti & turpis, in æqui & iniqui, id est, in publice privatimque utilis ac noxii momenta & proprietates cadit disceptantium labor? Paris fuerit industriæ, considerare atque expendere, quibus vitiis, qua pœna, quem ad modum purgari civitatem justum sit. non inficior, melius atque æquabilius se habituram, absque ullis esset. sed hoc sperare in tanta seculi inertia ac segnitie, quis audeat: nullo pœnæ fine, nullo fructu? an ignoratis, quæ in foro delicta, peccata, crimina appellantur, apud sapientes censeri errore humanæ sortis, non peccaturæ: si mortalis foret tenuitatis, quid suæ conducat salubritati, omni loco & tempore ex veris principiis recta ratione deducere. Non faciam Naturæ controversiam de providentia. est illi sua causa, etiam cum nos fugit. saltem fas sit, deplorare nostræ miseriam conditionis: cui necesse est, in infinitum sequi bonum & evitare malum: nec interea quæ jus sit optare, aut deprecari, magnopere licet animadvertere aut discernere. ubi igitur sapit? imo ubi non labitur? quæso vos dicite: ipse dubito, sponte, an necessitate: æque ex obviis principiis, ut ut falsis, falsa fluente collectione, atque ex veris ac bonis vera sequitur & bona. sic eheu! etiam cum suo studet commodo, ut debet, duce Natura, pro vero speciem amplectitur: bonum minus majori, præsens futuro, privatum communi præferens: ignara, vel hoc suum contineri. utrum igitur placet, deferri ream imbecillitatis: an parci ejus infelicitati? occasione gaudet clementia. memini: fateor. sed vitanda confusio, & flagitiorum eruptio, exemplo nocitura. deliberemus igitur de pœna, duro hercle & infausto, sed necessario, remedio: non tamen admissi jam erroris. absit: is qui potest fieri infectus? sequens ordinandus est. nec iste quidem accipiet legem: si humanum excedat modum; aut manus ac mentem a republica abstineat. an sapientis sit, frui pœna, & ultione vana aut nihil ad se, nihil ad rempublicam pertinente, grassari ad crudelitatem? nequaquam. quid ergo? relinquat hunc suo dedecori. tantum sit negotium, cavere: ne aliis graves sint affectus, a linea omnium utilitati legibus posita se moventes: ac si quem capiat mala libido egrediendi metam legum; illecebram stultitiæ mutare acerbitate pœnæ ad miseriam exituræ. ita malæ mentis sint peccata ad meram rationem exacta: an indignemur, in humano foro, integritatem civilis conjunctionis conservaturo, terreri inhiberique consilia actionesque illi conjunctioni noxia? atqui leonem, lupum, similemve tollimus belluam magis lege immanis naturæ, quam suo peccato perniciosam. & quid interest inter hanc & hominem sua feritate se, invita ratione civitatis, ferentem pessimo publico. Sed est unus pœnæ finis utilitas servandæ disciplinæ: sine qua nullum est, nec sperari potest otium reipublicæ. eam porro utilitatem vere condigneque taxare, cujus est, præter eum qui humanæ indolem naturæ, virtutumque & vitiorum causas habitumque, simul quæ media sint atque indifferentia, perspexerit penitus? sic quoque more boni & prudentis Medici, quibusdam statim occurrit: ne late serpat malum, & sero quæratur remedium. alia differt: dum ingenia mitescant, & morum asperitatem sapientia emolliat. hæc ne irritet pœna, consilio dissimulat. illa quæ se tractari sinant, pro modo exempli utiliter emendat. Interim quantula est legum innocentia in comparationem præceptorum juris! Separavit hæc prudentissima Ars a suis regulis: volens, præcepta esse consilia sapientiæ: docere, suadere, nihil cogere, non minari pœnas, præter divinas; in his quoque pœnitentiam adgnoscere in primis sinceram. at leges regulasque imperare, vetare, punire, permittere: non disputare, non consulere, non donare ne pœnitentiæ quidem, etsi veræ. ita has, quatenus manu valent, malis & noxiis actionibus mederi. illa mentis puritati studere: nec modo quod licet, sed in primis quod decet, id est, quod pietati, verecundiæ, justitiæ, liberalitati, fidei, virtuti denique & honestati convenit, suum putare. quod quid est? nisi, ut

ut ille ait, veram, non simulatam Philosophiam affectare?

Sed quanta Arti a sapientia laus est, tanta ei venit a cæteris humanitatis studiis. scires, esse eorum qui ingenii cultum rebus attulerint in tribunalia, in Senatum, ad Principem. adeo vix discerno, quo præstent maxime: dignitate, an verecundia: negotiorum peritia, an diligentia: doctrina, an sermonis cura atque elegantia. Non faciam fidem rei certæ & liquidæ. quis ignorat, Jurisprudentiam partim verborum interpretatione, partim rerum atque utilitatum discrimine occupari: ponamus saltem testamentum aut contractum, aut si mavultis, legem, edictumve. nonne, si obscura sit loquentium mens, quid senserint, ex eo quod dixerint, expiscari cogimur? miramur igitur, cum ad rerum & verborum origines ac significationes quas aliquando mutat, sæpe obliterat longa ætas, & loquentium usus, multa sint a Grammaticis subtiliter eruditeque excogitata, ac tradita: eam esse gloriam Jurisprudentiæ, ut ejus studio industriaque plura adderentur.

Jam si quem capiat laudabilis impetus noscendi Populi Romani munera, mores publicos, privatos, veteres, novos; si sobrietatem, luxum, delicias, elegantiam, in Urbe, ruri, in ædibus, villis, hortis, in nuptiis, funeribus; alibine uberior hujus doctrinæ fons, aut copiosior materia, quam ubi de his ex testamentis, codicillis, pactionibus, negotiis omnis generis lites & juris quæstiones exercentur. Sed est incredibile, quantopere hæc & alia Pandectarum Fragmentis, & utriusque Codicis, cum Theodosiani, tum Justinianei Constitutionibus illustrentur. Non repugnem, A A. volenti, Juris Civilis Corpus appellare sacrarium vel thesaurum omnium quæ domi, quæ foris, quæ privatim, quæ publice, bello, pace, in judiciis, in jure, in Senatu, in comitiis, apud Principem, sapienter, aut temere, facta sint a summis, mediis, infimis.

Verissima hæc esse, videtis, A A. nec putate tamen, me agere; ut unum vobis hoc obtrudam Corpus: quod alibi sit honestæ & eruditæ elegantiæ, sordere aut supervacuum esse opiner. Non est hoc mihi consilium. cum commendo & laudo nostra, cætera non contemno. nimis cerno, quam arcta, & suavis sit omnium artium ad bonam mentem enitentium cognatio, invicem se non ornans tantum, sed juvans quoque. quod res est, volui, exposita varietate doctrinæ quam ambit hæc divinarum atque humanarum rerum Sapientia, vos ejus amplitudinem, utilitatemque intelligere, & tam multiplice moveri venustate, ut affectetis viam, qua ad ejus apicem prudenter, cito, feliciter, contendere & evadere debeatis: hoc tempore quo fere per incerta atque avia ætatem vagatur: quia præstare credit aliquorum ignorantia an ignavia, quiddam, quod ajunt, simplex, & ad usum spectans, doceri; quam Veterum exemplo, ad eam cum decoro scientiarum comitatu venire: dubito, utrum magis stulte, an impudenter. Non minus utile fuerit, vos meminisse, pulcherrimam hanc Artem non esse natam uno aut altero die; neque ab unius ingenio, eademve opportunitate profectam: sed pro Reipublicæ moribus, commodis, difficultatibus sensim esse auctam: ne semper quidem eodem perduravisse statu: sed ut ventis adspectus nubium, ita fortuna publicarum privatarumque rerum sæpe variatam atque inflexam fuisse. Plura adderem: nisi intelligeretis, referre Artis per tot secula, per tot casus jactatæ, ejus fata atque inclinationes bona fide comprehendi curatissima observatione temporum quibus quid justum, emendatum, abrogatumve sit: neque magis abstineri a vetustis, quam a novis quibus illa mutata aut temperata sint, oportere.

Igitur (quod dignum est Artis majestate) finite, eam quibus crevit opibus, quibus per omnem terrarum orbem post tot secula in Foro observari, & in Academiis doceri meruit, iis retineri. constat illa, quanta quanta est, partim legibus ac moribus Populi Romani, partim communi omnium hominum jure. igitur pro se quisque advertat, quæ Jus Gentium & communis præcipiat sensus. deinde, quæ fuerint Legum, Senatusconsultorum, Edicti perpetui verba; quæ restitui possint, quæ amissa videantur: quis auctor, quis ordo, quæ ratio, quæ sententia fuerit: quæ ad hæc Veteres suis quisque libris & temporibus annotaverint: quæ Rescriptis aut Constitutionibus ex rigore laxaverit benignitas Principum: quæ in Pandectis aut Codice conjungi, quæ separari suadeant locorum Inscriptiones aut Subscriptiones: quæ præterea ex Veterum moribus & studiis, ex linguæ usu, postremo ex omni antiquitate illustrari possint: quæ fuerint sectarum discrimina, quæ vestigia restent; quid regula Juris, quid adversus eam pro communi utilitate receptum sit: quid recte, quid secus, fecerit Tribonianus: quæ scripturæ, quæ interpunctionum sit fides, constantia, aut varietas. Pergite hoc itinere seduli atque assidui; & Jurisprudentiam, non umbram invenietis. parum illudet vobis Interpres imperitus & nimis securus. melius cum Veteribus deliberabitis de restituendo ad veterem elegantiam instrumento Populi Romani, an orbis terrarum pulcherrimo. Hæretis & statis, quia non videtur labor vester suffecturus investigando amota? erratis. non, si quædam diffluxere temporum injuria, eo de universis desperandum est. multa tempus abscondit? multa detexit. ignavi sumus, si non & nos sequentibus prodamus aliquid, ut a prioribus accepimus. at enim metuitis tramites, & viam alicubi molestam. nempe, quæ virtutis via est, planam & jucundam creditis. quid, si virtus aspera sectatur & difficilia? sed contra annititur, & duritiem, si quæ est, industria mitigat. imitemur exemplum: arbitrati, nisi quod Natura vetat, nihil esse arduum aut invium. igitur tales mihi date: & quam desideratis, vobis Jurisprudentiam dabo. hanc vero cum dico: divitias, decus, gloriam vobis supra caput esse, atque in oculis poni, credite. si enim rem recta putatis via: semina estis posita hunc in locum, velut publicum orbis plantarium: unde ubi vestra sic adoleverit scientia, ut ad juvandam rempublicam utilis atque idonea videatur, ad ejus partes, tamquam ad pomarium amœnum ac fertile, transferamini. quin igitur expergiscimini, & surgitis, & quod offertur vobis publicum & privatum jus tam civile, quam gentium, velut rem omnium communem, occupatis. nunc maxime, cum viget flos ætatis vestræ, aptæ ad discendas artes honestas & decoras. non est, quod circumspiciatis duces gloriosi conatus: quibus suppetunt tot mei Collegæ Clarissimi & Eruditissimi: parati, in vobis exprimere viros doctrina ac sapientia eximios: qui aliquando humanam conjunctionem consilio regere, judiciis tueri, ac legibus moribusque emendare possint. hos inter si vel mea non inutilis videbitur tenuitas: numquam a vobis aberit animus meus. me spectate; & hanc dextram accipite, quod meum est, vestrum futurum.

Finis Dissertationis primæ De Civili Prudentia.

GERAR-

GERARDI NOODT,

Jurisconsulti & Antecessoris,

DISSERTATIO SECUNDA

DE

CAUSIS CORRUPTÆ JURISPRUDENTIÆ,

Habita Ultrajecti ad Rhenum Prid. Id. Febr. A. MDCLXXXIV.

Nescio, qua re fiat, A A: ut qui hanc virtutis & honoris sedem tantum quod aliqua cum fiducia conscendi; ex templo animum horrore concuti, membra trepidare, constantiæque meæ rigorem laxari atque infringi sentiam. Si ad me, si ad vos specto: quam dicam tantæ, tamque subitæ, causam perturbationis? Num deprehensum re nova aut inopina hac actione, hoc loco, hoc tempore? At ex usu Academiarum in quibus Jurisprudentiam sum professus, sæpius publice verba feci. Nec jam potest in tanta civitate ille ornatissimorum atque eruditissimorum hominum confluxus pro concione primum dicturo inexspectatus accidere. Non magis debet auspicanti dignitatem, mihi ab Amplissimo Ordine pridem oblatam ex communi omnium voto, terrori esse ipsa qua motus, Ultrajecto Frisiam mutavi, publici de me judicii conscientia. Ego tamen quo magis hæc cogito, & quæ præterea sunt mei honoris causa facta; eo magis mens animi mei præstringitur: nimis intelligens, unius horæ momento in periculum deduci non hujus modo orationis eventum, sed etiam omnis fructum existimationis quam mihi qualicumque industria ab aliquo tempore comparavi. Impetraveram nimirum a Republica Frisiorum ampla & magnifica: ut esse aliqua mea existimaret specimina: hujusque rei quæ adferam documenta, præter prolixam munificentiam qua me huc iterum publice invitatum, iterum prosecuta est. etiam tertium, nisi me victum cœli solique hujus ingenio, amœnitate, elegantia ultro monuissem, prosequi voluit. Sed illa qua est magnanimitate, quidquid a studiis literarum commendatur, sua benignitate non indignum arbitratur. Ego vero hoc publicæ indulgentiæ privilegium fato debeam, an meritis doctrinæ meæ: timeo, privata voce definire: cui difficile sit, non accedere Reipublicæ de me benigne sentienti; & rubori, admittere honorem cui possim impar videri. Ut ut erit: illic poterat mihi ejus reputatio præjudicii aliquam præstare securitatem: hic novo honoris processu incertam experiar fortunam. ita fuerit mihi aliquamdiu & jucundum & decorum duorum Illustrium Populorum de me certamen: quo tamen diligentius alter egit, ut me haberet; alter, ut retineret: eo magis nunc laboro: suspectis sapienti bonis ultra vota fluentibus. Sed quid ago? quid molior? jacta alea, tarde damnem consilium; quod mutare non possim; nec, si possim, optem. Vestram certe, A A, indolem æque ad officia humanitatis, atque ad literarum gloriam inclinatam, cum mihi atque animo meo repræsento: est quo me consoler ac confirmem: in hoc muneris mei ingressu, pro captu ingenii, vobis faventibus, ut spero, sine metu frigoris dicturus de causis corruptæ Jurisprudentiæ.

Id placuit argumentum: nec, opinor, est elegantior atque investigatu dignior quæstio, quam illa; cur, ubi priora tempora nominibus tot excellentium Jurisconsultorum inclaruerunt, nostrum potissimum obscurum atque ignobile, vix paucorum lumine & gloria illustretur. quippe rara sunt, post hominum memoriam, a Jurisprudentia cum notabili laude profecta. putes, plerosque tædere Artis quam profitentur: & quod doctissimo cuique, aut regenda civitate principi, propter insignem ejus æquitatem, variamque sapientiam, ante sanctum ac venerabile erat Juris Romani nomen, cum maxime videri supervacuam, atque alienam ab omni non solum doctrina atque elegantia, sed a communi quoque usu ac vita, subtilitatem præferre.

Si tamen publice placuit, Jus Civile adhiberi in judiciis; si doceri in Academiis; si tot seculorum fide & periculo in hoc, velut commune gentium nationumque jus, obstinate consensum est: date, quæso, majestati Reipublicæ, & venerationi orbis, & temporum experimento: ut hanc artis nostræ contumeliam non ejus ineptiæ, sed inscitæ non assequentium imputetis: quin, ut legum vigor ad Reipublicæ ornamentum, tranquillitatem, salutem denique pertinet: ita earum scientiæ tanta videatur sive fortuna, sive prudentia fuisse, quanta fuit Æterna Urbs in latissimis imperii finibus ac copiis cum inveniendis, tum per tot secula retinendis. Quod si, ut par est, impetravero; tantum abest: ut Ars nostra sit tenuis, jejuna, & subtiliter nugax: ut ne fuerit quidem umquam inventum otiosorum hominum. Sit aliarum fatum scientiarum; ut sint de schola; ut multis doceantur verbis & eruditis, nec tamen intelligantur, minusque subsistant intra finem usumque humanæ tenuitatis: hæc est prærogativa Artis nostræ: quod rebus debetur, quod originem & causam traxit a necessitate humanæ conjunctionis: cujus utilitatem quæ summa est & honestissima sine exceptione, sibi proponit juvandam tuendamque. at vires in comitiis atque in Senatu accepit: formam in foro adepta: postremo est in consistoriis Principum perfecta. ita non affectat sapientiam quam usus & civilis ratio adspernetur: ne adsurgit quidem ultra humanum modum. uni servit communi vitæ, & quam profitetur diligentiam, publicis privatisque commodis metitur: passim justa, æqua, modesta: non mollis aut effœminata, sed neque fera aut aspera;

ra; ubique mortalis memor conditionis, legum severitatem comi benignitate prudenter temperans. Sed lex totius civitatis quasi mens est: legis autem præcipuum decus ratio, omnis divini atque humani juris auctor: rationis porro ipsius lumen est Civilis Sapientia. cujus gloria quo magis declinavit: eo justior fuerit disputatio qua ejus mali causas inquirere; & repertis, tandem remedia circumspicere possimus.

Nisi verisimile sit, rerum Naturam consenescere, aut hominum ingenia decoquere, & ad adquirendam retinendamve Artem qua adstringuntur vincula humanæ societatis, inidonea fieri. Sed quis id serio censeat: incidentibus quotidie novis atque immanibus cæterarum artium incrementis? Non opus omnibus. saltem date mihi Sapientiæ partem qua rerum abdita, & Naturæ secreta investigantur. ecquando ullum fuit tempus quo adscendit ad perfectionis laudem ad quam non credimus, sed videmus, egregiorum hominum ingenio atque industria evasisse? Jam si Medicina, si Astronomia, si Mechanica, si denique Mathesis longius progressa est, quam quo potuit sedula & erudita adspirare vetustas: an una tam infelix habenda est Civilis Scientia: ut, cum Natura cæteris sufficiat, ipsi maligna aut excusanda videatur? Sed desino, invidiam facere Naturæ: putemus, ubi prioribus jus fuit, vel ad hanc venire; ipsamque non tantum a vulgari & publica intueri parte, sed ad interiorem quoque & sanctiorem cura atque industria penetrare: nos cum inde arcemur, non modo humani ingenii, sed studii atque operæ prohiberi. Est ea, A A, rerum humanarum conditio: ut his viis quibus inventæ sunt, facile retineantur: sin earum pigeat, marcescant sensim & corrumpantur. videte, quæ præsertim celebrantur familiarum aut civitatum vires, opes, copias: eæ quo minus stent aut cadant; aliud, præter disciplinam, efficit? Harum exemplo artium fortunæ utentium moribus variantur, & quem esse in nostra torporem atque oscitantiam querimur, hic a pristinæ severitatis sive ignorantia, sive negligentia proficiscitur. quod si quis eodem tramite, & pari animi contentione qua præsertim priscis temporibus usi sunt egregii homines, ad illius perfectionem enitatur: dubito, an huic quod ad summam pertineat scientiam, & homine in Foro excellente, aut in Republica principe dignum sit, nihil magnopere defuturum videatur.

Fugit enim vos ratio, A A: si existimatis, esse vana atque inania secutos: si cogitasse ab omni elegantia cultuque eruditionis & sapientiæ remota: si substitisse circa tenuia & levia, si in legibus adquievisse verborum aut syllabarum calumniis: si egisse, ut exprimerent aliquem non re, sed nomine prudentem. absit. illis sedebat, ut in vita, sic in Civili Scientia parum sublimia assequi humilia cogitantes, aut illorum præsumpta desperatione in plano morantes. simul merebatur decore ac religiose coli Ars rectura leges, id est, formas quibus a Natura profecta ratio, in omni vitæ colore agenda, ac fugienda pœnæ comminatione esset præscriptura. Eam igitur ornaturi Artem, ex summis opibus & præclaram quærebant scientiam, & perfectum justitiæ Sacerdotem: qui non legum memoriam, sed intelligentiam, neque Artis elementa prima, rudia, angusta, sed omnem doctrinæ ambitum, sapientiamque circumferret. ita, me hercle, studebant, omnium divinarum atque humanarum rerum causas ac motus scire: in primisque humanæ jus conjunctionis ejusque originem, vim, atque utilitatem: inde boni & mali, justi atque injusti, honesti ac turpis rationem, gradus, discrimina: postremo, quid jubeat, quid vetet, quid in medio relinquat Natura, explorare, cognoscere, intelligere: nec minus Geometriam, Dialecticam, & literas politiores, atque antiquiores attingere: Latinique sermonis usum ac proprietatem: tum principis Populi mores cum privatos, tum publicos, quibus crevit, quibus adolevit, & tandem eo magnitudinis surrexit, ut mole sua laboraret, propriisque viribus consumeretur, memoria atque animo complecti. His opus erat illi qui vere atque ad publicam utilitatem, pro dignitate muneris atque officii, apud cives, socios, hostes, in otio, in negotio esset responsurus de jure belli & pacis, de rebus divinis atque humanis, maximis, minimis, publicis, privatis, aliquando ex Naturæ, plerumque ex civilibus legibus quam recentibus, tam vetustis: in quibus temporum injuria antiquos mores, vocesque sæpe deleverat aut inumbraverat: cum his moribus vocibusque jus atque æquum, id est, negotiorum, fœderum, legum vis ac potestas contineri ac prodi videretur.

Nec tamen ad scientiam illam nudam, etsi variam atque amplam, consistebant. paraturi se actui rerum, satis intelligebant, Artem civilibus officiis præsidem, inspectione instrui, disponi, perfici; exercitatione consummari atque absolvi: alteram causas, alteram rem ostendere: alteram ingenium, alteram Judicium formare: utramque alterius societate crescere; neutram sine altera valere, excellere. ante omnia igitur quærebant uberis ac copiosæ opes scientiæ. deinde ei usum atque exercitationem adjiciebant illustrium virorum affectatione & comitatu in judiciis, in concionibus, in consiliis, denique gravissimarum rerum domi, forisque tractatione. Sic, cum ingenium atque artem non minus experimentis atque exemplis, quam præceptis alerent ac confirmarent: cedo, an fieri potuit; ne illis ingens atque admiranda obveniret sapientia, facultas, constantia: qua in judiciis avaritiæ, superbiæ, calumniæ occurri: qua in republica utilia servari, aut recipi, contraria abrogari aut occupari, qua denique felicis seculi luxuria coërceri, qua adversæ fortunæ impetus inhiberi, retundi, atque infringi posset?

Talem vetustas refert Catonem, Porciæ gentis principem, agricolam solertem, reipublicæ peritum, Jurisconsultum, magnum Imperatorem, & probabilem Oratorem, & cupidissimum literarum fuisse. Talem Sextum Pompejum, præstantissimum ingenium contulisse ad summam Juris Civilis, & ad perfectam Geometriæ, & rerum Stoicarum scientiam. Mitto alios: quid Antistius Labeo, vir ingenii non minus liberi atque incorrupti, quam tersi & exercitati? his artibus & studiis, quæ non tentavit, quæ non effecit, quæ secus accepta non solerter prudenterque innovavit, quæ invia aut impedita non feliciter perrupit aut exposuit? Salvius vero Julianus, ille ætate sua sapientissimus, & inter tot nobiles atque egregios homines visus Hadriano non indignus cui Edicti perpetui compositio emendatioque commendaretur, aususne fuisset tantæ vetustati, & præsertim diligentiæ Servii, Ofilii, Labeonis, qui idem vel simile cogitaverant, detrahere aut addere: nisi longus usus & immensa antiquarum novarumque rerum ac verborum doctrina ei fecissent fiduciam consummandi canonis ad quem Artem deinceps exigerent sapientes; & in communi vita suum quisque jus metiretur? Jam quibus artibus tibi impetrasse videtur Æmilius Papinianus, Præfectus Prætorio: ut in Jure Civili Deus haberetur, & æternitati feriis anniversariis con-

 fe-

secraretur, ab eoque studiosi juvenes Papinianistæ tertio laborum anno appellarentur? Ejus quoque auditor Domitius Ulpianus, Alexandri Severi tutor, Assessor, Præfectus Prætorio, cujus etiam in conviviis, in balneis, in ambulationibus eruditi sermones, & eximiæ verborum observationes laudantur, nonne late patentis imperii, monstrosa Heliogabali nequitia, socordia, turpitudine non labentis, sed præcipitis, pondus sustinuit, & veterem disciplinam magno animo, parique sapientia optimo publico restituit? certe Alexander eo quod Ulpiani consilio uteretur, fuisse summus Imperator memoratur. Sed ego, quoties aut viri illius aut cæterorum Fragmenta legi, quid primum, quid postremum, quid plus, quid minus admirarer, non inveni. quærebam in stilo elegantiam, simplicitatem, dignitatem? nil poterat elegantius, simplicius, gravius haberi. sectabar in interpretando, disputandoque subtilitatem, prudentiam, industriam, humanitatem, verecundiam? dubius eram qua virtute ac facultate tanti viri, tot negotiis impliciti potissimum valerent. adeo non judicio doctrina, neque doctrinæ justitia aut providentia, neque his omnibus modestia, cura, ac diligentia cedebat. postremo quid dissimulem, videri mihi de cœlo demissos qui publici privatique Juris custodes, an conditores essent?

Simpliciter loquor, non jactandi causa, neque quo laudem viros laudatissimos. sunt illi sua contenti fama. mea non egent commendatione. volui tantum indicare tenorem disciplinæ qua post tot secula, cum neque est pretium adulationis, & cessat invidiæ causa, servarunt sapientiæ atque eruditionis gloriam. a qua hæc ætas quam longe abest! utrum rerum, an nostro vitio? piget dicere: est tamen dicendum. quotus enim quisque ad Civilem Prudentiam hoc tenet iter, aut se hoc impetu, & perseverantia movet? Olim illa ubi omnium oculis atque animis angusta & magnifica occurrebat; & videbatur domi; velut ex oraculo, respondere; in foro cum admiratione stare; in judiciis aut tribunalibus cum dignitate adsidere aut præsidere; & in Populi comitiis, in Senatu, in Principum conciliis quanta cum majestate non jam de unius hominis, municipii, provinciæ causa, sed de totius imperii jure publico ac privato, id est, de humani generis salute censere: optimum quemque ac gloriæ maxime studiosum ad sui venerationem accendebat: ei futura non minus ornamento, quam majorum imagines & curules gesti magistratus. Nunc deformis, inops, nuda, & pannis annisque obsita, non veterem dignitatem, non ingenuitatem satis tuetur: magis ad quotidianas capturas prostituitur. miramur igitur, æque bonis atque ignavis vilescere; tantumque plebeja humilitate censeri?

Seu ego, A A, hanc esse conjicio causam corruptæ Jurisprudentiæ primam ac præcipuam: quod passim credimus, esse ignobilem; & Jurisconsulti amplissimo nomine non designamus illum divinarum humanarumque rerum sapientem, & publicis privatisque negotiis gerendis utilem atque accommodatum; sed causidicum nescio quem sibi ex obscura & tenui scientia non honorem, sed præsertim exiguæ emolumentum mercedis proponentem. qui sic imbuuntur, possintne hi sibi permittere: ne ad Jurisprudentiam quasi ad artificium sordidum atque illiberale accedant? utve eam velut publicæ & pro hominum ingeniis ac temporum occasionibus mutabilis & variæ utilitatis intelligentiam, ut decet, per ætates, atque incrementa distinguant: quam intuentur velut imbrem de cœlo eodem delapsum impetu, aut tamquam fungum e terra natum proxima nocte? hine ante, quam audituri Populi Romani leges, animum & pectus impleant studiis sapientiæ atque humanitatis, aut peritia juris naturæ & gentium? hine in cognoscendos Urbis mores veteres, recentiores, publicos, privatos, inque ediscendum sermonis Latini usum ac proprietatem tantillum olei impendant? hine se præparent sic: ut ausint, de ipsa judicare Jurisprudentia? ut, non dicam Interpretibus doctis, indoctis, sed ipsis Juris Architectis de veritate movere controversiam sustineant? non facient. imo quemadmodum ad has illoti atque inculti accedunt: ita se valde eruditos beatosque existimant, si quæ brevia Artis compendia vix comprehenderint; & definitionum ac partitionum actionumque solemnia carmina memoriæ mandaverint; Artemque late porrectam, in angustas tabellas, paucasque & sæpe ineptas quæstiones coarctaverint: imperite confusis legibus, moribusque omnis loci, omnis ævi, Civilibus, Pontificiis, Patriis, indolis subinde diversæ aut contrariæ. Cæterum, si quid recto animo tendat ad ingenii famam: si nullius auctoritati donet fidem Jurisprudentiæ: si cuncta serio cognoscat, excutiatque, adhibita ope historiæ, & temporum discrimine, simul ratione civili & naturali: si leges moresque Romanos potius Romanis, quam nescio quibus peregrinis & barbaris moribus ac verbis interpretetur: id neque esse justi saporis, & infra gravitatem Jurisconsulti consistere, ac potius ad ineptias Grammatici aut Philosophi accedere sibi persuadeat: multoque magis ridiculum videri, si quam scripturæ formam absurdam atque inextricabilem exigat ad diligentiam manuscriptorum, editorumve dudum librorum: si (quod majoris artis atque industriæ est) ingenii felicitate luxata restituat, vitiata atque affecta detergeat ac sanet: si Siglorum Notarumque ænigmata quibus corrupta atque adulterata ante & post Justinianum fuere Veterum scripta, verecunde conjiciat: si interpunctiones quas antiquitas ignoravit, recentior cura invenit, Librariorum socordia sæpe turbavit, in locum suum quasi manu reducat: si glossas, & varias lectiones quæ alicubi vi, clam, aut precario irrepserint, tamquam interdicto de injusta possessione dejiciat: si lacunas quas longa ætas, quas Compilatorum securitas, quas Librariorum ineptia fecit, ex Jurisconsultorum Fragmentis, aut Theodosiano Codice, aut Græcorum auctoritate suppleat atque adducat: si totam Pandectarum fabricam contemplatus, Juris mutationes, inclinationesve atque incrementa insignia & notabilia, tum quæ restent sectarum pugnæ, quasque vetustas composuerit, observet: si in his quædam Juris regulis, alia præceptis accenseat: si argumenta a contrario atque a consequentia in plerisque Pandectarum locis, itemque in Rescriptis Codicis fieri præter auctoris mentem, eoque fugienda esse, arbitretur: si inveniat viam qua Leges, Plebiscita, Senatusconsulta, Prætorum Edicta concinnari, & his Veterum Fragmentis pro commentariis, qualia multa fuere, fido Inscriptionum indicio aptari; dubia constitui; interpolata deprehendi; divulsa ac lacerata conferri, jungi, adunari; fugitiva detegi, locisque suis reddi: qua denique legum momenta magis ratione, quam pictis in pariete nebulis nugisque gubernari possint: omne id pene nimiæ, ac miseræ, & stultæ diligentiæ esse, opinantur: sane ut ad verum admoveatur: tamen neque tutum videri, neque usu venire, & dediscendum esse, ubi ex umbra in solem & pulverem atque adeo in aciem descendendum, ibi seculi moribus, &

novo

novo atque inviso orbe utendum sit. perinde quasi tutum sit quod non sit verum; aut pro jure scripto observetur, recte intelligi, inutile sit; aut tantum insulsa usu placere atque obtinere possint.

Clara hæc & certa esse, non sentitis, A A? verum multi aut inertia, aut ignorantia, aut spe mercedis, & ambitione frequentis auditorii adeo transversi aguntur: ut nihil pensi habeant, cum suis auditoribus quotidie consimiles miscere fabulas; hisque ignaviæ ac desidiæ illecebris pulcherrimam subvertere Artem; &, quod indignum est, animos juvenili credulitate fluxos atque obnoxios corrumpere, in primisque parentum vota, & reipublicæ subsidia frustrari. aliudne efficiunt hac verborum specie ac fraude? quam ut juvenes egregiæ spei atque indolis, dum in Academiis non audiunt veteres leges, neque bonos evolvunt auctores, neque per studiorum gradus ad præclara quæque & sublimia educuntur, neque ad verum atque honestum laborem exercentur, ætatem studiis aptam ac devotam, luxu aut otio consumant, atque ex his egressi spatiis, & sui juris facti, deinde in ea quæ ante non audiverint, legerint, didicerint, inquirendi neque libidinem habeant, neque copiam, adeo ad senectutem nihil præcipuum adferant præter stultitiam & pœnitentiam.

Atque hic ignavus, & sordidus animus, si Deo placet, adhuc tegitur prætextu communis infirmitatis. an quid frequentius auditur, quam viam illam veterem ac regiam esse præruptam, asperam, obscuram, longam, molestam; vix a paucis etiam sedulis atque ingeniosis multa lucubratione & immenso labore absolvi. hanc vulgarem & compendiariam contra esse planam, rectam, commodam omnibus, ne segnibus quidem & væcordibus insuperabilem: brevitatem vero ejus convenire fragilitati humanæ conditionis: suadentis, festinari studia; ut fructus percipiatur; & quo plures aut libidine aut ingenii tarditate tempus ac laborem perdunt, eo tutius consisti in modicis & simplicissimis, iisque ad Jurisprudentiam quam citissime, tam certissime perveniri. Sed, per Deum immortalem, vos ego appello, vos, inquam, qui sic sentitis: quando de hominibus tam male meruit Natura; ut in tam multa & præclara natis ingenium qua ea assequantur, negasse videatur? potius putemus, eam ut avibus celeritatem, canibus odorem, lupis sævitiam, ita nobis mentis solertiam indulsisse? quod si lubet, homines cum hominibus conferre: fateor, distinguit eos fortuna opibus, natalibus, honoribus: interim quid tam æqualiter inter eos distributum, quam bona mens? itane? videamus plerosque. nonne, ubi adoleverint paululum, sunt ad rogandum faciles, & ad discendum avidi atque idonei? jam in ipsis infantibus nonne divini spiritus scintillæ, & velut conamina emicant? quæ si paulatim extinguuntur: utrum cultura peccavit, an Natura? ego hanc culpa absolvo: & stultos aut ineptos, perinde ut insignes ad deformitatem, aut monstrosos ac prodigiosos, præter hominis naturam, nasci interpretor. igitur fiant laborum gradus: & quod rebus inanibus (ne quid pejus dicam) datur tempus, impendatur Civili Prudentiæ: quid non ferant hominum humeri, & virtute duce generosa indoles non profliget?

Sunt tamen qui naufragium faciant. Ut hoc verum sit: (quid enim est ab omni perfectum parte?) ideone deferenda tibi videtur bona mens: quia non ab omnibus, etsi diligentibus, adquiritur? non dices: censeo. nam aliquando & culturæ non ex voto messis respondet. sæpe etiam navigantis spem tempestas interpellat. quis tamen idcirco agros suos negligit? quis minus studet rei maritimæ? nemo. cur igitur ab ornanda colendaque serio Jurisprudentia absterreamur eo: quod ad eam virtutis via grassatus aliquis, spe sua excidit? Et si id paucis contigit. plures hac præclaram obtinuere scientiam, quam qui vulgarem & compendiosam iniere. qui mihi tum quoque, cum in portum suum pervenere, ac sperata assequuti sunt, id est, tenuia & vilia, videntur naufragium fecisse: cum is qui summa petit, si ad ea venit, nil superius habere possit: si non huc venit, tamen ad secunda admissus, summis proxima adipiscatur. Tantum refert in hoc sapientiæ curriculo, utram viam ingrediare! nec deinceps quærat sapiens atque intelligens, a quibus quanta opera superetur: sed quo usque egrediatur. quid, si ne ipsa quidem illa vetus & regia via tam difficilis & præceps est, quam imperitis videtur? quemadmodum enim montem, ita illam e longinquo prospiciens, abrupta & præcipitia se videre omnia, oculorum errore atque infirmitate existimat: quo autem propius ei admovetur, hoc magis distinguuntur locorum spatia atque intervalla: & quæ ante præferebant ardui imaginem, nunc erigunt lenes & faciles clivi: in quos ubi sensim, ac velut de gradu in gradum adscenderit: vix dici potest, quam alteri sit jucundum, inde patentes campos, alteri sapientiam planam atque apertam, & ultro se oculis atque animo ingerentem, neque tenebris aut nebulis involutam ac circumfusam contemplari. magna sane cum voluptate, nec minore utilitate sentiet, quam omnes gentes agat una Naturæ lex æterna atque immutabilis: at civilia jura passim diversa, sæpe contraria scribantur: neque semper eodem perdurent modo; sed pro temporum moribus, & reipublicæ formis, & insequentium utilitatum rationibus sæpe mutentur. jam quam jucundum speculari, Duodecim Tabulas, & in his leges Regias, breves & plenas antiquæ severitatis, sed in magna Populi paupertate, & integro atque incorrupto adhuc ævo, prudentissime scriptas? quam suave videre, eas deinde aliis atque aliis legibus abrogari, aut restitui palam: aut prætorum Edictis annuis mitibus & popularibus, adhibito plerumque colore aut fictione atque imagine verborum, temperari, eludi, mutari? quam amœnum, ex his veluti fontibus & rivulis deprehendere productas Legis actiones, & Fori disputationem in qua Ælii, Claudii, Bruti, Mucii, Aquilii, Sulpicii, Trebatii, Antistii, Ateii, Sabini, Cassii, Proculi, & reliqua seculis veneranda nomina, regulas Juris definiunt: quibus Legum ambiguitatem regunt, angustias ampliant, latitudinem restringunt, duritiem mitigant, denique efficiunt: ut auctis publicis privatisque opibus, & (ut fit) mutatis per has moribus, leges veteres pati potuerint mollia & felicia tempora. Dies deficeret exequenti singula: in quibus licet animo via ducto tam pulchra, summa cum voluptate exspatiari. itaque jam nihil dicam de Senatusconsultis, nihil de Principum Constitutionibus, sive velis Edicta, sive Decreta, sive Rescripta: in quorum potestatem, post Gordianum, (incertum sublata, an neglecta Fori disputatione) tandem omnis Jurisprudentia concessit. Nec tamen silebo, illam Rescriptis ac Decretis adeo non fuisse obnoxiam: quin hæc utpote ad factum spectantia, nisi in formam Constitutionis conversa, aut usu firmata, aliquando improbarentur, utique Legum auctoritatem non peræque haberent. Sed de veteris disciplinæ amœnitate ac facilitate satis.

Adhuc metus est, A A: ne longior ejus via sit; &

& festinanda in ista vitæ brevitate studia videantur. Scilicet, fallit vos ambiguitas vocabuli. quæ festinatio dicitur, mora est: & quod compendium vocatur, sapientiæ damnum est. vitam autem plerique non inveniunt brevem, sed faciunt; & hominum vitium Naturæ imputant. quod si his esset tantum bonæ mentis studium, quantum sæpe vanarum rerum & noxiarum: profecto vitam bene collocatam, esse sentirent longam, & Artis perfectioni sufficere: nec proclamarent, se rerum multitudine ac difficultate detineri, aut opprimi. nunc corpori indulgentes, animi cultum negligunt, & quæ sapientiæ circumscriptio est, festinationem indigitant. tamquam apparatus idem sit consummationi, & maturitas cruditate censeatur. at confundimus rerum vocabula. qui discit, prima ducere corporum lineamenta rudi penicillo, non appellatur pictor: nec magis primas intelligens literas, absolvisse doctrinæ orbem dicitur. & audemus, Jurisconsultum primis Juris elementis æstimare? scio, necessaria esse ad alia ituris. at nec literis carere possumus. ut tamen harum peritiæ non adquiescit sapientiam affectans: ita nolim, Juris Studiosus ejus Institutionibus aut similibus Artis compendiis satis se instructum arbitretur. plane legat & habeat illa: ad quæ tamquam ad fixum & certum sidus in vasto mari cursum regat. nec tamen desinat, spirare altius: quin positis enarratione Institutionum totius operis sive ossibus, sive membris, post deinde Pandectarum & Codicis lectione apta, diligente, accurata, tamquam nervis ac thoris, masculum illum prudentiæ vigorem constringat pariter atque intendat. Sed quid dissimulem, A A? quia plerosque pœnituit præstantis disciplinæ: ea re angustiis inclusa est Jurisprudentia. ex quibus quid ipsi, quid tot eximiis legibus deinceps futurum arbitramini? utinam deessent exempla hujus tam justi metus! at in omnium manibus atque oculis versatur Titus Livius, etiam Dion Cassius, uterque florentissimus auctor; sed lacer, sed hiulcus, sed quota sui parte truncatus. quid autem illum imminuit præter Annæi Flori, quid istum præter Xiphilini epitomen? jam si Polybium, si Trogum Pompejum, si alios, non excerpsissent aut contraxissent studiosi homines, fortasse integris uteremur; neque in antiquarum rerum memoria tantus hiatus pateret. ac ne historiam tantum ad testimonium vocem, quid eloquentiam perdidit? nonne compendiaria? nempe ubi declamare cœperunt juvenes, antequam invenissent vocabula quibus deberent loqui; loquentia facta est. mitto extranea. ipsum Julianum, Papinianum, Paulum, Ulpianum, & ut absolvam, Veterum Jurisprudentiam quid abstulit aut accidit? nonne compendiaria? Non inficior, Justiniane, Sacratissime Princeps, multum tibi debere terrarum orbem cui divinorum hominum tot præclara Fragmenta reliquisti, & antiquam sapientiam laudabili consilio commendasti. sed pace tua dixisse liceat: tu ipsorum opera quæ ætate tua exstabant, non dicam corrupisti; id enim durius foret: sed interim ea corrumpi passus es. utique, ubi ex his decerpisisti flores quos in Academiis prælegi, quos in judiciis allegari, & pro vitæ regula haberi atque observari voluisti, ipsa obliterata sunt. quæ si exstarent: quantum ad rem literariam conferrent, quantum ad publicam, quis ignorare potest? intelligens, quantum potuerint erudita præstare ingenia, postquam illa Theodosiani Codicis, illa Legum Collationis quæ Licinii Rufini dicitur, illa Ulpiani, Pauli, & Gaji Fragmenta, ne, quid de Græcis Interpretibus addam, reperta & luci restituta sunt.

Sed nescio, quemadmodum ad hæc delapsa est oratio mea, ob ea fortassis ingrata vobis & inanis. Huc tamen pertinet, A A: ut corruptæ Jurisprudentiæ causas intelligatis; & remedia quibus restituatur, non alia esse, quam quibus inventa olim atque ad illam magnitudinem evecta est: postremo quæ ex illis reliqua fecit longa vetustas, universa diligenter servanda, & cum licet, adhibenda esse: hæc arti dignitatem, hæc ejus cultoribus eruditionem & gloriam addere, existimetis.

Quare agite, studiis devoti Juvenes generosi & nobiles, (ad vos enim me converto) agite, inquam, & veterem illam ac regiam tenete viam: quam olim Antistii, Juliani, Pomponii, Papiniani, Ulpiani, Pauli, cæteraque prudentiæ lumina, nuper Alciati, Budæi, Duareni, Hotmani, Donelli, Gifanii, Gothofredi, & ut omnia dicam, Cujacii ingressi sunt. quod si enim exemplis utendum est: quibus utar potius, quam his quorum virtus, ingenium, atque immortalis fama omnem jam non laudem exhausit, sed invidiam superavit? quod si mavultis, ea hac peti ex vita quæ civilis & negotiosa appellatur; foret mihi magna copia etiam memorandi eos quorum doctrina ac studiis vel illa nobilitata atque illustrata est. sed abuterer patientia illustris concionis. non possum tamen, quin vobis allegem Viglium Zuichemum Aitanum, Joachimum Hopperum, Elbertum Leoninum, Hugonem Grotium, & Antonium Fabrum: quorum si veram, & non fucatam eruditionem, si in Academia, in Foro, in Republica principatum intellexistis: sat scio, ridebitis eos qui cum vetere, cumque ea quæ superiore ævo, & hujus initio viguit, præsentem ac languentem Jurisprudentiam comparabunt; aut magnis hominibus modicam Juris intelligentiam suffecisse, excellentem nocuisse, aut molestam fuisse, protestantur. sed juvet imperitiam prætextus: numquam hoc obtinebit regnum: ut quæ excusanda fecerit, laudabilia faciat. proinde agite, si viri estis; & in hanc incumbite Artem qua præclaris ingeniis semper licuit, & adhuc licet, ad præstantis fortunæ cultum adspirare. agite & festinate: non ut Civilem Scientiam frenis impediatis, sed ut multo usu atque indefesso labore ac studio vobis comparetis materiem eximii decoris; simul sic vitæ brevitatem, si quæ sapientiam aut eruditionem circumscribere videtur, longam ac diuturnam faciatis. atque ego cum vos, cum hanc Urbem cogito: magna mihi est spes hujus togatæ militiæ. quid enim non poterit illa ætas, atque is vigor vester, præsertim insignibus in Foro & in Republica non modo præmiis, sed & exemplis? quid porro his Collegis meis, vestris in Academia ducibus, quam eruditissimis, tam clarissimis: quibus certum est, vobis iter ad veram virtutem ac sapientiam aperire, & apertum indicare; ac velut justos milites omnibus ornatos armis in castra, sic vos omnibus armatos scientiis ad Forum atque ad Rempublicam mittere. Inter quos si vel mea quæretur opera: plerisque ingenio aut eruditione concedam: a nullo industria aut studio vos juvandi superabor. ac si hoc meo auspicali die futuræ militiæ conditionem intelligere postulatis: non mollem, nec delicatam exspectate: potius exemplo Septimii Severi, morientis quidem, sed fortissimi & strenuissimi Imperatoris, hoc vobis signum dabo, LABOREMUS.

F I N I S.

GERAR-

GERARDI NOODT,

Jurisconsulti & Antecessoris,

DISSERTATIO TERTIA

DE

JURE SUMMI IMPERII ET LEGE REGIA,

Habita in Academia Lugduno-Batava a. d. V. Id. Febr. MDCXCIX. cum Magnifici Rectoris munere abiret.

Tacitus *lib.* I. *Histor. c.* I.

Rara temporum felicitate, ubi sentire quæ velis, & quæ sentias dicere licet.

Sæpe miratus sum, A A, magnos clarosque homines quibus negotium fuit, disputare de jure summi imperii, paria Principi & Tyranno jura adscribere: cum his nihil æque contrarium sub hominis æstimationem cadere possit. alter enim volentibus, alter invitis imperat. alter reipublicæ, alter sibi consulit. alter legibus servit, alter insultat. alter a cujusque vita, libertate, bonis, tamquam a rebus sacris, manus, oculos, mentemque abstinet. alter eas res sui juris atque arbitrii esse opinatur. alter igitur Deo proximus, ejusque exemplo de humano genere bene merens, domi forisque carus, sanctus, & venerabilis habetur; ad eumque omnes, velut ad suæ causam salutis, non eunt, sed ruunt: obstinati, se devovere pro illo cujus spiritu se conjungi, regi, ac valere, sentiunt. alter publico natus malo, nullis utilis bonis, omnibus perniciosus, & ideo fœdus, dirus, & execrabilis, quocumque procedit, tamquam si bellua aliqua fera & immanis e latibulis se moverit, omnia longe late terrore, fuga, vastatione complet. Sed rationis est, Principem a Tyranno distingui: nec minus Principis potestatem jure & legibus, non ejus libidine terminari. Et tamen nescio, qui fiat; ut plerorumque omnium consensu feratur, eam esse imperii conditionem, ut ei ratio non constet, nisi Princeps legibus solutus sit. prorsus ut, quamquam non suos cives, sed se curet, nihil sit eorum arbitrii, præter unam obsequii & patientiæ gloriam; solique Deo a quo summa venerit rerum potestas, in eum animadversio sit. Adeo rari sunt qui pro populo stent; cum plerique sub Principis persona agant Tyranni causam; &, si pugnet utriusque utilitas, alterumque minui aut perdi sit necesse; sibi aliisque persuadeant, cives Principis scelere atque immanitate justius utiliusque atteri, quam Principem a suis civibus, ne eos perdat, in ordinem redigi. perinde quasi homines non sint quibus fortuna parendi conditionem imposuit; soli habeantur homines quibus in homines imperium hominum consensus detulit. At mihi ad causam tam incivilis, tamque inhumanæ sententiæ attendenti; non hæc visa est quæ ad naturæ legem exigitur. Pace vestra dixisse liceat, qui sic sentitis, sive Principes, sive qui circa eos estis, rem optimam & sanctissimam perditis: & imperium quod ad hominum quietem altam & copiosam comparatur, ad eorum perniciem ambitione aut adulatione deformatis: & pro justis, certis, utilibus injusta, incerta, noxia sequimini, numquam propria & fida potentia quæ modum non habet.

Sed interest omnium, & Principum, & privatorum, publicum dispungi errorem; ac tandem veritati dari, ut de summi imperii jure quam simplicissime liqueat. Age vero, quem magis deceat, quam Jurisconsultum, quando opportunius, quam cum se Academiæ magistratu, pro tam illustri & splendida excellentium hominum concione, solemni more abdicabit, atque ubi potius, quam in hac tam celebri bonæ mentis palæstra, verba facere pro majestate divinarum, humanarum, publicarum, privatarumque rerum: & honestissimæ Artis præceptis communem humani generis libertatem bona fide vindicare: simul proclamare, tantam ab omnibus qui se bonos profitentur cives, reverentiam deberi majestati reipublicæ, quanta in homines cadere potest; nec umquam nimis liberam, nimisque magnam videri potestatem quæ pro omnium salute intenditur; hanc vero non atrocitate aut superbia, sed ratione & communi civium utilitate æstimandam esse.

Erratis enim, A A; si creditis, luxuriam, avaritiam, violentiam, crudelitatem, perfidiam, & si quæ alia vocabula pestilens produxit licentia, majestate censeri. Non ita est: sunt hæc furoris argumenta, potestatis non sunt: ac, si meram quæritis majestatem, quæ sublimior, quæ augustior est ea quæ Dei est? quem non alicujus rectorem civitatis, sed universi, qua patet, orbis dominum salutamus. tamen minime effrenis est. quin regitur legibus quas ipse sibi posuit: nec ob id minus potens, aut liber est, quod non licet ei ab optimis discedere. In Principe cur aliud dicimus? cur non volumus, eum qui Dei partes sustinet, Dei exemplo, se ratione circumscribere, liberumque esse, ac facere quæ velit; si, quod non debet, patet, se facere non posse; & hac ire semita constituat? Sed par est, Prin-

cipem qui cæteros fortuna vincit, a nullo animi magnitudine superari: nec quid absurdius est, aut turpius, quam pietatem, fidem, justitiam, & si quæ præterea virtutes humanæ prosint conjunctioni, privata haberi bona; Principem interim, non quo oportet pro publica utilitate, sed quo lubet, grassari sola virium atque armorum fiducia: quæ ipsa non ad flagitiorum, sed legum præsidium atque ornamentum accepit.

Nec vero jam audiendi sunt qui imperii amplitudinem non ab hominum constitutione, sed immortalis Dei munere proficisci, jactant: ac, si qui Principis crudelitate aut perfidia lædantur, Dei quidem cujus injuria fit, judicium esse; humanæ autem partes tenuitatis esse nullas. Ut enim demus, imperium Principi Dei beneficio obvenire: quis tamen tanta sit impietate; ut hoc ei a Deo non minus Optimo, quam Maximo ad hominum perniciem, denique ad scelera delegari, arbitretur? quis tanta impudentia; ut negare ausit, Principem, cum Dei auctoritate turpissime abutitur, ex suo delicto æque civibus suis quibus injuria nocuit, ac Deo cujus est mandati fines egressus, obligari ad pœnam? Tametsi imperia, cum Deo deberi dicuntur, non ei alio imputantur sensu, quam leges, quam cætera quæ ab hominibus ratione facta aut sublata, Dei voluntate fieri aut tolli intelliguntur. An umquam fando audivimus, Reges, aut Principes, aut quocumque tandem titulo summi honos Magistratus eminet, primo de cœlo demissos esse; non hominum placito & consensu electos? An non res loquitur, unam esse naturalem rationem, illam veram ac divinam, quæ prima hominem homini conjunxit, atque eam societatem, quia sine legibus & imperiis haberi nequit, legibus atque imperiis firmari jussit? quid ni igitur a Deo constitui aut mutari dicantur imperia quæ ab hominibus ad tuendam societatem ratione, id est, divina voluntate, aut constituuntur aut abrogantur.

Utique, ut hæc aliquanto plenius distinctiusque inde ab origine repetam, rerum illa quæ dicitur Natura, magistratus & subditi, servi & domini appellationes ignorat: tantum homines fecit, omnes liberos, omnes pari conditione. quo enim pertinet, quod peræque suis quemque viribus instruxit? quo pertinet, quod sibi quemque, statim ac natus est, commendavit ita, ut nihil se cuique carius sit? quo pertinet quod suum cuique dedit utilis ac noxii sensum, atque alterum eum sequi, alterum fugere, jussit inevitabili necessitate? nisi quod voluit, quibus pares concessit facultates, paria habere jura in omnibus quæ ad sui conservationem cunctis in medio posuit: cæterorum more animantium: quæ ipsa quoque, quia sibi & conciliantur, & committuntur, libera nasci intelliguntur.

Quamquam Natura cum homini dedit jus sequendi quod ei commodum sit, non ei sceleris potestatem indulsit. quin eum eximia formavit conditione: ac, cum reliqua animantia saltem corporis viribus utantur, ratione careant, hanc solius esse hominis prærogativam, voluit: ut non tantum corpore, sed etiam animo constaret. quo præsentia advertere, futura non negligere, utraque conferre, brevia diuturnis, minora majoribus commodis postponere, postremo, quid vere utile esset, ab eo quod non esset, cum judicio discernere posset. Atque his tam pulchris animi & corporis facultatibus a Natura ornato quid æque proclive fuit, quam sequi alios sui generis. sive blandiente sexus discrimine, sive tædio solitudinis, & spe subsidii ad vitæ commoda ex aliorum commercio egregii ac multiplicis, sive denique quod suæ fragilitate conditionis admoneretur, non esse sibi utile, singulos fusosque per agros & silvas vitam tolerare obnoxiam aliis cum animantibus, tum hominibus, qui immodestia aut corporis viribus plus valerent. At neque hic substitit humanæ vis Naturæ; nec contenta fuit, hominem ad hominis societatem mutua invitasse utilitate: præterea voluit, ut ea effici conjunctio, ut perdurare, nec facile convelli, aut solvi possit, quotusquisque se esset ad Naturæ legem conformaturus, eam inire viam absque qua esset, conjunctio haberi, aut valere non posset. Et certe, si ratione demonstratur, eum qui extrema vult, velle omnia sine quibus se ad extrema ferre nequit; quid est, cur non summæ conveniat Dei providentiæ; ut, cum utilem ac necessariam homini esse societatem intelligit. atque ei ad id quod ei commodum sit, sua dirigere consilia præcipit, credatur ei imperare, quæ ad contrahendam servandamque humanæ conjunctionis societatem ducere videantur; & prohibere quæ hanc impedire aut destruere intelligantur? Sed fixum ratumque est, Naturæ statum ad libertatem spectare: nec a me impetro, ne addam, procul licentia esse: denique, quisquis humanæ Naturæ legem sequitur, duce ratione, eum habere jus quantum possit, membris bonisque suis uti ad sui atque alterius conservationem: etiam injustam vim, si quæ increpet, a se aliisque arcere; ac, si quæ illata sit, punire: non ut ex pœna habeat injuriæ solatium; sed ut pœnæ exemplo caveat suæ aliorumque securitati. cæterum, ut temere noceat alteri a quo lacessitus non sit, & qui ex iisdem venit seminibus, ejusdem particeps est rationis, æque boni & mali sensu afficitur, æque ad Naturæ providentiam pertinet, hoc vero abhorrere a ratione: quæ voluit, eum jungi aliis quibuscum esse possit; si velit, his esse utilis ac commodus; sin gravis & noxius, non possit.

Atque utinam sanctissimi hujus Naturæ instituti fructum peræque sensissent omnes! profecto potuissent, sicut a Natura facti essent, suo vivere ingenio: nec fuisset causa, qua induci potuissent, ut magis alterius, quam suo, arbitrio regerentur. Nunc aliter consulere eos oportuit: postquam experimentis cognovere, eam vitæ conditionem in qua suo quisque ingenio fertur, nihil pacis, nihil quietis, nihil libertatis habere: quin plenam turbæ, metus, atque injuriæ esse; & ideo tristem, fragilem, ac calamitosam videri: intercedente ambitione atque avaritia, pessimis auctoribus; ne officium suum faceret ratio, intra cujus mensuram salubris temperamentum utilitatis consistere, rerum Natura voluerat. Accedebat, quod sui quisque juris, suæque injuriæ judex vindexque erat. quem enim Natura alteri subjecerat? quis porro in re propria suum cujusque judicium felix aut justum exspectet? ita, cum alium error, alium ira, alium avaritia, alium alius affectus abriperet, ne verum cerneret, neve in eo modum teneret, ex immodestia lites, rixæ, cædes vastationesque subsecutæ sunt. In tanto autem, tamque incerto belli strepitu ac tumultu quid potuit cuiquam beatum, quid optabile accidere? quis suis viribus, quis suæ prudentiæ sic confidere debuit, ut ab aliorum vi vel insidiis omni tempore, omni loco, adversus omnes homines peræque securus esset? igitur si quos cœpit pigere periculorum ac miseriarum: hi cogitantes, quid utilitatis possent junctæ vires, quid juris societas habere, quod conveniebat Naturæ legi sui studiosæ, a vita illa fera atque obnoxia, ad hanc tranquillam ac tutam manibus pedibusque transierunt; communique juris

con-

consensu effecerunt, ut qui ante singuli diversique erant, in civile convenirent corpus: in quo sua quique libertate ita uteretur, ne alienam imminueret; ac si quis secus faceret, ut adversus hunc sua cuique libertas, non ut ante privato jure, sed communibus consiliis atque opibus, servaretur: cum vero intelligerent, quam difficile foret, universos singulis convenire momentis publici privatique juris expediendi gratia; atque interim necesse esse, Naturæ lege vindicari qui per societatem tuti esse non possent; visum quoque fuit, e re omnium esse, publice constitui virum spectatæ & fidei & prudentiæ, qui tuendæ intentus societati, partium desideria sine ira, sine affectu, ex omnium usu & audiret, & componeret, & commune Naturæ jus æqualitatis conservatione exsequeretur. id quoque ut facere posset adversus stultos atque improbos qui civilis vitæ fructum atque utilitatem vel per socordiam non intelligerent, vel per ferociam aspernarentur; placuit, singulos quas a Natura acceperant vires opesque, ei & in eum transferre.

Hæc quo pertinent, AA? nempe, ut probem, non ut humanæ jus conjunctionis, sic Principem Natura comparari: sed homines, cum initio liberi essent nati, ipsique suæ judices utilitatis constituti, demum Principem sua voluntate ac pactione invenisse: & quamvis desinerent inde propriæ vindices esse libertatis; nihilque jam velle possent; nisi quod omnibus conducere interpretaretur quem summæ rei præposuerant: hunc tamen non publicæ decoctorem utilitatis, sed custodem rectoremque constituisse; nec ejus se libidini aut insaniæ, sed tutelæ ac fidei tradidisse. An præsumendum erat, homines mentis sanæ qui in civitatem ac sub imperium coïbant, ne per aliorum vim atque injuriam Naturæ beneficia amitterent, eo dementiæ venisse; ut constituta civitate atque imperio, ejus finem everterent; ac Naturæ bona in sui honorem Magistratus projicerent, ita ut exemplo pecudum ratione carentium, deinde non in suum, sed alterius usum fructus ferre, ejusque arbitrio pasci, agi, mulgeri, tonderi, jugulari, deglubi, ac devorari, vellent? Absit. non id ratio, non communis sensus, non lex Naturæ, patiatur. nec vero principatus, aut regnum singulis causa fuit, cur se imperio subjicerent; sed ut ejus veneratione suo quisque animo, corpore, fortunis, libere secureque frueretur, publica quam sua judicia maluere. Igitur, si de jure imperii quæritur, defungi possim. intelligitis enim, Magistratum, quisquis est, in suos cives, inque eorum facultates, demum eam accepisse potestatem quam poscat publicæ modus societatis: sine qua longe sua cuique & libertas & securitas foret: ac si publicis privatisque opibus ac viribus ultra uti velit, non pro Principe aut Magistratu agere.

Mihi sic videtur, AA: sed, si aures vestras fortior præstringit sententia, licet dissentire. nihil enim extorqueo. unum rogo: ut in rem præsentem veniatis, atque ipsi, non dicam animis, sed oculis vestris omnem delati imperii formulam coram consideretis. Ea enim si convenerit; ut, quod justissimum est, omnium salus suprema lex sit: quis dubitet, Principem qui eo subsistit fine, Populi auctoritate uti, atque omni jure, & divino & humano, punire eum, quem liquet negligere legem in quam pro tuenda omnium salute & libertate omnes naturali ratione, id est, divina voluntate, consensere? At si longius egreditur Princeps, & publicis, privatisque Populi viribus opibusque non in ejus usum, sed pro sua libidine, atque ad ejus exitium abutitur: quid verius est, quam privato jure agere sine Populi auctoritate? Nec jam referre quis mihi dicat: utrum palam pactum sit; ut hoc agens Princeps, illo excidat nomine: an ei posita non sit lex commissoria: scilicet, quia jus imperii non aliunde, quam a Populo habet; nec hic ulli nato homini, nisi suo obstringitur consensu. cæterum in Naturæ moratur libertate: qua eum adversus hostem, qualiscumque sit, suis viribus pro sua aliorumque salute ac libertate uti, sive ratio, sive Deus permittere credi debet.

Esto; si Populus Principes certis alligavit legibus. Sed quid, si nulla intervenerit pactio, Principe simpliciter constituto? Deus meliora! Atqui non rei indignitas impedit, quo minus imperium, quamvis imprudentius, tamen vel sic deferatur. quin, si quæ fides vetustatis memoriæ, plerumque hoc contigit, rudibus adhuc seculis, ubi Regem non partium studia. sed spectata inter bonos moderatio producebat. Hoc igitur si sit, agitur respublica Principis manu; & liberum habet arbitrium qui nullis includitur finibus: nec tamen patitur humani ratio consilii; ut jus probri, sceleris, ac flagitii, Princeps accepisse eo existimetur: quod de eo bene speravit Populus qui eum, quasi virum bonum, publicæ privatæque utilitatis disceptatorem elegit; nec opus esse putavit, quem tanta, tamque libera ornabat potestate, pactis adstringi ad id quod ultro facturus videbatur. magis Populus cum non expressis ac disertis verbis ei infrenatam dedit potestatem, tacite pactus videtur; ut quam habet Princeps, non ad suam libidinem, sed ad Naturæ legem componat. An quid æque convenit hominum voluntati quæ tota ad se spectat, quam ne se negligant, neve se perdant? igitur, si ei deservit Princeps, si Populi exspectationem implet, ex ea jus habet: sin eum negligit, aut perdit; non sponte Populi, neque jure agit. etsi enim Populus, cum omne suum imperium ei simpliciter tradidit, nec quid palam excepit, creditur, ei hoc optimo tradidisse jure: tamen non plus dedisse existimandus est, quam habebant singuli, cum in societatem coïrent. qui autem tum habebat jus sibi aut alii nocendi? nemo unus. tantum poterat unusquisque sibi aliisque cavere. ergo, cum plures in Populum transiere juris naturalis fruendi causa; sibique Principem imposuere: apparet, hoc, nec quid præterea cogitasse.

Ineptus sim, AA, si diutius circa hoc saxum hæream; longius pergendum est, invitante materia. Quid enim? si placuerit, Populi Dominum constitui. Fuit sane, cum huc quoque decurretur, non integra Populi voluntate, sed necessitate coacti. finge, inclinatis rebus, & attrito juventutis flore, de republica desperare; sed urbem, agros, delubra Deum, divina, humanaque omnia in victoris, aut alterius populi ditionem dedere. finge, fame pressum, non habere, unde se exhibeat; nisi sub lege tam dura. quid, si ea sit reipublicæ fortuna; ut, nisi sub unius imperio, eoque libero ac soluto, non facile salva fore videatur? putabitne Dominus, pro sua libidine, stare, aut cadere publicam ac privatam omnium salutem? Video dici, AA, atque allegari, jam pro familia haberi Populum, inque eum esse Domini jus quod ante ejus fuerit in se, ac sua; id voluisse Populum, cum illi concessit infinitam potestatem; nec iniquam esse, teneri pacto cui consensit volens. Sed vicero; si ostendero, & hic se spectasse Populum qui se in alterius ditionem tradidit. Quid, si nec potuit aliter, ut voluerit maxime? An quis ambigit, hanc esse Naturæ legem, ut quisque quod ei utile est, sequatur, ac quod noxium est, evitet? ea vero le-

ge

ge quam Dei providentia ad humani generis salutem jussit, nemo se solvere debet; nec, si velit, potest: in tantum, ut etiam, cum male sibi velit, non id agat, quia malum appetit; sed quia, facta comparatione majoris & minoris mali, in eo quod appetit, majus sibi fingit bonum, quam in eo quod effugit. fac, sibi optare mortem quæ in infelicium votis esse dicitur, hanc tamen si a Deo precibus paciscitur, non quasi malam speret; sed quasi vitæ miseræ & calamitosæ profugium. Atque hoc si est; quis dicat, eum qui pacto se obligarit vel ad exitium suum, lege Naturæ teneri? non enim eo perniciem suam intendit, sed bonum quod sub ea latere suspicabatur: hoc vero si non esse intelligat, non consensisse eum liquet: quia quod est, non voluit: quod autem voluit, non est: tenetur denique non errorem suum, id est, perniciem, sed quod ei bonum est, sequi Naturæ lege: cum quod malum est, neque sub deliberationem, neque sub voluntatem, cadere possit. Quod si in privatis pactionibus placet: de publicis quanto justius dicendum est? majoris enim exempli sunt: quippe cum privatæ ad unius aut paucorum, publicæ ad plurimorum salutem spectent. præterea quis nescit, Populi corpus ex singulorum consensu civium contineri? nec patitur ratio; ut quod singulis in se jus non fuerit, vetante Natura, universi, constituto corpore, in se accepisse videantur. neque enim id egere qui in publicam coïere societatem, ut in ea cessaret naturalis obligatio legis quæ ante singulos tenuit. imo, ut illa usum haberet, ideo societatem contraxerunt singuli. ac si rem putamus; quid est Naturæ lex, præter regulam modumque rationis quam Deus regendis hominum actionibus posuit; sive singuli sparsique sint; sive in unum collecti corpus juris fruendi gratia? nisi quis adeo deliret, ut putet, homines esse desiisse qui relicta vita illa agresti & fera, in hanc mitem & cultam concessere, Naturæque jus etiam Magistratibus ac judiciis firmarunt. Sed qualemcumque iis personam fortuna imposuit, homines sunt: quorum actionibus pactionibusque, & privatis, & publicis, suam Natura formam impressit: prorsus, ut qualescumque fiant, non alias valeant, quam si cum prima illa atque æterna Naturæ lege, id est, Divina voluntate, consentiant: quæ cum ad humani generis salutem conservationemque spectet; probatum est, pactum, si ad ejus perditionem pertineat, lege Naturæ improbari.

Atqui sicut privatus se in privatam, sic Populus se in publicam, servitutem dare potest. Hoc ut concedam, A A, nihil ad rem confert. non enim jam quæritur, an eum qui se alteri addixit, servire oporteat, sed an Populus aut privatus qui se in servitutem dedit, idcirco non possit se in libertatem vindicare: quod eum ad quamvis injuriam vel crudelitate, vel insania exponat is cui se subjecit. Sat scio, dices, ad omnem patientiæ legem obligari eum qui se alteri servum fecerit; idque consequens esse servituti dominioque: nam cum pro nullo habeatur servus, cum æque domini sit, ac bos, ac ovis, ac pomum, ac pyrum; quid ni dominus servo pro arbitrio suo æque uti, æque abuti possit, ac bove, ove, aut quacumque alia re quæ ejus sit, quam servet, quam perdat, prout ratio, aut libido eum impellat, nullo coërcente? Sed non ita est, o bone! neque tu, si sapias, eis qui sic sentiunt, licet plurimi sint, assentiare. si enim vera servamus rerum nomina; non hoc ratio appellet aut servitutis, aut dominii jus: magis insaniam dixerit; quam hominum arrogantia fecit, jus gentium quo ea comparata sunt, ignorat: ac si patiere, quod postulat rei pondus, utrumque rebus convincam necessariis. Sed primo de servo dicam. Eum non pro nullo habet ratio, non magis quam dominum. Natura enim hominem fecit: fortuna servum, atque eum non uniusmodi. alium bello victum vinculis aut armis coërcet, alium pacto permittit. cum illo quem vincula ligant, aut arma inhibent, manet jus belli nullo sublatum pacto. neuter enim alteri credit; atque ea vinciendi alterum causa; denique nec hic domino, nec dominus ei ulla tenetur conventione. par utriusque jus est: uterque in Naturæ statu, sui juris, suæque injuriæ & judex & vindex: ita dominus si compeditum coërcere, aut occidere vult, belli jure utitur; etsi, ut is vicissim possit se adversus hostem vel fuga, vel bello tueri gentium jure. Quod si non vi, sed fide, constat servitus; sive quod servus dominum ultro eligit cui se vendat, quia se exhibere ipse nequit; sive quod victor armis victo, parcit; ea lege, ut sibi serviat: non ad solius domini utilitatem spectat servitus; etiam servo prodest: quia, quod pacti proprium est, uterque se respexit, cum in pactionem consensit; alter vitam redemit damno operarum; alter vitam indulsit, ut operas haberet. non igitur unius utilitatem ea continet pactio; sed utriusque: atque ut servus domino ad servitutem, ita dominus servo ad vitæ præstationem gentium jure obligatur. quod si non faciat dominus; sed tam crudeliter servum habeat torqueatque; ut ei vita supplicium sit, mors solatium; pacto liberatus est servus: quia obligavit se non ad malum, sed ad bonum: ad Naturæ autem statum reversus, potest se aut fuga, aut etiam hostis cæde servare. Satis de servitute dixi.

Ad dominium venio: in quo similis error, an stupor. neque enim ejus fructus fuerit, rem perdere. Non ibo longe: vel rationem specta quæ dominia distinxit. Quid ea? an suum cuique dedit, ut sua profunderet dominus? minime. voluit, quod Natura omnibus in commune posuit, ut hoc quisque sine lite & rixa pro arbitratu suo ad sui conservationem uteretur. igitur si dominus temere jactet aut laceret rem sui juris: viderit. homini enim sapienti & Naturæ legem sequenti, non lautus aut magnificus, sed stultus aut nequam videbitur. an quid absurdius, aut turpius est; quam aliquem rem suam esse petere: quod dicit, eam naturali ratione suam factam esse: & cum tenet, habet, possidet; eam, ne sibi usui sit, urere, profundere, aut corrumpere? Nec id tantum ratione, etiam Civili Jure intelligitur. quid enim voluit Lex Duodecim Tabularum, cum pupillum tutoris, furiosum curatoris potestati subjecit? quid Lætoria, cum prodigum qui impensarum neque modum, neque rationem habet, tamquam si furiosus sit, per Prætorem omni privatum jure ad agnatos remittit? quid D. Marcus, juris religiosissimus Princeps, cum inspecto lubricæ ætatis ingenio, primus statuit, ut deinceps omnes adolescentes curatores acciperent, non redditis causis; cum ante ex Lege Lætoria tantum propter lasciviam, vel propter dementiam, darentur? nisi quod e re publica esse appareret; ne res suæ committerentur eis qui per ætatem, per furorem, aut luxuriam eas non exerciturі, sed perdituri essent.

Nec tamen me fugit, A A, quod dominus in servum etiam Civili Jure habuit vitæ & necis potestatem. At non quod lex eum abuti ea vellet: sed quod servilis improbitas & contumacia egeret disciplina: nec ea rectius ulli credi videretur, quam domino; cujus intererat, eum & corrigi, &

servari. Quomodo patris quoque conditionem lex sacravit, data ei in filium vitæ & necis potestate: non quod vellet, filium generari, ut esset quem perderet pater: sed quod filii educatio res aleæ plena haberetur. erat præterea filio utile, regi fretum juventutis: nec periculum erat, ne durior esset pater, quam oporteret; magis metui poterat, ne lenior foret. cæterum, cum intelligeretur, & patrem, & dominum suo abuti jure; ac potestatem non pietate, quod lex volebat, sed atrocitate æstimare: placuit, constitui aliquem: qui, ut de liberis nihil dicam, etiam de servorum querelis cognosceret: ac si intolerabilis videretur sævitia, injuria, aut infamia; dominum cogeret, servum bonis conditionibus vendere. Quid? quod visum D. Pio, dominum qui servum suum sine causa interimeret, perinde lege Cornelia teneri, ac si alienum servum occidisset. Atque hoc si in privata servitute placuit, movente ratione; quid ni in publica obtineat?

Volui hic dicendi finem facere, peroratam enim existimabam causam. sed, ecce, novæ ab eruditissimis hominibus turbæ: qui legibus solutum esse Principem vel simpliciter constitutum, ne quid de domino dicatur, adeo exploratum esse Romani Principis exemplo, opinantur: ut, ne Dion Cassius ad testimonium vocetur, etiam Juris Civilis auctoritate censeatur. An quem nescire, Domitium Ulpianum, doctum ac gravem virum, *lib.* 13. *Ad legem Juliam & Papiam*, ita scribere, [1] *Princeps legibus solutus est: Augusta autem licet legibus soluta non est, Principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quæ ipsi habent?* Ergo tandem Romanæ lex reipublicæ, ergo jus civile ad partes venit? Ego vero non auctoritatem, sed rationem exspectabam. cum enim de jure Imperii disputamus, non lex hujus minoris civitatis quæstioni est; sed illius majoris quæ cum sole fines metitur. Si tamen cui placet, ad civile jus provocare, etsi initio nolui, etiam huc me demittam. neque enim puto, hoc egisse Ulpianum; ut sanctissimam Artem quam ingenio ac doctrina sua caste atque integre adjuvabat ad hominum commodum, tam falsa, tamque fœda adulatione ad eorum exitium corrumperet.

Nisi ait, Principem esse legibus solutum. Utrum tamen civilibus, an naturalibus? Nihil, inquies, excipit. Sed veræ & primæ legi non magis derogari quid, quam ipsa tota tolli potest: nec vero Senatus decreto, aut Populi lege, ea solvi possumus: quin Dei providentia constituta, æterna, constans, atque immutabilis, omnia tempora, omnes gentes, omnesque homines complectitur. Sit ita; teneatur Deo Princeps Naturæ lege: at non a suis civibus ad ejus observationem cogetur, vereque dicetur solutus legibus, quas eum etsi servare deceat, tamen per cives suos non oporteat. Itane? tu licentiam facis eamdem juri? tu Neronem, quod non timeat leges, venenum Britannico fratri jure coquere velocissimum: ac præsentaneum, existimas? igitur & latronem dicas, cum sua calliditate, aut robore se pœnis eximat, aliorum bonis aut vitæ jure insidiari. Sed hæc nollem dicta. ad impietatem enim accedunt. Nec tamen ignoro, eam esse publici juris rationem; ut non, quidquid legibus licet, honestum sit; nec quidquid honestum est, juris necessitatem habeat. Verum hæc distinctio plebejæ consulit vilitati; neque interim ejus nequitiam, improbitatem, dolum a scelere ac flagitio, sed imperitiam, rusticitatem, socordiam a virtutis ac sapientiæ perfectione absolvit. cæterum, ad eos qui se sapientes aut bonos viros profitentur, non pertinet; multoque minus ad Principem adscendit: quem dignitatis excellentia eo posuit in loco, ut eum, non dicam, nihil improbum ac flagitiosum, sed nihil, nisi honestum, nisi egregium, nisi eo dignum sibi licere, putare oporteat. cum enim Dei vice sit naturalis custos legis, arbiterque utilitatis illius modestæ, sobriæ, ac salubris qua honestas censetur; qua fronte dicet, se facere posse quæ ab honestate, id est, vera utilitate, removentur? Sed salva res est: siquidem ipse Ulpianus, is de cujus sententia quæritur, [1] *Quotiens* (inquit) *aliquid in publico fieri permittitur, ita oportere permitti, ut sine injuria cujusquam fiat: & ita solere Principem, quotiens aliquid novi operis instituendum petitur, permittere.* Idem alibi refert [2], *Si Imperator sit a patre heres institutus, sæpissime rescriptum esse, posse inofficiosum testamentum dici.* Igitur ostendi, Principem æque, ac cæteros Naturæ legibus teneri ex Ulpiani sententia.

Quid, si ausim, & civilibus eum obligare? ain' tu? nihil facilius demonstratu est. nam de Falcidia constat ex Hadriani, & Alexandri Rescriptis [3]: etiam alibi legis Imperii, quæ alio nomine Regia appellatur, idem meminit Alexander [4]: eaque solutum Juris solemnibus esse Principem, ut quidem mihi videtur, inutilia melioribus jure imperii mutaturum: alioquin civem haberi; & quoad vitæ ministeria, legum solemnibus, reliquorum more, teneri. alione spectat? cum, *Ex imperfecto*, inquit, *testamento nec Imperatorem hereditatem vindicare posse, sæpe constitutum est.* & causatur: *Licet enim Lex Imperii solemnibus juris Imperatorem solverit: nihil tamen tam proprium imperii est, quam legibus vivere?* Sed & Impp. Theodosius & Valentinianus ad Volusium P. P. ita rescripsere, [5] *Digna vox est majestate regnantis, legibus alligatum se Principem profiteri. Adeo de auctoritate juris nostra pendet auctoritas. Et revera majus imperio est, submittere legibus Principatum. Et oraculo præsentis edicti, quod nobis licere non patimur, indicamus.* Opportune. feruntur enim civiles leges ad communis commodum civitatis: nec aliter possunt ferri: neque enim aliud vult jus civile, quam quod quisque Populus suæ conducere civitati arbitratur: atque hujus commodi moderator & rector est Princeps. nonne igitur cui credita est publicæ tutela utilitatis, ipse civilibus teneatur legibus quas reipublicæ utiles esse intelligit? Atqui est Princeps. Licet, addas, suorum caput, aut, si mavis, mens civium. sed non ideo desinit esse pars civilis corporis. quid ni igitur terminentur ejus actiones civitatis utilitate, qua omnium actiones civium finiuntur? Utique sic Veteribus visum fuisse, Tacitus auctor est [6], cum de Claudii & Agrippinæ nuptiis quæ tum incestæ civili habebantur jure, in hunc disserit modum. *C. Pompejo, Q. Verannio Coss. pactum inter Claudium & Agrippinam matrimonium, jam fama, jam amore illicito firmabatur, nec dum celebrare solennia nuptiarum audebant, nullo exemplo deductæ in domum patrui fratris filiæ. Quin & incestum, ac si sperneretur, ne in malum publicum erumperet, metuebatur. Nec ante omissa cunctatio, quam Vitellius suis artibus id perpetrandum sumpsit. Percunctatusque Cæsarem, an jussis populi, an auctoritati Senatus cederet? Ubi ille unum se civium, & consensui imparem respondit, opperiri intra palatium jubet.* Hactenus Tacitus.

Ad-

1 *l.* 31. *D. de legibus.*

1 *l.* 2. §. 10 *D. ne quid in public. loc.*
2 *l.* 8. §. 2. *D. de inoffic. testam.*
3 *l.* 4. C. *Ad legem Falcidiam.*
4 *l.* 3. C. *de testamentis.*
5 *l.* 4. C. *de legibus.*
6 *lib.* XII. *Annal. c.* 5.

Adhuc tamen scribit Ulpianus, Principem legibus solutum esse. Memini: sed, quando, & qua lege, quæro? sub Augusto, inquis, lege Regia: id est, illa qua Populus Romanus ei & in eum omne suum imperium & potestatem contulisse dicitur. Verum scire te velim, quisquis es, quæ plerique omnes post Augustum insecuti Principes, fere uno acceperunt sive Senatusconsulto, sive lege, quam Veteres Jurisconsulti deinde *Regiam* vel *Imperii* appellarunt, ea Augustum neque sub eo nomine, neque una lege, unove Senatusconsulto, sed paulatim, & plurium intervallo temporum, diversisque legibus ac Senatusconsultis accepisse. Quid frontem contrahis? si seriem vitæ Augusti, si omnes ejus consulatus eo ordine quo a Dione Cassio enarrantur, aliqua cum cura recensebis; nihil verius esse intelliges; possemque id pluribus confirmare: nisi occupasset Vir Summus, quem honoris causa appello, Johannes Fredericus Gronovius [1], & hujus Academiæ, & totius literati orbis ingens atque immortale decus. Unum tantum addam, neque à Clarissimo illo Viro, neque ab aliis traditum, quod qualecumque fuerit Senatusconsultum, quod Augustum legibus solvit; non illo delatum ei imperium fuit. Nam hoc (si Dioni fides [2]) ei contigit septimo ejus consulatu: eum per Senatum demum legibus solutum esse consulatu ejus decimo, idem scribat Dion. [3] Sed neque tum omnibus solutus est legibus, verum una, & quidem Cincia: etsi Dion latiore, quam debuit, sermone utatur. Hoc vero ut audeam dicere, ipse me movet Dion. cum enim refert causam quæ Senatui fuerit eum solvendi legibus, eam petit a munere quod Augustus Populo viritim promiserat, sed per leges se non posse solvere, nisi consentiente Senatu, simulabat. Id igitur ut facere posset Augustus adversus modum lege Cincia definitum, ait Dion, Senatum legibus eum solvisse: ea autem formula cum una intelligeretur lex Cincia, usitata loquendi ratione, Dion, homo Græcus, imperite, an per adulationem, certe perperam, eum omnibus solutum esse, interpretatus est. Non sum ignarus, AA, fore quibus paulo & audacior, & durior videri possim: quia ausus sum in re vetere, ac Romana cum Dione, id est, Consule Romano, & hoc claro Romanarum rerum scriptore consistere. Ego vero malui, cum Dione, quam cum veritate committi: fuisse enim Senatum illa quam dixi, usum formula, cum Augustum lege Cincia solvit, ipse fatetur Dion [4]. atque ea Veteres non omne divinum humanumque jus, sed unam intellexisse legem qua de ageretur, paulo post ostendam. Accedit, quod cum id factum esset, Augusto decimum Consule, id est, A. V. C. 730, deinde sequente anno, id est, undecimo ejus consulatu, adhuc ejus honori dedit Senatus, si Dioni credimus [5], ut ei perpetuam deferret Tribunitiam potestatem; atque ut, quoties haberetur Senatus, ei, etsi nullum gereret consulatum, de quibuscumque rebus relationem indulgeret. amplius voluit; ne Augustus Proconsulare imperium ingressu Romæ deponeret; neve ejus renovatione, post Urbis ingressum, egeret. Postremo censuit; ut in provinciis ei potestas major, quam earum Præfectis, esset. Hisce vero rebus nonne clare indicatur, eum solvi aliquibus publici juris legibus quibus ante solutus non erat? Et qui igitur potest Dion dicere, eum jam priore consulatu omnibus solutum esse? Ne addam nunc, quod rursus Dion [1] refert, C. Sentio, & Q. Lucretio, Coss. id est, A. V. C. 735, esse Augusto inter alia permissum, ut omnia suo emendaret arbitrio; ac leges quas vellet, ferret; iisque Augustarum nomen imponeret. Nam vel inde intelligitur, eum antea nondum habuisse jus contra leges faciendi. Mihi & hoc visum notatu dignum; quod Dion [2], cum Caligulæ principatum exponit, ait illi necesse fuisse, ne lege Julia & Papia illa caducaria teneretur, ea per Senatum solvi. quo opus fuisse quis sanus dicat, si ea jam ante solutus & Augustus & Tiberius fuisset?

Sed quidquid dicat Dion, quidquid ex eo alii; apparet, legibus solutum fuisse Augustum, non omnibus, sed quibus Senatus eum nominatim solvit: cæteris æque, atque alios cives, obligatum fuisse. Ac quod de Augusto jus fuit, idem fuit in omnibus qui eum insecuti sunt Principes. quid enim his datum, nisi imperium, atque Augusti exemplo? præterquam quod his in principatus ingressu uno concessa sunt Senatusconsulto aut lege, quæ Augustus non uno tempore, nec una lege, aut Senatusconsulto, sed diversis temporibus, & legibus, aut Senatusconsultis accepit. Non exspecto, ut mihi credatis, AA: sed sine dubio credetis, legi Regiæ qua delatum Vespasiano imperium est, non enim possit quod aut certius, aut melius adferri testimonium. Ejus vero legis cujus fragmentum Romæ in Lateranensi exstat Basilica, verba quæ ad rem pertineant, hæc sunt. [3] UTIQUE. QUIBUS. LEGIBUS. PLEBEIVE. SCITIS. SCRIPTUM. FUIT. NE. DIVUS. AUG. TIBERIUSVE. JULIUS. CÆSAR. AUG. TIBERIUSQUE. CLAUDIUS. CÆSAR. AUG. GERMANICUS. TENERENTUR. IIS. LEGIBUS. PLEBISQUE. SCITIS. IMP. CÆSAR. VESPASIANUS. SOLUTUS. SIT. QUÆQUE. EX. QUAQUE. LEGE. ROGATIONE. DIVUM. AUG. TIBERIUMVE. JULIUM. CÆSAREM. AUG. TIBERIUMVE. CLAUDIUM. CÆSAREM. AUG. GERMANICUM. FACERE. OPORTUIT. EA. OMNIA. IMP. CÆSARI. VESPASIANO. FACERE. LICEAT. Huc usque lex Regia: vult autem, ut quibus legibus plebisve scitis scriptum fuit, ne Augustus, cæterique tenerentur Principes, his legibus plebisque scitis solutus esset Imp. Vespasianus. Ecquis igitur adhuc dubitat, Principem lege Regia solvi legibus non omnibus; sed quibus Augustus insecutique Principes nominatim soluti fuere.

Plura non addo, AA: nec enim opus est; & vos desideratis, tandem ostendi, quid sibi velit Ulpianus; cum, *Princeps*, inquit, *legibus solutus est*. Habeo autem mihi persuasum, inter leges quibus solutus est Augustus, non fuisse legem Juliam & Papiam: eique rei hoc ponam argumentum certum ac clarum; quod auctor est Dion Cassius [4], fuisse Caligulæ, ne lege Julia & Papia teneretur, necesse ea per Senatum solvi. quo nil opus fuisse, supra monui; si jam ante solutus ea fuisset Augustus & Tiberius. Atque hoc si est; nescio, an pateat via ad verum Ulpiani sensum. aut enim me fugit ratio, aut, cum Principem legibus solutum esse ait, tantum significat, Principem habere vacationem a lege Julia & Papia: quia per Senatum ea solutus est, principe Caligula. Quod dico, AA, viventibus videbitis oculis: modo si observabitis, quod non illa fuit Ulpiano ratio, legem Regiam exponere, ex eaque disputare, quæ

1 *Orat. de Lege Regia.* 2 *lib.* 53. *pag.* 569.
3 *eod. lib. p.* 590. 4 *d. lib.* 53. *p.* 590. & 582.
5 *d. lib. p.* 594.

1 *lib.* 54. *p.* 604. 2 *lib.* 59. *p.* 747.
3 *apud Gruterum*, *Corpor. Inscript. p.* 242.
4 *lib.* 59. *p.* 747.

quæ & quanta sit Principis potestas; sed unam interpretari legem Juliam & Papiam; idque arguere ipsius Inscriptionem Capitis, quæ non aliquem Ulpiani librum ad legem Regiam præfert; sed, quod jam doctissimi viderunt homines, Ulpiani *librum* 13. *Ad Legem Juliam & Papiam*; nec de alia, quam illa lege eum cogitasse, denique accipi oportere, indigitat. Atque hoc sequentibus quoque Ulpiani verbis intelligitur, *Augusta autem licet legibus soluta non est, Principes tamen eadem illi privilegia tribuunt quæ ipsi habent.* Quid enim significant? nisi quod Augusta quidem Senatusconsulto non est soluta lege Julia & Papia; sed nihilominus Principes ei eamdem dedere immunitatem, quam ipsi ab ea habent. Exposui, AA, quæ ad Ulpiani interpretationem pertineant. Sentio, unum restare quod offendat: nisi & ei remedium ponam. Nempe, non ait Ulpianus, Principem lege solutum esse; sed esse legibus solutum. videtur igitur indicare, eum non una, sed pluribus, vel omnibus, legibus solutum esse. atque ea molesta vobis locutio est: fuisse & Dioni Cassio gravem, supra suspicatus sum. Sed ne esse debeat, in causa est Latini usus sermonis. qui quanti sit pergentibus ad Romanarum legum cognitionem, vel hoc exemplo discite. patitur enim is sermo, ut legibus solvi dicatur, etiam qui una solvitur. Eo sensu Cæsar, apud Suetonium, [1] ambiisse dicitur ut *legibus solveretur:* pro ambiisse, ut solveretur lege qua vetabatur, Urbem, nisi cum triumpharet, cum imperio ingredi. Cicero quoque, [2] *Cur*, inquit, *M. Brutus, te referente legibus est solutus, si ab urbe plus, quam decem dies abfuisset.* Et de Pompejo, [3] *Quid tam singulare, quam ut ex Senatusconsulto legibus solutus, Consul ante fieret, quam ullum alium Magistratum per leges capere licuisset.* Possem plura adferre exempla, [4] quibus eam loquendi rationem ostenderem. sed liquet: simul, immanem illam potestatem quam Principi adscribere creditur Ulpianus, ejus auctoritate minime probari. Ite igitur, AA, ite, & summis imperiis, si Diis placet, liberam & solutam omnibus legibus vindicate potestatem. Ite, & pro adstruenda sententia tam atroce, tam crudeli, tam inhumana exemplo Romani Principis utamini: nisi legibus omnibus, & naturalibus, & civilibus, tantum paucis ex publico privatoque jure exceptis, adstrictum fuisse, ex supra dictis apparet.

At enim lege Regia effectum est, ne cui rationem reddat Princeps; verum ut imperium exerceat non ex legibus modo, sed in leges quoque. Ita est; & clare Ulpianus, [5] *Quod Principi placet, legis vigorem habet:* rationem quoque addit, ea ratio est, quod *lege Regia quæ de ejus imperio lata est, populus ei & in eum omne suum imperium & potestatem conferat.* Sed non ego me argumento tam levi, ac male cohærente, sinam dejici de gradu quem semel cepi. Quin pudet me doctorum hominum qui eo se a Naturæ lege ad sententiam tam insulsam duci passi sunt. quod enim ajunt, hanc esse Principis conditionem, ne cum republica calculum ponat, non nego: quod imperium in leges exercere, agnosco: quod ejus placita pro legibus observari; denique, populum ei & in eum omne suum imperium ac potestatem contulisse, concedo. Sed quid postea? idne ei permittit facultatem omnia turbandi? an faciendi quod ad publici privatique juris exitium procedat? Ne credite, AA: nihil horum cogitavit Populus Romanus: ne Ulpianus quidem. hic tantum voluit ostendere, quomodo acceperit Princeps condendi juris potestatem: sive quid rescribat, sive decernat, sive edicat. cæterum relinquit eum sub lege illa prima & optima quæ communi omnium saluti prospexit; neque ulla hominum lege aut pacto imminui, tollive potest. Quis autem fuerit Populi Romani animus; cum Principibus detulit imperium, Ammianus ostendit [1]: qui ubi de Imperii mutatione scribit; ait, quod Romana respublica, ad senium vergens, & ad tranquilliora vitæ discedens, non ut nequam aut desipiens, sed velut *frugi parens, & prudens, & dives, Cæsaribus tamquam liberis suis regenda patrimonii jura permisit.* Sic Ammianus: idemque Lactantius: nisi aliud egit [2], cum ferociam ac superbiam Maximiani Junioris, Persarum Regis Tyrannidem in Orbe Romano imitantis, sequente castigat severitate, *Post devictos Persas, quorum hic ritus, hic mos est, ut Regibus suis in servitutem se addicant, & Reges populo suo tanquam familia utantur, hunc morem nefarius homo in Romanam terram voluit inducere, quem ex illo tempore victoriæ sine pudore laudabat.* Verum mitto testimonia; etsi justa & vera. Quod intendo, ipsis demonstrabo Regiæ legis verbis quibus delati forma Principatus intelligitur; denique, cujus sententiam Ulpianus non legis, sed suis verbis expressit: prorsus, ut argumentum si quod ex his fiat a consequentia, in primis tam absurda, amplius contra tenorem legis Regiæ, ac præter ipsius mentem Ulpiani, nisi ab imperito, aut perverso, ac malo homine, probari non possit. Sunt autem ex superiore Lateranensis Basilicæ Fragmento hæc, UTIQUE. QUÆCUNQUE. EX. USU. REIPUBLICÆ. MAJESTATE. DIVINARUM. HUMANARUM. PUBLICARUM. PRIVATARUMQUE. RERUM. ESSE. CENSEBIT. EI. AGERE. FACERE. JUS POTESTASQUE. SIT. ITA. UTI. DIVO. AUG. TIBERIOQUE. JULIO. CÆSARI. AUG. TIBERIOQUE. CLAUDIO. CÆSARI. AUG. GERMANICO. FUIT. Quid hic Populus? permittit Vespasiano, Augusti exemplo, potestatem amplam & liberam. Quo consilio? non alio, quam quo suo quisque procuratori liberam rerum administrationem mandat. is vero numquam creditur, ea formula ei dare jus eas perdendi, sed administrandi plena quidem potestate, at ex fide bona. Hoc in privato procuratore & jus & ratio definit [3]. atque idem in publico, id est, Principe, Populus agit. non enim omnia ejus licentiæ permittit, neque ei dat potestatem immoderatam atque infinitam: sed quæ usu reipublicæ, & majestate divinarum, humanarum, publicarum, privatarumque rerum terminetur. Quid multa? Populus eum ponit legem vivam atque animatam quæ ad qualescumque rerum opportunitates se accommodet: cum leges scriptæ semper uno loquantur ore, atque etiam, ubi accuratissime describuntur, omnia quæ aliquando emersura sint in tot humanis casibus, non definiant. Taceo, quæ pro tempore utilia sunt, pro tempore noxia fieri. an quis nescit, reipublicæ usus non semper pares atque eosdem esse? alios bellum, alios pacem desiderare? alios temporibus duris atque asperis, alios mollibus & felicibus convenire? in ea rerum varietate atque incertitudine etsi aliquod Magistratuum, præcipuum tamen Populi ar-

1 *Julio c.* 18. 2 *Philippic.* 2. *c.* 19.
3 *pro Lege Manilia. c.* 21.
4 *ex* Asconio Pediano, *Argumento in Orationem Ciceronis, Pro C. Cornelio.*
5 *l.* 1 *D. de Constitutionibus Principum: explicita a me lib.* 1. *Observ. c.* 3.

1 *lib.* 14. *c.* 16. 2 *De Mortibus Persecutorum. c.* 21.
3 *l.* 60. §. 4. *D. Mandati.*

arbitrium fuit, libera republica. atque is neque semper conveniebat, & cum conveniret, sua tardius expediebat, quam sæpe utilitas pateretur. tot difficultates, tot impedimenta, tot moras inveniebant factiones sordesque; tot causæ a singulis non ab eadem parte, neque eodem modo inspectæ. Igitur constituto Principe, creditum est, convenire egregio publico, ejus imperium non Prætoris aut Consulis jure finiri, sed liberum ac summum esse. quamquam non, ut pro libidine sua haberet jus leges justas atque utiles mutandi tollendive; sed quod Populo licuit in comitiis, hoc ut Principi liceret, leges duras, aut inutiles, mitibus atque utilibus inflectere aut mutare; ac, si quis appareat casus novus atque improvisus, etiam ei, pro copia ac sapientia, remedium dare. Quod quid aliud est, quam eum lege Regia omnem Populi potestatem accipere? quid aliud, quam imperium habere summum, denique in leges; sed quod nihilominus publica utilitate, atque, ut lex Regia loquitur, majestate divinarum, humanarum, publicarum privatarumque rerum circumscribatur?

Nec tamen eo inficias, A A, sæpius solutos effrenatosque egisse Principes; nec, quid facerent, aut negligerent, quidquam pensi habuisse. quin horreo, cum flagitiorum exempla cogito: ac miseret me principis orbis terrarum Populi qui ea a suis civibus tam indigne pati coactus est. Proponite vobis Tiberium, vel, si mavultis, Caligulam, Neronem, Vitellium, Domitianum, Commodum, similesque illos Augustos, illos Patres Patriæ, illos Pios, Felices, scilicet, & si quæ alia fausta nomina adulatio invenit. quisquamne negabit, totos, quanti quanti fuere, nil nisi superbiam, calumnias, rapinas, stupra, incestus, adulteria, parricidia, latrocinia, carnificinas, pestes, denique furores, ac feritates, non jam humanas, sed belluinas fuisse, omnes Æternæ Urbis, provinciarumque questus, atque etiam detestationes, immane quantum superantes? ea monstra, non enim homines dixerim qui hominem exuerint, cum Senatum veneno tollere, cum Urbem incendere, atque in eam feras immittere, destinarent, cum unam totius Populi cervicem esse optarent, quæ uno ictu præcidi posset, cum hoc agerent, ne quis quidquam haberet, cum omnibus claris & bonis viris exitio certo, sicariis, veneficis, delatoribus, mimis, histrionibus, aurigis, gladiatoribus, omnibus denique impuris, improbis, ac nefariis luxuria ac crudelitate sua commodo essent, quis dicat, pro Principibus vi legis Regiæ egisse, quibus obsequi divino & humano jure fas esset? ac non potius pro Tyrannis cum quibus nulla cuiquam humani aut divini juris societas est: omnibus jus belli est sanctissima & justissima Naturæ lege? Atque ea usus Senatus; cum Neronem hostem judicavit, cum quæri jussit, ut esset quem puniret majorum more inserta furcæ cervice, & corpore virgis ad necem cæso: similique severitate in tam frequente, tamque incredibili Imperatorum furore sæpius egisset: nisi se præsidiis adversus publicæ vigorem disciplinæ sepsissent, suorumque impunitatem flagitiorum non ab Imperii lege, sed a vi atque armis impetrassent. Utique, ut Domitiani tituli ubique eraderentur, ac memoria aboleretur, Senatus decrevit: & Commodi corpus ut unco traheretur, atque in Tiberim mitteretur, & Senatus & Populus postulavit: magno indicio, talibus invitum paruisse; atque ubi habuit se ulciscendi occasionem, quo jure, quoque animo fuerit, ostendisse. Neque enim semper convelli illa moles in tantis fortunæ viribus potuit; & ideo tolerare scelera quibus resisti non posset, prudentiæ fuit: sicut imbrem, & frigus, & alia naturæ incommoda, ferimus, ubi non licet aliter. Sed ut iidem remedia, si quæ in mundo sint, non adspernamur Naturæ jure: sic quo minus Populus suas vires, si quas habeat, adversus Tyrannum intendat, ratio non impedit.

Apage, inquies, doctrinam qua imperii reverentia profanatur, qua humanæ vinculum conjunctionis solvitur. Quid? nonne vitia erunt, ubi homines erunt, maxime in aulis; ac, si non erunt, adhuc credentur esse, proclivibus, hominibus, de Magistratibus ac Principibus male opinari? porro quoties fit, ut optima consilia pessime cadant, atque interim ex eventu de consiliis conjiciatur? adde, quod virtutes sunt affines vitiis, parcimonia avaritiæ, liberalitas luxuriæ, severitas crudelitati, modestia ignaviæ; possitque huic scelus dici, quod illi virtus videatur? Ita, si a vulgi levitate pendebit imperii sanctitas, nil principatu calamitosius, nil magis incertum, cogitari potest. sed neque in republica quid perniciosius, aut minus tolerabile vitæ secta qua summus Magistratus Populo temere subjicitur. id agite sultis; & pro obsequio turbas, pro pace bella habebitis, cœlum denique terræ miscebitis. Auditis, A A, questum ad speciem gravem atque acerbum: sed date rerum simplicitati, ut ejus momenta justo pendatis examine: sentietis, levem, vanum, atque inanem esse. Quæso enim, quid vult? utrum, ne umquam Principem in ordinem redigat Populus, ne pessimum quidem? atqui illud ratione naturali, & nobilissimarum Gentium exemplis veteribus, ac recentibus, convincitur. an, ne quid temere agat adversus bonum? hoc vero nihil promovet. non enim usum juris reprehendit, sed abusum: nec oportet haberi malum quo bene uti licet. alioquin nec Magistratus, sine quibus nulla est vita, utiles erunt. quis enim nescit, summos, medios, imos sæpe sibi suisque civibus exitio fuisse? nec tamen quisquam dixerit, eos esse non oportere, aut periculosam esse doctrinam qua necessarios in republica Magistratus Principesque esse probatur, tantum quod possint esse mali. Quod si in his non usum tollendum putamus, sed abusum; cur dicamus, principis, si pessimus, si perniciosus sit, coërcitionem ideo malam aut injustam esse, quod Populus ea abuti etiam adversus bonum possit. Sed & hic periculum Principi quod metuendum est? si, quod ejus fidei convenit, omnium quietem illius vigilia custodiat; omnium fortunas, vitam, libertatem illius justitia, ac fortitudo tueatur; omnium periculis illius prudentia occurrat; omnium mala atque infortunia illius benignitas soletur: quid multa? si se non Tyrannum, sed civem, non dominum, sed patrem præstet, postremo si hominem se, & hominibus præesse, arbitretur; quorum virtutibus, atque honoribus, non invideat; quorum copiis, & artibus, lætetur; quorum animi cultum, & sapientiæ studia inter reipublicæ ornamenta, non inter malas artes habeat. qui enim fieri potest, ut qui seculi beatitudinem, atque adeo sua bona intelligant, in Principis tam salutaris, tamquam divinitus sibi dati, & amorem, & venerationem non rapiantur, atque illo se dignos usu & rebus non præbeant? Age vero, si non teneat virtutis viam quæ est veræ gloriæ; sed malorum optimus sit, & paucorum exitio ejus ferocia consumatur: nec adhuc facile se eo moverit Populus, ut eum coërceat, etsi merentem: sive ingenio humanæ infirmitatis quo tardiora sunt remedia, quam mala:

la: sive quod facilis est apud infirmos excusatio ejus, qui & prodesse, & nocere possit: sive denique, quod unius aut paucorum injuria, etiam gravis, quia ad paucorum dolorem pertinet, fere publice negligitur; privatim vero paucis quibus ob legum defectum jus belli sit Naturæ lege, magis utile est quiescere, quam inani ultionis studio majus sibi malum arcessere. Jam si ea sit Principis atrocitas, ut ad totius Populi, aut majoris partis læsionem pertingat: & hic quæ, quanta, quam multa ei Populus & belli metu, & otii dulcedine non indulgeat? Quamquam, si extrema patiatur crudelitatis aut superbiæ exempla, quis culpet eum qui consumpta omni patientia, non ea ignavia sit; ut exspectandum sibi putet, donec de cœlo descendat Deus, in humani generis hostem sua missurus fulmina? imo quis non eum laudet, quod aliquando se circumspiciat, & a Deo reprimi putet, qui Naturæ lege, id est, divina voluntate coërcetur? Præstat tamen, aliquam esse rempublicam, quam nullam: præstat, pacem esse; quam bellum. Quasi respublica sit in qua leges nomen sunt, judicia jacent, omnia vi aut factione, nihil ratione, nihil æquo jure decernitur. At paci studendum. An, ut tu me jugules aut expiles; ego interim digitum non moveam? Hanc si tu pacem vocas; quid bellum erit? quin, ut abstineam bello, ne mihi inferto bellum: ut pacem servem, pacem mihi præsta. non enim civem ab hoste natura ac loco, sed animo, factisque distinguo: nec mea interest, si spolier, si torquear, si discerpar, si denique misere atque injuste occidar, ac lanier, cujus sævitia fiat, utrum hostis, aut latronis, an ejus qui se meum civem, aut Principem ferat. non enim res mutatur; sed nomen: res eadem est: tantum ad augendam sceleris atrocitatem pertinet, quod ille a quo adversus hostes aut latrones defendi debebam, ipse mihi importunissimus & crudelissimus hostis aut latro factus est. Adversus hunc igitur si lacertos suos moveat Populus; aliquis clamet de pacis commodis, deque belli malis. tamquam si felicia sint tempora quibus boni pereunt, tantum ut Tyrannus cum paucis improbis ac nefariis sua libidine ac nequitia fruatur tuto secureque: tamquam, si per Populum stet, cum a se & suis scelera atque injurias arcet, quo minus metuenda sint civilis belli mala. Nihil horum. non ea infelici Populo qui lacessitus, sed Tyranno qui eum lacessivit, malisque sua feritate causam dedit, imputanda sunt: & verissime Marcus Antoninus, Princeps non minus vitæ integritate atque innocentia, quam sapientia, omnibus seculis commendandus, cum enumerasset omnes qui occisi essent Imperatores, habuisse eos censuit causas quibus mererentur occidi; nec quemquam bonum facile victum vel occisum; meruisse Neronem, debuisse Caligulam, Othonem, & Vitellium; nec imperare voluisse qui non Imperatores repræsentarent, sed belluas.

Sed finio, A A. longius enim progressa est oratio, quam cogitavi: & vos intelligitis, summum Magistratum, qualiscumque sit in republica, non de cœlo demitti, sed communi civium consensu imponi: ac, si se Principem aut Magistratum præbere velit, non legibus solutum, sed alligatum profiteri oportere: nec suam potestatem sua libidine, sed Populi utilitate metiri: cæterum non Principem aut Magistratum agere, sed Tyrannum; atque a suis civibus omni jure, & divino & humano coërceri posse.

Igitur quod superest ago: Regias enim exspectatis literas quibus in proximum annum mihi successor, Magnificus Academiæ Rector, dabitur; &, ut vacua sit hæc jurisdictio, quod leges moresque jubent, meo me Magistratu abdico.

F I N I S.



GERARDI NOODT,

Juriſconſulti & Anteceſſoris,

DISSERTATIO QUARTA

DE

RELIGIONE

AB IMPERIO

JURE GENTIUM LIBERA,

Habita in Academia Lugduno-Batava a. d. VI. Id. Febr. A. MDCCVI: cum abiret Magnifici Rectoris munere.

Depoſiturus, AA, ſolemni more annuum principis Academiæ Magiſtratum, quod convenit celebritati diei, majeſtati loci, & dignitati concionis, quam frequentis, tam nobilitate, ſapientia, atque eruditione illuſtris, ſtatui, pro mediocritate ingenii, obviam ire ſententiæ exiſtimantium, ulli fas eſſe homini, aliis imperare aut vetare quem Dei cultum, pigritiamque parendi bello aut jurisdictione coërcere. Magni res eſt ponderis, nec minoris moliminis, conjicere ac finire litem, quæ orbem terrarum, quæ omnia ſecula, quæ omnes homines complectitur: in qua libertas ſæpe cum imperii, plerumque cum veri reverentia committitur; & utriusque eo juſtior videtur cauſa, quod ad partes quoque vocatur Deus: cujus ſacra ac cæremoniæ religionis errore ac diſcidio violentur: usque adeo, ut ejus atrocitatem ſacrilegii non dicam ratio & communis ſenſus, ſed ipſa ſentire elementa exiſtimentur. An quis ambigat, verum, idemque ſummum contemni Numen; cum falſum colitur; aut ſacra rite tradita negliguntur, & myſteriis novis ac maleficis vetera & ſalubria mutantur; ſimul mali mores, ſæpe & ſcelera turpia atque improba religionis ſacramento inducuntur; tum disputandi licentia & contumacia inflexibili atque indomita efficitur: ut diſſidiis, turbis, ſeditionibus, conciliabulis publicum otium, & quodammodo naturæ fœdus interpelletur? At jam placet, hæc monſtra horrenda, infanda, impia, e republica atque ab hominum ſocietate ſummis viribus atque omnibus opibus ejici: nec quid nimis durum, crudele, aſperum, eradicando tanto malo, & ſervandis hominibus comparari: imo, ſi pœnarum tormentorumque genera ordine exponantur, omnia ſceleris indignitate nimium quantum ſuperari: ſed neque ſexui, neque ætati, neque ſanguinis affinitatisve neceſſitudini, neque conditioni ſummæ aut infimæ, neque vivis aut mortuis parci atque indulgeri oportere: quin fidem, amicitiam, humanitatem, clementiam, quæ his exhibeatur, ad exemplum pertinere. Neque hæc intra verba conſtitere. res facta eſt: cujus vim ac ſeveritatem experta ſunt vetuſta tempora, neque nova, ac ne noſtra quidem ignorant. quid refert, ſingulos adferre homines, cum gentes nationesque concuſſerit? teſtis Aſia, teſtis Africa, teſtis Europa. Americam quoque tot ſeculis incognitam ac vix repertam deprehendit.

At mihi viſum, AA, ſententiam tam duram, tamque immitem non a ratione, neque a Dei hominumque ſtudio, verum ab avaritia, ambitione, & dominandi libidine proficiſci: nec veſtræ convenit verecundiæ, aut meo erga humanitatem affectui; ut ſinam, homines ab hominibus verbis ac nominibus decipi. Hæc danda opera; ut, quod e re omnium eſt, omnibus liqueat, ſeveritatem quæ hactenus Dei & egregii publici veneratione tegitur, cum detracta veſte, nuda & ſine fuco oculis atque animis veſtris occurret, quanta quanta eſt, nil niſi ſuperbiam atque improbitatem eſſe. qua (ut mittam mutua Chriſtianorum Gentiliumque odia, tum ipſorum in primis in ſe invicem ſævientium furorem Chriſtianorum) etiam Anacharſis, & Socrates, denique homines virtute, ſapientia, doctrina, emendatiſſimi, cum omni vacui ſunt non crimine tantum, ſed & criminis ſuſpicione, ſpecie vindicandæ divinæ humanæque majeſtatis, miſere ac nefarie impenduntur.

Intelligo, AA, me ingredi iter plenum invidiæ, odii, & calumniæ: ſi dicendum foret apud eos quorum interſit, liberos homines tam deformi premi ſervitute. Sed bonum factum; quod ut ſperem, vobis non ingratum fore examen tanti, tamque ardui negotii, nec minus ſummis, quam infimis periculoſi, Dei beneficio, & virtute majorum noſtrorum, fortiſſimorum hominum, adepti ſumus: qui neque ſanguini ſuo, neque opibus pepercerunt, ut infamiam temporum expungerent; & ſervitutem æque injuſtam, ac fœdam atque indignam, de liberis cervicibus dejicerent; & tam nobis, quam omnibus bonis ac ſapientibus toto orbe admirationi eſſent. Date igitur felicitati temporis; ut fas ſit Juriſconſulto, in atrio libertatis Batavæ agere cauſam generis humani, & ex ſanctiſſimo Naturæ ac Gentium Jure loqui pro libertate reipublicæ illius majoris quæ Dei & hominum ſocietate conjungitur; nec fere monte aut flumine, aut exiguis ſpatiis, ſed demum oceano & ſolis via terminatur.

Sic enim cenſeo, AA, religionem unicuique no-

nostrum Dei munere concedi; ab ejusque motu atque instinctu pendere: cæterum liberam esse, & extra imperium positam: adeo neminem invitum aut ignorantem alicui adjungi sectæ; nec magis quem, ut in eam intret, aut in ea maneat, sive cui adhæret, in omnibus & per omnia consentiat, armis vel legibus cogi posse humano jure.

Naturam spectemus: (inde enim incipiet oratio) quid est æquius, aut justius, quam ut suam quisque rem suo agat arbitrio? an quis nescit, omnes homines, statim ac nati sint, ita sibi commendari, ut velint nolint sua sequantur commoda, & mala declinent? is porro affectus non est proprius humani generis, omnium communis est animantium, sive in aëre volent, sive in mari natent, sive in terra ambulent. scias, cum a mente illa divina & provida a qua est universi origo mundi, ipsis infundi seminibus, jusque & normam agendi omnibus sine discrimine inde ab initio ostendere. Etsi præcipuum est humani generis decus, quod placuit Deo, magnifico ac sapientissimo rerum opifici, cum hominem faceret, eum ornare facultatibus non corporis tantum sed animi quoque; ut neque arietaret continuo, neque incerto vagaretur errore, neque præcipite ac temerario ad id ferretur impetu quod primo blandiretur adspectu; sed ut duce ratione ubique, tamquam in clara incedens luce, de comparatione sumeret consilium, & verum ac solidum, nec facile periturum bonum a fallace, imaginario, & sub ictu doloris ac pœnitentiæ posito, quasi causa cognita, distingueret

Hoc, A A, principium, hic fons, omnis divini atque humani juris: ea lex prima & summa, constans, immutabilis, apta omnibus temporibus locis, causis, cujusquam vi, pacto, imperio infringi, tolli, obliterari debet, aut potest? Sed in his quæ ad corporis bona pertinent, certissimi res usus est. ubi de vendendo locandove prædio, ubi de instituto vitæ civilibus artibus quibus se quisque tueatur, in consilium itur, sive opificium malit, sive picturam sculpturamve admiretur, sive re rustica delectetur, sive negotiatione terrestri aut maritima opes quærat, sive magis literis & sapientia pectus impleat: singuli sibi relinquuntur; nec alius indignatur, alium de sua re, prout ei sedeat, libere decernere.

Cur non idem in religione observamus? cum illa præsertim non fortunæ bona, tenuia, fluxa, & brevis momenti sectetur; sed animo prospiciat, & ad finem bonorum, veramque & propriam felicitatem adspiret: ad quam evadere, nisi Dei societate quæ non verbis, non literis, non donorum ac sacrificiorum ostentatione, non denique quali quali corporis opera, sed animo solo, & pura voluntate perficitur, plane non possumus.

Nam quid dicam, ad hoc tam horribile & grande secretum omnes gentes nationesque inde ab ortu solis ad occasum tam multis, tamque diversis decurrere itineribus, ut enumeraturo singula neque dies sufficiat, neque lingua? Illud non silebo, quod in ea tam notabili ac multiplice opinionum disciplinarumque varietate nihil tam certum est, quam quod suam quisque amat & laudat, alienam plerique despuunt, quidam & impietatis damnant. Tantum valet institutio qua imbuta infantia sit, aut exculta firmior ætas! quamquam ea fit; ut, cum universi affectui dent decreta, nec tam de veritate solliciti sint, quam coloribus studeant quibus utcumque servetur sectæ auctoritas; paucorum judicium sit, quid stare, aut cadere debeat; plures sanctius ac reverentius putent, de rebus tam sublimibus credere, quam scire.

Nil accuso, A A, nil queror. magna ratio suadet, ut altius spectemus; & quo certius fortiusque profligemus illaudatæ impotentiam tyrannidis, rem tanti momenti qua nulla est majoris, non levitate popularis erroris, sed admiratione divinæ sapientiæ æstimemus. quam enim humano generi vindicamus libertatem adversus hominum vim atque injuriam, inevitabilis intelligitur necessitas; si cum homine Deum comparemus. Non est mihi animus, longe petere argumenta, nec diu vestram suspendere exspectationem. ipsos vos testor, vos, inquam, qui adestis, an non quotidianis discatis experimentis, quam parum, imo quam nihil per vos stet, quid animo volvatis vestro? dicite, si potestis, licet; an quis cogitationes quas velit aut optet, inveniat sibi? an quis eas suo formet arbitrio? nonne incidunt unicuique continuo & invito & ignoranti? nonne singulis mutantur momentis non sponte ejus? & si exciderint, an revocari a fuga ullius diligentia aut arte possunt? Quod quo pertinere arbitramur: nisi, ut intelligamus, neminem, natum hominem, qualiscumque dignitatis, loci, aut fortunæ sit, mentis non dicam alienæ, sed suæ potestatem habere: verum unum ejus rectorem, dominum, atque arbitrum esse immortalem Deum: illum hanc jure suo fingere ac formare ceræ moræ: nec quid ulli, præter obsequium, relinquere reliquum?

Proinde ne tumete qui vi & armis valetis polletisque. parcite communi humanitatis conditioni; nec temere irascamini religionis discidio. nil cogite; minus sævite adversus eos qui in re tam varia, tamque gravi & seria, quid sibi salutare sit, quod debent, animum suum naturæ lege adhibent judicem; & quod is jubet aut prohibet, tam necessario, quam sine exceptione sequuntur. quid hæretis? nonne intelligitis, cum religionem sacramento adigitis, atque imperii necessitati subjicitis, nec patimini, alios quas de rebus divinis sortiuntur cogitationes suo jure & Dei arbitrio habere, vos non modo adversus homines esse injustos, sed etiam Gigantum more impia cum Deo bella gerere? An difficile tantæ fuisset majestati, si ei placuisset, omnem humani generis religionem sub unam coarctare formulam, unam omnibus de religione inspirare opinionem: sicut omnibus parem dedit sensum boni & mali, sitis & famis, frigoris atque æstus? Quod si mavis cum re tam venerabili ingenium Arithmeticæ conferre artis: nonne convincimur vel ejus auctoritate exempli, Deum circa sui cultum potuisse quod in numeris effecit? in quibus quia eumdem omnibus formavit veri intellectum, ea est gloria pulcherrimæ artis & humanis usibus necessariæ; ut, si ad certi regulas omnes exigantur scientiæ, una omnes superet; & omnibus locis, omnibus temporibus, apud omnes peræque homines, Belgas, Britannos, Germanos, Italos, Hispanos, Gallos, Afros, Indos, Scythas, Americanos, sine discrimine conditionis, fortunæ, sectæ, si ad digitos descendant, duo & tria, verbi gratia, faciant quinque: eamque veritatem nulla lis, sive odio, sive superstitione, sive avaritia, sive ambitione, sive qua alia libidine moveatur, confundere possit. Sed o immensa, o admirabilis Dei sapientia! quam parum est nostrarum virium, tua investigare consilia! quam certo ea revereri debemus, etiam cum causam ignoramus! aliud tibi in numeris, aliud in religione placuit. Proinde quantæ est aut dementiæ, aut arrogantiæ, quam Deus Optimus Maximus cujus summum in animos imperium est, voluit suæ materiem esse benignitatis, hominem aliquem levem aut stultum, cer-

certe iniquum atque injustum, facere suæ occasionem sævitiæ? Verum habeant sibi qui sic sentiunt, res suas. mihi ad Naturam rerum, ut decet, attendenti semper visum est, eam non cum paucis honorem rationis communicasse: quo cæteris necesse esset, illis in veri inquisitione credere: sed ut suo quisque judicio uteretur, ratione omnes instruxisse: nec tam proximum quid esse æquitati, quam quemque quæ sibi vindicat, ea aliis non abjudicare. fecit enim Natura pares quibus easdem dedit facultates: nec posuit alterum alterius utilitati judicem: quæ alterum alteri nullum prætulit. quare si tu vis, de tua salute tuo uti judicio; jus est: dum mihi liceat, de mea, quod mihi videtur, statuere: aut si tu vis de mea sedere judex: nonne ego vicissim de tua tabellam demittam? Sed huc delabimur, ut in rebus divinis homo ab homine liber sit; alterque alterum, si erret, comiter monere, & benignitate amicæ suasionis revocare in viam possit, relicta illi libertate faciendi quod ex ejus usu sit: cæterum invito exprimere religionem armis pœnisque nequeat: quia hominem homini prodesse, fas est Naturæ lege; officere ac nocere, flagitium est.

Sed quemadmodum nulli jus, sic nec causa est alii præscribendi formulam religionis quam nolit, aut prohibendi quam velit: nisi, Bacchanalium more, ad turbandam humani generis quietem falsis testimoniis, dolis, cædibus, furtis, stupris, adulteriis grassetur: nisi, quæ Pœnorum, aliorumque immanitas fuit, pacis divinæ causa vivos immolet homines: pro quorum salute alioquin votis Deum fatigamus. quid enim magis congruit Naturæ legi qua divini ac humani juris conjunctio censetur, quam hominem homini succurrere, & omni vi prohibere; ne magis errore superstitionis, quam dolo & scelere spolietur, torqueatur, juguletur innocens? Sed si nihil tale sit; obsecro, quam reddas causam, quo minus eat animus liber, qua velit, semita ad finem bonorum? aut cur obstes ejus spei ac prudentiæ, neque tibi, neque aliis damnosæ? quin tu, si vera est, utere: sin falsa, neglige, aut ride: utcumque, quid te cogit, vetare religionem; ubi habet causam? quid patitur; cum non habet? est enim res animi & intellectus: qua nihil aliis feritur, aut metitur: tantum vertitur commodum & periculum ejus qui ea utitur: potestne vero sine rubore vir bonus, sanctus, religiosus, modestus denique suum jus non libidine & viribus, sed ratione metiri solitus, adeo malitiæ aut invidiæ indulgere, ut quam Natura cuique dedit libertatem alii eripere aut accidere præsumat; si nullus inde ad eum redeat fructus, atque in ipsius commoditate subsistat? Non igitur est cuiquam jus aut causa, intercedere alterius sacris ad se aliosque non pertinentibus. contra est sua cuique ratio, suum jus, non aliud, quam quod putaverit, colere: nec se alicui sectæ, nisi suo consensu, addicere. alia imprudentibus obveniant. quædam invitis extorqueantur in religione quæ Dei & hominum conjunctione finitur, non probari potest quod cogitur.

Nec minor est discedendi ab electa, quam fuit ad eam accedendi, libertas. quis enim est dignus societate divini fœderis: cum ejus Principem non amat fortiter; nec ultra verba est devotus numini majestatique ejus? sed nec iniquum est, eum qui boni sui gratia, & quidem summi atque infiniti, alicui se applicat sectæ, retinere inquirendi veri facultatem. non enim est sectæ reverentia, nisi factioni studemus, conjunctionis causa; sed opportunitas inveniendi boni quod præ se fert secta. ea spes cum durat, retinet eum in societate ratio quæ induxit. quod si esse desinit; jus est deferendi eam in qua quod quæsivit, non invenit.

Nec tamen id efficit, ut qui se religioso inserit corpori, suos mores, suamque vitam suo fingat ingenio. Absit. non favemus licentiæ: nec damus jus sceleri aut libidini per causam libertatis quam amet Dei cultus. fatemur, necesse esse intranti heteriam, vivere ad formulam, in quam ea probabili ratione consensit. quæ enim potest sine lege ac disciplina florere aut stare? nulla. maxime vero decet eam quæ pudorem ac pietatem profitetur, quam vocat libertatem virtute & honestate circumscribere.

Quamquam cum ejus finis sit, non terræ ac maris opes corradere, aut ambitione & potestate inflari, invalescere, insurgere; sed mentem emendare, eoque divinæ spem pacis, ac summam atque æternam invenire felicitatem: non aliis uti debet initiis; quam quibus conjungi Deo, ejusque fidem atque amicitiam sperare jure possit. Quod cum voluntatis atque animi sit; longe est, ut ad vim atque imperium spectare disciplina, aut domini supercilium sumere, aut avaritiam ac sævitiam spirare debeat. Mihi credite: non est superbia atque atrocitate opus: nec carcere, verberibus, cruciatu, cæde, vi fit voluntas. causis agenda res est. his movetur, his delinitur animus qui hominem Deo conciliat. quæ crudelitas invenit tormenta, corpus dolore vexant, animum non mutant; nec ad religionem conferunt, præter mendacia & fraudes: quibus placari, an decipi atque eludi Dei majestatem, si putemus: vereor, ne tam vanum fuerit, quam impium.

Omnis igitur religiosæ vis conjunctionis, omnis auctoritas, lenitate consilii, suasionis, doctrinæ terminatur. ea si inanis sit, nec demat animo labem: abscedat a societate contumacia non audientis præcepta rationis. Illa, illa est, A A, religiosæ potestas fraternitatis; illa justa & probabilis coërcitio. ultra excedere nequit; huc pervenire potest: resistente natura voluntarii consortii, ut invitos teneat. utique sicut privatis fas est, accedere aut renuntiare disciplinæ quam sibi utilem aut inutilem arbitrentur: sic quid vetat, ipsam pari uti jure; dum ne ei quem admittere aut retinere recusat, legem odiorum indicat? etsi enim qui in partes eunt, rupto disciplinæ vinculo, desinant ejus nomine & jure conjungi: tamen nil est, cur ideo, quod non sint ejusdem populares factionis, parum homines esse intelligantur; nec jam societate humani juris contineri. cum enim naturalis ratio, tamquam tacita quædam lex, tueatur cunctos qui numquam in unam consenserunt religionem; cur tamquam viles negligat eos qui desierunt consentire? liceat mihi cum vestra venia, si qui aliter censeant, proclamare quasi publica generis humani voce: si qui velint, sibi commune jus esse cum his qui eadem concurrunt secta, cum aliis nolint; & hanc prætendant avaritiæ, crudelitati, ac temeritati causam: eos nil agere magnopere, nisi ut disciplinæ ac religionis imagine deleant bonitatem, justitiam, pudorem, fidem, & cætera quibus salus humani generis sustinetur; nec minus impii adversus Deum, quam scelerati & nefarii adversus homines videantur: quia constitutam Naturæ lege ac divina providentia inter homines cognationem, sine jure aut causa evertunt.

At sicut in Naturæ statu, nondum inventis legibus, nec constituto civili jure, nulli fas est mortali, sententiam ferre de Deo, deque ejus cultu; & contumacem bello, vi, armis coërcere: ita quo jure aut colore petat, in republica suam esse hanc judicandi ac puniendi facultatem Princeps?

ceps? cum enim ex ſingulis colligatur civile corpus; poteſtne Principis videri quod ſingulorum non fuerit? at ne cauſa quidem eſt, cur plus Principi civili jure, quam ſingulis Naturæ lege concedatur? an magis Principis refert in civitate, quam ſingulorum ante inventam imperii majeſtatem, quo quisque conſilio aut ſapientia, nulla alterius injuria, conſulat animi ſaluti ſui? quod ſi lubet, civilis ſocietatis originem, cauſam, ac finem conſiderare: præterea apparebit, non religionem & Dei cultum, ſed humanæ metum injuriæ, per agros, ſilvas, ſolitudines, fuſos ſparſosque collegiſſe mortales, & ex ſingulis populum civitatemque feciſſe. nempe, ut qui corporis, membrorum, bonorumque libertate per immanium, ſtultorumve hominum ferociam non poterant uti frui tuto ac ſecure, admoniti damnorum periculorumque experimentis, juris & imperii ſocietate coïrent, & communem omnium quietem mutuis viribus atque opibus domi forisque tuerentur. Hæc, A A, civilis conjunctionis origo, hæc cauſa, hic finis. hunc ob oculos habent qui in civitatem conſentiunt. hunc exſpectant. hunc ſi obtineant, ſua eis conſtat ratio, nec dubium; quin, ut habeant, velint, Principi licere cuncta ſine quibus is omnino obtineri nequeat. ita quidquid ſe huc fert, omnibus bonum, quidquid inde recedit, omnibus malum videri debet. alterum imperat Princeps, alterum vetat; & ſi contra fiat, læſam reipublicæ diſciplinam pœnæ ſeveritate ulciſcitur. nec tamen iraſcitur errori; ne ſceleri quidem: minusque fructum oculis ex aliena miſeria capit: ſaltem in futurum providet. metuit, cavet. ſcit, omnes petere ſibi commoda, & fugere noxia: neque interim, quid bona fide utile ſit aut inutile, ſatis intelligere: alium avaritia corrumpi, alium libidine, hunc ira abripi, illum metu aut temeritate, paucos ratione in officio teneri, omnes aliquando affectu impelli: poſtremo quid reſtare, niſi ut pœna & metus malitiam aut ſocordiam caſtiget; & qui civilis ſocietatis fructum neſcit aut contemnit, ſaltem intra modum communis omnium utilitatis diſciplinæ aſperitate cohibeatur: dum facta ſceleris pœnæque comparatione, intelligit, nullam eſſe turbandæ cauſam reipublicæ; ubi nulla eſt utilitas.

Sed quemadmodum in hoc quod ad finem civitatis ducit, Principis imperium eſt, ita quod alio vertit, Principis modum excedit. cui enim bono longius, quam neceſſe ſit, ſuæ porrigat auctoritatem poteſtatis? an voluere qui ei ſummam rerum detulerunt, ſine ratione ſibi auferri libertatem cujus ſervandæ gratia ſe præſertim legibus ſubjecere? ne putemus. non eſt inventa imperii reverentia, ut impediat, ſed ut regat libertatem ad communem omnium uſum: quos verum eſt in civitatem non alia veniſſe mente, quam ut omne quod illi neque noceret, neque prodeſſet, ſuæ cujusque libertati relinqueretur. Errare forſan me, atque etiam inſanire, credetis, A A: ſi addidero, ne pudorem quidem & virtutem tanta ac tam eximia humani generis ornamenta, omnino ac ſemper civilibus juberi legibus; nec quod contrarium eſt prohiberi. Quid tamen aut vero propius eſt aut æquo? conſiderantibus, virtutem, pudorem, officia a Principe non illa ſpectari parte qua pulcherrima ſunt, ac demum Philoſopho placent, ſapientiæ ſtudium, & bonæ mentis culturam perfectionemque præceptorum diligentia profitenti. Minime. non eſt Principis, doctrina ornare ingenia, nec affectuum contumaces & feroces motus ſapientia emollire, nec malos mores conſilio & diſputatione ad virtutem elicere. Ea eſt eruditi otii cura ac gloria. Principi ſufficit, providere; ne ſtultitia, ne temeritate, neve dolo & ſcelere, aut reipublicæ noceatur, aut ſingulis. nec ejus intereſt, utrum ab invitis, an a volentibus, utrum ab imperitis & ſegnibus, an a doctis atque intelligentibus publicæ tranquillitati & civili omnium conjunctioni ſerviatur. adeo nihil monet, nihil ſuadet: tantum imperat & vetat; legesque ſuas metu & pœnis circumdat, ac munit: nec perfectas ponit; ſed quas ferant ſeculi ingenia, varia, rudia, & affectibus nimis obnoxia. quod ſi velit, ea ad virtutis ac ſapientiæ rigorem inflectere anxia legum diligentia: profecto non intelligit humanæ imbecillitatem conditionis; aut ferus eſt ac crudelis, ſi ea non movetur. qua enim ratione aut ſpe jubeat aut vetet, quod a luxuria, avaritia, ruſticitate, ſocordia, ineptia, libidine, temeritate tam late regnante, ne ſuppliciorum quidem comminatione impetret? nec tantum fruſtra, ſed etiam injuſte puniret non obſervantes quod eorum vires egreditur. quid, ſi præterea metui poſſit, ne quod optime præcipitur, ſine periculo majoris mali ſperari nequeat? Sed apparet, non oportere Principem, bonum, gravem, ſapientem, ac publicæ ſtudioſum utilitatis, ſemper quæ honeſta ſunt, legibus imperare, & interdum quæ turpia ſunt, permittere debere.

Ignoſcite, A A, ſi veſtra abutor patientia: ſi diligentius, quam exſpectaſtis, explicui civilis conjunctionis originem, cauſam, finem. interfuit, demonſtrari, quidquid pœnis alligatur, publica tranquillitate, & tutela bonorum corporis ac fortunæ circumſcribi: cætera libera eſſe, & ſuo cujusque arbitrio permitti: quia ſic, quid de religione habendum ſit, ſupervacuum fuerit adjicere. cum enim magis ſe ad animi cultum moveat, quam ad finem civilis felicitatis: omnibus certe ſeculis occurrant gentes, non minus Deorum cæremoniis, quam ſermone ac regionibus diſtinctæ, & tamen legibus, opibus, copiis, pace belloque perinde illuſtres, validæ, beatæ: ipſi integris judicate animis, an impulerit coïturos in civitatem ratio, venerationis divinæ ſanctitatem legibus atque imperio ſine cauſa ſubjicere. quantulum eſt quod ago? quam, ſi cætera ſpectes, tenue? at ne potuere quidem, ut maxime voluiſſe dicantur, ſervam legum facere religionem. cum enim magis divino munere, quam humano arbitrio cenſeatur. quæſo, ullone modo, ullove jure aut ſub hominis deliberationem cadere, aut ejus pactionem recipere poteſt? Quid ergo eſt? ſic exiſtimo, A A, magnam eſſe atque excellentem Principis in civilibus negotiis auctoritatem: ſed in religione non ſupra cæteros haberi: ac ſi ei præſcribat regulam quam & pœnis ſanciat adverſus contumaces; divini, id eſt, alieni rem imperii attingere: nec tantum nihil magnopere præſtare, ſed ne a tyrannide quidem excuſari poſſe.

Hactenus, A A, religionem ab humano imperio vindicavi. tempus eſt, ut excutiam argumenta quibus ei ſubjici videatur. Primum ajunt, viam veri, atque ipſam beatæ vitæ, eſſe unam: quam ſi quis ignorat aut præterit; quid honeſtius, quid juſtius eſſe, quam ut & volens, & invitus, ei a Principe æque pio, ac felice, ejusve nomine a ſapientibus, ſanctis, ac religioſis viris, utique Dei vice quacumque ratione communi humanitatis jure admoveatur? quid magis privatam decere fortunam, quam ut audiat majeſtatem divinæ proximam: cum præſertim de ejus utilitate non civili, exigua, momentanea, ſed infinita, atque æterna non minus provide, quam benigne

sollicitatur? Videtis, AA, argumentum; sed, ut arbitror, leve atque inane. quid enim habet quo nostram oneret sententiam? si vacat; vertite, evolvite, examinate singula. accipietis verborum strepitum, sensum nullum. Ain' tu? AA, quam potero simplicissime. Nobis quos cœlestis juvat & circumstat doctrina, una occurrit vera, & certa ad salutem via. sed quæ est nostra, non est aliorum quibus non æque favet Deus, aut spes aut fortuna. variant per terrarum orbem sectæ, etiam Christiani nominis, ne quid de Judæis, Gentilibus, Mahumedanis, aliis addam: nec ea lis, etsi omnes peræque exerceat, mera ratione & nudo gentium jure de quo disputamus, transigitur. Ita sit una salutis via: tamen cum de una ambigitur, & multæ ostenduntur ex quibus suam quisque commendat diligentissime: quod dubium est, utrum oporteat me, judicii mei, an alieni fidem sequi: cum interim, ut salvus sim, magis mea, quam alterius intersit? Deinde, si oportet me, in re animi mei parere alii: cui præsertim credam? Principi. Fac, esse rerum divinarum rudem atque ignarum. (nam gigni a Principe fortuitum est, nec semper bona mens cum nobilitate & opibus conjungitur) fac, qui est dominantium mos, magis imperio & auctoritate, quam suasione & doctrina experiri. fac, literis valere; & quod intendit, argumentis urgere. etsi, AA, jam pulchrum ac laudabile sit Principis consilium; multumque tam raræ debeam humanitati: nisi tamen animum meum redarguat firmata probataque varietate; quam habeo causam, cur salutis meæ damno me adscribam religioni a qua abhorreo? At enim privatæ est modestiæ, cedere majestati ejus cui rerum arbitrium dedit Dei & hominum consensus. Nempe id faciam in omnibus quæ meæ sint facultatis: fueritque forsan tam prudentiæ, quam comitatis, paululum de jure concedere Principi: qui & alias prodesse mihi possit; & hic si damnum sentiam, facile inveniat solatia infelicis obsequii. Sed eo in numero non est religio. Deo ea debetur, & emineat supra cives suos Princeps, tamen si cum Deo componitur, privatus est; nec debet contumeliam suam putare; cum ei & meum & ejus dominum præfero: ego vero si sapiam, adeo stultæ atque impiæ indulgeam adulationi, ut post Principem ponam Deum? cujus si fide atque amicitia excidam, de me actum est: atque ita, ut numquam spes sit, fore; ut a minore potestate adversus majorem causa mea redintegretur.

Sit hoc, inquies, si de religione, ejusque capitibus jure imperii decernat Princeps: aliud tamen est, si quod collegium religiosum, ac sacrum, nec minus virtute, quam sapientia venerabile, ejus venia in suffragia eat Dei vice. Nihil muto in re animi: etsi in civili pariturus sim, utcumque cadat fortuna judicii: quia eam inter cives qualiter qualiter finiri, publicæ interest quietis, etiam cum non perfecte intelligitur. nunc vero religio quæstioni est: in qua me sequi fas est, quod meo probatur animo; alioquin ampliare. quæ enim mihi causa terminandi quod mihi non paret, etsi aliis parere dicatur? utrum voluit Deus, cum mihi mentem daret rationis capacem, quid decernam de summa rerum ac majestate, me aliorum, an mentis meæ oculis intelligere? age vero, ubi ad quod collegium me remittit Princeps, atque id sanctum vocat, Deique nomine convenire contendit; si tamen animo meo non repræsentat spem veri & summi boni: utrum mihi Dei, an hominum decreta offert? quos erroribus suis atque affectibus impelli, an mirer? nec me vanitati titulorum honorumque adquiescere oportet de mea salute, & quidem æterna sollicitum; sed rationi. nil enim ad me hominum auctoritas spectat; sed veritas disciplinæ. denique quid interest, utrum invitum me ad erroris consensum trahat Princeps; an jubeat, me rapi ab aliis: quos meæ judices salutis neque feci, neque facere potui, multoque minus Princeps potest? Hoc amplius: subsistam etiam, ubi sententia in quam pedibus ire jubeor, proxima est ad beatam vitam: dum mihi non liqueat. quæ enim sapienti ac parenti naturæ legi aut causa aut jus, in præsentiarum ingredi viam quam falsam putet: licet alioquin optima sit? scio, potest viator ad destinatum locum pervenire alio, quam cogitavit, itinere. sæpe etiam nauta tempestate vel errore in portum delatus est. at quis sacris cæremoniisque quæ ei aut impia visa sunt, aut Deo ingrata, ad bonorum finem, id est, ad Dei amicitiam quæ demum religiosæ mentis devotione obtinetur, umquam pervenit? Sed finiamus: satis enim demonstratum est, non esse Principi aut cuiquam alii jus, aut etiam causam cives suos aliosve armis, vel legibus, denique vi, metu, pœnis, alligandi certæ religionis formulæ, quia, si veram putabunt, sponte amplectentur quam eis ratio demonstrabit utilem: sin minus; ei cum Dei negligentia, atque in suam perniciem assentientur. Quod si est: huc redit oratio; ut, si experta omnia sit, quibus valet, industria; nihil sit, cur homo homini invideat libertatem de salute sua ex animi sui sententia judicandi: sive declinet novæ societatem disciplinæ; sive ab ea qua ante usus sit, in totum vel ex parte discedat: cum præsertim neque vis ei proficiat; & libertas nihil in rempublicam scelerate, nihil in alium injuste atque improbe moliatur.

Dices, Dei injuriam esse; cum ejus religio polluitur, aut desultoria levitate deseritur. Audio: sed quis tu es? quid tibi arrogas? quid tibi hic negotii? quove tandem jure tu ulcisceris injuriam quæ non tua est? quin quod adversus Deum committi putas, ad Deum remittis: finisque, ejus esse & criminis, & ultionis æstimationem. quid? quod de puniendo animi atque intellectus vitio, errore, labe, ne potest quidem alicujus, præterquam Dei, judicium esse. Non utar verbis, AA, res loquitur. quis animum novit? quis videt? nonne Deus? quis movet? quis flectit? quis regit? nonne Deus? quid homini in eo relinquitur? nonne obsequium? igitur an sit animi peccatum, quale, quantum, ipsumque an, quo tempore, quo loco, quo modo, quo usque, quem in finem denique puniendum sit; potestne, si justi esse volumus, & cum ratione agere, per rerum naturam alius, quam Deus cognoscere, intelligere, statuere? non potest. ut hæc omittam: cur te piget ejus quem Deus non odit; certe cum quo interim utilitatem solis atque imbris communicat; etsi posset eum statim & mille modis, si vellet, affligere, cruciare, perdere? quod si Deus & parcit & prodest ei a quo læsus sit: quid hominem facere decet cui non obfuit?

Esto: errat tamen & stulte, atque in religione: quo nihil divinis humanisque rebus, nihil naturæ fœderi turpius atque exitiosius est. Per fidem! tu, o homo! in humano foro, quocumque id ornes nomine, vocas crimen, hominem suum animum in re animi sequi judicem? tu censes, omnium injuriam continere quod omnes, si volumus boni videri & justi, facere naturæ lege tenemur? dic, amabo, quod crimini dabis nomen? quam dices ejus causam? non enim leve esse oportet quod humanum genus, atque ipsa elementa

ta contingit. Fugit, inquis, verum. Quasi fcire poffit quod eum fcire noluit Deus. Quid, fi recte fentiat quem tu errare opinaris? quoties enim evenit, ut in eo quod vero proximum habetur, falfum, aut in hoc quod falfum videtur, verum contineatur? Jam poteft fieri, ut neuter rem videat, & uterque de fe bene fperet. tam difficilis, tam obfcura, tam lubrica eft veri contemplatio. nec fcio, an quid æque conveniat incerto litis, quam hominem homini parcere: tam certa lege humanæ conjunctionis. quamquam fit ea ingenii tui fortuna, ut ille longius, quam tu, a vero abfit: quid ad te? fi enim delirat; non tibi, fed fibi delirat: ac fi miferum dicere queas cui non æque faveat Deus; non idcirco improbum ac nefarium dicere poteris. fuerit igitur dignus cujus miferearis. at non eft dignus quem perfequaris novo ac fingulari odii genere. Nifi velis, cœco irafci, quod non videat; claudo, quod non incedat rectus; aut manco, quod non fit integer. Hæc, inquies, non hominis vitia funt, fed Naturæ. Idem putemus de errante, etfi circa religionem: non enim fuo vitio errat; fed infirmitate. infelix igitur eft, non malus: nec jure humanæ focietatis pœnam meretur qui adverfus eam non deliquit.

Ut torqueam, inquis, ut fpoliem, ut occidam; fufficit libertatis invidiæ, quod id ago invitus; nec odio, fed pietate, & fpe fervandi hominis alioquin perituri. an fi præcipitare fe quis in flumen, in puteum, inve immenfam voraginem præfumat, movente infania; non pulcherrimum putamus facinus, vel invitum nolentemque fervare? quid Jus Civile? nonne, cum damnatus ducitur ad fupplicium, provocare ejus nomine permittit omnibus qui velint, etfi ipfe qui damnatus eft, fententiæ adquiefcat, etfi refiftat adverfus provocationem? imitetur hoc vir pius, religiofus, fapiens. tueatur humana; nec deferat divina. utatur, fi poffit, doctrina; fin minus, metu, dolore, pœna; ut doceri poffit laxata contumacia, ac quod didicerit, fervare fideliter: æque tormentis actura gratias, ac æger honorem habet Medico a quo fæpe fame, aliquando fiti, plerumque ingratis medicamentis, forte & uftione aut fectione, utcumque multo tædio, dolore, cruciatu cum valetudine in gratiam reductus eft. Pro Deus immortalis! quid audio? ipfa fi loqui poffet impudentia, alione loqueretur ore? occurrite exemplo. deludimur calumnia: & dum nullo jure fit quo fævitia laffetur, aliquis de pietate gloriatur; & cum perdit hominem, fe comparat ei qui defervit ac tuetur. fi hæc humanitas, fi amor, fi affectus juvandi hominis: quod odium, quæ peftis dicetur? crudeliffime tyranne, fi quod præ te fers, amas hominem, fi divinam ei pacem, fi fummum bonum procurare, ferio inftituis: ne affligas, laceresve hominis partem quæ non voluntate, fed dolore refpondet. corpori parce; & ut errores animo deleas, animum ratione vince. nil hujus correctioni facit carnificina: nec mendaciis aut verbis fictis quæ ifta extorquet, conciliatur Deus, fed animo, fed voluntate, & mente fincera ac libente. at crudelitas femper eft crudelitas. nec umquam poteft videri amor, atque affectus fervandi ejus quem fruftra verberas, crucias, vexas, quid dicam, occidis prius, quam ad fanitatem ejus mens pervenit? imo vide: ne qui verbis te pro amico geris, rebus agas quo nihil magis hoftile, atque abominandum cogitari poteft: dum ejus cæde efficis, ut ne fervari quidem deinceps poffit: qui ubi vitam per te amifit, in æternum emendari ac fervari nequit.

Mollienda tamen dolore & metu eft pertinacia & inflexibilis obftinatio. Scilicet, tu obftinatum vocas quem ratione vincere non potes. Quid, fi idem convicium faciat tibi? ftat pro fua quisque fententia fortiter. tu adfpernaris ejus argumenta quæ non placent tibi. ille non movetur tuis quæ frigent ei. nifi regnum affectas, par utriusque caufa eft. neuter fuftinet incidere in alieni erroris focietatem. uterque vult fequi fidem mentis fuæ, & quod diffidet in fuum trahere colorem. cur in illo reprehendis quod ipfe agis? aut cur de illo defperas, etiam cum nihil fperas? quin cogita, fæpe quod nunc non fit, poft fore; & Deum fuper nos res agere. quidquid eft: non eft pertinacia; conftantia eft, ei quod eft vere & fine exceptione amandum, ita adhærere; ut non patiaris, te ab eo aut pretio, aut precibus, aut vi atque imperio avelli: ac fi miles bonus & fortis virtutem vel in hofte laudat: quanto magis veræ ftudiofus fapientiæ quæ homines primum Deo, deinde fibi invicem jungit communione rationis, amet alterius a quo diffentiat, pulchrum & laudabile propofitum, Deum omnibus præferre?

At enim fapientis eft, Dei inftituta, facra, cæremonias tueri. Non nego. imo fateor, ea, fi jufta, vera, & pia fint, ferio & fummis opibus defendi oportere; meritoque haberi Deo fimilem, per quem Dei majeftas exemplo optimo vindicatur. tantum quærimus defenfionis genus; nec minus de eo, quam de religione ambigimus. qui enim tibi placet facrorum defenfor miles aut carnifex, mihi ineptus, injuftus, turpis videtur. ac fi licebit, quod res eft, dicere: periit fides religionis; fi, ut vera putetur, pœna facit. Abite igitur arma, abftinete rapinæ, quiefcite verbera, eculei, laquei, ignes. alia paranda defenfio eft. non egemus fævitia, nec fcelere, ratione, fapientia, intellectu firmatur religio quæ vera eft. nifi quis poteft credere atque intelligere quidquid ei imperatur; fi de eo perfuafus non fit. at infpicite intellectum, explorate animi rationisque vim ac proprietatem: fumma huc redit, ut non fit humani arbitrii. tantum patitur, fe doctrina duci & confilio regi; convictusque affenfum neceffariæ præbet demonftrationi. extorqueri ne tota quidem crudelitatis officina poteft. Quid fi, (liceat enim mihi & hic uti numerorum exemplo) quid fi, inquam, quis impotens & immanis tyrannus jubeat, me credere, duo & tria efficere octo? quid, fi oftendat, paret, admoveat omnem fuæ carnificinæ artem? importuniffime homo, fi digitis meis computem, fi adhibeam quam poffim operam, ut expendam omnia: numquam potero, etfi velim, a me impetrare, ut putem, duo & tria plus, quam quinque efficere. proinde quidquid cogis, quidquid minaris, fruftra es. fallere poffum, mentiri poffum, dicere poffum quod dolor extorquet. fentire quod animus, quod intellectus refutat, non poffum. Parem effe religionis conditionem, putate quos neque factio corrupit, neque odium, neque ambitio, neque avaritia præcipites agit. credite, fanguine, tormentis, rapina, malo, non defendi religionem, fed inquinari; denique, eam adeo voluntariam effe; ut, fi profitentis animo deftituatur, nulla fit.

Verum & virtus a vitiis in primis animo diftinguitur: nec id impedit, quo minus legum neceffitate virtutes ac vitia adftringantur. cur igitur legibus Dei cultus eximitur ideo, quod nifi voluntate regatur, vanus fit? Sentio, A A, confundi, quæ ratio diftinguit, legis & religionis officia. quæfo, quid agit lex? difputat? minime. quid ergo? cavet. nec vult, eos quibus præeft, bonos facere. contenta eft, fi affequatur, ne alios

lios injuria afficiant. adeo tota ad actionem spectat: ac cum virtutem imperat, non eam voluntate atque animo æstimat; neque ut virtutem imperat, sed ut actionem reipublicæ utilem: cum vero vitium prohibet, non ejus detestationem requirit, sed prohibet noxiam reipublicæ actionem; bonumque civem etiam censet eum qui alioquin est vir malus. Hoc legi negotium est. aliud religioni sedet: ad sapientiam enim intendit; nec cogit, sed suadet; denique actione etiam veritati ac virtuti consentiente offenditur, si non a facientis animo proficiscitur: quia licet actio non indecora sit religioni, animus tamen ab ea discedit. an quod bonum est, potest tam pulchro censeri nomine; ubi facientis animus quem humanis actionibus boni & mali judicem dedit Deus, id malum esse judicavit? atqui non tamquam bonum fit, sed tamquam malum.

Interest, inquis, civitatum, qua forma, quo ritu, quibus cæremoniis colatur Deus. Nempe, ne fiant conventus, quorum initiis in rempublicam conjurationes, & adversus leges stupra, adulteria, incestus, cædes, parricidia, falsa testimonia, fraudesve cogitentur. non est enim religio qua pernicies humano generi inducatur. scelus est cui prætexitur color religionis. id cum turbat disciplinam, & strigat finem civilis conjunctionis: non obstat Dei veneratio, cur non perinde ad severitatem legum pertineat, ac si adhibita non esset imago religionis? Sic hominum sacrificia in Africa sustulit Tiberii principatus. sic Bacchanalia Romæ atque in Italia coërcuit Senatus. cæterum, si innoxia sit religio, nec ad turpe atque improbum deflectat facinus, sed virtutem juvet, & bonos mores, sed agat, ut salva sit reipublicæ reverentia: quid est quod improbetur? nisi si quis non flagitia sectæ affinia, sed sectam, quamquam scelere vacuam, puniendam existimet. Sed hoc injusti ac feri & crudelis hominis esse, quis non videt? Melius ac sapientius Senatus Romanus [1], cum Bacchanalia everteret, ista fœda ac noxia, si quis solemne & necessarium esse sibi Bacchi sacrum, nec sine religione & piaculo omitti posse, apud Prætorem urbanum profiteretur: jussit, se a Prætore consuli; ac, si ei permissum esset, quum in Senatu centum non minus essent, ita id sacrum fieri, dum ne plus quinque sacrificio interessent, neu qua pecunia communis, nec quis magister sacrorum aut sacerdos esset.

At qui interpolant religionem aut mutant, causam novis ac periculosis præbent opinionibus. inde conciliabula, conspirationes, turbæ, seditiones, civili conjunctioni minime utilia. Nisi hoc credi, tuæ interest ambitionis, aut avaritiæ: qui invides novæ, aut quam odisti, disciplinæ. Sed aliud visum fuit Ægyptiis: quos memoriæ proditum est, stabiliendo imperio variam excogitasse religionem; ne conspirare omnes possent. Julianus quoque cum aperiri templa, arisque hostias admoveri statueret, ut dispositorum firmaret effectum, nonne dissidentes Christianorum Antistites cum plebe discissa in palatium intromissos monuisse dicitur; ut civilibus discordiis consopitis, quisque nullo vetante, religioni suæ serviret intrepidus: *ut* (quæ sunt Ammiani Marcellini verba [2]) *dissensiones augente licentia, non timeret unanimantem postea plebem.* Sed quid ego hæc commemoro exempla? rem spectemus quæso, quod periculum Principi aut reipublicæ ab opinione ac secta, etsi nova; dum neque aliena sit a bonis moribus; & serviat venerationi summi imperii? nam si perdendæ sit reipublicæ; non quia nova est prohiberi debet, sed quia noxia. alioquin quid fuit, quo se primi excusarent Christiani adversus immanes Gentilium persecutiones: ad quos utique doctrinam adferebant novam atque inusitatam? Atqui suspecti sunt privati conventus, in primis nocturni. Sed qui sunt integri vitæ, & sceleris puri, nisi cogantur metu, latere nolunt. taceo, quod his addi potest arbiter. nec quid vetat, publice definiri coëuntium numerum: sicut in Bacchi sacris, cum a Senatu indulgerentur, observatum fuisse, ex Livio intelligimus [1]. potest etiam caveri legibus, ne invicem se damnent sectæ, neque contumelia afficiant: positis pœnis, si quis contra fecisse dicatur. postremo sit cuique accedendi, sit discedendi libertas: invicemque putent, qui dissentiunt, se homines esse qui facile errent & sæpe; cæterum fallere alios dolo malo non velint. ita si omnibus constet ratio integritatis, famæ, ac pietatis: omnes Deo servient; homini obnoxius erit nemo: odiis vero & rixis quæ erit causa; cunctis judicium animi proferentibus citra damnum affectus? nec magis Princeps sibi metuet a novitate; si non misceat se litibus innoxiis, & a civili vita ac ratione imperii alienis; neque, ut uni prosit sectæ, alteram opprimat. quid multa? si neque a republica, neque a calumnia licentiaque conviciandi, sint litium incitamenta: neque ad rempublicam penetrabunt diffidia, & facile exspirabunt. An quis nescit, quantis motibus agitata nuper fuerit quæstio de Sabbatho? quantis illa de Coma? utraque tamen evanuit, spreta a republica aut neglecta. quis hodie putat, violari religionem vetere illa & celebri de Antipodibus quæstione quam Lactantius & cæteri qui Christiani Patres appellantur, non fuerunt ausi errore an impietate absolvere? quis credit, interesse religionis, utrum sol moveatur, an terra: etsi fuerint qui illud magnis urserint clamoribus? Jure Pontificio usus fœnoris & usuræ, vel modestissimus, nefarium habetur scelus; ac diris devoventur qui contra hiscere ausint. nec defuere ex nostris quibus idem placeret rigor. sed ubi respublica aliis utitur moribus, æque usuram ac locationem & conductionem cujus pars est, rem jure gentium liberam esse, omnes credimus.

Profligata sunt, AA, pleraque quibus solet Divini cultus veneratio humano imperio ac civilibus legibus alligari: nisi dubitatis, an removenda saltem a republica atque ab hominum conjunctione sint error, superstitio, idololatria, & cætera religionis ludibria vana atque impia; ne veræ nitor religionis vicinitate sacrilegii contaminetur. Ego vero hanc sententiam non minus absurdam esse, quam humano generi perniciosam, rebus vincam necessariis. quo modo? quæritis? sinite, non enim impedio, Principem in honorem piæ & laudabilis sectæ inhibere superstitionem, vetare ineptias, purgare impietate seculum. una hæret difficultas, nec satis consilii: juvate, dicite, quid deinceps negem Principi qui contrarias sequatur partes. est enim ubique par imperii vigor; nec sua ulli improbabilis videtur disciplina. adeo circumagi is orbis potest: ac si cui liceat, falsam ac vanam coërcere sectam: cui nefas sit, evellere eam a qua dissentit? si enim falsa, si impia expungi potest: quæ superest quæstio, nisi an ea a qua disceditur, eo ex genere sit? de ea porro cujus notio, jurisdictio, coërcitioque erit? nonne ejus qui imperio prævalebit, aut armis; cuive is hanc facultatem dabit? ita vero obtinetur, ut divini cultus sinceritas, fides, auctoritas jam non ratione ac sapientia constet: sed imperio, vi,

1 *apud Livium lib.* 39. *c.* 18. 2 *lib.* 22. *c.* 5.

1 *lib.* 39. *c.* 18.

vi, atque armis sustineatur. quo quid turpius, iniquius, aut stultius sit, ipsi judicate. an quis Christi disciplinam, illam divinam, sanctam, plenam pudoris, modestiæ, humanitatis, fortitudinis, fidei, constantiæ, recte damnatam fuisse tempore Neronis & deinceps opinetur: quia tum visa fuit his qui rempublicam obtinebant, exitiabilis superstitio, ipsique qui eam profitebantur, & malefici & convicti odii generis humani dicebantur? quid? an postquam legibus approbata receptaque fuit, verior sincoriorque esse cœpit, quod ab ejus parte starent imperium, leges, arma, quam cum sola virtute & simplicitate defenderetur? an magis ad errorem superstitionis accessere Gentiles, quo tempore prohibita eorum sacra, eversæ aræ, & templa clausa fuere; quam quo florentes imperio, impietatis innocentissimos & omni vacuos scelere damnarent Christianos? Quid attinet, proxima secula ad testimonium vocare? omnibus nota sunt. Nec tamen silentio præteribo Thomam Crammerum, Cantuariensem Antistitem: quem cum Britanniæ regno sub Maria contraria potiretur factio, idem consumpsit ignis; quo ipse cum valeret sub Eduardo, a se dissentientes combussit. Sed apparet, non magis jus fasque esse veræ, quam falsæ religioni, alteram vi atque imperio coërcere aut perdere.

At enim vana ac Deo invisa est idololatria. Tamquam hanc laudet sanus atque intelligens; ac non potius fugiendam omni modo esse, arbitretur. Sed non hoc agimus, an oporteat virum bonum, gravem, ac sapientem abstinere ab improbitate superstitionis impiæ aut stultæ. unus est noster labor, an idcirco quod ad peccatum accedit, arcenda a republica atque ab hominum societate sit armis, legibus, pœnisque humanis? quod si quis putet; non subscribam imprudenti & periculosæ sententiæ. primum quid eo complectemur vocabulo: tam varia atque incerta ejus æstimatione? si vulgi, si sapientum ingenia, mores, sectas, tot sententiis, tot ritibus, tot formulis distinctas, considerabimus, quis erit finis, quis exitus? accedit, quod non est Legislatoris, omnia quæ Deo invisa sunt, legibus punire. nil dicam de inclementia, avaritia, luxuria, invidia, desidia, temeritate, ebrietate, intemperantia, libidine: quæ non procul peccato esse, & a Deo observari, quis dubitat? ubi tamen neque rempublicam attingunt, nec alios lædunt; nonne effugiunt legum severitatem? quid turpius mendacio? quid perjurio? atqui de his silent jura: nisi aut rempublicam injuria afficiunt, aut alios. cæterum ad Deum & mendax & perjurus remittitur. taceo, quod olim in urbe Roma quotidie & prope palam etiam ab illustribus & honestis fœminis admittebatur abortus: nec tamen legibus vindicabatur; etsi omnibus haberetur impius atque execrabilis; antequam exilio eum puniri, jussere Severus & Antoninus. hoc amplius, AA, quis credat, aliquando parentibus jus fuisse infantes sanguinolentos non dicam exponere alienæ misericordiæ quam ipsi non haberent; sed præterea elidere, abjicere, in aquas, in solitudinem, a feris devorandos, aut fame & frigore solvendos; horreo; cum cogito scelus impium, infandum, atrox. hoc tamen Græcia illa sapientiæ atque humanitatis magistra, hoc Roma illa rerum domina, quamdiu passa est? ne Constantinus quidem, recepta jam Christi doctrina, par fuit expungendo flagitio adulto & prævalido. primi ausi fuere id capitali ulcisci pœna Imppp. Valentinianus, Valens, & Gratianus. Quod si tot ac tam insignia vitia legibus dissimulari, aliquando vult conditio reipublicæ, & ratio civilis utilitatis: quid mirum, si ne idololatriæ quidem, etsi bonis & sapientibus evitandæ, leges publicæ irascuntur; cum neque otium civitatis turbat, neque ejus utilitati intercedit?

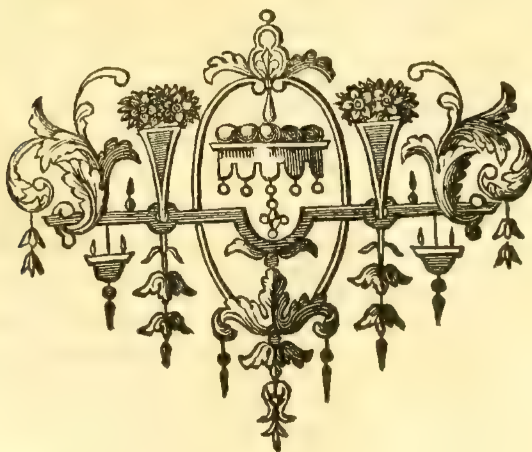
Itane? inquit aliquis, tu publicæ dabis utilitati, ut parcatur idololatriæ quam lex Mosaica, divina, justissima, optima, morte puniri jubet? Quisquis tamen es; etsi magna ut par est, apud omnes sit legis auctoritas quam ipse Deus per Mosem Hebraicæ dedit reipublicæ: patere tamen, non omnia ejus capita his temporibus, his moribus, his locis accommodari. Est sua cuique reipublicæ conditio: nec magis potest alicujus lex civitatis omnibus hominibus, omnibus locis, omnibus temporibus usui esse; quam eadem potest medicina in tanto humanorum corporum, sexus, ætatis, aëris, ciborum, morum, ac vitiorum discrimine omnibus prodesse morbis. Prætereo leges quas Moses fixit de jubilæo, de fœnore, de pœnis furti atque injuriarum, de judicio Zeli, quod vocant, de abstinentia a sanguine, suffocato, aliis, quæ nusquam observantur. quis nesci, eum singulis viris plures una uxores permisisse: cum id hodie alibi capite, alibi levius puniatur, ubique apud Christianos flagitium habeatur? quid adulterium? nonne a Mose capitali plectitur supplicio? quod Populus fere mediterraneus, & præsertim rei rusticæ intentus, passim conjugii consuetudine frueretur: vir etiam quot vellet uxores haberet. Sed ubi tanta nostrarum legum severitas? Populo mari vicino, matrimoniisque sæpe & diu per terrarum orbem longe lateque dispersis. Jam divortiorum licentiam nonne extorsit Mosi civium ferocia, & animus ad iracundiam atque ultionem præceps? cum nostris moribus non habeant usum: nisi adulterio polluatur matrimonium, aut procax ac petulans desertio ejus usum & finem auferat. Plura non addo, AA. intelligitis enim, legum opportunitates ac pœnas non natura, sed publica utilitate, distingui: nec utique quæ Hebræis utiles fuere, nostris moribus convenire. Magis exspectatis, vobis demonstrari, cur pœnam idololatriæ quam apud alios populos ab injustitia non libero, ea apud Hebræos absolvam. id enim quo plenius vincam objectæ vim difficultatis, adhuc demonstrandum restat. Quid autem facilius? intelligentibus, non eam quæ in Hæbræis fuit, aliorum rationem esse: quia quæ Hebraici forma imperii fuit, aliorum non est. An est tanta alicujus reipublicæ fortuna, ut Principem habeat Deum? agnoscimus eum orbis dominum, & humano generi societate rationis imperare. sed cui scriptas leges ac civilia jura ponat, constituta pacto civitate, quem populum indigites? fuit tamen hæc Hæbræorum gloria, ut eos Deus suo fœdere atque imperio dignaretur: dum ei fidem servarent juris religionisque forma: in quam, interprete Mose, consenserant. hoc tam insigni publici juris capite continebatur communis omnium spes atque salus. hoc vivebat, hoc valebat populus. hoc quisquis invito mutaret Deo; quid aliud agebat, quam ut imminueret reipublicæ majestatem? dum spiritum imperii, quo cohærebat, & regebatur civile corpus, sciens dolo malo abrumperet; seque alii, quam qui legibus Princeps erat, nova superstitione subjiceret.

Audistis, A A, cum Hebraicæ indolem reipublicæ, tum causam qua subnixa fuit lex de puniendo morte idololatria. quam si quis nobis aut aliis aptet populis qui diversa utuntur imperii forma: nonne eum pro insano ad agnatos remittendum esse, optimo dicamus jure? Aut me fallit conjectura, aut hoc senior animadvertit Valen-

tinianus: qui etsi Christianam amplecteretur disciplinam; *inclaruit* tamen (quod Ammianus perhibet [1]) *hoc moderamine principatûs, quod inter religionum diversitates medius stetit: nec quemquam inquietavit, neque ut hoc coleretur imperavit aut illud: nec interdictis minacibus subjectorum cervicem ad id quod ipse coluit inclinabat, sed intemeratas reliquit has partes, ut reperit.* Fruere hac prudentiæ, justitiæ, & æquitatis gloria, Imperator: qui quam animo tuo probabas religionem rite coluisti & caste: nec tamen aliam, si injuria vacaret, pro crimine haberi punirique, passus es: ut, cum vir pius esses ac religiosus, simul meminisses, te Principem esse, ac gerere personam reipublicæ: ad cujus fidem ac tutelam omnes pertinent qui ejus securitatem, pacem, utilitatemque non offendunt. adeo vix mihi tempero; ne tam honesto ac pulchro Ammiani testimonio vel tuam adjungam Constitutionem, mitem, humanam, modestam: qua [2] ad Senatum, *Haruspicinam*, inquis, *ego nullum cum maleficiorum causis habere consortium judico: neque ipsam aut aliquam præterea concessam a majoribus religionem genus esse arbitror criminis. Testes sunt leges a me in exordio imperii mei datæ quibus unicuique quod animo inbibisset, colendi libera facultas tributa est. Nec haruspicinam reprehendimus, sed nocenter exerceri vetamus.* At quemadmodum implevit ea Constitutione Valentinianus prudentis & egregii Principis officium: sic, si deinceps ipse, (ut sunt mobiles plerumque, sæpe sibi adversæ, Principum voluntates, ob incerta consiliorum quibus, quasi fluctibus, non minus jactantur, quam juvantur) si, inquam, deinceps ipse, aliive diversum tenuerint iter; viderint. quo enim jure sibi sumunt quod eis neque ratio concessit, neque populi consensus: a quo justi vis imperii proficiscitur? jam age ejus exitus feritatis nonne quam semper atrox, tam generi humano, atque ipsis Principibus passim fœdus, infelix, ac pestilens fuit? sane dum inscitia, invidia, ambitio, superstitio, avaritia, publicis adjutæ viribus, in paucorum gratiam subvertunt inquirendi veri libertatem, & studia sapientiæ, tamquam malas artes, persequuntur; quid spei reliquum est, nisi ut rempublicam quidem ex tranquilla turbidam, ex locuplete pauperem, ex frequente desertam, ex potente infirmam, ex culta atque ornata horridam ac squallidam efficiant; Principi vero, aut aliis qui eadem usi sint sævitia, apud posteros dedecus, cominus odium, insidias, pericula domi forisque, postremo vecordiæ suæ pœnitentiam seram ac vanam pariant? possem id multis exemplis, quam vetustis, tam recentibus, ostendere, A A. sed aqua effluxit; & sufficit, liquere quod demonstrandum fuit, in religionem esse Dei imperium, hominum non esse. Hoc agam tamen quod ab omnibus intelligi, omnibus pretium est: laudabo fortunas nostras; quod, dum Deum Optimum & Maximum suo quisque more & ritu ex animi sententia veneramur, fit cœlesti beneficio, & pietate ac providentia Æternæ hujus Reipublicæ, ut neque carnificem metuamus, neque militem, neque sacerdotem aliquem, impium, vanum, crudelem, superbum, honestissimi ac sapientissimi cujusque hominis, maximi, medii, minimi, bonis, famæ, vitæ, libertati, improbe ac flagitiose insidiantem. Incubuit majoribus nostris tyrannis tam cruenta, tam dira, tam detestabilis; contempto omni divino atque humano jure. sed illi avitam libertatem magno animo & pari gloria asseruere, assertamque nobis propriam ac perpetuam optimo jure dedere. nostra hæc cautio est, ne simus tam generoso indigni sanguine, neve fructum tanti, tamque inæstimabilis, boni inertia ac socordia amittamus: sed quam a parentibus optimis ac sanctissimis accepimus libertatem, patriæ, liberis, posterisque, quibus post Deum nihil carius nobis esse aut potest aut debet, meram atque illibatam in omne ævum plena fide relinquamus.

1 *lib.* 30. *c.* 9. 2 *l.* 9. *Cod. Theod. de Maleficis & Mathematicis.*

FINIS DISSERTATIONUM QUATUOR.



GERAR-

GERARDI NOODT,
Jurisconſulti & Anteceſſoris,

RESPONSUM
IN

CAUSA MATRIMONIALI.

CASUS POSITIE.

A, *Jongman, oud veertig jaren, is genegen, ſig in den Huwelyken ſtaat te begeven met B, oud twee-en-veertig jaren, en Weduwe van C, zynde geweeſt de Broeder van de Moeder van A: maar word door uſantie van de Provincie, in welke ſy beyde woonen, belet, dat Huwelyk te voltrekken. Word gevraagt, of de Hooge en Souveraine Overigheyd der voorſchreve Provincie, naa Goddelyke en Wereldlyke Rechten, niet ſoude bevoegt zyn, in het Huwelyk van A met B, ſijne aangehuwde Moeye*, ex plenitudine poteſtatis *te conſenteren?* †

GEſien by my ondergeſchreven de bovenſtaande *caſus poſitie*, ende gelet op de vrage, daar uyt voorgeſteld; ſoude, onder correctie van beter gevoelende, op deſelve van advijs zijn, dat de Edele Groot-Mogende Heeren Staten, als repreſenterende de Hooge en Souveraine Overigheyd der Provincie, alwaar A en B ſig ſouden onthouden, naa Goddelijke en Wereldlijke Rechten, wel ſouden konnen bevoegt zijn, te diſpenſeren van de Wetten of Coſtuymen, waar by A mogte worden belet te trouwen B, zijnde Weduwe van ſijnen overledenen Oom.

Om redenen, dat de Hooge Overigheyd, of ſchoon ſy niet ſoude vermogen te doen eenige diſpenſatie van Wetten, die het recht der natuure of der Volkeren, als eeuwig en onveranderlijk zijnde, concerneren; echter vermag, hare poſitive of Burgerlijke Rechten, naa vereyſch van ſaken, in het geheel, of ook in 't reguard van ymand in het particulier, te veranderen, *per textum in* §. 11. *Inſt. de jure naturali gentium & civili.*

En dat in rechten het word daar voor gehouden, dat de Statuten of Wetten, die verbieden de Huwelijken tuſſen perſonen, malkanderen beſtaande in de zijd of collaterale linie van het bloed, of van Swagerſchap, niet moreel of natuurlijk, maar poſitijf of Burgerlijk zijn: ſelfs ten opſigten van den tweeden en derden graad, in den welken A ſijne aangehuwde Moeye B of overledene Ooms Weduwe is rakende: als te ſien by *Paulus l. ult. D. de ritu nuptiarum* en *Papinianus l.* 38. §. 1. & 2. *D. ad legem Juliam de adulteriis.* waar by ſig voegen *Eguinarius Baro ad tit. Inſt. de nuptiis*, *Weſenbecius ad* §. 1. *Inſt. eod. tit. Bachovius ad Treutler. p.* 2. *Diſp.* 6. *theſ.* 2. *lit. E.* en voorts de Conſultatien en Advijſen van de *Hollandſe Rechtsgeleerden part.* 3. *conſil.* 223.

Gelijk dan ook naa de getuygeniſſe van *Polidorus Virgilius lib.* 19. *Angl. hiſtor. p.* 385. *Eduard*, Sone van *Eduard den Derden*, Koning van Engeland, by diſpenſatie van den Paus, heeft getrouwt, ſijne Oud-Moeye, zijnde Weduwe van ſijn Oud-Oom:

En *Philippus den Tweeden*, Koning van Hiſpanjen, heeft getrouwt *Anna*, Dochter van ſijn Suſter en den Keyſer *Maximiliaan* ſijn Swager: als te ſien by *Thuanus lib.* 46. en 47.

En onlangs by de Heeren Staten 's Lands van Utrecht alſoo verſtaan, en dienvolgens gediſpenſeerd is in het Huwelijk van den Heer *de Baſs*, en ſijn Wel-Ed. overlede Huysvrouwen Suſters Dochter.

Gelijk mede by de Heeren Staten des Furſtendoms Gelre, op Requeſt van *Jeriphaas van Brinck*, in dato den 1. October 1632. 't Hof is geauthoriſeerd, om te conſenteren in het Huwelijk tuſſen hem, als aangetrouwde Oom, en de Weduwe van ſijn zalige Vrouwen Suſters Soon.

Noch is by deſelve Heeren Staten den 16. November 1648. geconſenteerd in 't Huwelijk van *Adriaan Peterſz.* naabuur tot Gameren, met *Jannetjen Willems* die voormaals was getrouwt geweeſt met ſijn Broeders Soon.

Midsgaders op Requeſt van *Barend van Miſpelbrink* in ſijn Huwelijk met *Merriken Swerings*, ſijner zaligen Huysvrouwen Broeders Dochter.

Noch op den 31. October 1662. is by deſelve gediſpenſeerd in het Huwelijk van *Weſſel van Baarſach*, Burger tot Doesburg, met *Trijn Janſſen*, ſijner Vrouwen Suſters Dochter.

En eyndelijk den 3. April 1663. in het Huwelijk van *D. Johannes Wilhelmus van Santbeek* met *Anna Heſſincks*, ſijner Huysvrouwen Suſters Dochter.

Val-

† Latine exhibet A. A. Pagenſtecher *Irner. injur. vapul. coit.* XLI. §. 15. *pag.* 410. & *ſeqq.*

Vallende in alle de voorschreve exempelen des te minder bedenken: in aansien dat aan de eene zijde niet sal blijken by eenige bestendige reden, dat de conjunctie tussen aangehuwde, en selfs tussen bloedvrienden, in den derden of ook in den tweeden graad der zijd-linie, absoluyt soude destrueren de Societeyt, die God naa sijne Wijsheyd, tussen de menschen geordonneerd heeft, en oversulks tegens het recht der natuure en der Volkeren, dat is, in sig selven onbetamelijk zijn: hoewel deselve andersints om goede insichten, als daar zijn die van het Burgerlijke interest, om de vriendschap in de Republijk door meer Familien te verspreyden; midsgaders om beter voor te komen de ongeregeltheden, die door het openstellen van alsulke Huwelijken, lichtelyk konden gebeuren tussen naa-vrienden, op welkers conversatie men ter sake van de verwandschap, niet gewoon is te letten, by de civile Wetten met recht verboden zijn.

En dat aan de andere zijde de Heylige Schrift ons leerd, dat het Gode in den beginne heeft belieft gehad, te samen te voegen de Kinderen van *Adam* en *Eva*: en door vermenginge van deselve te doen voortkomen het gantse menschelijke Geslachte: ende midsdien aan te wijsen, dat de conjunctie van de bloed-vrienden in de zijd-linie, en selfs van Broeders en Susters, niet en strijd tegens het recht der natuure.

Wel is waar, dat den Heer *Arnoldus Vinnius ad* §. 2. *Inst. de nuptiis*, hier tegens segt het geene volgt: *Respondent Theologi, id fuisse necessitatis divinæ & tacitæ dispensationis: nam cum juberet Dominus propagari genus humanum, nec plures simul fœmines condidisset, satis intelligitur, hanc fuisse ipsius voluntatem, ut fratri ex sorore sobolem tollere fas esset, quod postea ipsa natura docuit non licere. Hoc ergo factum, ut Augustinus ait lib.* 15. *de civitate Dei c.* 16. *quanto antiquius est, compellente necessitate, (intellige necessitatem ex illius temporis circumstantia) tanto postea factum est damnabilius, religione (id est, naturali aversatione) prohibente.*

Maar het selve seggen van den Heer *Vinnius*, hoewel het by den eersten opslag eenigen schijn heeft, insonderheyd geconsidereerd de auctoriteyt van *Augustinus*: soo is het doch, wat naawer zijnde ingesien, van geen beduyden. Want of men niet mag ontkennen, dat 'er by de eerste Broeders en Susters is geweest noodsakelijkheyd, omme sig met malkanderen te voegen: soo is nochtans God niet genoodsaakt geweest, alleen te scheppen *Adam* en *Eva*: en door haar en hare Kinderen het menschelijke Geslacht te vermeerderen. Zijnde God alsoo wel mogelijk geweest, in den beginne vier of ses, en meer Mannen en Vrouwen te maken, als een Man ende een Vrouw. Invoegen dat God, sonder noodsakelijkheyd, ende alleen naa sijne oneyndige Voorsienigheyd, hebbende goedgevonden de Menschen te vermeerderen door de Kinderen van *Adam* en *Eva*, niet moet verstaan worden, in het recht der natuure, soo haast als het gemaakt is, gedispenseerd te hebben, maar in tegendeel geoordeeld te hebben, dat soodanige Huwelijken het recht van de natuure, en by gevolge de Societeyt der menschen, daar by te maintineren, niet waren contrarierende.

Insonderheyd, als men daar by let, dat de Wetten van de natuure, als voortkomende uyt eene eeuwige ende altijd-duurende waarheyd of Voorsienigheyd van God, onveranderlijk zijn; (met eerbiedigheyd gesproken) soo wel ten aansien van God, als van de menschen, naa de leere van de Heer *Hugo de Groot lib.* 1. *de Jure Belli & Pacis c.* 1. §. 10. uyt oorsaak, dat alle veranderingen, die met wijsheyd en reden geschieden, niet gemaakt worden, als om te verbeteren iets, dat van den beginne mogte onnut geweest, of naamaals alsoo geworden zijn: en dat het soude zijn eene contradictie, en derhalven eene ongerijmtheyd, indien men soude willen seggen, dat de Wetten van de natuur souden geproflueerd zijn uyt de wijsheyd Gods, die oneyndig ende onfeylbaar is, ende echter in den beginne onnut geweest, of naamaals onnut geworden zijn.

Doch om noch al naader aan te wijsen, dat de meergemelde Huwelijken in de zijd-linie van het bloed, of de affiniteyt, niet zijn tegens het recht der natuure en der Volkeren; soo dient mede dat deselve Huwelijken by de wijste en bescheydenste Volkeren eertijds zijn practicabel geweest; als by naame in Aegipten tussen Broeders en Susters sonder onderscheyd, of sy waren volle of halve: ende in de Republijk van Athenen tussen Broeders en Susters uyt eenen Vader, en in de Republijk van Lacedemonien tussen Broeders en Susters uyt eene Moeder: gelyk seer wel geobserveerd heeft *Jacobus Cujacius lib.* 16. *obs. c.* 37. Ook is in de Stad van Romen by resolutie van den Raad, waar van *Tacitus* vermaan doet *lib.* 12. *Annal. c.* 7. toegelaten het Huwelijk tussen een Oom ende sijn Broeders Dochter: gelijk van die observantie in sijnen tijd ook getuygt *Ulpianus in Collatione Legum Mosaicarum & Romanarum tit.* 6. §. 2. ende dienvolgende, *Marcus Antoninus Philosophus*, een van de deugdsaamste van alle Keyseren, sijn Dochter *Lucilla* heeft ten Wijve gegeven aan sijn Broeder den Keyser *Ælius Verus*, als te sien by *Capitolinus in vita M. Antonini c.* 7.

Ende niet alleen hebben dese Heydenen, maar ook hebben veele voortreffelyke ende Godsalige Mannen onder het Oude Testament, voor het emaneren van de Wet van Moses, hare bestaande in den tweeden en derden graad van de meergemelte collaterale linie van het bloed of affiniteyt getrouwt, en deswegen sonder eenige berispinge geleeft gehad; als blijkt uyt het exempel van *Abraham*, die in Huwelijk gehad heeft *Sara*, welke was, gelijk hy selfs segt *Genesis c.* 20. *v.* 12. sijns Vaders Dochter, hoewel niet sijnes Moeders Dochter, of als *Flavius Josephus lib.* 1. *Antiquit. Judaic. c.* 7. meent, sijn Broeders Dochter. Mede blijkt dat uyt het exempel van *Jacob*, die te gelijk twee volle Susters, te wetten *Lea* en *Rachel*, gehad heeft, *Genesis cap.* 29. voorts aan *Nachor*, die getrouwt heeft *Milca*, sijnes Broeders *Harans* Dochter *Genesis cap.* XI. *vers* 29. En eyndelijk van *Amram*, de Vader van *Moses* en *Aaron*, die tot sijn Vrouw nam *Jochebed*, sijne Moeye of Vaders Suster, *Exod. c.* 6. *vers* 19. alle welke Godsalige en voortreffelijke Mannen alsoo tot de voorschreve Huwelijken, naa alle apparentie, niet souden geresolveerd hebben, by aldien sy sich hadden konnen verbeelden, dat deselve in de natuure waren ongeoorlooft, en midsdien by God verboden geweest: soo blijkt het, dat sy daar inne het recht der natuure en der Volkeren gevolgt hebben.

En doet vorders niet, dat de Heer *Vinnius d. loc.* segt, dat de menschen van natuure souden hebben eene aversie van Huwelijken met soo naaverwanten. Want uyt de exempelen van de voorschreve Mannen, soo Heydenen, als anderen, soo is het klaar, dat sy soodanigen afkeer, als de Heer *Vinnius* pretendeerd uyt *Augustinus*, daar van niet gehad hebben: en dien volgende, dat

dat deselve averfie niet en is gemeen aan alle menschen; ende oversulks niet soo seer van der selver natuure, als wel van eene opinie of prejudicaat, by de Ouders en anderen door de opvoedinge of leeringe van jongs af geleyd in het gemoed der Kinderen; welke opinie gemeenlijk is van die vigeur, dat sy by observantie van de Natie eenmaal bestedigt zijnde, metter tijd krijgt een coleur van de natuure: gelijk dat in dit geval seer *a propos* aanmerkt *Plato lib.* 8. *de Legibus, in verbis sequentibus: unum verbulum istiusmodi voluptates omnes extinguit, cum id nefarium esse dicitur, & Deo invisum, & unum ex omnibus maxime turpe ac flagitiosum. Causa autem an non hæc est? quod nemo aliter de iis loquitur; sed statim a puero unusquisque nostrum audit hæc & ubique & assidue dici, tum in jocis, tum etiam in seriis, ut persæpe in tragœdiis, cum aut Thyestas, aut Oedipos quosdam inducunt, aut Macareos, qui cum visi fuissent furtim cum sororibus rem habere, continuo sibi mortem consciverant, sceleris pœnas a se repetentes.* Ende niet alleen *Plato* is van dit gevoelen: maar ook *Cornelius Nepos*, als hy in de *præfatie* van sijne historie segt: *Hi erunt fere, qui expertes Græcarum literarum, nihil rectum, nisi quod ipsorum moribus conveniat, putabunt. hi si didicerint, non eadem omnibus esse honesta & turpia, sed omnia majorum institutis judicari; non admirabuntur, nos in Grajorum virtutibus exponendis mores eorum sequutos. Neque enim Cimoni fuit turpe, Atheniensium summo viro, sororem germanam habere in matrimonio, quippe cum cives ejus eodem uterentur instituto; at id quidem nostris moribus nefas habetur.* Gelijk mede *Tacitus lib.* 12. *Annal. c.* 6. *At enim nova nobis in fratrum filias conjugia. Sed aliis gentibus solennia. Et sobrinarum diu ignorata, tempore addito percrebuisse: morem accommodari prout conducat; & fore hoc quoque in his, quæ mox usurpentur.*

Voorts maakt hier tegens geene alteratie de bekende plaatse by *Moses Levitici cap.* 18. *vers.* 12. 13. en 14. alwaar onder anderen word verboden, dat niemand sal ontdekken de Schaamte van de Suster van sijn Vader of Moeder, gelijk ook niet de Schaamte van den Broeder sijnes Vaders; met dese byvoeginge, *tot sijne Huysvrouwe en sult gy niet naaderen, sy is uwe Moeye*, en *cap.* 20. *vers* 20. alwaar gesegd word, *Als ook een Man by sijne Moeye sal gelegen hebben: hy heeft de Schaamte sijnes Ooms ontdekt.*

Want daar tegens staat te letten, dat de voorschreve Wet van *Moses* niet kan worden aangesien, als moreel, en midsdien onveranderlijk, en voorts generaal voor alle menschen: maar als civiel, of positijf, en alsulks veranderlyk, en boven dien locaal of particulier voor de Republijk der Joden, aan dewelke deselve eygentlijk is gegeven, als wel obferveerd *Eguinarius Baro ad tit. Inst. de nuptiis.* Zijnde notabel, dat de Heer *Hugo de Groot de Jure Belli & Pacis lib.* 1. *cap.* 1. §. 16. segt: *nulla parte legis Hebrææ, qua lex est proprie, nos obligari: quia obligatio extra jus naturæ venit ex voluntate legem ferentis: Deum autem voluisse, ut alii, quam Israëlitæ ista lege tenerentur, nullo indicio posse deprehendi;* met dese vordere byvoeginge, *nos quod attinet, probanda non est ulla legis istius abrogatio: quia abrogari non potuit eorum respectu, quos nunquam obstrixit. Sed ab Israëlitis ablata est obligatio, quoad ritualia quidem, statim, postquam lex Evangelii cœpit promulgari; quoad cætera vero postquam populus ille per excidium urbis & desolationem præcisa omni spe restitutionis populus esse desiit.*

Sonder dat hier tegens obsteerd, dat *Moses* wijders segt in de aangetoge Capittels, dat sig in allen desen hadden verontreynigt de Heydenen, die God voor de Kinderen Israëls wilde uytstoten: ende dat het niet en blijkt dat deselve Heydenen eenige andere Wet als die van de natuure of Volkeren souden gehad hebben.

Want die woorden moeten by *Moses* niet even soo genomen worden, als of 'er onder de sonden, aldaar angeroerd, geene waren, of de Cananiten waren door God daarom uytgestoten: aangesien in de voorschreve plaatsen worden verboden dingen, die te vooren noyt zijn voor sondig gehouden: gelijk is datter geseyd word, van geen twee Susters te nemen: en van sijn Moeye niet te trouwen: waar van het eene by den Patriarch *Jacob*, en het ander by *Amram*, welke is den Vader van *Moses* en *Aaron*, gedaan is sonder eenige berispinge: gelijk hier boven geseyd is. Doet hier by, dat *Moses* in deselve plaats noch verbied Huwelijken, die hy op andere plaatsen niet alleen toelaat, maar ook gebied, selfs onder bedreyginge van sekere straffen: als te weten, hy verbied het Huwelijk tussen den eenen Broeder en des anderen Broeders Wijf in de 16. *vers* van het voornoemde 18. *Capittel:* en ter contrarie belast hy *Deuteronom. cap.* 25. *vers.* 5. in gevalle eenen Broeder deser wereld mogte overlijden, sonder naalaatinge van Kinderen, dat desselfs Broeder soude de Weduwe trouwen, ende sijnen overledenen Broeder by deselve Zaad verwekken. 't Welk is een evident bewijs, dat *Moses* selfs het daar voor gehouden heeft, dat het voorschreve verbod van des Broeders Weduwe of diergelijke personen, staande in de zijd-linie van het bloed of van affiniteyt te trouwen, niet moreel of naaturel, dat is eeuwig en onveranderlijk, maar Burgerlijk, en midsdien, naa bevind van saken, veranderlijk is: alsoo een vermenginge van de voorschreve personen, strijdig tegens het recht der natuure, niet soude konnen gejustificeerd worden door een insicht van het Burgerlijke interest, gelegen in de conservatie van de Joodse Familien. Gelijk dan ook voor dato van de voorschreve Mosaise Wet soodanige Huwelijken zijn geoorlooft gehouden: als af te nemen uyt *Genesis* 38. *vers.* 8. alwaar *Juda*, naa doode van sijnen oudsten Soon *Her*, sonder Kinderen overleden, *Thamar*, desselfs Weduwe, weder uyt-trouwt aan sijnen tweeden Soon *Onan:* en vervolgens haar naa des tweedens dood, verlooft aan sijnen derden Soon *Schela.* Ende indien dat soo is: soo blijkt het, dat de aangeroerde questieuse woorden, in het geseyde 18. Capittel van *Leviticus*, niet juyst behooren tot alle ende jegelijk van de gevallen, aldaar door *Moses* te vooren verboden: maar dat die met eenige discretie moeten verstaan, en alsulks gerefereerd worden tot het byleggen by Mans en Beesten, midsgaders tot het Overspel, zampt het Opofferen van de Kinderen aan den *Moloch*, en diergelijke sonden, die tegen het recht der Volkeren, 't welk de Cananiten soo wel, als anderen hadden, begaan worden: als te sien by de Heer *Hugo de Groot de Jure Belli & Pacis lib.* 2. *cap.* 5. §. 13.

Aldus geadviseerd by my ondergeschreven binnen Leyden den 17. *Februarii* 1696.

GERARD NOODT.

INDEX

RERUM ET VERBORUM.

E.

F.

G.

H.

He-

K.

L.

N.

O.

 Omit-

V.



INDEX

INDEX LEGUM, LOCORUMQUE

Quæ in Corpore Juſtiniani, in Codice Theodoſiano, in Fragmentis JCtorum Veterum, & Baſilicis illuſtrantur, explicantur, aut emendantur.

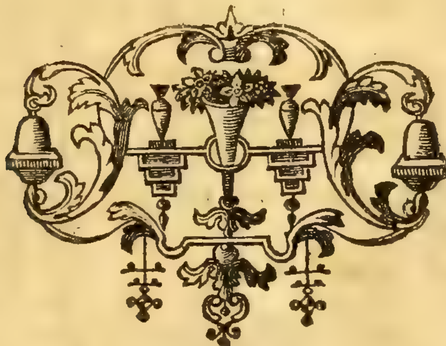
Ex Inſtitutionibus.

E Digeſtis.

E Codice.

E Novellis.

E Codice Theodos.



INDEX SCRIPTORUM VETERUM,

Qui explicantur, aut illuſtrantur.

F I N I S.

GERARDI NOODT,

NOVIOMAGI,

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS,

OPERUM OMNIUM

TOMUS II.

CONTINENS

COMMENTARIUM

IN D. JUSTINIANI,

SACRATISSIMI PRINCIPIS,

LIBROS XXVII.

DIGESTORUM,

SIVE

PANDECTARUM

Juris enucleati ex omni vetere Jure collecti,

EDITIO TERTIA

emendatior.



LUGDUNI BATAVORUM,

APUD ELIAM LUZAC,

MDCCLX.

GERARDI NOODT

In posteriorem Commentarii editionem ad

ERUDITUM LECTOREM

PRÆFATIO.



QUEM in honorem tuum, Erudite Lector, omniumque Jurisprudentiam bona fide amantium, hujus seculi anno xv. evulgavi Commentarium in quatuor priores libros Pandectarum sive Digestorum Juris enucleati, ex omni vetere Jure collecti a D. Justiniano, Sacratissimo Principe, eum Commentarium exiguo admodum tempore absolvi, sic ferentibus rebus meis. Ejus nunc ecce secundas curas: quibus volui, aliquod illi adjicere novum decus: simul pluribus Veterum locis majus aut ante non animadversum præferre lumen. si placuit prior labor, coarctatus intra quatuor illos libros; non displicebit præsens, usque ad octavum & vigesimum porrectus. consilium erat, præter hos, etiam reliquos usque ad finem pari cura & diligentia exponere, emendare, restituere. sed dum hoc meditor; mihi evenit, quod plerisque. plus speravi de facultatibus meis, quam in his est. nimirum blandiebantur mihi indultæ Divina benignitate vires aliquanto firmiores, quam illa ætate sint aliorum. ne habebam quidem queri aut de vigore qualis qualis mei judicii, aut de fide memoriæ, subsidiis illi fini opportunis & necessariis. gaudebam: visus, his salvis, quæ destinavi, absoluturus omnia. Sed o spes fallaces! cum mihi suppeterent illa Naturæ bona, nec esset quid magis in votis, quam pro portione longius pleniusque consulere egregio publico literarum; tandem me deprehendit senectus non procul ab anno octuagesimo: monens jam indies magis ac magis, ne procedam ultra librum septimum & vigesimum. Eo perveni. quid restat? nisi ut cedam ego fatigantibus me studiis quibus ante oblectabar. tu vero patiaris, me facere scribendi finem: quasi in hoc genere satis patriæ Priamoque dato. quid, si nec deerunt huic seculo homines, ingenio & doctrina nobiles: qui excitati studio veræ laudis Opus cœptum nova industria forsan felicius executuri sint. Tu interim, Erudite Lector, si mea Tibi profuit mediocritas: primum agito gratias Deo Optimo Maximo cujus beneficio ei suffeci hactenus. deinde ne desinito favere mihi qui Tibi ultra quinquaginta annos scribendo aut docendo bene facere studui. Vale. Dabam Lugduni-Batavorum anno Domini MDCCXXIV.

GERARDI NOODT

In priorem Commentarii editionem

PRÆFATIO.

ETSI complures homines & dignitate & doctrina eximii, credo, amantes mei, sæpe a me efflagitaverint, ut ad D. Justiniani, Sacratissimi Principis, Digesta sive Pandectas Juris enucleati, ex omni vetere Jure collecti, aliquem meo ingenio componerem Commentarium: tamen ut facerem, numquam a me impetrari, passus sum: causatus, esse rem magni & animi & operis; desiderare vero eruditionem copiosam; tum judicium par materiæ, Artem amplissimam libris quinquaginta complexæ. Verum quod deprecatus fui, integra ætate: quod mirere, flexa aggredior prope ultro, postquam constitueram facere scribendi finem. Nimirum a juventute assuetus vero labori, non diu sustinui, senectutem, qua, Dei beneficio, fruor felice, & vacua ab ejus incommodis, ignavo otio transigere, specie quietis. certe metui, committere; ne pergerem, pro portione in commune conferre, quidquid quali quali lectionis meditationisve meæ usu possit ad aliquorum commodum fructumve pertinere. Ea igitur motus verecundia, quod ceperam consilium, muto: sumens commentandi initium a prima Digestorum sive Pandectarum parte, quatuor libris comprehensa: mox cæteros quoque, si Deus sinet, expliciturus. Sic vero me in præsentiarum composui; ne ingressus vulgare iter, demum aliena sequerer vestigia; sed aliquid industriæ vel meæ vindicarem. Hunc in finem attigi pleraque Veterum Fragmenta: atque ut sunt non unius temporis, neque unius sectæ, neque unius generis, amplius nullo posita ordine, aliquando fugitiva, sæpe abrupta, etiam vitiata atque interpolata, passim obscura ac perplexa: ita illis aliter atque aliter consului; prout historia temporis, aut progressus Juris, etiam usus Latini sermonis, & Inscriptionum legum singularum opportunitas fidesque, tum constantia vacillatiove manuscriptorum editorumve librorum, aut alioquin prudens & necessaria emendatio interpunctiove, in primisque facti species, suaderent. Idemque aut simile circa Imperatorum Rescripta & Constitutiones in Codice observavi. Nam de Edicti perpetui restitutione atque interpretatione, cujus præcipuam habui curam, cæteraque quam præterea tenui via, nihil addo: arbitratus, melius apparituram ipsius lectione Operis, & duabus Dissertationibus: una De civili prudentia, altera De causis corruptæ Jurisprudentiæ: quas editas inter cætera mea Opera hic pro Præfatione haberi postulo. Illud non dissimulo, quod Commentarii hujus compositionem tanta festinavi diligentia; ut intra septem menses inchoaverim absolverimque fere horis subcisivis, nullo muneris mei damno. Maluissem equidem plus impendere temporis: quo magis maturuissent universa. sic fortasse etiam aliquam accepissem lucem ex Jurisprudentia Ante-Justinianea Viri Clarissimi, Antonii Schultingii, Collegæ & Cognati mei: in qua Veterum Fragmenta, extra Juris Justinianei Corpus, extraque Codicem Theodosianum errantia, insigni eruditione diligentiaque brevi dabit illustrata. insuper licuisset mihi, uti variis lectionibus quas ex novissima collatione Codicis Florentini, aliorumque exemplarium manuscriptorum, ab Henrico Brenckmano, Viro Docto & Ingenioso, quondam Auditore, nunc Amico meo, quodam cum desiderio exspectat literatus orbis. Sed cupienti mihi, etiam in sequentibus Digestorum seu Pandectarum partibus adjuvare Juris Studiosos, forte dilatio nocuisset casu mortalitatis. Indicavi iter & rationem suscepti Operis. quæris exitum? Non est meum, laudare mea: sicut nec habeo vituperare. licebit tamen mihi sine arrogantia confiteri, plurima esse a me non dicam clarius aut plenius, quam hactenus, tradita atque exposita: sed noviter inventa detectave, ante non animadversa; cum essent observari & detegi non indigna. Maxime autem allaboravi, ut Jurisprudentia quæ plerisque occurrit parum amœna, magis tristis atque austera, postremo quanta quanta est, nil nisi vana atque inanis subtilitas, deinceps legi possit, tamquam pulchra & elegans historia rerum civilium, simul officiorum publicorum privatorumque Populi Romani, a ratione naturali, cultuque sapientiæ, minime aliena; & contra ad vitæ societatem qua carere nequit mortale genus, jure ac legibus, pro varia rerum, temporum, morum, opportunitate, regendam accommodatissima. Vale. D. Lugduni in Batavis MDCCXV. Kalend. Decemb.

GERAR-

GERARDI NOODT,

Jurisconsulti & Antecessoris,

COMMENTARIUS AD DIGESTA SEU PANDECTAS.

LIBER PRIMUS.

TITULUS I.

De Justitia & Jure.

RECTE atque ordine monet Ulpianus in limine Institutionum, (nam ex lib. 1. est *l.* 1. *h. t.*) Juri operam daturum prius nosse oportere, unde nomen Juris descendat. Illud durius: quod dicit, jus esse a justitia appellatum: causatus, jus esse artem boni & æqui. nam ad præcepta Grammatices respicientibus, justitia a jure, & jus a jubendo, dicitur. nec improbabile est, Veteres, nondum reperta litera R, jusa pro jura dixisse: eoque Festum respicere: apud quem *jussa jura.* Nolim tamen, idcirco reprehendi Ulpianum. non est enim una Grammaticorum etymologia. est & altera Philosophorum, a superiore diversa. illi sectantur origines verborum: hi rerum, auctore Isidoro *lib.* x. *Origin. pag.* 1067. Igitur sicut Grammatici justitiam a jure, jusque a jubendo, derivant: sic Ulpianus, Philosophos imitatus, jus a justitia appellatum esse, existimat: hac adjecta ratione: Quod jus est ars boni & æqui. sensus: Quod finis artis æqui & boni, quam jus appellamus, est justitia, ipsa natura prior arte, ad obtinendum finem comparata. Pari forma Isidorus, homo, inquit, dicitur ab humanitate: quia prior est humanitas, quam homo: etsi homo ab humo, secundum Grammaticos, derivetur. Esse igitur jus a justitia appellatum, Ulpianus ait. Ut vero intelligeretur dignitas artium principis; ad ejusque studium, sane sanctum, & humano generi utilissimum, nobiles incitaret homines; non minus egregie, quam opportune, subjicit §. 1. *d. l.* 1. quod hujus, id est, justitiæ, merito quis nos Sacerdotes appellet: justitiam (inquiens) namque colimus, & boni & æqui notitiam profitemur: æquum ab iniquo separantes: licitum ab illicito discernentes: bonos non solum metu pœnarum, verum præmiorum quoque exhortatione efficere cupientes: veram (nisi fallor) philosophiam, non simulatam, affectantes.

Hæc justitia (qua de est prior Rubricæ pars) ab Ulpiano *l.* 10. *h. t.* definitur, constans & perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi. Pulchra hercle definitio! paucis tamen examinanda. Prima verba, *Constans & perpetua voluntas*, (ut ostendi *lib.* 3. *Probabilium c.* 1.) habitum animi seu voluntatis indigitant: simul, quod justitia non æstimatur actione, quantumvis justa: sed voluntate constante ac perpetua juste agendi; nec alio fine, quam ut justitia exerceatur. proinde si spes, aut metus, aut error, hominem improbum ac nefarium invitet trahatve ad æqui bonique observantiam; is idcirco non meretur viri boni ac justi nomen. contra quoque, si error, aut impetus, necessitasve, impellat eo quo nolit, virum justum; nec is ideo talis esse desinet atque injustus fiet. neuter enim quod fecit, voluit: sed alter spe aut metu, alter errore aut necessitate, ad id quod noluit, est abreptus: atque interim mansit utriusque animus, qualis fuit, bonus aut malus. sed hoc quia pluribus executus sum *d. c.* 1. *lib.* 3. sufficit hic attigisse obiter. Est igitur justitia Ulpiano constans & perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi. nec dubito; quin juris appellatione complectatur dignitatem, seu facultatem, unicuique legibus aut moribus competentem. nam jus a Veteribus hoc usurpari sensu, multis observavit V. CL. Gulielmus Budæus *Annotat. in Pandect. p.* 212. rem autem indicat Cicero *lib.* 2. *De invention. cap.* 53. his verbis: *Justitia est habitus animi, communi utilitate servata, suam cuique tribuens dignitatem.* Sic Cicero. nec adspernor hanc adjectionem, *Communi utilitate servata:* cujus etiam sequente meminit definitione *lib.* 5. *De finibus cap.* 23. *Justitia est animi affectio, suum cuique tribuens, & hanc societatem conjunctionis humanæ munifice & æque tuens.* At enim Ulpianus hanc clausulam in sua definitione omisit. Sed nec vetuit, in ea subaudiri. non enim putavit, esse justitiæ suum cuique tribuere, ut perdatur, sed ut juvetur, utilitas humanæ conjunctionis: alium finem, quam procurandi cujusque salutem, non habentis. res certa; & dudum notata Aristoteli *lib.* 5. *De moribus c.* 3. quem ut alias, ita in proposito, sequitur Ulpianus *l.* 12. §. 11. *D. Mandati, & l.* 4. §. 1. *&* 2. *D. Famil. ercisc.* quas cum aliis adduxi *d. lib.* 3. *c.* 2.

Habes justitiæ definitionem. exspectas divisionem. est celebris hæc Aristotelis *d. lib.* 5. *c.* 2. *&* 3. quod alia est universalis, alia particularis. Universalis complectitur virtutes omnes. est enim fortitudo; cum jubet, in acie locum tenere, non fugere, non arma abjicere. est temperantia; cum vetat, alicui inferri stuprum, aut adulterium. est lenitas seu mansuetudo; cum vetat, aliquem verberari, aut ei male dici. & sic in cæteris. hanc igitur justitiam Aristoteles facit eamdem perfectæ virtuti: etsi non simpliciter; sed quatenus refertur ad alterum. scilicet animadvertens, justitiam esse virtutem ad alterum; functionesque cæterarum virtutum similiter posse referri ad alterum: eo respectu, inquit, posse justitiam se illis miscere, & quodammodo virtutem dici totam vel perfectam. quod & Justinianus patitur *Novell.* 69. Particularis justitia consistit in servanda inter homines æqualitate. hanc justitiam Aristoteles vocat superioris partem: eo quod pleræque ejus actiones ita sunt ad alterum; ut ad fortitudinem, temperantiam, mansuetudinem, aliasve virtutes, re-

referri nequeant. continet igitur justitia latiore sensu omnia officiorum genera: ac nescio, an hoc sensu sic scribat Macrobius *In somnium Scipionis lib.* 1. *c.* 8. *Justitiæ est, servare unicuique, quod suum est. de justitia veniunt innocentia, amicitia, concordia, pietas, religio, affectus, humanitas. His virtutibus vir bonus primum sui, atque inde reipublicæ rector efficitur, juste ac provide gubernans humana, divina non deserens.* Strictiore significatione justitia sola comprehendit munera quibus alicui tribuitur, quod ipsi aliqua causa debetur. sic vero dividitur in distributivam & commutativam. altera dicitur consistere in distributione honoris, præmii, aut cujuscumque rei cujus participes sint omnes ejusdem civitatis cives. altera dicitur occupari correctione eorum quæ in rebus contrahendis contingunt; sive sponte, ut in contractibus; sive involuntarie, ut in delictis. hæc dicitur servare proportionem arithmeticam: illa geometricam. est autem, ut hoc addam, arithmetica proportio, ubi numeri a se paribus distant spatiis, hac forma: duo, quatuor, sex, octo. contra observatur in geometrica. fit enim instituta comparatione: hoc modo, sicut se habent quatuor ad duo, sic se habent sex ad tria. unde efficitur, ut in justitia commutativa in qua solæ spectantur res de quibus agitur, non merita hominum quorum res sint, omnes homines sint æquales. cespitavit hic, quod ægre dico, ex Veteribus Papinianus: castigatus eo nomine ab Ulpiano *l.* 20. *D. de minoribus.* lubentius laudo Senecam, sic scribentem *De benefic. lib.* 4. *c.* 28. *Jus fori omnibus dicitur: pace etiam homicidæ fruuntur: sua repetunt, etiam qui aliena rapuerunt. percussores & domi ferrum exercentes murus ab hoste defendit: legum præsidio qui plurimum in illas peccaverunt, proteguntur.* Sic in commutativa justitia. at in distributiva, quia homines, eorumque merita, comparantur: melior est conditio viri nobilis, quam plebeji, licet idem fiat ab utroque: pulchra ratione quam dat Seneca *d. lib.* 4. *De benefic. c.* 30. verbis sequentibus: *In petendis honoribus quosdam turpissimos nobilitas industriis, sed novis, prætulit. non sine ratione sacra est magnarum virtutum memoria: & esse plures bonos juvat, si gratia bonorum non cum ipsis cadat.* Et post. *Hoc debemus virtutibus, ut non præsentes solum illas, sed etiam ablatas e conspectu colamus. quomodo illæ id egerunt, ut non in unam ætatem prodessent; sed beneficia sua etiam post ipsas relinquerent: ita & nos non una ætate grati sumus. hic magnos viros genuit, dignus est beneficiis, qualiscumque est, dignos dedit. hic egregiis majoribus ortus est: qualiscumque est, sub umbra suorum lateat. ut loca sordida repercussu solis illustrantur, ita inertes majorum suorum luce resplendeant.* Satis de sententia Aristotelis, tantum monebo: quod ea non semper obtinet in jure nostro. Primum quis ignorat, pupillis, minoribus, fœminis, militibus, sua dari privilegia quæ aliis negantur in justitia commutativa? jam vero beneficium competentiæ quod multis conceditur, an alio pergit, quam ut hi in solidum non teneantur, etsi sic cæteri obligentur? præterea ait Labeo, actionem de dolo non esse dandam liberis vel libertis adversus parentes patronosve, nec humili adversus eum qui dignitate excellit, puta, plebejo adversus consularem receptæ auctoritatis, vel luxurioso atque prodigo aut alias vili adversus hominem vitæ emendatioris *l.* 11. §. 1. *D. de dolo malo.* age vero quo pertinet, quod Justinianus *l.* 26. *C. de usuris* jubet, usuras pro diversitate personarum alias atque alias præstari? præter hæc habeo exemplum in quo justitia distributiva custodit proportionem arithmeticam, & ex diverso justitia commutativa proportionem geometricam. extat id in *l.* 1. *D. de his quæ ut indignis:* in qua proponitur libertus legato honoratus a patrono, eum ad fiscum detulisse tamquam illicitæ mercis negotiatorem. tam vero ei datur præmium de republica ob delationem patroni, quam cuivis alii: ac licet præmium acceperit a republica, nihilominus repellitur a legato, quod ei reliquit patronus. utrumque recte adversus Aristotelem. non enim minus fuerat reipublicæ utilis, quod patroni memoriam post rempublicam habuerat. rursus fecerat se indignum patroni benevolentia; quod fuerat patroni proditor: etsi ejus offensionem reipublicæ imputaret. quid, si ne in pœnis quidem Jurisconsultis placet Aristoteles? utique ille sicut delicta comparat contractibus; (quod etiam nostri faciunt *l.* 52. *D. de re judic. & alibi.*) sic in utrisque suadet proportionem arithmeticam. at nostri in delictis pœnas taxant proportione geometrica: honestiores levius, viliores gravius, punientes *l.* 16. *l.* 3. §. *penult. D. Ad leg. Corn. de sicar. l.* 1. *D. de furib. baln. l.* 1. §. 1. & 2. *D. de effract.* usque adeo, ut subinde delicta æstiment ex persona ejus qui fecit, & ejus qui passus est *l.* 16. §. 3. *D. de pœnis.* vice etiam versa est, ubi honestiores gravius, quam cæteri, plectuntur: ut in peculatu: ex quo morte punitur Magistratus, eum admittens, durante administratione: cum alii levius puniantur §. 9. *Inst. de public. judic.*

Altera Rubricæ pars est De jure. quod Paulus *l.* 11. *h. t.* pluribus modis dici ait. non exponam omnes. saltem dicam, quod Ulpianus *l.* 1. *h. t.* Celsum sequutus, jus definit, artem æqui & boni: id est, artem quæ sit quasi interpres legis primæ & magnæ, profectæ a ratione naturali, illa divina, ad quam exigi omne jus humanum oportet: quando (ut Paulus ait *d. l.* 11.) semper est æqua & bona: ideoque sola hominibus in omni vitæ colore sine exceptione salutaris. Hoc jus ab Ulpiano *l.* 10. §. *ult. h. t.* vocatur Jurisprudentia; definiturque divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia. cum ait, esse notitiam divinarum atque humanarum rerum; eam comparat Philosophiæ. at cum addit, esse justi atque injusti scientiam; utramque distinguit. nec improbo: nam ut Jurisprudentia, sic Philosophia, occupatur circa res omnes & divinas & humanas: hoc discrimine, quod Philosophus in his quærit causas: Jurisconsultus, quid justum aut injustum sit: atque ut Ulpianus *d. loc.* ait, Jurisprudentiam esse divinarum atque humanarum rerum notitiam, justi atque injusti scientiam: sic Cicero *lib.* 2. *De Officiis cap.* 2. *Sapientia*, inquit, *est, rerum divinarum atque humanarum, causarumque quibus hæ res continentur, scientia.* Eodemque modo Seneca *Epist.* 89. *Sapientia est, nosse divina & humana, & eorum causas.*

Definitioni juris subjicienda sunt ejus præcepta. Ulpianus §. 1. *d. l.* 10. *Juris præcepta*, inquit, *sunt hæc: honeste vivere. alterum non lædere, suum cuique tribuere.* Sensus Ulpiani fugit plerosque. mihi videtur Ulpianus Juris appellatione designare artem æqui ac boni: & per præcepta exaudire ejus artis exhortationes, monita, suasiones, ad justitiam universalem: eaque distinguere a juris regulis quæ alibi legis virtutes dicuntur. has in foro habere necessitatem; eoque humanæ conditioni indulgere multa a perfecta virtute & officiis aliena. illa ad forum non pertinere: quin esse voluntaria; exire ad virtutem perfectam: laudari, si serventur; non puniri, si negligantur. igitur hujus artis esse, docere non modo, quid in foro regulis juris, id est, legibus, imperetur, vetetur, puniatur, permittatur: sed in primis quid conjun-

junctioni humanæ societatis, qui est legum finis, maxime decorum sit. ac si reperiat quid legibus permissum ob hominum socordiam, dum idem sit inhonestum, aut alterum lædat, aut non suum cuique tribuat, ab eo perinde esse abstinendum, ac si legibus esset vetitum. Hæc summa. plura tradidi *Julio Paulo*, *sive lib. sing. de part. expos. & nece cap.* 10. & 11. ubi vide; nec pigebit vidisse, ab aliis, quantum recordor, nondum tradita.

Tempus est, transire ad Juris divisionem. ea ab Ulpiano *l.* 1. §. 2. *h. t.* sic traditur: *Hujus studii duæ sunt positiones: publicum & privatum.* Quid studium sit, sic exponit Cicero *lib.* 2. *De Invention.* §. 9. *Studium est animi assidua & vehemens ad aliquam rem magna cum voluntate applicatio*, *ut Philosophiæ*, *Poëtices*, *Grammatices*, *Literarum.* Hujus igitur studii, quod Ulpiano est pars Philosophiæ *d. l.* 1. §. 1. duæ sunt positiones: id est, theses; ut observavit Budæus *Annot. in Pand. p.* 21. sensus Theodoro Marcilio, & tandem etiam Jano a Costa *ad* §. 4. *Inst. h. t.* duas esse Jurisprudentiæ theses, seu positiones: nam duo esse de quibus omnium Jurisconsultorum sit disputatio. unum est de jure publico, alterum de jure privato. Jus publicum Ulpiano est, quod ad statum rei, id est, reipublicæ, Romanæ spectat: privatum quod ad singulorum utilitatem refertur. & pro ratione subjicit; quod sunt quædam publice utilia, quædam privatim: puta, principaliter. utique publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in Magistratibus consistit. Sic Ulpianus. sed aliter Quintilianus *lib.* 2. *Inst. Orat. c.* 4. verba ejus. *Genera sunt tria*, *sacri*, *publici*, *privati juris.* Quintiliano accedit Ausonius, *Edyll.* XI. *vers.* 61.

Jus triplex, *tabulæ quod ter sanxere quaternæ*,
Sacrum, *privatum*, & *populi commune quod usquam est.*

At nulla contradictio: nam Ulpianus, cum jus facit duplex, privatum & publicum; sub jure publico complectitur sacrum. ita perinde est, ac si dicat, jus esse vel privatum vel publicum; & hoc rursus vel in specie publicum vel sacrum: quorum illud consistit in Magistratibus, hoc in sacris & Sacerdotibus. id vero huc redit, quod Ausonius & ante Quintilianus dixit, jus esse triplex, privatum, publicum, vel sacrum. Sed hoc & alibi me observare, memini *lib.* 2. *Observ. c.* 21.

Cæterum ait Ulpianus in *d. l.* 1. §. 2. tripartitum esse jus privatum: collectum etenim esse ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut civilibus. id vero non sic accipi suadeam, quasi jus publicum non eosdem habeat fontes quos privatum: (contrarium enim verum est) sed quod in libris Institutionum, unde est Ulpiani locus, non erat Ulpiano consilium, agere de jure publico: ideoque non opus erat, hoc iis in libris dividere. Est igitur jus privatum Ulpiano triplex, naturale, gentium, & civile. an recte? negant plerique omnes. sed non idcirco timebo, stare pro Ulpiano: arbitratus, nihil esse in ejus sententia quod improbetur. itane? consideretur homo, ut potest, triplici modo: vel ut animal, vel ut homo, vel ut civis. Primum occurrat ut animal in mero Naturæ statu, suis constans membris & facultatibus quibus est a Natura instructus & sibi commendatus, more cæterorum animantium, in solitudine viventium. ejus hominis jus cogitans Ulpianus *d. l.* 1. §. 2. ait, *Jus naturale esse quod natura omnia animalia docuit:* puta, suo quodque modo, & genere. nec dubito, quin ejus juris appellatione designet inclinationes atque instinctus uniuscujusque animalis, secundum quos unumquodque est a Natura determinatum ad existendum atque operandum ejus ordini, instituto, ac providentiæ, convenienter. prorsus, ut utens facultatibus motibusque, sibi datis a Natura a qua conditum sit; se Naturæ suæ jure & lege regere ac movere intelligi debeat. Veteres hoc jus appellant prima Naturæ; censentque solo Naturæ impulsu, sine collectione & disceptatione rationis: arbitrati, id sentiri, ut calorem, frigus, famem, sitim, alia: duosque esse ejus effectus: unum appetere Naturæ consentanea; alterum declinare ei contraria. esse vero hæc omnis divini & humani juris principia, ipsa non a disciplina aut institutione, vel inde liquere: quod hæc sine discrimine agunt non modo omnes homines statim ac nati sunt, sed cætera quoque animalia, atque ita, ut nihil aliud sciant, aut possint, quam sequi ipsis bona & fugere mala. Igitur spectetur homo, quatenus est animal; ejus jus finitur naturali facultate sentiendi, appetendi, fugiendi, edendi, bibendi, movendi, generandi. ac nescio, an huc intendat hoc Ulpiani *d. l.* 1. §. 3. *Hinc descendit maris atque fœminæ conjunctio quam nos matrimonium appellamus: hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Videmus etenim cætera quoque animalia, feras etiam, istius juris peritia censeri.* Sic Ulpianus: atque, opinor, ab Aristotele: cujus *lib.* 1. *De republica c.* 2. verba hæc sunt. *Necesse igitur est: primum eos conjungi & copulari*, *quorum alterum sine altero esse non potest*, *ut marem & fœminam procreationis causa. atque hoc non ex consilio proficiscitur: sed quemadmodum & in aliis animantibus & stirpibus naturale est*, *tale alterum*, *quale ipsum sit*, *cupere relinquere.* Aliquis miretur, ab Ulpiano non fieri hic mentionem defensionis sui. At nec fit cæterorum quæ dixi, mentio: & jam notavi *lib.* 1. *Probabilium c.* 5: quod affectum tendentem ad sui conservationem primis Naturæ deberi, ultro liquebat omnibus: sed de maris & fœminæ conjunctione, liberorumque educatione, a quibusdam dubitabatur. alterum igitur moneri oportebat: alterum moneri, nihil attinebat. Interim non inutile fuerit sciri, tales Naturæ regulas motusque de quibus dixi, & similes, quia se habent instar legum, non male, neque præter usum, leges & jura appellari. nam & de apum actionibus, ab æterno & constante Naturæ motu instinctuque pendentibus, sic Virgilius *lib.* 4. *Georgic. vers.* 154.

- - - *Magnisque agitant sub legibus ævum.*

Eodem sensu Ovidius, *De remedio amor. vs.* 269.

Vertere quæ poteras homines in mille figuras.
Non poteras animi vertere jura tui.

Seneca quoque *lib.* 2. *De ira c.* 27. *Non nos causa mundo sumus hiemem æstatemque referendi. suas ista leges habent quibus divina exercentur.* Idem *lib.* 4. *De benefic. c.* 12. *Cum creditum dicimus*, *imagine & translatione utimur. sic & legem injustique regulam esse. ad hæc verba demonstrandæ rei causa descendimus.* Exposui Naturæ jus ex sententia Ulpiani.

Sequens tractatus erit de jure gentium: in quo hominem non ut animal, sed ut hominem, societatis tamquam sibi utilis & necessariæ, appetentem spectari, Ulpianus postulat *d. l.* 1. §. 4. *h. t.* verbis sequentibus: *Jus gentium est quo gentes humanæ utuntur. quod a naturali recedere*, *facile intelligere licet: quia illud omnibus animalibus*, *hoc solis hominibus inter se commune sit.* Atque ita est, quod jus gentium Ulpiano dicitur, proprium est hominum. non est commune cæterorum animalium: sicut nec eorum est recta ratio cujus examine vis juris gentium intelligitur. dedit nimirum Divina providentia unicuique homini animalem sensum boni & mali; ejus vero differentiam quia Naturæ instinctus non peræque discernit, multis prima facie bonis quæ post deprehenduntur mala, & contra malis primo adspectu quæ bona esse deinde even-

eventu comperiuntur: idcirco voluit Natura, nos non minus ex animo, quam ex corpore, consistere; hujusque ministerio, illius imperio, uti: certe ejus quod sequendum evitandumve sit pro vero bono aut malo, alium judicem atque arbitrum non habere: quin contra nos, quod ille probat, in infinitum sequi; & quod improbat, in infinitum fugere, tamquam lege humanæ Naturæ, id est, a Deo, jussum aut vetitum. Exposui Ulpianum.

Nunc Paulum attingam *l.* 11. *h. t.* is quia soli homines utuntur prærogativa rationis, ejusque expertia sunt cætera animalia, jus gentium Ulpiani appellat jus naturale, jam non omnium animalium, sed omnium hominum inter se: eo quod simplex Naturæ influxus hoc non docuit animalia omnia: licet naturalis ratio id peræque inter homines constituit. prout igitur occurrit nobis homo, sic considerandum est jus ejus naturale: nec mirari quem oportet, jus quod trifariam divisit Ulpianus, a Paulo fieri duplex; aliud naturale, aliud civile: quod & Gajus maluit *l.* 9. *h. t.* licebitque eo referre quæ de duplice civitate, una magna quæ sit generis humani, altera parva quæ sit cujusque populi, ex Seneca & Cicerone opportune attuli *lib.* 1. *Probab. c.* 8. Illud dissimulare neque volo, neque debeo: quod sive duplex sive triplex omne putemus jus: quæri potest, quale sit quod Gajus *d. l.* ait, inter omnes naturali ratione constitui; idque inter omnes peræque custodiri: item quod Paulus censet *d. l.* 11, jus naturale semper æquum ac bonum esse. fuerit hoc eo dignius explicari: quia vetus lis est, nondum composita: sitne jus a Natura comparatum; an magis hominum pactionibus inventum. posterior fuit sententia Epicuri, Carneadis apud Lactantium, *lib.* 5. *Divin. Inst. c.* 17. Lucretii, *De rerum natura lib.* 5. Horatii, *lib.* 1. *Serm. sat.* 3. Mihi placet prior quæ fere est Veterum Jurisconsultorum: atque ipsam ex superioribus sic demonstrari, mihi persuadeo.

Natura dedit unicuique homini statim ac natus est, sensum boni & mali. alterum sequi, alterum fugere, eum voluit: nec ei quid in alteram partem reliquit liberum. adeo quisque quod ei bonum sit, amplectitur necessario; & a malo æque necessario abstinet. quod ut facit impulsu Naturæ a qua est factus: jure naturali facere intelligendus est. interim quid ei sit bonum aut malum in omni re, loco, tempore, non æque constat Naturæ motu. est enim in facto positum; nec aliter, quam rationis examine, discernitur. ea porro ratio cum unicuique homini a Natura æque datur, ac animalis sensus; quin æque sit pars humanæ Naturæ, dubitari nequit. nec magis, an cuique quod ea probat, faciendum; & quod improbat, omittendum sit: quia demum ei bonum aut malum est quod eum fugere aut sequi vis humanæ præcipit Naturæ: ei, præter rationem, alium boni & mali, id est, ejus quod eum facere aut omittere velit, canonem non indicantis. igitur, si de jure humano quæratur: apparet, rationis dictamine, quasi tacita Naturæ lege, contineri: nec oportere aliud investigari; quam quid sua cuique ratio bonum aut malum esse demonstret. alterum enim Natura jubere; alterum vetare, intelligitur. Hoc modo non fuerit injustum, suum quemque corpus, ac sua membra, suamque vitam, conservare ac tueri. cum enim ex his consistat ejus integritas qua ejus salus æstimatur, (futurus quippe sine ea nullus) ei bonam esse membrorum, corporis, vitæque, tutelam, non minus ratio evincit, quam Naturæ instinctus. proinde si se, si suum corpus, si sua membra, suamque vitam, sustineat conservare in Naturæ statu, quia facit auctore ratione, non ambigitur, quin id jure Naturæ facere videri debeat. At sicut Natura unicuique concedit jus ad sui conservationem, tamquam bonam atque utilem: ita non fuerit absurdum, eam unicuique indulgere jus ad omnia, ei ad sui conservationem necessaria. frustra enim daret ei jus ad finem: nisi ei daret jus ad ea sine quibus ad finem eum non sit perventurus. Quæ porro necessaria cuique sint, eorum judicem a Natura, præter se, nemo habet. an ea, cum voluit, cunctos sequi sibi bonum, & fugere malum; aliud egit, quam ut suæ quemque curæ ac providentiæ committeret? utique cum suum cuique affectum, suum judicium, suas denique vires, dedit: dubito an putet, esse pares, quibus pares dedit facultates. jam vero quos fecit pares, eos a se invicem non pendere, id est, peræque liberos esse, negare non possumus: quia vix est, ut uni liceat quod non æque liceat alteri. est igitur in Naturæ statu in quo omnes peræque liberi sunt, sui quisque juris, id est, suæ quisque utilitatis atque indigentiæ, judex: habetque jus ad omnia quæ ad sui conservationem ipse sibi necessaria esse existimat. atque hoc si est: habet jus ad omnia, a Natura in medio posita ad communem omnium usum: ac si quis impedimento ei sit, habet facultatem vi coërcendi eum a quo suo jure uti prohibeatur: utique, si injuria fiat. imo, si nulla. finge: par mea atque alterius est indigentia. uni pereundum, altero salvo. nempe par est utriusque causa servandi se: suum quisque jus exequitur. neuter vult nocere alteri. uterque se salvum cupit: sed non potest, altero incolumi. quid dicemus? non esse contra rationem; si malim me, quam alterum, servare. me enim Natura mihi; non mihi alterum, nisi propter me, commendavit. primum igitur mei curam gerere me, æquum est: deinde alterius. ac si non potest salus ejus cum mea salute consistere: non vult ratio, ut ei consulam cum pernicie mea: sed ut me quacumque ratione possim optime, conservem potius. Etsi si, me salvo, ei utilis esse possim: nulla ratione perdam, lædam, aut incommodabo, hominem saluti meæ minime noxium. non enim Natura mihi aut alii sceleris licentiam specie libertatis concessit. absit. fecit ea singulos liberos; ac suæ quemque arbitrum utilitatis: sed nulli permisit jus nocendi alii a quo illi non noceatur. cum enim omnibus providerit æqualitate juris: quomodo est probabile, eam voluisse, alii ab alio de libertate moveri controversiam? atqui prope est: ut quibus non dederit tranquillum libertatis usum, illis libertatem concessisse non videatur. potius credamus, Naturam omnibus benignam ac salutarem, procurato omnibus æquali jure, non voluisse, alios ab aliis in ejus usu incommodari sine causa: sed e diverso alios ab aliis, quantum licet sine suo, imo etiam cum aliquo, incommodo mutuis officiis atque opibus adjuvari. Liquebit hoc: putantibus, Naturam voluisse, homines quidem sua sequi commoda, & evitare mala; amplius, ipsos hujus rei esse judices: sed non alias, quam si eis bonum aut malum sit, monstrante ratione: ejusque hanc esse providentiam: ut non impetu agat, sed consilio: nec ad præsentia attendat, quin æque futura exploret: præterea majora cum minoribus, ac brevia cum diuturnis comparet. prorsus, ut si quid minus bonum sit, atque idem majori præjudicet; aut si quid in præsenti videatur bonum, sed in futurum aliud sit: id malum esse, ab eoque abstineri Naturæ lege oportere, existimet. Sed apparet, Naturam velle, sua quemque uti libertate; nec ob id velle, singulos flectere ad licentiam. quam enim cuique dat libertatem,

non

non alia est, quam quæ ratione regitur. illa servit communi hominum conjunctioni; hanc certe non evertit. sola enim est omnibus bona & salubris quæ se continet intra omnium æqualitatem; nec minus aliis, quam sibi, permittit. nisi quis ignorat, omnes homines ita a Natura factos esse: ut nemo sine aliorum societate, (id est, mutua ope) possit vivere tuto aut commode; neque in ea cum aliis, nisi servata juris æqualitate. sane si aliis permittat quod sibi: habet causam ab aliis exspectandi quod aliis præstat: quia illis non minus est utilis, quam illi invicem sunt ipsi. at si non hanc teneat viam; sed plus vindicat sibi, quam aliis relinquit: an potest fieri; ne alii quod ipse observat erga alios, idem erga ipsum faciant, quippe cum omnes sint æquales, nec possit uni licere quod non æque liceat alteri. ita difficile est, agente uno quod lædat alterum; ne hic illi resistat; & pari, aut etiam meliore, jure; injuriam a se arcens. quod ubi fit; res spectat ad litem, rixam, vulnera, cædem, incendia, vastationem: quæ utrimque mala esse, ac naturali lege vitanda, quis non videt? Sit igitur fixum & demonstratum, esse universis qui humana uti Natura, id est, ratione agere, ac sibi consulere, postulent, omni incumbendum studio: uti quantum licet, inter homines quædam sit juris societas: qua fiat, ut homo ab homine minime alienus sit; alterque ab altero non solum non lædatur; sed si possit, etiam omni modo adjuvetur. Atque ad hanc societatem, tamquam bonam atque utilem, sicut unumquemque pergere Naturæ lege oportet, quamdiu possit eam obtinere: ita si non possit; habet suum quisque jus ad illam tuendam, nec minus ad omnia ejus conservationi necessaria: usque adeo, ut qui hanc tollere aut turbare præsumat, possit cui nocetur, illum coërcere eo jure ac modo quo sibi mala ac noxia a se arcet, permittente Natura. plus dicam: sicut injuriam a se avertere quisque potest; ita nec prohibetur alium, quod possit sine suo periculo atque incommodo, adversus injuriam tueri: quia, ut dixi, homo homini, etiam sine pacto, ratione quasi Naturæ lege ad mutuam virium opumque præstationem pro communi utilitate conjungitur. quid respicis? quisquis alium injuria afficit sciens volens, ejus consilium est, imminuere, ubi poterit, humani generis æqualitatem. Vidit Publius Syrus, *Sentent. vers.* 427. proclamans olim:

Multis minatur, qui uni facit, injuriam.

Prorsus ita est: omnium securitatem tollit: quisquis omnium æqualitatem in periculum ducit: nec est, cur speret, ab aliis sibi servari jus quod ipse intervertit aliis, cum omnes sint Natura pares; nec uni liceat quod non liceat alii. postremo qui non movet se ratione quam Natura posuit regulam humanis actionibus, is se regit legibus aliis, quam humanæ Naturæ: ostendens, se nolle uti communi omnium jure. ita, cum separat se ab humana conjunctione: non potest juris societas esse cum illo qui ei rebus & factis renunciat. nec abhorret a ratione conservandi se lege naturali: quo minus fas sit unicuique, commune hominum malum a se atque ab humano nomine arcere: id est, communem omnium hostem, quocum ipsi aut aliis nulla sit Naturæ conjunctio, eo quod se non regit ejus legibus, tamquam communi omnium æqualitate perniciosum, compescere aut occidere: quomodo perdit bestiam sibi atque aliis periculosam: eo quod ei nulla cum hac est rationis aut juris societas: denique quo a se aliisque quæcumque damna, mala, atque incommoda, amovet.

Possim alicui longior videri; sed merebatur bona fide demonstrari, quod Gajus inter omnes naturali ratione constitui, & apud omnes peræque custodiri, ait *l.* 9. *b. t.* unum esse studium divinæ societatis, omniumque ad hanc, quamvis diversis viis, contendentium, tamquam omnibus semper bonum & salutare. sunt talia multa: sed subsistam intra exempla *l.* 2. 3. 4. & 5. *b. t.* in quibus extra omnem dubitationem est religio erga Deum. item, ut parentibus, & patriæ pareamus, id est, Magistratibus, post discretas gentes, & regna condita. eodem spectat sui defensio per bella, jam non qualia qualia, sed justa ex causa, & ad justum modum, introducta. ab eodem jure gentium est servitus, & sequuta manumissio. item sunt dominia distincta, & quod his consequens fuit, agris termini positi, ædificiaque collocata. inde & commercia, emptiones, venditiones, locationes, conductiones, obligationes, institutæ, adjuvandæ communis utilitatis causa: exceptis paucis quæ dicuntur a jure civili introductæ: tantum quod inventæ jure gentium, a jure civili certam acceperunt formam, juri gentium incognitam: ut in loco exponetur. Possint sufficere demonstrandæ Veterum sententiæ a me dicta: liquent enim omnia. non tamen a me impetro; ne ea firmem illustremque sequente Juvenalis testimonio, etsi prolixiore, tamen pulcherrimo, ex *Sat.* xv. *vers.* 140. & *seqq.*

—— Quis enim bonus, & face dignus
Arcana, qualem Cereris vult esse sacerdos,
Ulla aliena sibi credat mala? separat hoc nos
A grege mutorum, atque ideo venerabile soli
Sortiti ingenium, divinorumque capaces,
Atque exercendis, capiendisque artibus apti
Sensum a cœlesti demissum traximus arce:
Cujus egent prona, & terram spectantia. mundi
Principio communis conditor illis
Tantum animas, nobis animum quoque, mutuus ut nos
Adfectus petere auxilium & præstare juberet,
Dispersos trahere in populum, migrare vetusto
De nemore, & proavis habitatas linquere silvas:
Ædificare domos, laribus conjungere nostris
Tectum aliud, tutos vicino limite somnos
Ut collata daret fiducia: protegere armis
Lapsum, aut ingenti nutantem vulnere civem,
Communi dare signa tuba, defendier iisdem
Turribus, atque una portarum clave teneri.

Transeamus ad jus civile. nam homo, ut dictum supra, non tantum ut animal, aut homo, consideratur; sed etiam ut civis, pendens a lege & imperio civitatis. sicut vero in Naturæ statu conveniebat singulorum libertati, sui quemque juris atque injuriæ esse judicem ac vindicem: ita ubi multi in civitatem coïere, uniti spiritu summi imperii, juris naturalis obtinendi gratia: rationis erat, Populum, de tuenda corporis sui salute & libertate cogitantem, non sinere cives suos se deinceps movere suo cujusque arbitrio, sed ex nutu ac præscripto civitatis ad finem ejus providentia omnium aut plurium utilitati positum. De Romulo Livius, *lib.* I. *c.* 8. *Vocata*, inquit, *ad concilium multitudine quæ coalescere in populi unius corpus nulla re, præterquam legibus, poterat, jura dedit.* Hoc igitur modo Gajus *l.* 9. *b. t.* definit, jus civile esse quod quisque populus ipse sibi jus constituit: additque, id vocari jus civile, quasi proprium ipsius civitatis. Cicero, *Topicis c.* 2. sic exprimit: *Jus civile est æquitas constituta iis qui ejusdem civitatis sunt, ad res suas obtinendas.* Ait vero Ulpianus *l.* 6. *b. t.* hoc jus neque in totum recedere a naturali vel gentium jure, nec per omnia ei servire. itaque cum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est,

civile effici. Nempe quædam imperat, quædam vetat, quædam permittit Natura. quæ autem vetat vel imperat, adversus hæc, quia vere & proprie sunt juris Naturæ tum semper ac sine exceptione bona aut mala, nihil valet civilis auctoritas, tantum ad ejus executionem comparata. at quæ permittit Natura, ea quia in medio relinquit, proprie non sunt juris Naturæ: licet per abusionem esse dicantur, eo quod ei non repugnant, & ab initio sic obtinuere, donec magis expedirent contraria. est igitur in his materia humanarum legum: quibus quæ ante erant indifferentia, cum pro publica omnium vel plurium utilitate imperantur aut vetantur, in civitate bona aut mala esse incipiunt. atque hoc jus civile in specie dicitur: nam generaliter sumptum, quin etiam jus naturale seu gentium complectatur, non dubitat Gajus *l.* 9. *h. t.* & clare Aristoteles *lib.* 5. *De moribus*, *c.* 10. verba ejus sunt: *Jus civile aliud naturale est, aliud legitimum. naturale quod ubique gentium idem valet, non quia ita vel decretum sit, vel non decretum. legitimum autem, quod ab initio hoc an illo modo fiat, nihil refert: cum constitutum fuerit vero, tunc demum refert.* Esse igitur alterum æternum constans, & immutabile; alterum, pro tempore, varium & multiplex, eodem loco observat Aristoteles. etiam Paulus *l.* 11. *h. t.* sed optime Imp. Justinianus §. 11. *Inst. de jure natur.*

Postquam substitit in Jure Civili Ulpianus; deinde subjicit ejus divisionem his verbis *l.* 6. §. 1. *h. t. Hoc igitur jus nostrum constat aut ex scripto, aut sine scripto.* Sensus; quod Populus Romanus, definiturus jus proprium suæ civitatis, id est, quid in ea pro communi utilitate ab omnibus observari oporteat, voluntatem suam declarat vel palam, vel tacite: palam, si in comitiis rogatus a Magistratu, suffragiis suis jubeat, quod rogatur, legem esse; &, ut moris erat, inscriptam tabulis, celebri Urbis loco, quo omnibus innotesceret, proponi. tacite, si quid moribus, sive consuetudine, reciperet. nam vel sic ejus voluntas, etsi non per scripturam, utique rebus & factis, intelligi poterat. quod si est: apparet, jus scriptum & non scriptum dici ab eo quod Romæ solet fieri: atque inde idem uno loco jus scriptum & non scriptum, alibi leges scriptas, aut simpliciter leges, & mores, appellari *l.* 9. *D. h. t. l.* 32. *pr.* & §. 1. *l.* 35. & 36. *D. de legibus.* Jus scriptum ab enumeratione partium (quæ frequens Veteribus est definitio) a Justiniano sic definitur §. 3. *Inst. de jur. nat.* nescio an ex Ulpiano. *Scriptum jus est, Lex, Plebiscitum, Senatusconsultum, Principum Placita, Magistratuum Edicta, Responsa Prudentum.* Prima juris scripti pars est Lex: dicta, ut Isidorus *lib.* 5. *Origin. c.* 3. putat, a legendo: vel, ut mavult Cicero *lib.* 1. *De legibus*, a deligendo. definitur autem a Justiniano §. 4. *d. t.* quod Populus Romanus, Senatorio Magistratu interrogante, veluti Consule, constituebat. Bene: nam sanciendarum & abrogandarum legum potestatem penes unum fuisse Populum, etiam Polybius probat *lib.* 6. & erat rationis, leges facere aut tollere eum, cujus utilitas ea re quæritur. is est Populus liber, & sibi commissus a Natura: cui est utile aut noxium quod ipse suis rebus utile aut noxium esse existimet, tamquam dominus, arbiter, & moderator, rerum suarum. Ait porro Justinianus, quod Populus legem constituebat, Senatorio Magistratu interrogante, veluti Consule: quia is inter alios habebat jus agendi cum Populo. quod est, (ut docet Gellius *lib.* 13. *Noct. Attic. c.* 15.) Populum rogare, quid suffragiis suis jubeat. eoque modo, etiam Festus dicit, rogare esse, consulere Populum, vel petere ab eo, ut sciscat, quid ferat. erat autem (ut ostendit Brissonius *lib.* 2. *De formulis*) formula rogantis Magistratus, Velitis Jubeatis Quirites: jubentis Populi, Uti rogas. Inde rogatio pro lege: eo quod est caput & origo & quasi fons, & nisi populus aut plebs rogetur; nullum populi aut plebis jussum fieri potest: auctore Gellio *c.* 20. *lib.* 10. simpliciter vero ait Imperator, legem esse quod populus constituebat: cum Atejus Capito, apud Gellium *d. c.* 20. dicat, *Lex est generale jussum populi aut plebis, rogante Magistratu.* sed Imperator maluit, sub lege comprehendere privilegia: quæ ille a legibus distinguebat: sicut & Festus, quæ privilegia sunt, rogationes appellans. Sed loquendi consuetudinem omnia illa confudisse vocabula, & leges dixisse, testis est Gellius *d. loc.* Non opus addi, Populum leges constituisse in comitiis centuriatis & curiatis, & quemadmodum illa a se, & ab utrisque tributa, distinguantur. nota sunt hæc ex Gellio *lib.* 15. *c.* 27. & aliis quibus hoc propositum erat.

Secunda species juris scripti est Plebiscitum. idque ab Imperatore *d.* §. 4. definitur, quod plebs plebejo Magistratu interrogante, veluti Tribuno, constituebat. & addit Imperator, quod plebs a populo eo differt, quo species a genere, id est pars a toto; nam appellatione populi universi cives significantur, connumeratis etiam patriciis & senatoribus. plebis autem appellatione sine patriciis & senatoribus cæteri cives significantur. Sic Imperator ex usu antiquorum temporum: quibus honores & magistratus nondum erant communicati cum plebe; sub eaque etiam equites continebantur. postquam enim senatores, magistratusque etiam ex plebe fuerunt creati; mansit quidem patriciorum & plebejorum differentia; sed senatores plebi opponi desierunt. tandem distinctis quoque a plebe equitibus sub consulatu Ciceronis, (quod Plinius refert, *lib.* 33. *Hist. Nat. c.* 2.) tres fuere Populi Romani ordines: Senatorius, Equester, & Plebejus. Inde apud Apulejum *lib.* IX. *Metamorph. Quidam de sublimi suggestu, de libro, de literis fausta vota præfatus. Principi magno, Senatuique & Equiti, totoque Romano Populo* &c. Et apud Ovidium *lib.* 2. *Fastor. vers.* 127.

Sancte pater patriæ, tibi plebs, tibi curia nomen
Hoc dedit, hoc dedimus nos tibi nomen eques.

Cæterum ut sola plebs in tributis comitiis, quæ proprie plebis concilium dicebantur potius, quam comitia, a Tribuno rogabatur; ita si responderet, non Lex, sed Plebiscitum appellabatur; eoque non patricii tenebantur, quia non consenserant, sed plebeji: donec Q. Hortensius Dictator Legem tulit ad populum, ut eo jure quod plebs statuisset, omnes Quirites tenerentur. ita ex Lælio Felice A. Gellius *lib.* 15. *c.* 27. eique convenienter Pomponius *l.* 2. §. 8. *D. de orig. jur.* etiam Justinianus *d.* §. 4. Plebiscita, inquiens, lege Hortensia lata, (sic legendum, dudum vidit A. Contius *lib.* 2. *Subseciv. lect. c.* 8.) non minus valere, quam leges cœperunt. quin exinde etiam leges appellata sunt, ut ex sono Legis Falcidiæ, & Aquiliæ, quæ erant plebiscita, intelligitur. sed palam Atejus Capito *d. c.* 20. *lib.* 10. apud A. Gellium. *Lex est*, inquit, *generale jussum populi aut plebis, rogante Magistratu.*

Tertia juris scripti species est Senatusconsultum. idque (ut ait Imperator §. 5. *Inst. de jur. nat.*) est quod Senatus jubet atque constituit. hoc vero ut pro jure scripto habeatur, ejus ille hanc adfert causam quæ & Pomponii est *d. l.* 2. §. 9. quod legis sanciendæ causa plebs difficile, populus certe difficilius, convenire poterat in tanta hominum multitudine: atque ita, inquit Pomponius, necessitas

ſitas ipſa curam reipublicæ ad Senatum deduxit. Juſtinianus dicit, æquum viſum eſſe, Senatum vice Populi conſuli. Quam illi adferunt cauſam, tantum eſt color, cauſa non eſt. res nihilominus vera eſt: & Ulpianus *l.* 8. *D. de legibus* clare: *Non ambigitur Senatum jus facere poſſe.* Opinor, jam inde a principatu Tiberii. Nolim tamen, quamquam multis videtur, exiſtimari, ex quo Senatus cœpit pro Populo adiri, idcirco deſiiſſe rogari Populum. id enim falſum eſt; & diu poſt Tiberium rogatas a Populo leges eſſe, evidenter oſtendo *lib.* 1. *Obſerv. c.* 3. & infra *ſub tit. De Adoptionibus.* Verius dixero, etiam in ſpeciem fuisſe poteſtatem illam Senatus, plane pendentis a nutu Principis; nec auſi agere quidquam alicujus momenti, niſi ejus permiſſu. indicio hoc Taciti *lib.* 13. *Annal. c.* 26. *Conſules relationem incipere non auſi ignaro principe, perſcripſere tamen conſenſum Senatus: ille auctor conſtitutionis fieret.* atque hinc paſſim, ubi facti Senatusconſulti mentio, additur: quod Imperator, Oratione in Senatu habita, auctor fuit Senatui cenſendi: aut effecit, aut ſimile. exempla *l.* 32. *D. de donat. int. vir. & uxor. l.* 8. *D. de tranſact. l.* 5. *C. de excuſat.* etiam apud Suetonium *Veſpaſ. c.* 11. Solet certe Senatus Principum Orationes, de juris emendatione habitas, ſuo decreto confirmare: indeque factum, ut eadem res aliquando Principis Orationi, aliquando Senatusconſulto, imputaretur *l.* 20. §. 6. *junct. l.* 22. *& l.* 40. *D. de petit. hered. item d. l.* 8. *pr.* §. 8. 17. *&* 20. *junct. l.* 23. §. 2. *D. de condict. indeb.*

Quartam partem juris ſcripti faciunt Principum placita: de quibus ita Juſtinianus §. 6. *Inſt. de jur. nat.* ex Ulpiano *l.* 1. *D. de conſt. Princ. Quod Principi placuit,* (Pomponius in *l.* 2. §. 11. *D. de orig. juris* ait, quod Princeps conſtituit) *legis habet vigorem:* id eſt, legis effectum habet. qua ratione? ait, *Quum Lege Regia quæ de ejus imperio lata eſt, Populus ei & in eum omne imperium ſuum & poteſtatem concedat.* Quid his verbis ſignificetur, expoſui *lib.* 1. *Obſerv. c.* 3. & poteſt ibi videri a curioſis talium. ſumma huc exit: Quod Princeps juris faciendi poteſtatem quæ adhuc erat unius Populi, ab eo accepit lege Regia, de ejus imperio lata. Hoc & nihil præterea illis verbis indigitatur. nam quod ſibi aliisque perſuaſere Erudititiſſimi quique Viri, illis ſignificari, Univerſam Populi poteſtatem in Principem ea lege privative eſſe translatam; eoque Populum omne ſuum jus cum in aliis, tum in faciendis legibus, amiſiſſe; indeque deſitum eſſe cum Populo agi; a me *d. c.* 3. ſic refutatum, ut nil ultra ea in parte deinceps deſideretur. Igitur ut pergam, tantum dicam quod eſt hujus loci, Principem pro publica utilitate jus facere tribus modis: per Epiſtolam, per Decretum, & per Edictum: atque hæc eſſe quæ Conſtitutiones appellantur. ſic Ulpianus *d. l.* 1, ex eoque Juſtinianus *d.* §. 6. ait vero uterque, tales Conſtitutiones eſſe vel generales, vel ſpeciales: illas tenere omnes; has eſſe perſonales, nec ad exemplum trahi: præfatus, quod non hoc Princeps vult. primum illis exemplum eſt, ſi Princeps alicui ob meritum quid indulſit: id eſt, ſi quam alicui dedit immunitatem ab oneribus publicis. alterum, ſi quam irrogavit pœnam, nempe extra, aut ultra, leges. tertium, ſi cui ſine exemplo ſubvenit. igitur ad conſequentiam trahi privilegium non oportet. ne ipſum quidem ſtatim, ut eſt impetratum, idcirco obſervandum: quid enim ſi ſit adverſus jus, vel publicam utilitatem? magis refutandum eſt a Judicibus; quaſi a Principe ſit impetratum, non quod dare voluit; ſed quod ei obreptum eſt *l.* 3. *&* 7. *C. de precib. Imper. oblat.* Aliter eſt, ſi citra injuriam alicujus concedatur, & ita ſolet Princeps *l.* 2. §. 10. *D. Ne quid in loc. public.* tale vero beneficium quam pleniſſime interpretari debemus *l.* 3. *D. de conſtit. princ.* Tamen vel hoc difficultatem & quidem inſignem recipit propter *d. l.* 2. §. 16. cujus hæc ſunt verba. *Si quis a Principe ſimpliciter impetraverit, ut in publico loco ædificet: non eſt credendus ſic ædificare, ut cum incommodo alicujus id fiat: neque ſic conceditur, niſi forte quis hoc impetraverit.* Quid enim denunciant poſtrema verba, *Niſi forte quis hoc impetraverit?* turbant, inquis, vehementer. ſed quod remedium? non memini, adferri idoneum. ſi tamen quid valeo conjectura: ſic accipienda ſunt ea verba: Niſi forte quis hoc impetraverit, non ſimpliciter, ſed cauſa cognita. at nec ſic in alterius injuriam. quando igitur? ſi quidem petitio habeat cauſam æquitatis, quia neceſſaria eſt: ſed jure ſummo refutatur: eo quod is adverſus quem ea fiat, jure ſuo acerbe utitur. quo caſu Prætor, alligatus regulis juris, non poteſt ſe interponere jure ſuo ordinario, & tamen poteſt hoc facere extra ordinem, permiſſu Principis, legibus ſoluti, ſuadente juris fine, etſi reſiſtat juris forma. ſic cenſeo; & jam *lib.* 1. *De uſufructu c.* 8. obſervavi complura talia: etiam oſtendi, facta hæc aliquando, adhibito ſchemate perſuaſionis, a Prætore faciendæ ex Reſcripto Principis. Poſtremo tenendum, quod quædam privilegia perſonis, alia cauſis, dantur: quorum differentia in *l.* 68. *& l.* 196. *D. de reg. jur.*

Quintam juris ſcripti ſpeciem faciunt Prætorum Edicta. nimirum ait Pomponius *l.* 2. §. 10. *D. de orig. juris*, ſolitos fuiſſe Prætores, quotannis Edicta proponere; ut ſcirent cives quod jus de quaque re quisque dicturus eſſet, ſeque præmunirent. feciſſe vero id in albo, deſcriptis in eo formulis quas in quaque cauſa accommodari oporteret, ex Cicerone infra demonſtrabo, ſub Titulo, *De edendo.* Inde jus Prætorium ſeu Honorarium quod Prætores introduxiſſe adjuvandi vel ſupplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, Papinianus ſcribit *l.* 7. *h. t.* Factum, inquis, video. qui potuerit fieri, quæro: fuit enim conſtitutus Prætor, ut leges exequatur. ſed unde ei poteſtas ſupplendi vel corrigendi leges quibus tenebatur? Principio ait Marcianus *l.* 8. *h. t.* Ipſum jus honorarium eſſe vivam vocem juris civilis. Deinde erant quæ vetabat, etiam quæ in medio relinquebat, jus civile. in his erat fons juris Prætorii. adverſus leges prohibentes nihil id valebat. ſic clare *l.* 12. §. 4. *D. de Public. in rem act. & l.* 12. §. 1. *D. de bonor. poſſeſſ.* imo Edicti, quod eſt in *l.* 1. §. 1. *D. Quibus ex cauſ. majores*, ita ſonat poſtremus verſus, *Quod ejus per Leges, Plebiſcita, Senatusconſulta, Edicta, Decreta Principum licebit.* Nondum habes omnia. præterea notabo: quod & tum, ubi nihil prohibebat lex, Prætor nil directo agebat: magis verba mutabat, & colores quærebat, quibus adhibitis, videretur intra leges conſiſtere. ejus generis fictiones coloresque indicavi complures *lib.* 3. *Probabil. c. ult.* nunc unum adferam ex §. 3. 4. *&* 5. *Inſt. de actionibus:* ubi ſic ſcribit Imperator: *Plerumque ita permittit Prætor in rem agere: ut vel actor dicat, ſe quaſi uſucepiſſe, quod non uſuceperit, vel ex diverſo poſſeſſor dicat, adverſarium ſuum non uſucepiſſe quod uſuceperit.* Addam & alterum, æque pulchrum, ex Ulpiano, *Fragm. tit.* 28. §. 12. Verba. *Hi quibus ex ſucceſſorio Edicto bonorum poſſeſſio datur, heredes quidem non ſunt, ſed heredis loco conſtituuntur beneficio Prætoris. ideoque ſeu ipſi agant, ſeu cum his agatur, fictitiis actionibus opus eſt, in quibus heredes eſſe finguntur.* At Edictum nec ſic lex erat, niſi annua: ſicut annuum erat Prætoris imperium *pr. Inſt.*

Inst. de perpet. & temp. act. a cujus auctoritate pendebat omnis Edicti vis & honor §. 7. *Inst. de jur. nat.* Atque ea causa dicitur *facti* esse quod ex Edicto descendit; & *juris* quod ex Legibus venit *l.* 27. §. 2. *D. de pactis.* præterea inde nomen actionis directæ & utilis: item dicitur inde aliud esse ipso jure nullum, aliud exceptione infirmari, quidquid est: quia Edicta plerumque erant plena humanitatis: ideo Populus ea ultro sequebatur, neglecta severitate Juris Civilis, mollioribus temporibus minus apti. sic fiebat, ut Edictum per se infirmum, tandem jure non scripto æstimatum fuisse, auctor sit Cicero *lib.* 2. *De Invention.* §. 171. cæterum, ut nihil est in rebus humanis perfectum; ita nec ab Edictis sperari id potest aut debet. Proponebantur ea quotannis: & sequens Prætor priorum Edicta quæ tralatitia appellabantur, aliquando servabat immutilata; aliquando proponebat interpolata: formabat quoque nova, pro re nata, in ingressu Magistratus: ut testatur Cicero *lib.* 3. *Ad Familiar. Epist.* 8. *lib.* 6. *Ad Attic. Epist.* 1. amplius, quoties luberet, durante imperii anno: sæpe justa, interdum injusta, prout erat modestus & verecundus, vel improbus, dans sordibus aut gratiæ. res liquet ex Cicerone, *Orat. in Verr. De prætur. urb.* nec alia fuit ratio proponendi edicti, Quod quisque juris in alium statuerit, ut ipse eodem jure utatur: quo de agetur *Tit.* 2. *lib.* 2. æque hoc arguit Lex Cornelia De Edictis perpetuis: qua cautum fuit, ut Prætores ex Edictis suis perpetuis jus dicerent. eam certe Legem gratiam ambitiosis Prætoribus qui varie jus dicere assueverant, sustulisse, docet Asconius Pedianus, *Arg. in Orat. Ciceron. Pro C. Cornelio p.* 123. & Dion Cassius *lib.* 36. Ab hac causa, simul a naturali hominum ad dissentiendum affectu, nata fuit magna Edictorum varietas atque incertitudo: ideoque rationis fuit, cogitari de compositione Edicti perpetui. instituit perfecitque eam Salvius Julianus jussu Imp. Hadriani. a quo etiam confirmatum est id Opus, Oratione in Senatu habita, & sequuto Senatusconsulto *l.* 2. §. 18. *C. de vet. jur enucl.* nec jam miror, juri scripto a Justiniano annumerari §. 7. *Inst. de jur. nat.* ac circa ejus explicationem versatam esse Jurisconsultorum diligentiam: ut ex Gaji, Ulpiani, Pauli, libris ad Edictum constat.

Postrema pars juris scripti continetur Responsis Prudentum. de quibus ita Justinianus §. 8. *Inst. de jur. nat. Responsa Prudentum sunt sententiæ & opiniones eorum quibus permissum erat de jure respondere.* (in libris plerisque est, *jura condere*; & melius, ut dudum ab aliis annotatum) *nam antiquitus constitutum erat, ut essent qui jura publice interpretarentur quibus a Cæsare jus respondendi datum est qui jurisconsulti appellabantur. quorum omnium sententiæ & opiniones eam auctoritatem tenebant, ut judici recedere a responso eorum non liceret, ut est constitutum.* In his verbis triplex occurrit difficultas: una, quomodo potuerint privati Jurisconsulti suis Responsis, id est, sententiis & opinionibus, jus condere, (sic enim legendum in *d.* §. 8.) eoque dici juris auctores, & juris conditores; item statuere, & constituere; ipsorumque opiniones appellari Constitutiones *l.* 66. *D. Soluto matrimonio. l.* 1. *D. de privat. delict. l.* 91. §. 3. 4. & 6. *D. de verb. oblig.* altera difficultas, ipsa ex superiore profluens, est; quemadmodum ea Responsa pro jure scripto habeantur. tertia est; quis sit sensus postremi versus, *Quorum omnium sententiæ &c.* Quod ad primam difficultatem attinet; auctor est Pomponius *l.* 2. §. 5. *D. de orig. juris*: quod post Leges Duodecim Tabularum, illas breves atque obscuras, si quæ incideret dubitatio, (ut naturaliter evenit, suborientibus novis articulis vel ex legum verbis, vel ex mente) soliti fuere convenire Jurisconsulti: Disputatione Fori (sic dicebatur) quæsituri, quid recipi oporteret. in ea vero Disputatione quod placebat omnibus vel pluribus, Regula Juris, item Fori Sententia, & Fori Definitio, appellabatur: eratque ea in judiciis permagnæ auctoritatis; sed quia erat privatorum hominum, non habebat vim juris: nisi utentium moribus approbata, quo casu Recepta Regula, aut Recepta Sententia, vocabatur: & apud Papinianum *l.* 7. *h. t.* facit partem Juris Civilis, at non scripti, ut ex Pomponio intelligitur *d. l.* 2. §. 5. & egregio exemplo a Justiniano confirmatur *pr. Inst. de codicillis.* Paucis occurri difficultati primæ. plura attulit V. Cl. Jacobus Rævardus *De auct. Prudentum c.* 14. Sed hæc suffecerint meo instituto. Altera quæstio est: qua ratione possint Responsa Jurisconsultorum juri scripto annumerari a Justiniano *d.* §. 8. Puto autem, hoc sero esse factum; & primum Constitutione Imperatoris Theodosii *l. unic. Cod. Theod. De responsis Prudentum*: qua scripta Jurisconsultorum, qui ibi nominantur, omniumque quos illi celebrarunt, auctoritatem lectionis acceperunt: improbatis tamen Pauli & Ulpiani Notis ad Corpus Papiniani. quod si diversæ sint eorum sententiæ: (non enim semper consenserunt omnes) placet Theodosio, vincere auctorum numerum. sin pares numero sint: potiorem esse sententiam in qua fuerit Papinianus. Sic Theodosius. est autem id vel eo observandum: quod inde lumen accedit Justiniano, Veterum Fragmentis quæ sunt in Pandectis, juris auctoritatem concedenti via plane contraria *l.* 1. §. 5. & 6. *D. De conceptione Digestorum.* Restat, quis sit sensus postremi versus *d.* §. 8. *Inst. de jur. nat. gent. & civil.* Sic autem censeo; quod Responsa Prudentum, nisi moribus aut Rescripto confirmata, ante *d. l. unicam* nullam juris auctoritatem habuerunt. eoque facile credo Ciceroni *Pro Murena c.* 13: dicenti, adversus ea responsa & decreta sæpe fuisse judicatum. nec potuit fieri aliter, dissidentibus sententiis. Utique supervacua fuisset Theodosii Constitutio, si quidquid aut scriptum aut responsum a Jurisconsultis fuerit, jam ante ejus Constitutionem vim juris habuisset. Aliquem moveat: quod Augustus, quo major juris auctoritas haberetur, dicitur constituisse, ut ex auctoritate ejus responderent Jurisconsulti *l.* 2. §. 47. *D. de origine juris.* Sed hoc non alio pertinet, quam ut inde liceret paucis; quod ante licebat omnibus, fiduciam studiorum suorum habentibus. Sic liquet, cum ait Justinianus in fine *d.* §. 8. *Quorum omnium sententiæ & opiniones eam auctoritatem tenebant, ut judici recedere a responso eorum non liceret, ut est constitutum;* non aliam intelligi Constitutionem, quam Theodosii in *d. l. unica*: quando præsertim, quod a Justiniano dicitur, ante eam neque constitutum, neque jus, fuit.

Ti-

TITULUS II.

De Origine juris, & omnium Magiſtratuum, & ſucceſſione Prudentum.

PARTES hujus Tituli tres ſunt: omnes ſcitu dignæ. in præſentia tamen non explicandæ. non prima, quia dicta ſuperiore Titulo de ſpeciebus juris ſcripti, faciunt mihi otium ab ejus expoſitione. ne alteram attingam, hanc habeo cauſam: quod ſuus veniet de ea dicendi locus Titulo IX & ſequentibus. poſtrema pars patet longius, quam ut paucis abſolvi debeat. quid, ſi nil opus, exſcribere de vitis Veterum Juriſconſultorum tradita a Viris Clariſſimis, Johanne Bertrando, & Gulielmo Grotio: quæ ſunt in manu omnium. poterit etiam curioſior talium, uti Notis & Commentariis Doctiſſimorum hominum qui hunc Titulum jam dudum illuſtrarunt.

TITULUS III.

De legibus, Senatusqueconſultis, & longa conſuetudine.

PARTES hujus Tituli ſunt tres: prima eſt de legibus, altera de Senatusconſultis, tertia de longa conſuetudine. ſed de Senatusconſultis iterum dici, nihil opus: quia de his jam egi in expoſitione partium juris ſcripti. Ibidem leges quoque attigi: ſed hiſtorico more; magis ut liqueret juris auctor & conditor, quam ut legum natura intelligeretur. erit igitur pretium operæ, hic primum de legibus, & deinde de longa conſuetudine quæ poſtrema Rubricæ pars eſt, paucis diſſerere.

In *l.* 2. *h. t.* ex Marciano ponitur duplex legis definitio: una Chryſippi, altera Demoſthenis. neutra vera, ſed quæ Græcis κατ' ἔπαινον, id eſt, ſecundum laudem, appellatur, auctore Iſidoro *lib.* 2. *Origin. c.* 29. tantum in ea quæ Chryſippi eſt, notabo: quod ait, legem oportere eſſe regulam juſtorum & injuſtorum: quomodo Seneca *lib.* 4. *De benefic. c.* 12. Verba Senecæ. *Cum creditum dicimus, imagine & tranſlatione utimur. ſic & legem, juſti injuſtique regulam eſſe.* Regula autem eſt, quam imitemur. Hoc ſenſu Plinius *lib.* 34. *Hiſt. nat. c.* 8. *Polycletus*, inquit, *fecit quem canona artifices vocant, lineamenta artis ex eo petentes, velut a lege quadam, ſoluſque hominum artem ipſe feciſſe artis opere judicatur.* Non minus placet hoc in Demoſthenis definitione: *Lex eſt cui omnes obtemperare convenit: tum ob alia multa, tum vel maxime eo, quod omnis lex inventum ac munus Dei eſt.* Nempe, quia omnia ab hominibus facta naturali ratione, divina voluntate facta intelligi par eſt: non eſt dubium, quin humanæ leges, pertinentes ad tuendam civilem ſocietatem ratione naturali inter homines inſtitutam, ratione naturali, id eſt, divina voluntate, inventæ conſtitutæque intelligi debeant.

Tranſeo ad *l.* 1. *h. t.* in qua eſt ſequens Papiniani definitio, ei quæ eſt Demoſthenis in *d. l.* 2, non abſimilis. *Lex eſt commune præceptum, virorum prudentium conſultum: delictorum quæ ſponte vel ignorantia contrahuntur, coërcitio: communis reipublicæ ſponſio.* Primum ait Papinianus, quod lex eſt, *præceptum:* non quale quale; ſed cui ineſt *coërcitio*, & (ut ab illo dicitur *l.* 41. *D. de pœnis*) additur ſanctio. ita optime Seneca *Epiſt.* 95. *Leges*, inquit, *ſunt minis mixta præcepta.* Et ab hac cauſa apud Ovidium *lib.* 1. *Metamorph.* in deſcriptione ſeculi aurei.

—— *Nec verba minacia fixo*
Aere legebantur.

Similiter apud Prudentium *lib.* 2. *Adverſus Symmachum.*

—— *Dicant, cur condita ſit lex*
Bis ſex in tabulis, aut cur rubrica minetur
Quæ probibet peccare reos.

Eſt igitur Lex præceptum, & minax: ſed *commune.* hoc enim addit Papinianus. Atejus Capito, apud A. Gellium *lib.* 10. *Noct. Attic. c.* 20. *Lex eſt*, inquit, *generale juſſum populi aut plebis, rogante Magiſtratu.* Et utrique convenienter Ulpianus *l.* 8. *h. t. Jura non in ſingulas perſonas, ſed generaliter conſtituuntur.* In Duodecim quoque Tabulis ſic cautum fuiſſe, *Privilegia ne irroganto*, conſtat ex Cicerone, *De legibus lib.* 3. *c.* 19, & *Pro domo c.* 17. Non tamen hoc eſt ſine difficultate, propter hoc Pauli, (quod in *l.* 16. *h. t.* eſt ex ejus *lib. ſingulari De jure ſingulari*) *Jus ſingulare eſt, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate conſtituentium introductum eſt.* Niſi putamus, jus ſingulare, etſi adverſus rigorem juris conſtituatur ob publicam utilitatem; tamen eſſe commune præceptum: quia non in unam conſtituitur perſonam, ſed in ejusdem conditionis perſonas plures: ut evenit in jure fiſci, dotium, principis, creditorum, & his ſimilium. Eſt etiam, ubi jus ſingulare ſpectat ad univerſos cives: quale eſt quod in pecunia credita eſt receptum *l.* 15. *D. de rebus creditis.* Major metus eſt a privilegiis, ad unum hominem pertinentibus: cum ſint privæ leges. Sed intereſt, utrum in aliquem, an pro aliquo, aut de aliquo, feratur privilegium. alterum fit in bonam partem; forte ſi præmium datur, aut pœna remittitur: alterum in malam; ut, ſi nova ponitur pœna, aut vetus gravatur. illud non vetuit Lex Duodecim Tabularum; & extant exempla. hoc vetuit: non enim dicit, Privilegia ne roganto: ſed, Ne irroganto. quo ſenſu dicimus, pœnam irrogari, mulctam irrogari, infamiam irrogari *l.* 131. §. 1. *D. de verb. ſign. l.* 20. *l.* 41. *D. de pœnis. Tit. C. Quib. ex cauſ. infam. irrog.* ita certe Cicero *lib.* 3. *De legib. c.* 19. *In privatos homines leges ferri noluerunt: id eſt enim privilegium: quo quid eſt injuſtius?* Eodemque modo Ulpianus *d. l.* 8. *Jura non in ſingulas perſonas, ſed generaliter conſtituuntur.* Fuerit pro ratione ejus ſententiæ hoc Quintiliani, *Declam.* 339. *Quamquam rationem etiam, propter quod non liceat rogationem contra ſingulos ferre, illam, video, quod peccata ſingulorum videantur habere leges ſuas. homicidium fecit aliquis, ſacrilegium, injuriam, cæteraque his ſimilia: ſuo jure punitur.* Erat vero id neceſſarium, libera republica, & ibi nimia potentia ſeditioſorum Tribunorum plebis: ut indicare etiam Cicero videtur. at mutata republica, minore periculo id jus fuiſſe creditur, nulla cauſa odii Principalis in privatos, infra Principem conſtitutos, neſcio, an ab adulatione: cum & Principes ſint homines, humanis vitiis non minus, quam alii, obnoxii. tamen ſic obtinuiſſe, docet Ulpianus *l.* 1. §. 2. *D. de Conſt. Princ.* Sed revertor ad definitionem: ait Papinianus *l.* 1. *h. t.* quod Lex eſt, *virorum prudentum conſultum:* non aliam ob cauſam, quam quod pleræque leges a ſapientibus ſunt decretæ & latæ. Conſultum enim Papiniano non eſt, conſilium aut ſuaſio: ſed decretum. nam conſulere, apud Veteres, non modo eſt ſuadere, ſed etiam judicare & decernere: ut alibi indicavi *lib.* 2.

2. *Observ. c.* 18. Porro ait Papinianus, quod lex est, *coërcitio delictorum quæ sponte vel ignorantia contrahuntur.* Apud Marcianum *l.* 2. *h. t.* sic transfertur, *Coërcitio eorum quæ sponte vel involuntarie delinquuntur.* Utrumque eodem sensu. Pulchre Cicero *Topicis c.* 16. *Omnium causarum in aliis inest constantia, in aliis non inest. in natura & in arte constantia est, in cæteris nulla. sed tamen earum causarum quæ non sunt constantes, aliæ sunt perspicuæ, aliæ latent. perspicuæ sunt quæ appetitionem animi judiciumque tangunt. latent quæ subjectæ fortunæ sunt. cum enim nihil sine causa fiat, hoc ipsum est fortunæ eventus obscura causa quæ latenter efficitur. etiam ut ea quæ fiunt, partim sint ignorata, partim voluntaria. ignorata quæ necessitate effecta sunt; voluntaria quæ consilio. quæ autem fortunæ, vel ignorata, vel voluntaria. nam jacere telum voluntatis est: ferire quem nolueris, fortunæ. ex quo aries ille subjicitur in vestris actionibus; si telum manu fugit magis, quam jecit. cadunt enim in ignorationem atque in imprudentiam perturbationes animi, quæ quamquam sint voluntariæ, (objurgatione enim & admonitione dejiciuntur) tamen habent tantos motus, ut ea quæ voluntaria sunt, aut necessaria interdum, aut certe ignorata videantur.* Ex Cicerone apparet, quod apud Marcianum est sponte & involuntarie, apud Papinianum sponte & ignorantia æque recte dici. ita utrumque velle, legem coërcere delicta non modo facta dolo malo, id est, deliberato animo, seu integra voluntate, sed etiam animo perturbato, id est, per imprudentiam, seu voluntatem non integram: ut si culpa arguatur, aut res sit mali exempli, etsi non sit mali animi. prioris generis exemplum in lege Cornelia de sicariis quæ solum punit dolum malum *l.* 1. §. 3. *l.* 7. *D. Ad leg. Cornel. de sicar.* posterioris in lege Aquilia, puniente culpam etiam levissimam *l.* 44. *D. Ad leg. Aquil.* item aliud *l.* 3. §. 2. *D. Ad leg. Corn. de sic.* Postremo ait Papinianus *l.* 1. *h. t.* quod lex est, *communis reipublicæ sponsio:* quomodo apud Dionysium Halicarnassensem *lib.* 10. *Rom. antiq. c.* 1. Consules & Patriciorum potentissimi ajunt, *Leges esse pacta ex communi civitatum, non partis civium in iis habitantium, consensu facta.* Etsi nescio an legem melius sic definiat Aristoteles, *Rhetoric. ad Alexandrum c.* 1. *Lex oratio quædam est quæ communi civitatis consensu definita, jubet, quo pacto unumquidque agendum sit.* Interest enim inter legem & pactionem seu sponsionem. nam lex est jussum ex pactione profectum. pactio seu sponsio est Magistratus rogantis, Velitis jubeatis Quirites, & populi respondentis, Uti rogas. ex illa pactione ait lex, Ne quis posthac stuprum adulterium facito sciens dolo malo *l.* 12. *D. Ad leg. Jul. de adult.* Item, Uti legassit, ita jus esto *l.* 120. *D. de verb. sign.* Lex igitur proprie non est pactio, sed jussum summæ potestatis; &, ut optime Aristoteles, oratio quædam quæ communi civitatis consensu definita, jubet, quo pacto unumquodque agendum sit. Sed hæc confuderunt Veteres.

Vidimus legis definitionem. videamus virtutem. de hac ita Quintilianus *lib.* 7. *Inst. orat c.* 5. *Lex omnis aut tribuit, aut adimit, aut punit, aut jubet, aut vetat, aut permittit.* Brevius & elegantius sic Modestinus, *Legis virtus est, imperare, vetare, permittere, punire. l.* 7. *h. t.* Possit tamen vel hoc videri non sine difficultate: eo quod non addit Modestinus, suadere: cum in Pandectarum Fragmentis complura extent consiliorum suasionumque exempla: ut in *l.* 34. *h. t. l.* 36. *D. de rei vindic.* & alibi. Sed Modestini sermo est de virtute legis: Fragmenta autem illa non sunt leges; sed doctrinæ Jurisconsultorum, etsi a Justiniano acceperint legum auctoritatem. hoc vero contigit post Modestinum, nec illi umquam venit in mentem. igitur non putavit Modestinus, esse legis, cives ornare virtute aut sapientia: sed tantum vi atque imperio cavere publicæ quieti adversus illorum stultitiam aut improbitatem: animi autem ornamenta, id est, doctrinam & virtutem, relinquere prudentiæ Jurisconsultorum. atque illo sensu Præcepta Juris quæ tantum hortantur, non cogunt, nec puniunt, distingui a Regulis Juris quas Modestinus hic virtutes legis appellat, multis ostendi *Julio Paulo c. pen. & ult.* Est igitur Legis virtus, imperare utilia & vetare contraria: illa præsertim quæ ut plurimum accidunt; non quæ ex inopinato *l.* 3. *h. t.* Celsus *l.* 4. & 5. ait, jus potius debere aptari ad ea quæ & frequenter & facile, quam quæ perraro eveniunt, quin Paulus *l.* 6. quod semel, inquit, aut bis contingit, prætereunt legislatores. Porro dicit Modestinus, Legis virtutem esse, permittere. Atqui hoc est, nihil agere. Seneca *lib.* 3. *De benefic. c.* 21. *Quædam sunt quæ leges nec jubent, nec vetant.* Vereri igitur quis possit; ne permissio proprie non sit legis opus. Tamen hæc ad legem pertinet, quatenus demit pœnam, si indulget aliquid majoris mali evitandi gratia: quod de concubinatu observat Ulpianus *l.* 3. §. 1. *D. de concubinis.* idem est animadvertere, si lex cavet; ne quis in eo quod permittitur, ab alio impediatur: ut fit, cum jubet, ita jus esse, uti paterfamilias legassit *l.* 120. *D. de verb. signif.* Postrema Legis virtus Modestino est, punire. puto, ne contemptui pateat Lex, non munita terrore adversus stultos aut feroces, communem utilitatem ponentes post privatam. & pertinet huc sanctio, pars Legis certam pœnam irrogans iis qui non obtemperaverint ejus præceptis *l.* 41. *D. de pœnis.* Fuisse tamen leges sanctione carentes; easque, quia non puniunt, aut non rescindunt actum contra leges factum, imperfectas appellari solitas, cum ex Livio, & Macrobio, tum ex Ulpiani *Fragmentis tit.* 1, aliisque ostendit Fredericus Brummerus *Ad Legem Cinciam c.* 3. quem non describo. saltem addam, quod ab illo omissum, leges omnes hodie esse perfectas ex Constitutione Theodosii & Valentiniani *l.* 5. *C. h. t.* nisi forte malit Legislator, negotium quidem ipso jure subsistere, sed ei effectum a Prætore denegari: ut in Senatusconsulto Macedoniano & Vellejano annotabo.

Quid igitur efficimus? oportere unumquemque ex præscripto legis, tamquam animæ civilis corporis, inhibita declinare vel permissa sectari, utique postquam id manifestius cognoverit *l.* 9. *C. h. t.* est enim recte notatum, legem tantum futuris dare formam negotiis; non ad præterita facta revocari *l.* 7. *C. h. t.* scilicet, quia futura possunt evitari; præterita non possunt. futura autem negotia in *d. l.* 7. puta esse; non lites de negotio præterito orituras: sed futura negotia ex quibus lis nasci possit. nisi (ut ait *d. l.* 7.) sit nominatim cautum de præterito tempore, & negotiis adhuc pendentibus. finge: nova lex interpretatur veterem. est rationis, novam retrahi ad veterem: cujus mens lege nova illustratur: cum utique foret investiganda *Novell.* 19.

Nec hoc præteribo: quod, ut omnes legibus in civitate teneantur, excipitur tamen lege aliqua solutus a Populo, a Principe, aut a Senatu. nam vel hoc obtinuisse, docet Asconius Pedianus *Argum. in Orat. Ciceronis Pro C. Cornelio:* nec minus pulchre pleneque ex eo intelligitur; quod una solutus lege, ex usu Latini sermonis, legibus solutus dicitur. Innotuit hoc eruditioribus. ego ignorare id nullum volo. cur enim sinam, studiosos Juris, cum legunt apud Ulpianum *l.* 31. *h. t.* Prin-

Principem legibus solutum esse, falsa persuasione existimare, eum legibus nullis teneri: tamquam omnibus, sine exceptione, sit solutus? non debet sic crude accipi *d. l.* Ulpianus. quin, si verum amamus, vivit cæterorum more Princeps legibus omnibus: præter eas quibus specialiter solutus sit, quatenus attinet ad privata vitæ ministeria *l.* 4. *C. h. t.* etsi pro majestate imperii leges facientem aut corrigentem, postulante communi utilitate, hactenus legibus, id est, juris solemnibus, esse solutum, negari nequeat *l.* 3. *C. de testamentis. l.* 23. *de legatis lib.* 3. §. *ult. Inst. Quib. mod. testam. infirm.* Quid igitur intendit *d. l.* 31. Ulpianus: *Princeps*, inquiens, *legibus solutus est?* nimirum, quod vult usus Latinæ linguæ, Principem esse solutum Lege Julia & Papia: id est, cum a Senatu accepisse immunitatem ab illa Lege: nihil aliud. primum de hac Lege eum cogitasse, indicio est Inscriptio *d. l.* 31: quæ sic habet, *Idem lib.* 13. *Ad legem Juliam & Papiam.* deinde constat ex Dione *lib.* 59. *pag.* 747, Imperatorem Caligulam, ut nominatim lege Julia & Papia solveretur, a Senatu impetrasse. sed in primis huc ducit posterior Ulpiani versus: *Augusta autem licet legibus soluta non est, Principes tamen eadem illi privilegia tribuunt quæ ipsi habent.* Aut enim me fallit animus meus, aut ex hoc versu apparet, ab Ulpiano non disputari, an Princeps sit omnibus legibus, sine exceptione, solutus: quod vulgo præ se ferunt Interpretes: sed, an habeat privilegium a Lege Julia & Papia. postquam enim de Principe dixit Ulpianus; deinde ait, Augustam quidem non esse solutam legibus; id est, non quidem a Senatu accepisse privilegium a Lege Julia & Papia: tantum enim esse datum Principi: sed Principes Augustæ eadem tribuere privilegia quæ ipsi habent. Id vero in summa quid efficit? nisi quod Augusta a Lege Julia & Papia eamdem habet immunitatem quam habet Princeps: sed hic a Senatu; illa a Principe. Hæc nunc breviter. plura dedi *Dissert. De jur. summi imper. & lib.* 1. *Observ. c.* 3. & 4.

Huc usque egi de legis definitione, natura, effectu. tempus est, cogitare de interpretatione. sed primum monebo, legem certam atque indubitatam neque desiderare, neque pati, interpretationem: uno relicto ejus obsequio. ita, si liqueat legis ratio. imo, si non liqueat: modo certa sit voluntas. nam (ut egregie Julianus *l.* 20. *h. t.* & ipse exemplo declaravi *lib.* 1. *Observ. c.* 2,) non omnium quæ a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest. Ain' tu? pleraque legum ante, quam jubentur aut vetantur, sunt indifferentia. tantum solet ex mediis eligi ad quod stetur; ne assidua de æquitate lis sit. jam quod lege probatur, non semper est justius eo quod lege negligitur. porro miramur, in incerto parvi discriminis aliquando latere electi juris rationem, etsi pareat ejus sententia? potius putemus, interesse rerum civilium, quoties est certa legum sententia, non inquiri rationes eorum quæ constituuntur: alioquin futuro; ut multa jam certa everterentur. Sic Neratius *l.* 21. *h. t.* & clare: nisi monendum, quod dicit, *Rationes eorum quæ constituuntur, inquiri non oportere*, simile esse huic Lactantii *lib.* 2. *Divin. Inst. c.* 6. *Tantaque est auctoritas vetustatis, ut inquirere in eam, scelus esse dicatur.* sic enim apparet, *inquirendi* verbo apud Neratium, non aliam intelligi inquisitionem: quam corrigendi mutandique animo factam. Id obiter. Porro dicam, legem certam, licet duram, ubi scripta est, servandam esse *l.* 12. §. 1. *D. Qui & a quibus manumissi*: ideoque nulli privato, sive Jurisconsulto, sive Magistratui, ejus interpretationem permitti, ne prætextu quidem inducendæ æquitatis. Subrides: video: sed noli. nam legem interpretari est, ejus ambiguitatem regere, æquitate petita ab ejus mente: at æquitatem legi inducere contra mentem ejus, non est, interpretari legem, sed aliam facere. quod non est privati Jurisconsulti, aut Magistratus: sed Legislatoris: id est, Principis. Constantinum audi *l.* 1. *C. h. t.* sic loquitur: *Inter æquitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis & oportet & licet inspicere.* Certum autem (nam hoc addam) intelligitur, quod semper habuit certam interpretationem *l.* 23. *l.* 37. & 38. *h. t.* Satis de lege certa. Quid, si dubia atque ambigua sit? jam adjuvandum interpretatione est ejus incertum: ut clareat voluntas, sola tenens omnes, quia sola lex est.

Incidit vero dubitatio aliquando circa legis verba, aliquando circa mentem. sed qualiscumque illa sit: bene monet Celsus *l.* 24. *h. t.* Incivile esse, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere. idque in privatis quoque scriptis observari, æquum est. Apulejus, *Apolog. Multa sunt quæ sola prolata, calumniæ possint videri obnoxia. cujavis oratio insimulari potest: si ea quæ ex privatis nexa sunt; principio sui defraudentur: si quædam ex ordine scriptorum ad libidinem supprimantur.* Ante omnia igitur cum explicanda lex est, oportet inspici ejus verba, & quidem universa, mentem ex solido indicatura. sunt vero vel simplicia vel composita. in simplicibus deprehenditur ambiguitas: si plures sint verbi significationes, aut propriæ, aut impropriæ. in compositis oritur ex structura. utroque casu comparanda sunt præcedentia cum sequentibus; & retinenda proprietas, quamdiu servit legis sententiæ: alioquin arripienda significatio rei gerendæ aptior *l.* 67. *D. de reg. jur.* qualis dicitur vitio carere *l.* 19. *h. t.* sane, cum leges sint decreta prudentum virorum, pro tuenda communi utilitate; an est verisimile, legis auctorem in re gravi & seria voluisse stulte atque absurde loqui? ne puta. agendum igitur omni modo est: ut evitetur absurditas. id Veteres diligenter observarunt, & sunt complura exempla: sed contentus ero, indicasse duo: unum Pauli *l.* 36. §. 3. *D. de petit. hered.* alterum Ulpiani *l.* 3. §. 1. *D. de donat. int. vir. & uxor.*

At ambiguitas non semper hæret circa verba: aliquando penetrat ad mentem. quod si est: placet hoc Pauli *l.* 19. *D. Ad exhibendum: Non oportet jus civile calumniari, neque verba captare: sed qua mente quid dicatur, animadvertere.* Ita non sit recedendum a legis verbis, ejus menti congruentibus: interim scire leges non est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem *l.* 17. *D. h. t.* id est, mentem & voluntatem: qua una lex censetur: verbis magis ad hanc designandam comparatis. optime sic Cicero, *Pro Cæcina c.* 18. *Quid? verbis satis hoc cautum erat? minime. quæ res igitur valuit? voluntas. quæ si tacitis nobis intelligi posset; verbis omnino non uteremur: quia non potest; verba reperta sunt, non quæ impedirent, sed quæ indicarent voluntatem.* Igitur huc paulatim devenitur: ut non magis oporteat quem facere adversus legis mentem, quam adversus ejus verba: quia hoc modo facit contra legem; illo facit legi fraudem: utrum autem fiat, in summa quid refert *l.* 29. & 30. *D. h. t.* Non minus egregie nos meminisse, suadet Modestinus, nullam juris rationem, aut æquitatis benignitatem pati; ut quæ salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione, contra ipsorum commodum, producamus ad severitatem *l.* 25. *h. t.* Ne exem-

exemplum desit, apposui *l.* 14. *C. de procuratoribus.* & licet inspicere. Sunt igitur benignius interpretandæ leges, quo voluntas earum conservetur *l.* 18. *D. h. t.* semper agentium, ut prosint: numquam, ut noceant. est sententia hæc Constantini *l.* 8. *C. de judiciis:* dicentis, *Placuisse in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ æquitatisque, quam stricti juris, rationem.* Non est hinc aliena vel illa observatio: quod evenit sæpe; ut latius pateant legis verba, quam ejus sententia. contra evenit quoque, ut sint angustiora. illic restrictione, istic extensione, opus est: certo, pro lege haberi, non quod scripto, sed quod voluntate, continetur. igitur si late pateant legis verba, & angusta sit ejus sententia: perinde accipitur lex, ac si plus dixerit, minus significaverit. id usum invenit *l.* 3. §. *ult.* & *l.* 4. *D. de recept. & qui arbitr.* *l.* 2. §. 3. *D. Ad Senatusc. Vellej.* Vice versa, si angusta sint legis verba, & late porrigatur ejus sententia: potest interpretatio, tamquam legis permissu, ex eo quod scriptum est, ratiocinando procedere ad non scriptum, nec cogitatum: modo si esset cogitatum, probabiliter fuisset scripto comprehensum. est vero hæc interpretatio eo majoris usus: quia neque leges, neque Senatusconsulta, ita scribi possunt; ut omnes casus qui quandoque inciderint, comprehendantur: sed sufficit, ea quæ plerumque accidunt, contineri: & cum in aliqua causa manifesta est sententia; is qui jurisdictioni præest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet *l.* 10. 11. 12. & 13. *h. t.* Hæc vero interpretatio sicut fit ex mente legis: ita cautionis est; ne fiat adversus eam: quando, certa legis voluntate, nullus est interpretationi locus: ut maxime prætexatur æquitas. Res ultro clara. Utinam satis esset animadversa ab Interpretibus! numquam persuasissent sibi aliisque, licitam parentibus esse liberorum exheredationem ob alias causas, quam in *Novell.* 115. *c.* 3. a Justiniano expressas. est enim falsa illa sententia: non quod negem, potuisse alias causas æque justas addi. contra scio, esse multas æque justas, imo etiam justiores expressis. illud me movet: quod Imperator alias causas, præter expressas, interpretatione induci vetuit. nec ad rem pertinet, utrum ratione sic statuerit, an secus: cum ejus rei judicium excedat modum privati Jurisconsulti aut Magistratus, alligati legibus: soliusque sit Principis, legibus soluti. Servanda igitur est ea durities, donec a Principe immutetur: cum adversus legem certam etsi iniquam aut duram, privatis nihil permittatur: ut jam in antecessum indicavi. Non minus observandum, (est enim ab eodem principio) quod contra rationem juris receptum est, non esse producendum ad consequentias. sic Paulus *l.* 14. *D. h. t.* & recte: numquam enim debet lex cum lege interpretando committi. id vero futurum est: si ad consequentias trahatur singulari jure constitutum: non enim lex a privatis hoc fieri voluit; ne similitudine quidem rationis *l.* 15. & 16. *h. t.* Potius licebit eo casu uti argumento a contrario. idque Papinianus *l.* 1. *D. de officio ejus cui mand. jurisd.* vocat fortissimum. rectissime in vera lege cujus singularis ratio sit: qualis est lex Julia qua de loquitur. Simile dicam de *l.* 8. *C. de revoc. donat.* quæ est lex Constantini, scripta ad Orphitum, Præfectum Prætorio. ea lex specialiter patrono, propter liberos ei postea natos, indulget revocationem donationis, liberto ante factæ. In eo exemplo & similibus potest dici, Lex noluit quod non dixit: item, lex non permittendo exigere, vetuit: ut ait Seneca *lib.* 5. *De benefic. c.* 21. Ex eodem genere est hoc *l.* 22. *h. t.* Cum lex in præteritum quid indulget, in futurum prohibet. Cæterum, quod Papinianus fortissimum esse argumentum dixit in Lege Julia, & ipse confessus sum in Constitutione Constantini: falsum atque inane est in Rescriptis Codicis quæ sunt ad factum certum: qualia pleraque sunt. idemque est in Fragmentis Pandectarum: quæ proprie sunt doctrinæ Veterum Jurisconsultorum, etsi jure novo acceperint vim legum. non minus vana in his omnibus sunt argumenta quæ ab Interpretibus passim fiunt a consequentia, puto, præter Veterum Auctorum mentem, non sine confusione juris nostri: ut in loco demonstrabo ex *l.* 12. §. 3. *D. de admin. tutorum*, & aliis exemplis ante hac demonstravi, *Julio Paulo c.* 7.

Exposui omnem juris scripti rationem. reliquum est; ut de jure non scripto disputemus. id jus Rubrica nostra appellatione longæ consuetudinis designat. nam, ut in antecessum monui, jus est populi jussum, id est, populi voluntas palam vel tacite declarata: palam scripto, ut lege: tacite sine scripto rebus & factis, id est, moribus & consuetudine. Est igitur consuetudo tacita populi voluntas. quæ ut liqueat, (est enim facti) tria concurrere oportet: primum tempus diuturnum, deinde actuum frequentiam, postremo ne abhorreat a ratione naturali. primum desideravi tempus diuturnum. inde diuturni mores, diuturna consuetudo, inveterata, longa, & longæva consuetudo, & similia §. 9. *Inst. de jur. natur. l.* 32. §. 1. *l.* 33. *l.* 35. *h. t. l.* 1. & 2. *C. Quæ sit long. consuetudo.* Quantum autem debeat esse tempus, ut longa sit consuetudo, quia in jure non est expressum, Judicis arbitrio relinquendum est *l.* 1. *D. de jur. delib.* Deinde desideravi actuum frequentiam. hanc attingit *d. l.* 1. *C. Quæ sit long. consuetudo: Præses*, inquiens, *provinciæ probatis iis quæ in oppido frequenter in eodem controversiarum genere servata sunt, causa cognita statuet.* In *l.* 3. *C. eod. tit.* id sic exprimitur: *Leges quoque ipsas antiquitus probata & servata tenaciter consuetudo imitatur.* Inde quæritur, quam dicamus frequentiam? aliquis putet, sufficere duos aut tres actus: quia pluralis numerus dicitur duobus aut tribus esse contentus *l.* 12. *D. de testibus.* Sed non probo: nam ubi duo aut tres sunt; plures quidem uno sunt, at frequentia non est. nisi quis potest sibi persuadere, frequentem esse Senatum, frequentem populum, aut frequens collegium: cum adsunt duo aut tres de Senatu, de populo, aut de collegio. sed id censentem sonus verbi refutet: frequentia non paucos, sed multitudinem, significante. Non magis potest tenaciter servata dici consuetudo; nisi sæpissime servata. interim quot actus faciant frequentiam, nec ejus extat definitio. est igitur vel ipsa Judicis arbitrio relinquenda. Illud parvi refert, quales sint hi actus: judiciales, an extrajudiciales: modo ad intelligendam populi voluntatem sint idonei. tantum consilii ac prudentiæ est hoc Ulpiani *l.* 34. *h. t.* *Cum de consuetudine civitatis vel provinciæ confidere quis videtur: primum quidem illud explorandum arbitror; an etiam contradicta aliquando judicio consuetudo firmata sit.* Hactenus legitur, *contradicto aliquando judicio.* sed verior lectio est, *contradicta aliquando judicio.* observavit hanc Leunclavius, V. CL. *lib.* 2. *Notatorum c.* 3. ex sequente Græcorum versione: *Tunc utimur consuetudine, quum aliquando in dubium vocata, judicio firmata fuit.* Postremo requisivi; ne consuetudo abhorreat a naturali ratione. & recte. nam ubi ratio deficit, ibi est error. is vero imperitiam detegit: eoque nec intellectum habet, nec voluntatem: quibus æstimatur consuetudo, nihil præter Populi consen-

sensum, sive voluntatem, significans. Huc decurrit illud Celsi; *Quod non ratione introductum est, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum, in aliis similibus non obtinet* *l.* 39. *h. t.* Eodem pergit Varro *lib.* 8. *De ling. Latin.* verbis sequentibus: *Qui ad consuetudinem nos vocat, si ad rectam, sequamur: sin ad eam invitet, quæ est depravata, nihilo magis sequamur.* Æque Justinianus *Novell.* 134. *c.* I. *ad fin.* sic scribens: *Male adinventa, consuetudinesque malæ, neque longo tempore, neque ex longa consuetudine firmantur.* Est mihi proclive, in eumdem sensum trahere celebre Imp. Constantini Rescriptum, quod est in *l.* 2. *C. Quæ sit longa consuetudo* hac forma. *Consuetudinis ususque longævi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.* Est, scio, pervulgata sententia, quæri; an consuetudinis, ususque longævi, illa vis sit; ut possit tollere anteriorem legem: soletque ad hoc varie responderi ab Interpretibus. Sed non id agitur: verum contra; an consuetudo ideo, quod longæva est, tanti sit ponderis atque efficaciæ: ut non debeat cedere aut rationi aut legi, quamvis detecto errore. Non alio ducunt verba: *Non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.* Est vero mihi suspicio, non hic verti qualem qualem consuetudinem alia lege mutandam, suadente aliqua civili ratione: sed sollicitari religionem, magis vetustate, quam ratione & veritate, subnixam. Hæc ut liqueat suspicio, porro notabo, esse hoc Rescriptum Constantini: qui primus inducta Christiana religione, Gentilem superstitionem repudiavit pro errore. Rem indicat Lactantius *lib.* I. *Divin. Inst. c.* I. Accedit: quod ex *c.* 6. *lib.* 2. *ejusdem Operis* intelligitur, Christianos pro suis partibus deinde, commendasse quidem studium rationis & veritatis, omni errore potioris: sed Gentiles ægre tulisse, hoc prætextu negligi vetustatis reverentiam; & mutationem ejus pro impia, eoque pro scelere reputasse. Verba Lactantii quæ huc faciunt, apposui. *Hæ sunt religiones quas sibi a majoribus suis traditas pertinacissime tueri ac defendere perseverant: nec considerant, quales sint, sed ex hoc probatas atque veras esse confidunt, quod eas veteres tradiderunt: tantaque est auctoritas vetustatis, ut inquirere in eam, scelus esse ducatur.* Lactantio addam Symmachum *lib.* 10. *Epist.* 54. ausum, eodem prorsus argumento pro ara Victoriæ quam everti volebant Christiani, ad Imppp. Valent. Theodos. & Arcad. sequentem facere Relationem. *Noster labor pro clementia vestra ducit excubias. cui enim magis commodat, quod instituta majorum, quod patria jura & fata defendimus, quam temporum gloriæ? quæ tum est major, cum vobis contra morem parentum intelligitis nihil licere.* Ostendi quod intendo, noluisse Gentiles inquiri in rationem suæ religionis, longa consuetudine probatæ; ejusque mutationem habuisse pro scelere, ideoque pro illicita Principi. Sic vero apparet occasio & causa *d. l.* 2. Est illa, ut dixi, Imperatoris Constantini, & scripta Proculo, Proconsuli Africæ (quomodo habet Inscriptio in quibusdam exemplaribus) inde fit mihi probabile, illum Proconsulem, forte Gentilem, acceptis a Constantino mandatis, ex vetere superstitione quid informantibus, fecisse Relationem, ei quam ex Symmacho attuli non dissimilem; in eaque quæsivisse a Constantino: essetne Principi jus fasque, auctoritatem consuetudinis ususque longævi contraria lege infringere: & esse rescriptum ab Imperatore, Consuetudinis ususque longævi non esse vilem auctoritatem: (Litotes est, minus dicens, & plus significans) sensus, Consuetudinis, ususque longævi, esse magnam auctoritatem, si ratione commendetur. quod si mala sit: magis errorem videri; nec succurrere causam, cur minus lege, quam ratione, vincatur. Aliis aliud sedet: sed dixi, quid mihi videatur. id si non ad liquidum, saltem ad probabile illorum temporum, accedit: lubenterque ideo adscribo etiam hoc Prudentii, Symmacho ita respondentis *lib.* I. *Contra Symmachum.*

Illa tyrannorum fuerat medicina, videre
Qui status ante oculos præsentibus ac perituris
Competeret rebus, nec curam adhibere futuris.

Plane, etsi mala consuetudo, detecto errore, non faciat jus in futurum; non tamen iniquum fuerit, eam a pœna excusare in præteritum. Optime Seneca *lib.* 2. *De ira c.* 9. *&* 10. *Hac conditione nati sumus, animalia obnoxia non paucioribus animi, quam corporis morbis: non quidem obtusa, nec tarda, sed acumine nostro male utentia; alter alteri vitiorum exempla. quisque sequitur priores male iter ingressos. quid ni habeant excusationem, cum publica via erraverint? in singulos severitas Imperatoris distringitur. at necessaria venia est, ubi totus deseruit exercitus. quid tollit iram sapientis? turba peccantium. intelligit, quam iniquum & periculosum sit, irasci publico vitio.*

Effectus consuetudinis est, imitari legem §. 9. *Inst. de Jur. Natur. l. ult. C. Quæ sit long. consuetud.* Julianus *l.* 32. §. I. *h. t.* ait, eam pro lege, id est, tamquam legem, custodiri? addita ratione; quod ipsis legibus nulla alia ex causa nos tenentibus, quam quod judicio Populi receptæ sunt: merito etiam ea quæ sine ullo scripto Populus probavit, tenebunt omnes: quum præsertim nil intersit; utrum voluntatem suam Populus suffragio declaret; an rebus ipsis & factis. plus ait Paulus, jus non scriptum in tantum probatum esse; ut non fuerit necesse, scripto id comprehendere *l.* 36. *h. t.* Ita de causis in quibus non utimur jure scripto *d. l.* 32. *pr.* Ulpianus *l.* 33. *h. t.* sic exprimit: *Diuturna consuetudo pro jure & lege in his quæ non ex scripto descendunt, observari solet.* Jam vero si sit lex scripta, & de ejus interpretatione quæratur: ait Callistratus *l.* 37. *h. t.* esse in primis inspiciendum, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuit: optimam enim legum interpretem esse consuetudinem. subjicitque *l.* 38, Imperatorem Severum rescripsisse, in ambiguitatibus quæ ex legibus proficiscuntur, debere consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, vim legum obtinere. Leges igitur imitatur consuetudo. addo, etiam retinet *l. ult. C. Quæ sit long. consuet.* Modestinus *l.* 40. *h. t.* dicit, quod legem scriptam confirmat. quia (ut Julianus ait *d. l.* 32. §. I.) ipsæ leges nulla alia ex causa nos tenent, quam quod judicio Populi receptæ sunt. Quod si est: an miramur, leges etiam tacita Populi voluntate, id est, desuetudine, aut contraria consuetudine, tolli aut mutari? atqui Julianus *d. l.* 32. §. I. rectissime, inquit, etiam illud receptum esse; ut leges non solum suffragio legislatoris, id est, expressa ejus voluntate; sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. Sic Julianus: æque Justinianus §. II. *Inst. de jure natur.* nec opus pluribus: re clara & certa. saltem patere, moneri; quod si quid, exolescente lege, interim per consuetudinem recipiatur, id perinde obtinet, ac si nulla lex scripta fuisset. id apparet egregio exemplo §. 7. *Inst. de injuriis.* Moratur tamen multos *l.* 2. *C. Quæ sit long. consuetudo.* Verum hanc paulo ante exposui.

TITULUS IV.

De Constitutionibus Principum.

SUb hoc Titulo qui est, de Constitutionibus Principum, non est quod desideres operam meam: exposita illa materia jam supra sub Titulo, *De Justitia & Jure*, in enarratione partium juris scripti.

TITULUS V.

De Statu Hominum.

INvento Juris fonte atque origine, age, nunc de ipso jure disputemus. habet id tria objecta. Gajus *l.* 1. *h. t.* ait, omne jus vel ad personas pertinere, vel ad res, vel ad actiones. Quas Gajus vocat personas, Rubrica homines indigitat, traducta significatione a comoediis: in quibus homo hic aut ille certo oris indumento designabatur. idque a personando persona vocabatur: auctore A. Gellio, *lib.* 5. *Noct. Attic. c.* 7, & in primis Boëthio *lib. De person. & nat.* Igitur cum hominum causa omne jus constitutum sit, ex præcepto Hermogeniani *l.* 2. *h. t.* primo de personarum statu, id est, conditione, ac post de cæteris, ut res patitur, dicemus. Est autem personarum status, & propter statum jus personarum, multiplex.

Primum sunt aliqui nascituri, alii nati. nascituri cum matre comparati, cum qua cohærent matris vel viscerum portio habebantur, nondum animalia, nec homines. idemque erat circa natos, quamdiu non essent suscepti, alique jussi: atque inde non dicam honestus aut laudabilis, sed licitus, id est, in foro Romano impunitus, matri in sua viscera sævienti abortus, donec Severi & Antonini Constitutione temporali exilio coërceretur *l.* 4. *D. de extraord. crimin. & l.* 39. *D. de pœnis.* Æque licita & impunita parentibus fuit sanguinolenti partus expositio, abjectio, suffocatio atque elisio, usque ad Imppp. Valentinianum, Valentem, & Gratianum. res detestabilis atque incredilis: sed vera atque ab illis demum prohibita *l.* 8. *C. Ad leg. Cornel. de sicar. & l.* 2. *C. de infant. expos.* ut demonstravi *Julio Paulo, sive De partus expos. & nece.* Sic in patre & matre. Alias noluerunt Veteres negligi spem nascituri hominis: arbitrati, id non sinere finem humanæ conjunctionis: ad cujus tutelam pertinet qui se tueri nequit homo. Ab hac causa Paulus *l.* 7. *h. t.* (quæ est ex *libro singulari De portionibus quæ liberis damnatorum conceduntur*) *Qui*, inquit, *in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus quæritur.* Non longe petam exemplum: sic ante patris damnationem concepti & post nati, portiones accipiunt ex bonis damnati patris *l.* 1. §. 1. *D. de bon. damn.* Esse hoc exemplum hujus loci, apparet ex *l.* 7. *D. de bonis damnatorum:* nam hic quoque locus est ex eodem Pauli *lib. singulari De portionibus quæ liberis damnatorum conceduntur*: & videtur olim cohæsisse cum superiore. plura exempla attulit Julianus *l.* 26. *h. t.* Cæterum aliis prodesse partum, antequam nascatur, negat Paulus *d. l.* 7. *h. t.* & fuerit exemplum in Senatusconsulto Tertylliano: de quo ita Paulus *lib.* 4. *Sentent. tit.* 9. §. 1. *Matres tam ingenuæ quam libertinæ cives Romanæ, ut jus liberorum consecutæ videantur, ter & quater peperisse sufficiet, dummodo vivos & pleni temporis pariant.* Primum vult Paulus, liberos, ut matri prosint in Senatusconsulto Tertylliano, esse natos vivos. sane ipse sic ait *l.* 129. *D. de verb. signif.* Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur: quia numquam liberi appellari potuerunt. Deinde vult Paulus *d.* §. 1, pleni temporis esse partus. & §. 5. ait, talem partum esse septimo mense pleno aut decimo natum: de quo sequente Titulo diligentius. quid, si monstrosus sit partus aut prodigiosus? ait Paulus *d. tit.* §. 3. & 4, (unde desumpta est *l.* 14 *h. t.*) Non esse liberos qui contra formam humani generis converso more procreantur, veluti si mulier monstrosum aliquid aut prodigiosum sit enixa. addit tamen, partum qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videri effectum: & ideo inter liberos connumerari. sic in Senatusconsulto Tertylliano: in quo de lucro agi, bene observavit Jacobus Cujacius *ad d. Pauli loc.* aliter vero obtinere in Lege Julia & Papia: ad quam respicit *l.* 135. *D. de verb. sign.* nam in ea prodesse liberos etiam monstrosos, ut evitentur pœnæ caducitatis quæ sunt odiosæ, eoque visæ benigne accipiendæ favore parentum quibus nihil potest imputari: quod ut potuerunt, statutis obtemperarunt.

Altera hominum divisio venit a sexu. estque is duplex *l.* 195. *D. de verb. sign.* & ab eo duplex homo: mas aut fœmina *l.* 152. *D. d. t.* Nisi præterea est hermaphroditus, idem mixtus ex utroque. Sed jam observavi *lib.* 1. *Probabil. c.* 12, mixtas species, sicut constant ex duabus simplicibus, ac modo in hanc, modo in illam, inclinant, ita recte sub hac aut illa, comprehendi; eoque duplicem fieri divisionem quæ alioquin est triplex: & rursus quia tertia seu mixta species habet aliquid ab utraque simplice separatum; eo quæ bipartita fuit divisio, non minus recte fieri tripartitam. Ut ut erit, ait in proposito Papinianus *l.* 9. *h. t.* in multis juris nostri articulis deterior est conditio fœminarum, quam masculorum. Bene ait, in multis: & sunt exempla *l.* 2. *D. de reg. jur.* non desunt quoque e diverso exempla in quibus est melior fœminarum, quam marium conditio: ut in *l.* 12. *C. Qui pot. in pign.* item in Senatusconsulto Vellejano, & alibi. quamquam vel hoc, si attendas, datur earum imbecillitati, id est, deteriori conditioni. De hermaphrodito quæritur, cui eum comparemus? & putat Ulpianus *l.* 10. *h. t.* magis æstimandum ejus sexus qui in eo prævalet. quo modo Cicero *lib.* 5. *De finibus c.* 30. *Ex eo, quod maximas partes continet, latissimeque funditur, tota res appellatur.*

Porro ut sexus, sic ætas, homines distinguit. sunt enim alii majores natu, alii minores. majores dicuntur egressi annum quintum & vicesimum, ob completum virilem vigorem. cæteri minores appellantur *l.* 1. *D. de minorib.* hi vero sunt aut impuberes, aut puberes. impuberes alii sunt infantes, quia fari non possunt *l.* 1. §. 2. *D. de admin. tut.* quales omnes sunt infra septimum annum *l.* 18. *C. de jur. delib.* quo compleri fandi potestatem, refert Isidorus *lib.* 11. *Orig. c.* 2. alii proximi pubertati: qui sunt prope pubertatem *l.* 4. §. 26. *D. de doli mali & met. except.* item qui non multum a pubere ætate absunt *l.* 14. *D. de Senatusc. Silan.* id est, qui jam sunt tredecim anno-

norum. aliis videtur aliud, at nullo antiquitatis testimonio. me in meam sententiam inducit Servius Honoratus, Vetus Grammaticus, ad hoc Virgilii, *Eclog.* 8. *vers.* 39.

Alter ab undecimo tum me jam ceperat annus.

Verba Servii. *Id est, tertius decimus. alter enim de duobus dicimus. Et vult significare, jam se vicinum fuisse pubertati, quod de duodecimo anno procedere non potest. Bene cum annis jungit habitum corporis. Nam & in jure pubertas ex utroque colligitur.* Pubertas alia est plena, alia minus plena. illa contingit, impleto anno decimo septimo, & inchoato decimo octavo. *l.* 40. §. 1. *D. de adopt.* hæc incidit, completo anno decimo quarto, & inchoato decimo quinto: sic enim obtinuit *pr. Inst. Quibus mod. tut. fin.*

At hominem non Natura tantum dividit, sed Jus quoque. est vero summa de jure personarum divisio: (ut Gajus scribit *l.* 3. *h. t.*) quod omnes homines aut liberi sunt, aut servi. Sensus suadet, pluralem numerum converti in singularem: quasi sit, omnis homo est aut liber, aut est servus. Libertas autem a qua liberi vocantur, Florentino *l.* 4. *h. t.* est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur. Florentinus non aliam definit libertatem; quam in hominem cadere naturalis aut civilis ratio sinat. est enim ambiguum libertatis vocabulum: prope comparatione constans, & prout major aut minor, libertas aut servitus. res exemplo clarescet. puta, aliquem unum stare in puncto; nec ei jus esse, ab eo recedere: pone, alterum posse inde abire & currere intra circulum parvum: pone, tertium habere facultatem recedendi non a puncto tantum, sed a minore quoque circulo, quo velit. dicam, secundum cum tertio comparatum, esse servum; quia minor est ejus, quam tertii libertas: & tamen cum primo comparatum, esse liberum; quia potest facere quod non licet primo. Potest igitur, ut intelligatur Florentini definitio, duplex fingi libertas: una absoluta, altera restricta. absoluta est, facultas ejus quod cuique facere lubet. restricta addit, nisi si quid vi aut jure prohibeatur. Hæc, inquies, est servitus. Nec nego, rem æstimantibus verbi sono. sed intra hunc non constitit Florentinus. is, cum definit libertatem, quærit eam quæ est vera hominis aut civis. hæc vero numquam est absoluta, quia omne jus humanum, id est, omnis humana facultas, civili aut naturali ratione terminatur. ita dicatur servitus: at non est hominis, sed rationis & legum servitus: quæ est una vera, & homini salutaris libertas: non comminuens ejus facultatem; sed, quod Natura præcipit, eam metiens regensque ejus utilitate; nec minus confirmans ac conservans eam adversus stultos aut feroces. Optime Aristoteles *lib.* 5. *De republica c.* 9. *Non oportet existimare, servitutem esse, vivere ad reipublicæ administrandæ formam accommodate, sed salutem.* Idem censet Cicero *Pro Cluentio c.* 53, *Legum*, inquiens, *idcirco omnes servi sumus, ut liberi esse possimus.* Distinguenda igitur a libertate est licentia: manifesto ex supra dictis, omne jus humanum in Naturæ statu naturali ratione, & in civitate legibus, circumscribi: ideoque non intelligi libertatem, nisi naturali rationi aut legibus conformem: vereque ac prorsus divine negat Papinianus facere nos posse ea quæ ab illa, id est, a pudore, pietate, denique a bonis moribus sint aliena *l.* 15. *D. de condit. instit.* imo quisquis suam potestatem, ut oportet, in Naturæ statu ratione, aut in civitate legibus, finit: is (utar verbis Senecæ *Epist.* 90.) tantum, quantum vult, potest: quia se, nisi quod debet, non putat posse. Hoc modo Cicero *Paradoxis.* Verba Ciceronis. *Dictum est igitur ab eruditissimis viris, nisi sapientem, liberum esse neminem. quid est enim libertas? potestas vivendi, ut velis. quis igitur vivit, ut vult, nisi profecto qui recta sequitur, qui gaudet officio, cui vivendi via considerata atque provisa est? qui legibus quidem non propter metum paret, sed eas sequitur atque colit, quia id salutare maxime esse judicat. qui nihil dicit, nihil facit, nihil cogitat denique nisi libenter ac libere. cujus omnia consilia, resque omnes quas gerit, ab ipso proficiscuntur, eodemque referuntur: nec est ulla res quæ plus apud eum polleat, quam ejus voluntas atque judicium.* Ut rem in pauca conferam: libertas cujusque qui se hominem dici velit, est jus cujusque naturale, sive cujusque naturalis facultas; id est, facultas quam quisque habet a Natura humana: jubente, omnes uniuscujusque actiones in naturæ quidem statu intra naturalem rationem, in civitate vero intra leges ejus, consistere. Ita possint hæc definitionis verba, *Nisi si quid vi aut jure prohibetur*, pro iisdem accipi: pari modo, quo tutela dicitur *vis ac potestas l.* 1. *D. de tutelis.* Sed clare Persius *Satyr.* 5. *vers.* 88.

Vindicta postquam meus a Prætore recessi,
Cur mihi non liceat, jussit quodcunque voluntas,
Excepto si quid Masuri Rubrica vetavit?

id est, excepto, si quid jure & legibus vetetur.

Servitus Florentino est constitutio juris gentium qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur *l.* 4. §. 1. *h. t.* Florentinus constitutionem dicit pro constituto: quomodo Paulus *l.* 31. §. 1. *D. de adq. rer. dom.* thesaurum dicit veterem pecuniæ depositionem, pro pecunia antiquitus deposita. Cum vero addit, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur; primævum Naturæ statum intelligit. adeo enim non est inventa contra jus naturæ servitus, ut sit naturali ratione introducta ad mutuam domini & servi utilitatem: cum interesset utriusque, bello victum servari potius, quam occidi. non est igitur comparata eo pacto servitus contra jus naturæ; sed contra primævum naturæ statum: quo omnes homines erant liberi; non ut semper essent tales; sed donec eis expediret, servos fieri. Hoc sensu Florentinus *d. l.* 4. §. 2. ait, servos appellatos ex eo: quod Imperatores captivos vendere, ac per hoc servare, nec occidere solent. quod & Isidorus confirmat *lib.* 9. *Origin. c.* 4. *p.* 1052. & ante utrumque Horatius, *lib.* 1. *Epist.* 16. Florentinus *d. l.* 4. §. 3. addit, mancipia dicta: quod ab hostibus manu capiantur. Idemque Varro docet *lib.* 5. *De ling. Latin.* dicit autem, *manu*, pro vi: ut in hoc Plauti, *Capteiv.* 2. 1. *Perque conservitium commune quod hostica evenit manu.* Et ibidem 2. 2. *Tam mihi quam illi libertatem hostilis eripuit manus.* Sequitur, ut videamus modos, quibus fiant servi. ait autem Marcianus *l.* 5. §. 1. *h. t.* eos in dominium nostrum redigi aut jure civili aut gentium. primum ait, jure civili: & ponit exemplum, Si quis major viginti annis ad pretium participandum venire se passus est. Quod verum est; si fiat, emptore ignorante *l.* 7. §. 2. *D. de liberali causa.* Nec tamen vel sic est sine difficultate: quia sunt certi modi quibus jure civili constituitur & finitur servitus, interque eos non est conventio *l.* 37. *D. & l.* 6. *& l.* 10. *C. eod. tit.* At ita est; nisi si quis major viginti annis passus sit se venumdari, pretii participandi gratia: nam is tum servus fit, non quasi conventione servitus introducatur jure civili: sed in pœnam, quasi is qui sivit, libertatem suam taxari certo pretio, ejus participandi gratia, atque in injuriam tertii, propter animi vilitatem fraudemque, numquam liber fuisse videatur. sic puto; potestque hæc mea interpretatio illustrari

se-

ſequentibus exemplis ſervitutis jure civili introductæ, apud Ciceronem *Pro Cæcina cap.* 34. *Jam populus cum eum vendidit, qui miles factus non eſt, non adimit ei libertatem: ſed judicat, non eſſe eum liberum, qui ut liber ſit, adire periculum noluit. cum autem incenſum vendit, hoc judicat; cum is qui in ſervitute juſta fuerit, cenſu liberetur, eum qui cum liber eſſet, cenſeri noluerit, ipſum ſibi libertatem abjudicaſſe.* Mutato tamen ſtatu militiæ, receſſum a capitis pœna eſt: quia plerumque voluntario milite numeri ſupplentur: auctore Menandro *l.* 4. §. 10. *D. de re militari.*

At non tantum jure civili fiunt ſervi; ſed etiam jure gentium. exemplum unum Marciano in his qui ab hoſtibus capiuntur *d. l.* 5. §. 1. *h. t.* ſunt autem hoſtes, ut Ulpianus definit, quibus bellum publice Populus Romanus decrevit, vel ipſi Populo Romano. cæteri, inquit, latrones aut prædones appellantur. & ideo qui a latronibus captus eſt; ſervus latronum non eſt, nec poſtliminium ei neceſſarium eſt. ab hoſtibus autem captus, puta a Germanis aut Parthis, & ſervus eſt hoſtium, & poſtliminio ſtatum priſtinum recuperat *l.* 24. *D. de captivis.* Quid, ſi quis captus ſit civili bello? aliud cenſet Ulpianus *l.* 21. § 1. *D. d. t.* qua ratione? quia civile bellum proprie non eſt bellum: ſed civilis diſſenſio. nam verum bellum inter hoſtes geritur hoſtili odio ad internecionem reipublicæ: contra in civili bello, etſi per id ſæpe noceatur reipublicæ, pars utraque vult, eam ſalvam eſſe: tantum diſſentiunt de modo ſervandi. non igitur ſunt hoſtes, ſed manent cives; nec locum habent jura captivitatum. Sic Ulpianus: etiam Cicero, *Pro Ligario cap.* 6. verba ejus. *Seceſſionem tu illam exiſtimaviſti, Cæſar, initio, non bellum, non hoſtile odium: ſed civile diſſidium, utriſque cupientibus rempublicam ſalvam; ſed partim conſiliis, partim ſtudiis a communi utilitate aberrantibus.* Idem *Catilin.* 3. *cap.* 10. *Civiles diſſenſiones erant hujuſmodi quæ non ad delendam, ſed commutandam rempublicam pertinerent.* Alterum exemplum eorum qui jure gentium fiunt ſervi, ait Marcianus *d. l.* 5. §. 1. *h. t.* eſſe in his qui ex ancillis noſtris naſcuntur. puto, quia quiſquis eſt ancillæ dominus, is eſt dominus partium ejus. igitur eſt dominus fœtus cum viſceribus ancillæ cohærentis: nam eſt pars ejus fœtus. ſic ante nativitatem. idem poſt eam: quia hac nihil incidit, cur deſineret eſſe domini cujus ante fuit.

Illud quale eſt, quod Marcianus *l.* 5. *h. t.* ſcribit, ſervorum unam eſſe conditionem: liberorum autem hominum quoſdam ingenuos eſſe, quoſdam libertinos. Mihi videtur velle, non referre, quemadmodum fiant ſervi, utrum naſcantur, an fiant: omnes enim quatenus ad rempublicam attinet, uno nomine ſervos appellari: cum in liberis hominibus non ſit idem. nam hos, ſi liberi naſcantur, ingenuos; ſi liberi fiant, libertos dici. Hoc egit Marcianus. alioquin oportet, & quod de ſervis dicitur, aliquo temperari modo. primum enim ſervos in magna familia differre officiis; alios eſſe lautiores, alios minus; omnes tamen ſervos, commode obſervat Cicero, *Paradox. Quod ſapient. liberi & ſtult. ſerv.* Imo nec ſic omnes ſunt unius modi. eſt enim alius abſolute ſervus, alius adſcriptitius, qui & agricola, & colonus, & cenſitus, appellatur. agricola quidem (ut hoc addam) dicitur, quatenus agrum colit, & in hunc finem glebæ eſt adſcriptus. colonus vero dicitur; cum aliquam domino quotannis dat fructuum portionem, exemplo coloni partiarii. quod ſi domino quotannis ſolvat certam pecuniæ penſionem, aut certam partem fructuum; cenſitus vocatur, etiam inquilinus. Hic igitur adſcriptitius eſt quodammodo mixtus ex libero & ſervo. nam quatenus cum gleba cui adſcriptus eſt, comparatur, in ſervorum numero habetur *l.* 21. *C. de agricolis & cenſitis lib.* XI. *tit.* 47. & *l.* 2. *C. In quibus cauſ. col. cenſ. dom. accuſ. poſſ. lib.* XI. *tit.* 49. alias a ſervis diſtinguitur *l. ult. C. de transact.* atque hinc, ſi conſentiat dominus, non arcetur a munere Clericorum *l.* 16. *C. de Epiſcop. & Cleric.* quamquam aliud in ſervis obſervatur *l.* 37. §. 1. *C. eod. tit.* Eadem ratione non adimitur eis, propter ſuam ſuorumve injuriam, accuſandi licentia *d. l.* 2. *C. In quib. cauſ. col. cenſiti:* etſi aliud ſit in ſervis aliis *l. pen. C. de his qui accuſar.* non eſt igitur omnino ſervus, nec omnino liber, ſed inter utrumque medius. Dixi pauca. plura dedit, & magna diligentia, V. CL. Jacobus Gothofredus, *Paratitl. ad Tit.* 9 *Cod. Theod. De fugitiv. colon. & ſerv. lib.* 5. *tom.* 1. *p.* 450 *& ſeqq.*

A ſervis tranſeo ad liberos. hi Marciano *d. l.* 5. aut ingenui ſunt aut libertini. ingenuus dicitur ab ingenio: quod naturam denotat apud Nonium. inde ingenuus qui nullo premitur ſervitutis vinculo; nativa fruens libertate. Hoc modo ingenuus Horatio *lib.* 1. *Sermon. ſat.* 6. eſt, libero patre natus. pariterque apud Livium *lib.* 10. *c.* 8. Decius Mus *patricios*, inquit, *primo eſſe factos, non de cœlo demiſſos, ſed qui patrem ciere poſſent: id eſt, nihil ultra quam ingenuos.* In quibuſdam quidem editionibus eſt, *patrem avumque:* ſed in veteribus libris non reperiri hoc, *avumque*, jam obſervavit V. CL. Johannes Fredericus Gronovius: eoque inducendum videri etiam ſibi, familiariter mihi nuper ſignificavit amicus meus, Johannes Barbeyracus, Vir Eximius. Poſtea mutatus eſt uſus nominis: eoque recte Juſtinianus, *pr. Inſt. De ingenuis*, Ingenuus, infit, eſt qui ſtatim ut natus eſt, liber eſt; ſive ex duobus ingenuis matrimonio editus eſt; ſive ex libertinis duobus, ſive ex altero libertino & altero ingenuo. ſed & ſi quis ex matre naſcitur libera, patre vero ſervo, ingenuus nihilominus naſcitur: quemadmodum qui ex matre libera & incerto patre natus eſt, quoniam vulgo conceptus eſt. ſufficit autem, liberam fuiſſe matrem eo tempore quo naſcitur, licet ancilla conceperit. & e contrario ſi libera conceperit, deinde ancilla facta pariat; placuit, eum qui naſcitur, liberum naſci: quia non debuit calamitas matris nocere ei qui in ventre eſt. Ex his illud quæſitum eſt, ſi ancilla prægnans manumiſſa ſit, deinde ancilla poſtea pepererit, liberum, an ſervum pariat? & Marcianus probat, liberum naſci: ſufficit enim ei qui in utero eſt, liberam matrem vel medio tempore habuiſſe: [ut liber naſcatur]. quod & verum eſt. Sic Juſtinianus. locus autem Marciani quem allegat, eſt in *l.* 5. §. 3. *h. t.* atque imperfectus: ſed jam reſtitutus a Rævardo *lib.* 5. *Varior. c.* 13. Præter hunc qui ingenuus naſcitur, ſunt alii qui ingenui fiunt jure civili. hoc modo Ulpianus *l.* 25. *h. t.* ait, Ingenuum accipere debemus etiam eum de quo ſententia lata eſt, quamvis fuerit libertinus. & addit pro ratione: quia res judicata pro veritate habetur. maxime autem id obtinet; ſi, juſto contradictore, ingenuus pronunciatus eſt. alioquin perinde inefficax eſt decretum, atque ſi nulla judicata res interveniſſet *l.* 3. *D. colluſ. deteg.* ea ratione ſi libertus alterius, alio agente, ingenuus pronuntiatus eſſe dicetur, ſine ulla exceptione temporis, patronus ejus cognitionem ſolet exercere *l.* 1. *D. Si ingen. eſſ. dicet.* amplius cum eſt juſtus contradictor; adhuc oportet hoc judicium ſine colluſione eſſe actum. & eſt unicuique qui velit, jus ad eam detegendam venire intra quinquennium: hoc effectu; ut, ſi ſervus fuerit qui in-

ingenuus pronunciatus sit, fiat servus ejus a quo detectus est: sin fuerit libertus; fiat ejus libertus *l.* 1. *l.* 4. *&* *l.* 5. *D. de collus. deteg.* Est & alius modus accipiendæ jure civili ingenuitatis, impetrato a Principe jure aureorum annulorum, aut impetrata restitutione natalium. sed de his infra *lib.* 40. proprio *tit.* 10. *&* XI.

Libertini sunt, ut Gajus definit, qui ex justa servitute manumissi sunt *l.* 6. *h. t.* Cum dicit justam servitutem, intelligit legitimam: quomodo justa libertas §. 3. *Inst. de libert.* est legitima: & testamentum est, voluntatis nostræ justa sententia *l.* 1. *D. Qui testam. fac. poss.* idcirco autem Gajus addit, ex justa servitute: quia si quis ingenuus natus in servitute fuit; non officit ei, in servitute fuisse, & postea manumissum esse §. 1. *Inst. De ingenuis.* aliud est enim in servitute esse; aliud servum esse: sicut aliud est, in libertate esse; aliud liberum esse. ut autem libertus quis sit; non sufficit, in servitute fuisse; sed servum fuisse oportet, id est, de justa servitute manumissum. Manumissio porro est de manu & potestate demissio. nam quamdiu quis in servitute est, manui ac potestati suppositus est; & manumissus liberatur a potestate *pr. Inst. de libertin.* ait autem Justinianus §. 1. *d. t.* quod multis modis manumissio procedit: & præfatur, quod aut fit ex sacris Constitutionibus in sacrosanctis ecclesiis, aut vindicta, aut inter amicos, aut per epistolam, aut testamentum, aut per aliam quamlibet ultimam voluntatem. sed & aliis multis modis, inquit, libertas competere potest, qui tam ex veteribus, quam ex nostris Constitutionibus introducti sunt. nec male. Interim redeunt omnes ad duos summos. est enim alia manumissio justa, id est, solemnis, sive civilis; alia naturalis, sive injusta. justa fiebat tribus modis: censu, sed lustrali, item vindicta, & testamento. testis Cicero *Topicis*, & Ulpianus *Fragm. tit.* 1. Constantinus addidit quartum: qui est manumissio in sacrosanctis ecclesiis *l.* 1. *&* 2. *C. de his qui in eccles. man.* injusta sive naturalis manumissio solo jure gentium fit qualicumque domini voluntate, sine solemnitate juris civilis: verbi gratia, inter amicos, aut per epistolam. Utrumque modum, & utriusque discrimen, inter alios observat Tacitus *lib.* 13. *Annal. c.* 27. & ibi in Notis Justus Lipsius: sed plenius Fragmentum Veteris Jurisconsulti a P. Pithœo positum post Notas ejus ad Collationem legum Mosaicarum & Romanarum. Summa est: quod justa manumissione, vindicta, verbi gratia, manumissus servus, accipiebat libertatem justam; & fiebat civis Romanus, sicut erat manumissor; eoque non poterat ejus pœnitentia deinde revocari in servitutem. quod si domini voluntate, sine forma juris civilis, esset manumissus jure gentium, ut inter amicos, neque civis Romanus, neque liber fiebat: nisi esset novo beneficio, per vindictam, verbi gratia, rursus manumissus. interim non dicebatur liber, sed domini voluntate in libertate morari; poteratque a domino, quem pœniteret datæ libertatis, in servitutem revocari jure civili. quod cum iniquum esset, interveniebat Prætor Edicto: vetans, manumissum servire; id est, a domino, prætextu juris civilis, retrahi in servitutem: etsi non impediret, eum manumissori omnia, tamquam servum, adquirere. Hoc obtinuit usque ad Principatum Tiberii: sub quo lata Lex Junia Norbana M. Junio Silano & L. Norbano Coss. talem manumissum vocavit Latinum Junianum ad similitudinem antiquæ Latinitatis quæ in colonias missa est *l. unic. C. de Lat. lib. toll.* deditque ei, dum vivit, propriam, id est, perpetuam, libertatem: quamquam, ut moriens haberet exitum servi: domino ejus bona jure peculii occupante: teste Justiniano §. *ult. Inst. De success. libert.* Sic habemus duas libertorum species, Cives Romanos & Latinos Junianos. imo tres: nam in §. *ult. Inst. de libertinis* Lex Ælia Sentia, auctore Augusto, (nam huic eam imputat Suetonius *Augusto. c.* 40.) etiam fecit Dedititios: de quibus ita Ulpianus, *Fragm. tit.* 1. §. 11. *Dedititiorum numero sunt qui pœnæ causa vincti sunt a domino: quibus vestigia scripta fuerunt: qui propter noxam torti, nocentesque inventi sunt: quive traditi sunt, ut ferro aut cum bestiis depugnarent: vel in custodiam conjecti fuerunt: deinde quoquo modo manumissi sunt: idque Lex Ælia Sentia facit.* Sic Ulpianus: & ante Gajus *lib.* 1. *Inst. tit.* 1. Erat vero (ut Justinianus ait *d.* §. *ult. Inst. de libertin.*) Dedititiorum pessima conditio. nam cum justo modo manumissi servi, utique a civibus Romanis quorum erant ex jure Quiritium, haberent justam libertatem, & essent Cives; modo manumissi vindicta non essent minores triginta annorum, aut alioquin apud Consilium causa manumissionis esset probata, ut ex Lege Ælia Sentia observat Ulpianus *d. tit.* 1. §. 12. Latini autem Juniani non haberent quidem jus civitatis, sed minorem libertatem, & insuper spem fore, ut civitatem certis acciperent modis, enumeratis ab Ulpiano *tit.* 3: contra Dedititii (quod docet Gajus *lib.* 1. *Instit. tit.* 1., & ante Suetonius *d. c.* 40.) ad civitatem numquam poterant adspirare. at hæc mutat Justinianus *d.* §. 3: volens, esse unam & simplicem libertatem, sicut ab initio fuit: sublata omni libertorum differentia duabus Constitutionibus: quæ sunt in *l. unic. C. de deditit. libert. toll. &* *l. unic. C. de Latin. libert. toll.*

Porro liberi homines alii sunt cives, alii peregrini. hi habent quæ juris gentium sunt; quæ juris civilis sunt, non habent *l.* 17. §. 1. *D. de pœnis. l.* 15. *D. de interd. & releg.* illi & jure gentium & jure civili fruuntur. de quibus erudite Carolus Sigonius, *De antiq. jur. civ.* Cæterum Ulpianus *l.* 17. *h. t.* *In orbe*, inquit, *Romano qui sunt, ex Constitutione Imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt.* Quis autem sit ille Antoninus, dubitatur. Justinianus *Novell.* 78. *c. ult.* putat, esse Antoninum Pium. sed mihi videtur Justinianus in re facti esse quid humani passus. id ei accidit etiam alibi; & jam *lib.* 1. *De usufructu c.* 21. a me notatum ex Fragmentis Dionis, editis a Valesio, auctorem hujus Constitutionis fuisse Antoninum Caracallam. Possint plura adferri ad usum ejus Constitutionis pertinentia: nisi ea pridem tractasset Ezechiel Spanhemius, Vir Amplissimus, eximio Opere quod inscripsit *Orbem Romanum*, & nuper carissimus meus Collega, ac cognatus, Antonius Schultingius, V. Cl. ad Pandectas *h. t.*

Titulus VI.

De his qui sui vel alieni juris sunt.

De jure personarum alia divisio sequitur. nam (ut Gajus ait *l.* 1. *h. t.*) quædam personæ sui juris sunt, quædam alieno juri subjectæ sunt. suadet autem Gajus, videri de his quæ sint alieno juri subjectæ: præfatus, si cognoverimus, quæ istæ personæ sint, simul intelligi, quæ sui juris sint. Gajum igitur sequentes ducem, dispiciamus de his quæ in aliena potestate sunt. sic infit §. 1.

d. l. 1. *In potestate sunt servi dominorum. quæ quidem potestas juris gentium est: nam apud omnes peræque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitæ necisque potestatem fuisse: & quodcunque per servum adquiritur, id domino adquiritur.* Cum ait, domini potestatem esse juris gentium; significat, esse relictam in simplicitate juris gentium: non accepisse a jure civili formam novam: ideoque tam peregrinis competere, quam civibus Romanis, sicut cætera quæ juris gentium *l.* 17. §. 1. *D. de pœnis & l.* 15. *D. de interd. & releg.* Effecta hujus potestatis esse duo ait *d. loco* Gajus: unum, quod domino adquiritur quodcumque adquiritur per servum. adquiritur autem & invito & ignoranti, quod ipse servus qui in alterius potestate est, nihil suum habere potest §. 3. *Inst. Per qu. pers. cuiq. adq.* usque adeo, ut ne momento quidem subsistat in persona ejus *l.* 79. *D. de adq. her.* hac ratione non dicimus servi bona, sed peculium; idque uniusmodi, profectum quippe ex re & substantia domini: cujus proinde dominium est; cum servi administratio sit, domino volente. Alter dominicæ potestatis effectus est jus vitæ & necis. ita dominus, si occidat servum suum, non est reus legis Corneliæ de sicariis: usus jure suo adversus eum qui pro nullo habetur *l.* 32. *D. de reg. jur.* magis bestiis, quam hominibus, assimilatus *l.* 2. §. 2. *D. Ad leg. Aquil.* clare Juvenalis, *Sat.* 6. *vers.* 218.

Pone crucem servo. meruit quo crimine servus
Supplicium? quis testis adest, quis detulit? audi.
Nulla umquam de morte hominis cunctatio longa est.
O demens! ita servus homo est?

Sic jure civili: non æque ratione naturali. hac omnes homines æquales sunt *d. l.* 32. inde de servis Florus *lib.* 3. *c.* 20. *Etsi per fortunam in omnia obnoxii, tamen quasi secundum genus hominum sunt.* Et pulchre Cato, *De moribus lib.* 4. *Distich.* 44.

Cum famulos fueris proprios mercatus in usus,
Ut servos dicas, homines tamen esse memento.

Tandem æquitati naturali etiam civilis accessit auctoritas. Gajum audi *d. l.* 1. §. 2. *h. t. Sed hoc tempore nullis hominibus, qui sub imperio Romano sunt, licet supra modum, & sine causa legibus cognita in servos suos sævire. nam ex Constitutione Divi Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniri jubetur, quam qui alienum servum occiderit. sed & major asperitas dominorum ejusdem Principis Constitutione coërcetur.* Sic Gajus, sed prudenter accipiendus. nam hic evenit, quod sæpius; ut in usum revocans, aut confirmans, amplians ve, ab aliis inventum, ejus auctor dicatur. Utique ante D. Pium (nam is Gajo D. Antoninus dicitur) Seneca *lib.* 3. *De benefic. c.* 22, *De injuriis*, inquit, *dominorum in servos qui audiat, positus est: qui sævitiam & libidinem, & in præbendis ad victum necessariis avaritiam compescat.* Lipsius ab Augusto id factum putat, & indicari Præfectum Urbi: forte causam præbente crudelitate Vedii Pollionis cujus idem meminit Seneca *lib.* 1. *De clement. c.* 18, *& lib.* 3. *De ira c.* 40. Successit deinde Lex Petronia, & Senatusconsultum ad eam factum: prohibens sub certa pœna; ne domini servos sine Judice dent ad bestias: ut docet Modestinus *l.* 11. §. 1. *&* 2. *D. Ad leg. Corn. de sicar.* quamquam pœnam, si contra fiat, non exprimit. Postea Hadrianus (apud Spartianum, *in ejus vita c.* 18.) *Servos a dominis occidi vetuit, eosque jussit damnari per judices, si digni essent. Lenoni & lanistæ vendi vetuit, causa non præstita.* Sed, ut dixi, hæc confirmavit & ampliavit D. Pius: nominatim cavens, ut in *d. l.* 1. §. 1. ait Gajus; ut qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniatur, quam qui alienum servum occiderit. is vero punitur lege Cornelia de sicariis: quæ persequitur eum qui hominem occiderit, non facta hominis distinctione *l.* 1. §. 2. *D. Ad leg. Corn. de sicar.* tenetur igitur hac lege etiam dominus, servum suum occidens. utique, si occiderit sine causa. quid, si ex causa occiderit? pone, deprehensum in facinore, verbi gratia, in adulterio. merentem occidit, ideoque impune. Sic Marcellus *l.* 96. *D. de verb. oblig.* & Ulpianus *l.* 53. § 3. *D. de legat. lib.* 1. quod si cum non deprehenderit in adulterio, sed habeat ejus suspectum: ait Ulpianus *l.* 1. §. 5. *D. de offic. Præf. Urbi*, apud Præfectum Urbi esse audiendum. Gajus in *Fragm. Instit. lib.* 1. *tit.* 3. *Si*, inquit, *servus dignum morte crimen admiserit, iis judicibus quibus publici officii potestas commissa est, tradendus est, ut pro suo crimine puniatur.* Id vero D. Marco deberi, Ulpianus *lib.* 3. De adulteriis refert *l.* 5. *D. de accusat.* Non omnia dixi. nam (si audimus Gajum *d. l.* 1. §. 2. *h. t.*) non substitit intra cædem D. Pius: & major asperitas dominorum ejusdem Principis Constitutione coërcetur. extat ea *l.* 2. *h. t.* sed quia longior, non apponam. Relicta igitur dominis a D. Pio est modica servorum castigatio. ut tamen, si pro modo culpæ cæsi, casu moriantur, domino impune sit, teste *in Fragm.* Gajo *d. lib.* 1. *tit.* 5. & Paulo *tit.* 3. *Collat. leg. Mos. & Rom.* quibus novissime accedit Constantinus *l. unic. C. de emend. serv.* Ne hoc quidem præterire me oportet; quod si servus ob intolerabilem domini sævitiam, fugerit ad statuam Principis, ubi jus azyli fuisse ad eas fugientibus, constat; D. Pius Rescripto ad relationem Ælii Marciani, Proconsulis Bæticæ, jussit, servum vendi bonis conditionibus, ita ne umquam in ejus potestate revertatur. non poterat sic jus dici ab Ælio Marciano sine mandato Principis. ex eo id fieri poterat extra ordinem. sed hoc Theophilus observavit; nec minus, voluisse D. Pium, servum ita vendi, ut dominus pretium habeat, & servus bonis conditionibus vendatur: quo utrique ex æquo & bono, nulla alterius injuria, prospiciatur. Bonas porro conditiones Theophilus interpretatur, non graves: & graves contra; quibus conveniatur, ut servus compeditus serviat; ne manumittatur; utve sit in regione gravis & immitis cœli.

Mitto dominicam potestatem. Venio ad patriam. in qua (ut Gajus ait *l.* 3. *h. t.*) sunt liberi nostri quos ex justis nuptiis procreaverimus. addit Gajus, quod hoc jus proprium civium Romanorum est. Est igitur patria potestas ex his quæ juris civilis appellantur. ut enim originem habeat a jure gentium, novam formam accepit a jure civili. Hoc sensu Justinianus §. 2. *Inst. de patr. pot. Jus potestatis*, inquit, *quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum. nulli enim alii sunt homines qui talem in liberos habent potestatem, qualem nos habemus.* Illud quale est, quod Ulpianus *l.* 8. *h. t.* jus patriæ potestatis imputat moribus. nam Dionysius *lib.* 2. *Rom. antiq. pag.* 96. refert, eam deberi legi Romuli. ab eaque sententia etiam stat Papinianus *Collat. leg. Mosaic. & Rom. tit.* IV: dicens, vitæ & necis potestatem patri esse concessam *Lege Regia.* Sed quid novum, Leges appellari mores; & moribus censeri profectum a Lege Duodecim Tabularum aut alia? demonstravi hoc *lib.* I. *Probabil. c.* XI. Nunc potestatem ipsam considerabo. Fuit ea summa: atque inde patria majestas apud Valerium Maximum *lib.* 7. *c.* 7. §. 5. verissime dicitur: ait enim Dionysius, Romulum patri in filium dedisse jus non modo coërcendi verberandique, & in rusticis operibus habendi filium; sed etiam occidendi. fitque hujus juris mentio *l.* 11. *D. de liber. & posth. l. ult. C. de patr. pot.* &

& eſt hæc cauſa, cur in lege Pompeja de parricidiis fiat mentio matris filium occidentis, non patris *l.* 1. *D. de leg. Pompej de parricid.* Præterea ait Dionyſius, patrem habuiſſe jus filium vendendi ter, antequam fieret ab eo liber. Ego addam, quod pater potuit etiam filium noxæ dedere ob delictum: & ſunt exempla *l.* 33. *&* 34. *D. de nox. act.* Non minus potuit pater filium exheredare vel immerentem: ſinente latitudine verborum Legis Duodecim Tabularum, *Uti legaſſit, ita jus eſto:* nec mirum; quippe cum pater filium etiam poſſet occidere *d. l.* 11. *D. de liber. & poſth.* quod ſi eum heredem inſtitueret, aut relinqueret ex lege: erat patri heres ſuus & neceſſarius §. 2. *Inſt. de hered. qual. & differ.* niſi pater eum inſtitueret ſub conditione, Si volet *l.* 12. *D. de cond. inſtit.* Inſuper debetur patriæ poteſtati; quod filiusfamilias nihil adquirebat ſibi; ſed omnia adquirebat patri. ita non habebat bona, ſed peculium, idque ſolum profectitium: cujus proprietas erat patris, adminiſtratio filii: patre permittente. Erat igitur tanta patris in filium poteſtas, quanta erat domini in ſervum. imo major: nam cum ſervus ſemel venditus aut manumiſſus, a domino eſſet liber: filius, niſi ter venditus, terque manumiſſus, non erat a patre liber. Non minus notandum eſſe, putavit Dionyſius, hanc poteſtatem patri competiiſſe non ad tempus certum, ſed in perpetuum, ac ſine diſcrimine, utrum privatus eſſet filius, an in dignitate etiam ſumma conſtitutus. illud confirmatur *l.* 8. *h. t.* hoc *l.* 1. §. 3. *D. de Senatusc. Macedon.* Unam tamen exceptionem ad Romuli legem adfert Dionyſius, ex inſtituto Numæ Pompilii; Ne pater habeat jus vendendi filium, qui ejus conſenſu uxorem duxerit. Vidimus patriam poteſtatem, & immanem. quæris, qua ratione placuerit tanta? triplex eſt. prima: quod pater ad tollendos liberos invitandus eſſe privilegio tantæ poteſtatis credebatur: educatione incertam aditurus aleam. altera cauſa erat, quod filius putabatur egere Magiſtratu quodam domeſtico. tertia cauſa erat, quod ea poteſtas nihil periculi habere videretur: procuratura pietate naturali, ne durior eſſet pater; magis factura, ut foret lenior. indicat has Seneca *lib.* 3. *De benefic. c.* XI. Putemus igitur, patri datam eſſe poteſtatem tantam: non ut perderet filium pater; ſed ut ſervaret. cæterum comperto experimentis, patris judicium ſæpe corrumpi novercalibus delinimentis, & inſtigationibus malorum hominum; fuit rationis, infinitam illam poteſtatem juſto temperari modo. factumque id, non una lege, neque uno tempore, ſed paulatim, ut ſolet, moribus. Initium ſumam a jure vitæ & necis. id in totum ſublatum. ideoque hodie parricidii reus eſt pater, filium ſuum dolo malo occidens, ex Conſtitutione Conſtantini *l. unic. C. de his qui parent. vel liber.* ante hanc Conſtitutionem, quidquid dicatur, non ita fuit: nulla certe mihi ſuccurrit lex qua jus vitæ & necis patri erga ſuum filium palam prohibeatur, poſita aut parricidii aut etiam homicidii pœna; ſi contra faceret. utique mihi perſuadeo, adhuc obtinuiſſe tempore Papiniani, ipſo præſertim præeunte ſequentibus verbis ex *Tit.* IV. *Collat. leg. Moſaic. & Rom.* §. 8. *Cum patri Lex Regia dederit in filiam vitæ necisque poteſtatem, quod bonum fuit lege comprehendi, ut poteſtas fieret etiam filiam occidendi, vellem mihi reſcribere. Reſpondit. Numquid ex contrario præſtat nobis argumentum hæc adjectio: ut non videatur Lex non habenti dediſſe, ut videatur majore æquitate ductus adulterum occidiſſe, cum nec filiæ pepercerit.* Obſcura verba ſunt: ſed ſenſus talis, Legem Juliam de adulteriis non tam patri in filiam dediſſe jus necis, quam patri impoſuiſſe neceſſitatem filiam occidendi, ſi velit occidere adulterum cum ea deprehenſum. & recte animadvertit V. Cl. P. Pithœus, expendentibus Legis Juliæ verba, eam hoc agere maxime, ut pater poſſit adulterum impune occidere: ſed adjicere pro temperamento nimii caloris, modo filiam occidat in continenti. itaque ait, Legem non tam dare patri jus occidendi filiam cum adultero, quam magis jus occidendi adulterum cum filia *l.* 20. *D. Ad leg. Jul. de adult.* quaſi filia ipſa (ſic loquitur) ſit magis in conditione, quam in diſpoſitione. At enim turbat hoc Marciani *l.* 5. *D. de lege Pompeja de parricidiis. Divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium ſuum quidam necaverat qui novercam adulterabat, in inſulam eum deportaſſe: quod latronis magis, quam patris jure eum interfecit. nam patria poteſtas in pietate debet, non in atrocitate conſiſtere.* Sed non puto, turbare. non enim adducitur a Marciano generalis Hadriani Conſtitutio de pœna patris, filium occidentis: ſed perſonale decretum ejus Imperatoris, patri homicidii pœnam jure ſingulari irrogantis: ideoque (quod monet commode Ulpianus *l.* 1. §. 2. *D. de Conſtit. Princip*) non trahendum ad exemplum. intererit, hoc demonſtraſſe: quia non eſt vulgatæ eruditionis. Primum igitur notandum: quod in propoſito pater filium non occidit domi, cauſa cognita: (ut ſolere patres pios, adhibitis in conſilium propinquis & amicis, de capite filiorum cognoſcere, egregiis exemplis accepi a Valerio Maximo *lib.* 5. *c.* 8. *&* 9, item a Seneca *lib.* 1. *De clementia c.* 15, & Quintiliano *Declam.* 3. *cap.* 17.) ſed filium occidit in venatione per inſidias, quæſita ſolitudine in ſilvis, ut ſolent latrones. deinde noto: quod non Magiſtratus patrem condemnavit ob hanc filii cædem: ſed Princeps. nempe, non poterat Magiſtratus patrem qui filium occiderat, condemnare aut lege Cornelia, aut lege Pompeja: quibus ob cædem filii, quantumvis atrocem, non tenebatur, ſuo uſus jure. at quod non poterat Magiſtratus, alligatus legibus, potuit facere Princeps, legibus ſolutus: ſuadente ratione, ut ut deficeret lex ſcripta *l.* 1. *C. de legibus.* putavit vero is Princeps, patrem qui filium occidit in ſilva per inſidias, quæſita venatione, latronis magis, quam patris, jure eum interfeciſſe. ſic loquitur Marcianus: & quod ipſe vocat *jus latronis*, Ulpiano, *l.* 3. §. 7. *D. de ſepulchro violato*, eſt, *mos latronis.* ſic mihi videtur; & hoc, *jure*, apud Marcianum, non ſonare recte factum: ſed valere convenienter vitæ latronis, ſeu ſine quem ſibi propoſuit latro. confirmat me in hac ſententia hoc Perſii *Sat.* 3. *verſ.* 48.

Jure etenim id ſummum, quid dexter ſenio ferret,
Scire erat in votis.

Sic certe *jure* interpretatur ibi Caſaubonus in *Notis p.* 119, quas videri ſuadeam: quia ſunt eruditæ. Interim liceat mihi eodem modo accipere apud Lucanum *lib.* 1. *verſ.* 2. hoc,

- - - *Jusque datum ſceleri canimus.*

Sed redeo ad Marcianum. ait, Principem credidiſſe, patrem qui filium occidit in venatione per inſidias, non egiſſe pro patre; ſed more & ſine latronis: oportere autem patriam poteſtatem non atrocitate, id eſt, ſcelere & crudelitate, ſed pietate æſtimari. Valerius Maximus *d. c.* 9. *lib.* 5. de L. Gellio (qui graviſſima crimina de filio, cum noverca admiſſum ſtuprum, & parricidium cogitatum, propemodum explorata habens, non, ut ille pater, ad vindictam procurrit ſolus, ſed pene univerſo Senatu adhibito in conſilium, expoſitis ſuſpicionibus, defendendi ſe adoleſcenti poteſtatem dedit, inſpectaque diligentiſſime cauſa, ab-

absolvit eum de consilii, tum etiam sententia sua) sic tandem effatur: *Si iræ impetu abstractus sævire festinasset; admisisset magis scelus, quam vindicasset.* Quod fuit judicium Valerii, id fuit Hadriani. judicavit enim, adhuc tum patri competiisse vitæ & necis potestatem in filium: sed eam in proposito non esse exercitam: magis admissum esse latrocinium, vel patri lege Naturæ interdictum, etsi hactenus impunitum jure civili, ideoque ille, quod non licebat Magistratui per leges, eum extra ordinem jure summi imperii, legibus soluti, punivit deportatione: quam esse pœnam latronum honestiorum indicavi *lib.* 4. *Probabilium c.* 7, & *Diocletiano ac Maximiano c.* 1. Quod si est: audeamus, pro certo ponere, patri jus vitæ & necis in filium hoc singulari & extraordinario decreto ab Hadriano non fuisse ademptum; ideoque post eum Principem superfuisse adhuc tempore Papiniani: ut paulo ante ostendi. Verius conjecero, id primum fuisse inflexum Rescripto Imperatoris Alexandri ad Artemidorum: (sive sit nequam ille advocatus, a Præfecto Ægypi perpetuo agere causas prohibitus, ad quem rescriptum ab Antonino est *l.* 1. *C. de postulando*, sive alius) verba Alexandri *l.* 3. *C. de patria potestate* hæc sunt. *Si filius tuus in potestate tua est, res adquisitas tibi alienare non potuit. Quem si pietatem patri debitam non adgnoscit, castigare jure patriæ potestatis non prohiberis: acriore remedio usurus, si in pari contumacia perseveraverit; eumque Præsidi provinciæ oblaturus, dicturo sententiam, quam tu quoque dici volueris.* Quid hic Alexander? Artemidoro quidem relinquit castigationem filii, negligentis patri debitam pietatem: sed si acriore opus sit remedio: jubet, filium a patre offerri Præsidi, dicturo sententiam quam pater dici voluerit. Vetat igitur Alexander, a patre inauditum occidi filium. adversus auditum jubet a Judice pronuntiari sententiam sive mortis sive aliam quam ipse pater dici voluerit. Est vero hoc jus novum, atque eo notabilius: quia non est ex generali Constitutione; sed ex Rescripto ad Libellum Artemidori, hominis privati. Nihilominus, ut est plenum humanitatis, mox usu arreptum ab Ulpiano & Paulo. Siccine? opinor, & huc respicere hoc Ulpiani *l.* 2. *D. Ad leg. Cornel. de sicar. Inauditum filium pater occidere non potest, sed accusare eum apud Præfectum Præsidemve provinciæ debet.* Hanc conjecturam meam juvat Inscriptio, Ulpianus *lib.* 1. *De adulteriis.* nam post mortem Severi & Antonini de adulteriis scripsisse Ulpianum: etsi alia sub Severo & Antonino scripsisse non ignoro, fidem mihi facit *l.* 13. §. 3. *D. Ad leg. Juliam de adulteriis*, quæ est ex *lib.* 2. *De adulteriis*, ac Severum & Antoninum citat, sed Divos; id est, mortuos: eoque facit mihi probabile, in *d. l.* 2. cogitasse de hoc Alexandri Rescripto Ulpianum: præsertim ipsa re & tenore loci huc exeunte. Ulpiano junxi Paulum: quia ab eo allegari Alexandrum, liquet *l.* 87. §. 3. & 4. *D. de legatis lib.* 2, & *l.* 25. *D. de appellat.* neque a me impetro; ne credam, sic ad liquidum admoveri hæc ejus verba quæ sunt in *l.* 11. *D. de lib. & posth. Nec obstat, quod licet eos exheredare, quod & occidere licebat.* Nam occidere licebat ante Alexandri Rescriptum: post non licebat. Primus igitur vetuit Alexander, filium a patre occidi inauditum. nec tamen, si contra factum sit: certam posuit pœnam qua vellet patrem coërceri. quæ enim apparet in Rescripto? nulla. igitur eo constitutam patri ab Alexandro pœnam esse; non existimo. contra mihi persuadeo, in eo esse exemplum legis imperfectæ: solitæ quidem prohibere, sed non punire: cujusmodi leges multas olim fuisse, monui sub Titulo De legibus.

Filii autem cædem a patre admissam, primum esse punitam a Constantino *l. unic. C. de his qui parentes vel liberos*, mihi verius videtur. Exposui meo more loca difficillima. Transeo a jure occidendi liberos ad jus vendendi. nam & hoc patri esse ademptum, indicat *l.* 1. *C. de patr. qui lib. suos distrab.* una exceptio, nisi quis propter nimiam paupertatem egestatemque victus causa filium filiamve sanguinolentos vendiderit. sic enim temperavit Constantinus *l.* 2. *C. eod. tit.* quam curatius explicui, *Julio Paulo, sive de part. exposit. & nec. c.* v. Similiter ablatam patri esse noxæ deditionem filiorum & filiarum, testatur Justinianus §. *ult. Inst. de noxal. act.* Quod ad exheredationem attinet; esse & illam coarctatam querela inofficiosi testamenti, opportunius liquebit *lib.* v. *sub Tit. De inoffic. test.* Non magis placuit; filium patri in cujus potestate sit, esse heredem necessarium, concesso ei a Prætore jure abstinendi se ab hereditate: ut dicetur *sub Tit. De adq. hered. lib.* XXIX. Postremo esse jam filiifamilias peculium non unum profectitium, ut olim; sed quadruplex, profectitium, adventitium, castrense, & quasi castrense, veniet dicendi locus *lib.* XV.

Vix scio, an addam: quod filiusfamilias domi quidem est in patris potestate: at in publicis causis pro patrefamilias habetur; veluti, si Magistratum gerat, vel tutor detur *l.* 9. *h. t.* Satis de vi patriæ potestatis.

Superest, ut differamus, quibus modis ea adquiratur. proponuntur autem duo a Modestino *l.* 1. *D. de adopt.* unus est natura, alter adoptio. Papinianus *l.* 23. *D. de lib. & posth.* naturam quæ æstimatur justis nuptiis, dicit veritatem; adoptionem quæ constat fictione juris, vocat imaginem naturæ. Nec alio sensu naturales liberi adoptivis opponuntur, cum apud Suetonium *Tiberio c.* 52, tum apud Ulpianum *l.* 1. §. 2. & *ult. D. de suis & legitim.* & *in Fragm. tit.* 8. Huic observationi accedit alia: quod *d. l.* 1. *D. de adopt.* est ex Modestini *lib.* 2. *Regularum.* sic enim intelligitur: quod natura & adoptio sunt modi duo Juris Regulis definiti: quamquam patria potestas alioquin adquiritur etiam beneficio Principis: & est exemplum apud Plinium *lib.* 10. *Epist.* 6. sed hic modus ad Regulas Juris quibus de agit Modestinus, non pertinet, ideoque ab eo in *d. l.* 1. non adfertur. Quod dixi, obtinuit usque ad Constantinum. cæterum inventa ab eo & deinceps Imperatoribus legitimatione, deinde in Institutionibus a Justiniano non duo, sed tres, enumerantur modi adquirendæ patriæ potestatis: justæ nuptiæ, legitimatio, & adoptio. Primum modum attingit Gajus *l.* 3. *h. t.* sic scribens: *Item in potestate nostra sunt liberi nostri quos ex justis nuptiis procreaverimus.* Plenius Ulpianus *l.* 4. *Qui*, inquit, *ex me & uxore mea nascitur, in mea potestate est. item qui ex filio meo & uxore ejus nascitur, id est, nepos meus & neptis, æque in mea sunt potestate, & pronepos & proneptis, & deinceps cæteri.* Ita quærentibus, quis in patris potestate sit, quem filiumfamilias appellari, in *d. l.* 4. ait Ulpianus, fere videndum est, quis sit filius. definit autem *l.* 6. filium, qui ex viro & uxore ejus nascitur: id est, qui ex ejus uxore nascitur, durante matrimonio: tum enim est uxor. Hoc sensu Paulus *l.* 5. *D. de in jus vocand.* ait, Patrem esse quem nuptiæ demonstrant. addit, matrem semper esse certam, etiamsi vulgo conceperit: optima distinctione. nam potest mater demonstrari testibus qui adfuerint partui. at pater ex nuptiis præsumitur: quia id honestius est: & res aliter vix extricari potest: hominibus extraneis testimonii gratia generationi numquam præsentibus. ubi vero natura negat proba-

bationem certam & necessariam: rationis est, admitti eam quæ haberi potest. talis est hæc præsumptio: non est ea veritas; sed pro veritate habetur, donec contrarium liqueat alicunde. quo casu non est amplius præsumptione opus. finge, maritum abfuisse, verbi gratia, per decennium: reversum anniculum invenisse in domo sua. placet Ulpiano *d. l.* 6. sententia Juliani: dicentis, hunc non esse mariti filium: clara veritate, filium ab absente non fuisse generatum per epistolam. quid, si cum uxore sua assidue moratus, nolit filium adgnoscere quasi non suum? negat Julianus, ferendum: valente contra præsumptione, de qua dixi. Tamen si constet, maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse, infirmitate interveniente vel alia causa; vel si ea valetudine fuit paterfamilias, ut generare non possit: adhuc ait Ulpianus *d. l.* 6, non esse filium qui in domo natus est, licet vicinis scientibus: id est, licet matrimonio contracto, adhibitis vicinis testibus. huc enim exit ea locutio *l.* 9. *C. de nuptiis.* Intellecto, quomodo probetur pater & filius: jam non est necesse probari, filium, ut filiusfamilias dicatur, in patris potestate esse. hoc enim præsumitur, cum filii more & jure civitatis semper sint in patris potestate: nisi dicant, se aliquo modo de ea demissos esse. id vero facti est; & idcirco ab illis demonstrandum *l.* 8. *D. de probation.* Sunt igitur liberi ex viro & ejus uxore quæsiti, in patris potestate. modo sint nati septimo mense post contractas nuptias: sic enim jam receptum esse, propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis, docet Paulus *l.* 12. *D. de statu hominum.* nec tamen completum esse vult mensem septimum; sed inchoatum esse. indistincte enim ait, septimo mense nasci perfectum partum; nec addit pleno. sufficit igitur, partum natum esse septimo mense, etsi non pleno. Atqui, inquies, ipse Paulus *lib.* 4. *Sentent. tit.* 9. §. 5. contra sic scribit. *Septimo mense natus matri prodest. ratio enim Pythagorei numeri hoc videtur admittere, ut aut septimo pleno, aut decimo mense partus maturior videatur.* Hoc certe argumento credidit Antonius Vacca, vir doctus, Paulum etiam in *d. l.* 12. scripsisse, septimo mense pleno nasci perfectum partum: sed Compilatores Pandectarum verbum, *pleno*, ea in lege expunxisse ideo: quod nollet Justinianus, exspectari plenum mensem septimum: magis probans contrariam Ulpiani sententiam Rescripto Divi Pii subnixam *l.* 3. §. 12. *D. de suis & legitim. hered.* Sed quod dixit Vacca ad *d. l.* 12, mihi non sapit; nec est verum. Alia attulit V. CL. Jacobus Cujacius, *Notis ad Paulum:* sed non magis idonea sunt tollendæ difficultati. Mihi probabile est, levem mendam, hactenus non deprehensam, nocuisse Paulo *d.* §. 5. *tit.* 9. *lib.* 4. *Sentent.* nam voculam, *aut*, qua bis utitur Paulus, semel locum mutasse errore Librarii: & esse legendum: *ut aut septimo, aut pleno decimo mense partus maturior videatur.* Ita sensus elegans & verus, Partum legitimum secundum Hippocratem esse, qui natus mense septimo sive pleno, sive inchoato; aut decimo, etsi pleno. Hoc mihi incidit: & convenit huic Auli Gellii *lib.* 3. *Noct. Attic. c.* 16. *Sæpius numero decimo mense; eumque esse hominem gignendi summum finem, decem menses non inceptos, sed exactos. idque Plautum veterem poëtam dicere videmus in comœdia Cistellaria his verbis.*

- - - *Tum illa quam compresserat.*

Decimo post mense exacto hic peperit filiam.

Sane ab Hippocrate dissensisse Paulum, Hippocratis auctoritate utentem in *d. l.* 12, non putem; si quidem sapiam: & *de eo qui centesimo octogesimo secundo die natus sit*, id est, initio mensis septimi, *Hippocratem scripsisse, & Divum Pium Pontificibus rescripsisse, justo tempore videri natum*, clare Ulpianus tradit *d. l.* 3. §. 12. Nec hoc inutile fuerit observatu, quod addit §. 11. *præcedente d. l.* Ulpianus, *Post decem menses mortis natum non admitti ad legitimam hereditatem:* non esse sic accipiendum; quasi dicat, Sub finem decimi mensis, vel eo exacto in continenti, sed multo serius: ut ex Hippocrate pulchre interpretatur Gellius *d. c.* 16. Cæterum (nam huc redeo) ut quis sit filiusfamilias; non sufficit, natum esse ex viro & ejus uxore mense septimo: nisi natus sit ex justis nuptiis *d. l.* 12. *& d. l.* 3. *h. t.* nam alioquin neque vir, neque uxor, nec nuptiæ, neque matrimonium, intelligitur. itaque ii, qui ex eo coitu nascuntur, in patris potestate non sunt: sed tales sunt, quantum ad patriam potestatem, quales sunt ii, quos mater vulgo concepit. nam nec hi patrem habere intelliguntur: cum & his pater incertus sit. unde solent spurii appellari, παρὰ τὴν σπορὰν, & ἀπάτορες, quasi sine patre filii §. 12. *Inst. de nuptiis:* quia ut possint patrem demonstrare, tamen eum habent quem habere non licet *l.* 23. *D. de stat. hom.* ideoque non patrem, sed matrem sequuntur *l.* 19. *D. eod. tit.* nisi aliud inducit lex specialis *l.* 24. *eod. tit.* quæ est Lex Mensia, cujus mentio apud Ulpianum *tit.* 5; ut in Notis ibi indicat Cujacius. Sunt igitur liberi ex justis nuptiis quæsiti, in patris aut avi paterni potestate. at in matris aut avi materni potestate non sunt §. *ult. Inst. de patr. potest. l.* 196. §. 1. *D. de verb. sign.* traditumque inde *l.* 195. §. *ult. eod. tit.* quod mulier familiæ suæ & caput & finis est. Aliquis putet, hic obstare *l.* 4. *D. de curat. fur. & al. extr. ord. dand.* Sed hanc explicui *lib.* 2. *Observ. c.* 15.

Secundus modus adquirendæ patriæ potestatis Justiniano §. *ult. Inst. de nuptiis* est legitimatio. definitur illa, actus quo liberi naturales fiunt legitimi: id est, (ut Marcianus loquitur *l.* 57. §. 1. *D. de ritu nupt.*) quo confirmatur status liberorum qui non erant legitimi, perinde ac si legitime nati essent. modo volentes legitimentur: nam invitos legitimari, negat Justinianus *Novell.* 89. *c.* 11. Ego addam, ne volentes quidem, nisi naturales sint, legitimari. soli enim nominantur in hac materia tales. sunt vero hi, nati ex concubina cujus matrimonium non est legibus interdictum *l.* 10. *&* 11. *C. de natur. liber.* etsi alioquin spurii, adulterini, incestuosi, non minus sint naturales; eosque Rescripto Divi Marci legitimatos esse, constet *d. l.* 57. §. 1. sed hoc extra ordinem factum jure summi imperii, non debet trahi ad consequentiam juris ordinarii & novi quo de nunc agimus. quin hi, tamquam indigni, inde repelluntur *Novell.* 89. *c.* 1. *& c.* 15. Modi hujus legitimationis Justiniano duo sunt: unus fit per subsequens matrimonium, alter per oblationem Curiæ *d.* §. *ult. Inst. de nupt. &* §. 2. *Inst. de hered. quæ ab intest. defer.* Idem tamen Imperator *Novell.* 74. *c.* 2. *& Novell.* 89. *c.* 9. *& seq.* addit modum tertium, per Rescriptum Principis. Primus legitimandi modus fit per subsequens matrimonium. is inventus a Constantino, ut refert Zeno *l* 5. *C. de nat. liberis*, deinde confirmatus ampliatusque a Justiniano *l.* 10. *&* 11. *C. eod. tit.* item *Novell.* 74. *c.* 4. *& Novell.* 89. *c.* 8. Fit ea legitimatio; cum pater naturalis concubinam cujus matrimonium non est interdictum, ducit uxorem: sed intervenientibus dotalibus, seu nuptialibus, instrumentis. nam horum mentio fit, ubicumque de hac legitimatione agitur; & promiscue accipiuntur illa verba: ut apparet ex §. 2. *Inst. de hered. quæ ab intest. defer. d.* §. *ult. Inst. de nupt. & alibi.* Aliquis dicat, nuptias contrahi nudo consensu; tabu-

bulasque magis ad probationem, quam ad ſubſtantiam, pertinere *l.* 4. *D. de pignorib.* Sed hoc leve eſt. ſunt enim aliæ nuptiæ; alia eſt legitimatio nuptiis ſubſequentibus facta. nuptiæ poſſunt contrahi nudo conſenſu. at contractæ, legitimos faciunt liberos poſtea naſcituros: ante natos non æque; niſi ſint perfectæ intervenientibus inſtrumentis. hoc modo legitimatio non debetur nuptiis; ſed legi, nuptiis danti facultatem liberos ante natos retro legitimandi: cum eam per ſe non haberent. lex porro, nuptiis confirmatura ſtatum liberorum ante natorum, ubique nuptialia ſeu dotalia inſtrumenta deſiderat; &, ut mihi videtur, prudentiſſime: poſtquam fuit uſu compertum, ex blanditiis amantum per falſos teſtes ſæpe confingi matrimonia de quibus numquam fuerat cogitatum. id malum pertinere ad exemplum, credidit Juſtinianus *Novell.* 74. *c.* 4. *pr.* ideoque daturus ei remedium, in §. 2. *d. c.* 4. porro ait, ſe ſuſpectos habere teſtes omnes: nec velle, partes intelligi nuptiali conveniſſe affectu; niſi omnino cauſa ex literis habeat teſtimonium; atque his ita geſtis, & nuptias & ex eis ſobolem demum fore legitimam. tantum in §. 3. *d. c.* excipit agricolas, milites caligatos, & alios viles atque obſcuros: his concedens jus legitimandi per matrimonium, etſi abſint inſtrumenta. Alter modus legitimandi fit per oblationem Curiæ. is debetur Theodoſio *l.* 3. *C. de natur. lib.* & meminit Juſtinianus *Novell.* 89. *c.* 2. Eſt autem Curia, Ordo Decurionum. Plinio *lib.* 10. *Epiſt.* 83. 115. & 116. Senatus municipalis dicitur: ſicut Curiales, ſive Decuriones *l.* 33. *C. de Decurionib.* ſunt Senatores municipales. Fit vero hæc legitimatio, ubi pater naturalis filium naturalem offert Curiæ: id eſt, ut fiat Decurio; & ſit obnoxius nexibus curialibus: vel filiam naturalem offert nuptiis Decurionis. Privilegium indicavi. cauſam addi, nil opus: quia eam dudum dedere Barnabas Briſſonius *lib.* 4. *Select. antiq. c.* 13. Janus a Coſta, M. Antonius Muretus, *ad d.* §. *ult.* aliique. Tertius legitimandi modus eſt per Reſcriptum Principis. eum quaſi in ſubſidium invenit Juſtinianus *Novell.* 74. *c.* 2, & *Novell.* 89. *c.* 9. tum certe obtinet demum, ſi pater naturalis non habeat liberos legitimos; & mulier, quacum habuit conſuetudinem, ſit defuncta; aut matrimonium cum ea impediatur ſacerdotio; aut ea peccaverit aliquid circa thorum, ut cum ea honeſte contrahi matrimonium nequeat; aut ſi ipſa non appareat. in his enim caſibus permittitur naturali patri, Principem rogare per libellum; ut naturalem filium faciat legitimum. ac, ſi ei ſubſcribat Princeps; dicitur filius eſſe legitimatus per Reſcriptum. Idem eſt: ſi pater in teſtamento permiſerit, id a filio peti. tum enim eſt filio jus petendi legitimationem; dum libello annectat patris teſtamentum *d. c.* 2. *Novell.* 74, & *c.* 10. *Novell.* 89. Expoſui tres modos legitimationis. Reſtat effectus. non eſt idem omnium: nam ſi per oblationem Curiæ, aut per Reſcriptum Principis, contingat: habetur quidem legitimatus pro legitimo, ſed uni patri, non aliis *l.* 9. *C. de nat. lib. Novell.* 74 *c.* 2, & *Nov.* 89. *c.* 9. & 10. Quod ſi fiat per ſubſequens matrimonium, intervenientibus dotalibus ſive nuptialibus inſtrumentis, longius ſe exſerit vis legitimationis. non enim jam ſoli patri legitimus fit legitimatus, ſed etiam reſpectu omnium conſanguineorum talis habetur *Novell.* 12. *c.* 4, perinde ac ſi ab initio legitimus fuiſſet *Novell.* 89. *c.* 8.

TITULUS VII.

De Adoptionibus & Emancipationibus & aliis modis quibus patria poteſtas ſolvitur.

RELIQUUM eſt, ut de adoptionibus videamus: nam filiosfamilias (ut in *l.* 1. *h. t.* a Modeſtino dictum) non ſolum natura, ſed adoptiones quoque faciunt. Adoptare vero eſt, adlegere: quando optare eſt, legere vel eligere: auctore Servio ad hoc Virgilii *lib.* 1. *Æneid. verſ.* 429, *Pars optare locum tecto:* & *lib.* 3. *verſ.* 109, *Optavitque locum regno.* Pari ſenſu dicitur optio legari; cum electio legatur *l.* 2. §. 3. *l.* 4. & *paſſim ſub tit. D. de opt. vel elect. leg.* nec mirum, legere vel eligere dici pro adoptare: ut in hoc Auſonii, in Cæſaribus, *in Nerva.* 13.

Nulla viro ſoboles. imitatur adoptio prolem,
Quam legiſſe juvet, quam genuiſſe velit.

Apud Vopiſcum quoque *Aureliano c.* 14. eſt: *Apud majores noſtros ab optimis quibusque in filiorum locum fortiſſimi viri ſemper electi ſunt, ut vel ſeneſcentes familias, vel fœtus matrimoniis jam caducos ſubſtituta fœcunditas prolis ornaret.* Salluſtius *Bell. Jugurth. c.* 10. dixit, *Liberos ſumere.* Igitur A. Gellius, *lib.* 5. *Noct. Attic. c.* 19, adoptionem definit, quum in alienam familiam, inque liberorum locum extranei ſumuntur. Apparet autem, extraneum vocare, omnem qui non ſit in familia ac poteſtate adoptantis. Ea porro adoptio *l.* 4. *h. t. l.* 3. *D. de offic. Proconſ. l.* 1. *D. de offic. Juridici* vocatur legis actio: in *l.* 25. §. 1. *h. t.* appellatur ſolemnitas. eſtque inde conſequens, (quod obſervat Ulpianus *d. loc.* & *l.* 24. *h. t.*) ut neque adoptare, neque arrogare, quis abſens, nec per alium, ejusmodi ſolemnitatem peragere poſſit. Ab eadem cauſa adoptio neque diem recipit, neque conditionem: exemplo cæterorum actuum qui legitimi dicuntur *l.* 77. *D. de reg. jur.* Hoc clare Paulus *l.* 34. *h. t. Quæſitum eſt*, inquiens, *ſi tibi filius in adoptionem hac lege ſit datus, ut poſt triennium (puta) eumdem mihi in adoptionem des, an actio ulla ſit? Et Labeo putat nullam eſſe actionem: nec enim moribus noſtris convenit filium temporalem habere.* Eſt igitur adoptio legis actio: at non qualis qualis; ſed naturam imitans: ut Auſonius ait *d. loc.* & Juſtinianus §. 4. *Inſt. h. t.* Papinianus *l.* 23. *D. de liber. & poſt.* dicit imaginem naturæ. Gajus *lib.* 1. *tit.* 5. ſic exprimit, adoptio eſt naturæ ſimilitudo: ut aliquis filium habere poſſit, quem non generavit. Filium ait Gajus, exempli gratia: nam & filia adoptatur, item nepos & neptis. at in fratrem aut patruum nullius momenti eſſe adoptionem, traditur *l.* 7. *C. de hered. inſtit.* & recte: ut enim quis liberos generet; quis fratrem generat aut patruum? nemo. ſed hoc obſervavit olim Harmenopulus, *lib.* 4. *Prompt. tit.* 6. Non magis poteſt minor natu majorem adoptare, aut æqualis æqualem: pro monſtro enim foret, majorem eſſe filium, quam patrem. debet itaque is qui ſibi filium per adoptionem vel arrogationem facit, plena pubertate, id eſt, decem & octo annis præcedere §. 4. *Inſt. h. t.* Illud mirere, quod a Paulo ex *lib.* 1. *Regularum* traditum *l.* 30. *h. t. Et qui uxores non habent, filios adoptare poſſunt.* nempe poterat metui; ne impedimento eſſet juris regula. Sed placuit ſufficere, volentibus adoptare, ſi uxores habere poſſint, permittente natura *l.* 16. *h. t.* Igitur qui generare poſſunt, quales ſunt ſpadones, adoptare quoque poſſunt: caſtrati non poſſunt §. 9. *Inſt. h. t.* ipſumque hoc diſcrimen indigitavit Modeſtinus *l.*

40.

40. §. 2. *h. t.* quamquam una tantum extat species: cum sit is locus ex *lib.* 1. *Differentiarum.* Simili modo licet in locum nepotis vel neptis, pronepotis vel proneptis, vel deinceps adoptare, quamvis filium quis non habeat §. 5. *d. t.* & *l.* 37. *D. h. t.* modo per ætatem habere possit. Præterea tam potest quis filium alienum in locum nepotis adoptare, quam nepotem in locum filii §. 6. *Inst. h. t.* si eum ante emancipaverit. hoc enim facit non ut avus, sed ut quilibet *l.* 15. §. 1. *h. t.* tantum desideratur, (quod in transcursu annotabo) si quem nepotis loco adoptet, tamquam ex certo filio, puta Lucio, vel naturali vel adoptivo; ut eo casu filius Lucius consentiat; ne alioquin ei invito suus heres adgnascatur §. 7. *Inst. h. t.* quod non est opus; si eum adoptet, quasi ex incerto filio natum: quia sic nulli adgnascitur, tamquam suus *l.* 44. *h. t.* ac secundum hæc explicanda *l.* 6. *h. t.* Sed, ut eo redeam, postquam placuit, fœminas nec naturales liberos in sua potestate habere, etiam fuit regulis juris receptum, ne possint adoptare vel arrogare, quasi natura non patiatur, eas in sua potestate habere liberos adoptivos, quæ in potestate non possunt habere liberos naturales. atque ita ex usu sui temporis Ulpianus in *Fragm. tit.* 8. §. 8. obtinuit tamen adversus regulas juris, ut ex indulgentia Principis etiam adoptare possint fœminæ in solatium amissorum liberorum §. 10. *Inst. h. t.* ac permisere id primi Diocletianus & Maximianus *l.* 5. *C. h. t.* Longum fuerit, si adferam omnia, similitudini naturæ & adoptionis consequentia. non fuerit tamen extra propositum, monere, quod & fecit Justinianus §. 8. *Inst. h. t.* in plurimis causis eum qui adoptatus vel adrogatus est, adsimilari ei qui ex legitimo matrimonio natus est. transit enim (ut dictum in definitione) in familiam patris adoptivi, & ibi fit suus heres *l.* 1. §. 2. *D. de suis & legitim.* perinde ac si ex ejus matrefamilias esset natus. ita Proculus *l.* 44. *h. t.* verba Proculi: *Si sic adoptavit, ut etiam jure legis nepos suus esset, quasi ex Lucio (puta) filio suo & ex matrefamilias ejus natus esset.* ita editur Florentiæ satis idoneo sensu: etsi in quibusdam libris non inepte, imo aptius forte, legitur: *Ut tam jure legeque nepos esset quasi ex Lucio (puta) filio suo & ex matrefamilias ejus natus esset.* idque malunt Balduinus *Notis ad hunc Titulum Pandectarum*, & Duarenus *lib.* 2. *Disp. anniverf. c.* 14. Ut ut erit, ait Justinianus *d.* §. 8. fieri ex hoc principio; ut si quis per Imperatorem aut per Prætorem vel Præsidem provinciæ aliquem adoptaverit, possit eumdem alii in adoptionem dare: certo, quod est per adoptionem in ejus familiam translatus. Igitur efficitur quoque, eum patri adoptivo fieri heredem nominis, pecuniæ, & sacrorum. clare Cicero *Pro domo c.* 13. *Quas adoptiones hereditates nominis, pecuniæ, sacrorum, consecutæ sunt.* Et apud Vopiscum *Aureliano c.* 14. *Jube igitur, ut lege agatur, sitque Aurelianus heres sacrorum, nominis & bonorum, totiusque juris Ulpio Crinito.* At sicut adoptivus filius adoptivo patri, in cujus familiam transit, fit suus heres: ita patri naturali in cujus familia esse definit, fit extraneus. Quintilianus, *Declam.* 346. *Dando in adoptionem jus omne translatum est.* Tantum retinet jus naturæ; id est, jus cognationis, amisso jure agnationis. Sic Ulpianus *l.* 4. §. 10. *D. de gradibus.* Quintilanus *d. loc.* & apud Terentium *Adelph.* 1. 2. *verf.* 46. Micio *Natura tu illi pater es, consiliis ego.* Ita quid mirum, quod observat Dion, *lib.* 46. *pag.* 366, Octavium, adoptatum testamento avunculi, Caji Julii Cæsaris, deinde appellatum fuisse Cajum Julium Cæsarem Octavianum. nimirum assumpsit prænomen, nomen, & cognomen, patris adoptivi, retento suo, sed inflexo. Superioribus etiam consequens fuit: quod ait Paulus *l.* 23. *h. t.* eum qui in adoptionem datur, his quibus adgnascitur, & cognatum fieri: quibus vero non adgnascitur, nec cognatum. & hanc addit rationem: quod adoptio non jus sanguinis, sed adgnationis, adfert. & ideo, inquit, si filium adoptaverim, uxor mea illi matris loco non est: neque enim adgnascitur ei, propter quod nec cognata ejus fit. item nec mater mea aviæ loco illi est: quoniam his qui extra familiam meam sunt, non adgnascitur: sed filiæ meæ is quem adoptavi, frater fit: quoniam in familia mea est filia. quod ab Ulpiano confirmatur *l.* 1. §. 4. *D. Unde cognati.* cæterum etsi adgnascitur patri adoptivo ejusque adgnatis: auctoritas tamen eorum inter quos jura adgnatonis consequuntur, eam in rem necessaria non est *l.* 7. *h. t.*

Illud quale: quod Paulus *l.* 35. *h. t.* dignitas, inquit, per adoptionem non minuitur, sed augetur? & exemplum Paulo in Senatore: qui a Plebejo adoptatus, nihilominus manet Senator. similiter Senatoris filius a plebejo adoptatus; adhuc quasi Senatoris filius videtur *l.* 5. & 6. *pr.* & §. 1. *D. de Senatorib.* vice etiam versa si Senator hominem plebejum adoptet; placet, adoptivum Senatoris filium intelligi *dd. ll.* ejusque privilegiis eum etiam in pœnis frui *l. ult.* §. 1. *D. de pœnis.* Hæc ideo noto: quia sic liquet, quæ a Cicerone *Pro domo c.* 14. contra Clodii arrogationem a confusione gentis patriciæ plebejæque producuntur, aut oratorio more dici pro causa, aut moribus populi Romani deinde evanuisse. Sed talia pendent magis ab arbitrio utentium, quam a naturali ratione. Ut ut erit, quod ex Paulo dictum, jus fuit constante adoptione. finita enim patris adoptivi potestate, in omni fere jure ex pristino nullum retinetur vestigium: denique & patria dignitas per adoptionem quæsita, ea finita deponitur. ita Papinianus *l.* 13. *h. t.* additque Pomponius *l.* 14. etiam nepotem ex filio apud adoptatum patrem conceptum & natum, per emancipationem jura omnia perdere.

Tantum de definitione adoptionis: sequitur divisio. Est enim generale adoptionis nomen, sed (ut Modestinus ait *l.* 1. §. 1. *h. t.*) in duas species dividitur: quarum altera adoptio similiter dicitur: altera arrogatio. adoptantur filiifamilias: adrogantur qui sui juris sunt. Ait autem Gajus *l.* 2. *h. t.* adoptionem fieri imperio Magistratus. A. Gellius *lib.* 5. *c.* 19. dicit, per Prætorem. addam, vel alium, apud quem legis actio fit, ut Consulem, vel Præsidem *l.* 3. & 4. *D.* & *l.* 1. *C. h. t.* Non igitur fit adoptio tabulis, licet per tabellionem conficiendis, sed solemni juris ordine apud Præsidem, verbi gratia, solet copulari *l.* 4. *C. h. t.* Ordinem describit Justinianus *l. ult. C. eod. tit.* fuit autem talis. Filius a patre naturali cujus in potestate erat, per æs & libram patri adoptivo venditus tamquam servus, ab eo manumittebatur. is manumissus ex lege Romuli relapsus in patris naturalis potestatem, ab eo iterum patri adoptivo vendebatur nummo imaginario, & similiter ab eo iterum manumittebatur. relapsus autem in patris naturalis potestatem, tertio vendebatur patri adoptivo. tum vero ab eo non manumittebatur, sed in jure coram Magistratu cui ea legis actio erat, vindicabatur ex jure Quiritium tamquam filius; & non contravindicante vel cedente patre naturali, a Magistratu cui ea legis actio erat, addicebatur. atque hoc sensu Gajus *d. l.* 2, ait, hanc adoptionem fieri imperio Magistratus. A. Gellius *d. c.* 19. *lib.* 5. sic exprimit. *Adoptantur quum a pa-*

parente in cujus potestate sunt, tertia mancipatione in jure ceduntur, atque ab eo qui adoptat, apud eum apud quem legis actio est, vindicantur. Eodem spectat hoc Suetonii, *Augusto c.* 64. *Cajum & Lucium adoptavit domi per assem & libram emptos a patre Agrippa.* Sic in filio. at in cæteris liberis, id est, filia, nepote, & nepte, tantum unam emancipationem sine manumissione intervenisse, Justinianus refert *d. l. ult.* ibidemque omnem mutat veterem solemnitatem: vult enim, licere parenti qui liberos in potestate constitutos, in adoptionem dare desiderat, sine vetere observatione emancipationum & manumissionum hoc ipsum, actis intervenientibus, apud competentem Judicem manifestare, præsente eo qui adoptatur, & non contradicente, nec non eo qui adoptat. igitur desideratur quidem adhuc in adoptione utriusque præsentia; sed sufficit filii consensus vel tacitus, quamvis non sit expressus. at in arrogatione, ut mox dicetur, necessaria est expressa voluntas *l.* 5. *h. t.* vel (ut A. Gellius ait *d. c.* 19. *lib.* 5.) ipse debet auctor fieri.

Illud non indignum notatu: quod ut unum hominem in judicio duas personas sustinere non oporteat *l.* 13. §. 4. *D. Ad Senatusc. Trebell.* tamen Paulus *l.* 3. *h. t.* Si, inquit, Consul vel Præses sit filiusfamilias: posse eum apud semet ipsum vel emancipari, vel in adoptionem dari, constat: & subjicitur ex Modestino *l.* 4. Magistratum apud quem legis actio est, & emancipare filios suos, & in adoptionem dare apud se posse, Neratii sententia est. Tantum usus valet! Cæterum, ut finem faciam huic parti, liquet ex supra dictis, filium a patre datum in adoptionem, jure civili desinere in ejus potestate esse; & contra in patris adoptivi potestatem perinde transferri, ac si ex eo & ejus matrefamilias esset natus. Sed hoc mutavit Justinianus *l.* 10. *C. h. t.* suadente lubrico adoptionis, si quis extraneo sit in adoptionem datus. nam si ab aliquo ex adscendentibus, puta, avo paterno aut materno, adoptatus sit: jam quia duo concurrunt vincula, & naturalia & civilia, placuit ei, jus antiquum retinere.

Altera adoptionis species est arrogatio: quæ est eorum qui sunt sui juris: dicta (ut Gajus *l.* 2. *h. t.* ait) a rogando: quia & is qui adoptat, rogatur, an velit eum quem adoptaturus est, justum sibi filium esse; & is qui adoptatur, rogatur, an id fieri patiatur. Aulus Gellius *lib.* 5. *Noct. Attic. c.* 19. addit: quod arrogatio fiebat etiam per Populi rogationem; ejusque rogationis verba hæc fuisse. *Velitis. jubeatis. Quirites. uti. Lucius. Valerius. Lucio. Titio. tam. jure. lege. q. filius. sibi. siet. quam. si. ex. eo. patre. matre. q. familias. ejus. natus. esset. uti. q. ei. vitæ. necis. q. in. eo. potestas. siet. uti. patri. endo. filio. est. hæc. ita. uti. dixi. ita. vos. Quirites. rogo.* In adoptione non erat hac rogatione opus: quia poterat pater filium quem in potestate habebat, occidere; nec minus poterat eum alii vendere. at in arrogatione idcirco necesse erat, rogari Populum: quod civis Romanus sui juris, non poterat statum sine Populi consensu mutare; eoque se dare in alterius potestatem: ut bene observat Torrentius, ad Suetonium *Augusto c.* 64. Debuit igitur in arrogatione triplex fieri interrogatio, etsi Gajus, quod offendit Andream Alciatum, V. Cl. *lib.* 9. *Parerg. c.* 5, aliosque, tantum meminerit duplicis. Sed habuit hanc causam Gajus, meo judicio: quod omnibus erat certum, arrogationem quam per Populum fieri oportebat, non procedere sine Populi rogatione: per ea quæ alibi dixi ex Gellio *lib.* 10. *c.* 20: sed poterat dubitari, an ea procederet sine rogatione ejus qui arrogat, quique interrogatur: modo eos tacite vel palam consensisse appareret: sicut hoc in adoptione sufficit. ac nescio, an in proposito hanc utriusque differentiam indigitet Celsus *l.* 5. *h. t. In adoptionibus*, inquiens, *eorum dumtaxat qui suæ potestatis sunt, voluntas exploratur. sin autem a patre dantur in adoptionem, in his utriusque arbitrium spectandum est, vel consentiendo vel non contradicendo.* Non minus huc spectat hoc Ulpiani *l.* 24. *h. t. Neque absens, neque dissentiens arrogari potest.* Sed sæpe fit apud nostros, ut omissa re certa & indubitata, tantum tractetur minus certa. & notavi simile *lib.* 1. *Probabil. c.* 5. Ut igitur valeret arrogatio, oportebat triplicem intervenire interrogationem, arrogatoris, arrogandi, & Populi in comitiis curiatis; eoque tantum Romæ fieri solitam arrogationem, Ulpianus refert in *Fragm. tit.* 8. Hæc libera republica. qua mutata, bifariam facta fuit arrogatio: vel more antiquo apud Populum in comitiis curiatis, vel lege regia apud Principem. utraque forma apparet ex historia & oratione Galbæ, Pisonem arrogantis, apud Tacitum *lib.* 1. *Hist. c.* 15. *& seq.* adhuc more vetere usus fuit Augustus apud Suetonium *Augusto c.* 65. & Claudius apud Tacitum *lib.* 12. *Annal. c.* 26. *&* 41. etiam ejus mentio apud Gajum *lib.* 2. *Inst. tit.* 2, & Ulpianum, *d. tit.* 8. Novæ formæ meminit *l.* 19. *l.* 20. *l. ult. h. t.* etiam Gajus *l.* 2. *D. h. t.* quæ est ex ejus *lib.* 1. *Institutionum:* quamquam ibi *tit.* 5. nullum ejus hodie est vestigium. Tandem apud unum Principem resedisse arrogationem intelligitur ex *l.* 2. *C. h. t.* Utrovis modo fiat arrogatio: verum est hoc Ulpiani *l.* 15. *h. t. Si paterfamilias adoptatus sit: omnia quæ ejus fuerunt, & adquiri possunt, tacito jure ad eum transeunt qui eum adoptavit. hoc amplius liberi qui in potestate ejus sunt, eum sequuntur.* Posterius certe Justinianus §. 11. *Inst. h. t.* in arrogatione Tiberii observat: utrumque Suetonius *Tiberio c.* 15. Verba. *Adoptatur ab Augusto* (Tiberius) *simul cum fratre eorum M. Agrippa: coactus prius ipse Germanicum fratris sui filium adoptare. Nec quidquam postea pro patrefamilias egit: aut jus quod adoptione amiserat, ex ulla parte retinuit. Nam neque donavit, neque manumisit: nec hereditatem quidem aut legata percepit ulla aliter, quam ut peculio referret accepta.* Cæterum ait Gellius *d. c.* 19, quod apud Populum non temere fiebat arrogatio, nisi arbitris Pontificibus; id est, nisi causa a Pontificibus cognita. eoque exemplo hodie, cum fit per Rescriptum Principis, debere intimari apud Prætorem vel Præsidem, auctores sunt Diocletianus & Maximianus *d. l.* 2. *C. h. t.* Quid autem in causæ cognitione vertatur, præter A. Gellium *d. c.* 19, & Ciceronem, *Pro domo c.* 14., tradit Ulpianus *l.* 15. §. 2. *&* 3. *& l.* 17. *h. t.* licet, illos inspicere: non enim adferam omnia. tantum notabo, quod inter cætera ait Gellius, solitum fuisse tractari de liberto, an possit ab ingenuo arrogari. sed nostri distinguunt proprium ab alieno. hunc negant arrogari: ne patrono injuria fiat *d. l.* 15. §. 3. illum sinunt arrogari; si precibus inserat justam causam, id est, quod liberos non habeat *l.* 3. *C. h. t.* ita tamen, ut publice maneat libertinus *l. ult. h. t. l. ult. D. de stat. hom.* quamvis in familia patroni arrogatoris ingenui jura sit consecutus *l.* 32. *D. de ritu nupt.* Hoc æque non silebo, ab Ulpiano *d. tit.* 8. observari: quod fœminæ apud Populum non arrogantur. (sic ibi vere legit Cujacius *in Notis.*) Idemque antea fuit in pupillis: hac ratione quæ est A. Gellii, *Quoniam & cum fœminis nulla comitiorum communio est, & tutoribus in pupillos tantam esse auctoritatem potestatemque, fas non est; ut caput liberum fidei suæ commissum alienæ ditioni subjiciant.* Sic in fœminis, si in

in comitiis Populi celebranda sit arrogatio. at aliter est, si fiat ex Rescripto Principis. hoc enim modo eas arrogari posse, ait Gajus *l.* 21. *b. t.* Idemque nunc in pupillis esse ex Constitutione D. Pii, Ulpianus memorat *d. tit.* 8. Inde igitur & tutoribus auctoritatem intervenire, monet Justinianus *l. ult. C. de auctorit. præst.* Video, etiam curatoris mentionem fieri a Modestino *l.* 8. *b. t.* eamque legem exponi a Cujacio *lib.* 26. *Observ. c.* 7. at, meo judicio, diligentius, quam felicius. quæ enim attulit de tutela muliebri, Senatusconsulto Claudiano sublata, procul vero esse, ex his quæ ad *l.* 2. *Cod. Theod. de tut. & curat. creand.* annotavit Jacobus Gothofredus, facile intelligitur. Ac nec ipse, quemadmodum lucem faciam Modestino, adhuc potui ad liquidum deducere. doceant eruditiores. habebo gratiam. fallere certe juris studiosos specie vanæ interpretationis, non est mei moris.

Interim, ut ex quæstione nascitur quæstio: potest dubitari, an vel ei qui alicujus tutelam vel curam administravit, arrogare permittatur; si qui arrogatur, sit minor annis quinque & viginti? negat Ulpianus *l.* 17. *b. t.* & recte: præfatus, ne forte ideo eum arroget, ne rationes reddat. Imperator tamen Titus Antoninus (quod observavit Papinianus *l.* 32. §. 1. *b. t.*) rescripsit, privignum suum tutori adoptare permittendum. optima humanitatis ratione, pulchre animadversa a Jacobo Cujacio, *lib.* 2. *Observ. c.* 38.

Potest igitur pupillus ex Constitutione D. Pii hodie arrogari causa cognita, sed diligentius, quam in puberum arrogatione fieri solet. vult enim Ulpianus, præter superiora, etiam spectari mores arrogatoris, item personarum conjunctionem, & facultates *d. l.* 17. §. 1. *& seqq.* Insuper ait Justinianus §. 3. *Inst. b. t.* hanc arrogationem fieri cum quibusdam conditionibus; in eisque esse, ut caveat arrogator, se, si intra pubertatem decesserit pupillus, ejus bona restituturum illis, qui, si adoptio facta non esset, ad ejus successionem venturi essent. quod & Marcellus probat *l.* 18. *b. t.* Ulpianus eam cautionem vocat satisdationem *d. l.* 17. §. *ult.* visa vero hæc Marcello adeo necessaria; ut, etsi causa arrogationis ob alia probanda sit, non debeat subscribi aliter, quam ea præstita *l.* 18. *b. t.* formulam exponit Ulpianus *l.* 19. *b. t.* ait autem, ea & libertatibus prospectum esse quæ secundis tabulis datæ sunt, & multo magis substituto servo, item legatariis. ait, *substituto servo.* sed delendum verbum, *servo*, quasi otiosum; & scribendum, *& multo magis substituto, item legatariis.* Res clara: puto autem ait, ideo prospici libertatibus & legatis in ea substitutione datis: quia alioquin una cum substitutione corruerent, propter arrogati capitis deminutionem. quod si nullæ fuerunt secundæ tabulæ; satisdatio proficiet his qui ab intestato fuissent ad arrogati bona venturi, nisi arrogatio incidisset *d.* §. 3. *Inst. b. t.* Habet igitur hæc satisdatio locum, si impubes decedat arrogatus *l.* 20. *b. t.* ultra non. nempe quia pupillaris substitutio pubertate extinguitur, possetque testari pubes, si non esset arrogatus. deinde perinde habetur, ac si ab initio pubes arrogatus fuisset. quod & ante Antoninum fieri potuisse, ex A. Gellio *d. c.* 19. intelligitur. cavetur igitur solum in casum, si impubes moriatur pupillus, qui arrogatur: id est, cum ipse non potest facere testamentum. Fere oblitus eram, quod formula quamquam de pupillo tantum loquitur; tamen & in pupilla, si illa arrogetur, locum habet *l.* 20. §. 1. *b. t.* Quæ dixi vera sunt; si arrogatus filius impubes vivo arrogatore moriatur. Quid, si arrogator decesserit, impubere relicto filio adoptivo; & mox impubes decedat: an heredes arrogatoris teneantur, quæritur? & putat Ulpianus, heredes quoque restituturos & bona arrogati, & præterea quartam partem *l.* 22. *b. t.* Ulpianus intelligit quartam quæ in *l.* 8. §. 15. *D. de inofficios. testam.* & *l.* 1. §. 21. *D. de collat. bon.* quarta D. Pii appellatur. is enim Imperator jussit, arrogatorem non modo cavere, restituturum se impuberis mortui bona his ad quos, si arrogatio non intervenisset, perventura fuissent: sed præterea eum se non emancipaturum, nisi causa cognita fuerit dignus emancipatione judicatus; eoque casu ejus bona ei redditurum: sed & si decedens eum exheredaverit, vel vivus sine justa causa emancipaverit, ei relicturum se quartam partem bonorum suorum §. 3. *Inst. b. t.* Apparet igitur, esse hanc cautionem ab arrogatore præstandam, antequam arrogationi subscribatur: sive in nepotem quis adoptetur, sive in locum filii *l.* 22. §. *ult. b. t.* Superest, ut videamus, cui cavendum sit? ait autem Marcellus *l.* 18. *b. t.* esse cavendum servo publico. Justinianus *d.* §. 3. ait, personæ publicæ. Cur tam varie? imo cur non his quorum interfit? Sed hæc ratio adfertur: quod hi ad quos res sit perventura, non peræque certi sunt. etiam potest evenire, ut hi absint aut nequeant sibi stipulari. adhibitus igitur antiquitus ad Tabellionis munus fuit servus publicus; qui sit quasi omnium servus; eoque omnibus quasi dominis stipulari, & ex stipulatu adquirere poterat *l.* 2. *D. Rem pupill. salv. for.* Sed postquam servi a Tabulariorum munere remoti sunt ab Arcadio & Honorio *l.* 3. *C. de Tabular. scrib. lib.* 10. *tit.* 69: Justinianus *d.* §. 3. *Inst. b. t.* pro *servo publico* restituit *personam publicam:* ut præter alios a Mureto ibi est annotatum. Sic, si interposita sit cautio. quid, si omissa sit? adhuc placet, his quorum intersit, utilem actionem adversus arrogatorem dari *l.* 19. §. 1. *b. t.*

Missa hæc faciam; si addidero, quod in *l.* 37. §. 1. *b. t.* non incommode sic ait Paulus, Eum quem quis adoptavit, emancipatum, vel in adoptionem datum, iterum non potest adoptare. Ac qui est patria potestate liberatus, eum postea non posse in potestatem honeste reverti, nisi adoptione, id est, arrogatione; Ulpianus scribit *l.* 12. *b. t.* Hoc quoque cum evenit; placuit Veteribus, hunc filium non pro adoptivo accipere, sed pro naturali. Papinianus *l.* 23. *D. de liber. & postb.* sic exprimit: In omni fere jure sic observari convenit, ut veri patris adoptivus filius numquam intelligatur; ne imagine naturæ veritas adumbretur, videlicet, quod non translatus, sed redditus videretur. idque & Ulpianus probat *l.* 1. §. 7. *D. de bon. poss. contr. tabb.*

Vidimus, quibus modis adquiratur patria potestas. videamus, quibus tollatur. indicat autem Rubrica, fuisse complures. primus est adoptio, de qua jam dictum satis. alter modus quem Rubrica adfert, est emancipatio. fiebat ea jure vetere per tres imaginarias emptiones venditionesque, & totidem manumissiones, exemplo legis Duodecim Tabularum: qua cautem erat; ne filius a patre fieret liber; nisi ter venditus, terque manumissus. potuisse autem singulas emancipationes fieri vel iisdem vel aliis testibus, item vel eodem die, vel intermisso tempore, Paulus refert *lib.* 2. *Sentent. tit.* 25. cæteri liberi, præter filium, una venditione & manumissione de patris potestate exibant: ut nos docet Ulpianus *tit.* 10. §. 1. *& l.* 8. §. 1. *D. de injusto rumpto.* Solebat autem pater, cum filium tertium manciparet, pacisci; ne manumitteretur ab emptore; sed ut sibi ab eo remanciparetur. quo casu dicebatur vendi

di contracta fiducia. ipse vero pater filium sibi remancipatum, manumittebat, ut manumissione fieret ejus patronus, & jura patronatus haberet. Hac forma fiebat emancipatio vetere jure. alia non erat: eoque sic rescripsere Diocletianus & Maximianus *l. 3. C. de emancip. liber. Non nudo consensu patria liberi potestate, sed actu solemni, vel casu liberantur: nec causæ quibus motus pater emancipavit filium, sed actus solemnitas quæritur.* Hunc rigorem imminuit Anastasius *l. 5. C. de emancipat. liber.* permittens, liberos a parentibus, qui id specialiter per Rescriptum impetraverint, apud Magistratum competentem, sine solemnitatibus de quibus dixi, emancipari nuda voluntate patris, consentiente tamen filio, nisi sit infans, qui etiam sine ejus consensu hoc modo emancipatur. Longius ivit Justinianus *l. ult. C. eod. tit.* nimirum voluit, patri jus esse, etiam non impetrato Principis Rescripto, liberos suos consentientes vel non contradicentes, apud judicem competentem, explosa omni vetere fictione, sola voluntatis declaratione a sua manu demittere: eoque facto, patri omnia præstari jura quæ patrono in bonis liberti tribuuntur; nec minus eum, si impubes filius sit, legitimam ejus tutelam nancisci.

Exposui tres emancipationis formas, veterem legitimam, Anastasianam, & Justinianeam, ordine traditas §. 6. *Inst. Quib. mod. jus patr. pot. solv.* qualiscumque autem sit, tantum inter volentes obtinet. ita neque liberi inviti manumittuntur; neque parentes coguntur eos manumittere: certa juris regula quæ ex Marciani *lib.* 5. Regularum extat *l. 31. h. t.* & (ut intelligitur ex *l. 4. C. de emancipat. liberor.*) ne infringitur quidem Rescripto Principis: non soliti beneficia tribuere in cujusquam injuriam. Sic: si nulla adferatur justa causa: nam si hæc sit; contra est; & est exemplum *l. 32. & 33. h. t.* juncta *l. 3. §. 6. D. de minorib.* item *l. 92. D. de condit. & demonstr.* præterea *l. ult. D. si a parente quis manumiss. & l. 12. C. de Episcop. aud.*

Præter adoptiones & emancipationes, ait Rubrica, esse alios modos quibus patria potestas solvitur. Diocletianus & Maximianus certe *l. 3. C. de emancip. liber.* dicunt, id fieri actu solemni vel casu. talis vero casus est, mors naturalis qua de Justinianus *pr. Inst. Quib. mod. jus patr. potest. solv.* & Ulpianus *tit.* 10. §. 2. nec minus maxima & media capitis deminutio quæ mors civilis appellatur *d. tit.* 10. §. 3. nisi si alterutram capitis deminutionem passus, ex indulgentia Principis restitutus sit per omnia: tum enim pristinum recipit statum §. 1. & 3. *Inst. d. tit.* A capitis deminutione separanda est captivitas hostium: ea enim patriam potestatem non tam tollit, quam suspendit: intercedente fictione juris postliminii, & legis Corneliæ §. 5. *d. tit.*

Magis casui comparetur dignitas; quamquam non omnis, etsi maxima, verbi gratia, Consulatus; (ut alibi monui ex Dionysio, & apparet ex §. 4. *Inst. d. tit. & l. 1. §. ult. D. de Senatusc. Macedon.*) sed dignitas Flaminis Dialis, & Virginis Vestalis. nam utraque tollit patriam potestatem, & quidem sine capitis deminutione: ut ex A. Gellio *lib. 1. Noct. Attic. c.* 12, & Ulpiano *d. tit.* 10. §. *ult.* præclare observavit *in Notis* Cujacius; simul explicandum inde esse, quod in *l. 3. §. ult. D. de Senatusc. Maced. l. 2. §. 1. D. Quod cum eo qui in alien. potest. & l. 1. §. 4. D. Quand. de pec. act. ann.* dicitur quis non modo morte, sed etiam alias, sui juris fieri sine capitis deminutione. Interim, sublata Gentili superstitione, nulli sunt Flamines Diales, nullæ Virgines Vestales: ideoque nulla in jure Justinianeo mentio tollendæ hoc modo patriæ potestatis. simile tamen obtinet in dignitate Patriciatus: qua Imp. Justinianus voluit, patriam potestatem solvi illico ab Imperialibus codicillis præstitis §. 4. *Inst. Quib. mod. jus patr. pot. solv.* & *l. 3. C. de Consulibus lib. 12. tit.* 3. idemque in *Novella* 81. *c.* 1. statuit in omni dignitate quæ filium liberat a curia; & definitur *l. ult. C. de Decurionib. lib. 10. tit.* 31. In capite autem 3. d. Novellæ, vult etiam Episcopos statim ab ordinatione sui juris fieri.

TITULUS VIII.

De divisione rerum & qualitate.

HActenus enarravit Imperator varias personarum divisiones, & singularum jura. proximum est, ut subjiciat rerum divisionem & qualitatem. sed rerum summa divisio Marciano *l. 2. h. t.* (unde descriptum a Justiniano est principium *Inst. d. t.*) quadripartita venit. *Quædam*, inquit Marcianus, *naturali jure communia sunt omnium, quædam universitatis, quædam nullius, pleraque singulorum.* Prima species est rerum quæ sunt jure naturali communes omnium. easque in §. 1. *d. l.* 2. definit ab exemplis: ut sæpe Veteres, Isidoro teste *lib. 2. Origin. c. 29. vers. Undecim. p.* 882. Ea porro exempla sunt, aër, aqua profluens, mare, littora, flumina, portus. Sic mihi videtur: simul *d. l.* 2. esse conjungendam cum *l. 4. h. t.* est enim utraque ex eodem Marciani *lib. 3. Institutionum*, & cohæsit olim. Accedit quod Michaël Attaliates, Græcus Jurisconsultus, *tit. 2. Pragmaticorum*, omnes eas res similiter vocat communes, atque eodem jure. Nec minus Prudentius *lib. 2. Adversus Symmachum* verbis sequentibus.

Nunc adsunt homini data munera legibus iisdem,
Queis concessa semel, fons liquitur, amnis inundat,
Velivolum ratibus mare finditur, influit imber,
Aura volat tenuis, vegetatur mobilis aër,
Et res naturæ fit publica, promptaque cunctis,
Dum servant elementa suum famulantia cursum.

Prudentius fontem, mare, imbrem, auram, aërem, & amnem, appellat rem publicam & cunctis promptam. id vero quid aliud est, quam esse communes omnium hominum? Non me confundit, quod idem Marcianus *d. l. 2. §. 1. h. t.* flumina non vocat communia, sed publica: & Justinianus *d. pr. Inst. h. t.* publica a communibus manifeste distinxit. nam vel ex Prudentio constat, ne alios vocem ad partes, quos habeo plurimos, publica & communia idem sonare apud Veteres: idque nec negant Jurisconsulti. Ex his Ulpianus *l. 24. D. de damno infecto* ait, fluminum usum esse communem, sicut littorum, & viarum publicarum. E diverso Justinianus §. 5. *Inst. h. t.* ait, littorum usum esse publicum & juris gentium, sicut ipsius maris. Eodem modo Ulpianus *l. 13. §. fin. D. de injur.* & Aristo *l. pen. h. t.* publicam vocant maris causam: quamquam mare & littora sunt communia. Sed sive communia, sive publica, ea dicamus, nihil addentes præterea, nihil dicimus: quia non est plena locutio, & fit demum integra: si dicamus, quorum & quo jure quæque communia aut publica esse velimus. Veteres enim duplicem fecere civitatem: unam majorem totius mundi, id est, Dei & omnium hominum: alteram minorem, Romanam, verbi gratia, aut Atheniensem, aut similem. inde quoque duplices fe-

fecerunt res publicas, vel communes; alias jure naturali & gentium, alias jure civili, utrique civitati convenienter. ita, cum flumen, cum littus, cum mare, aut eorum usum, dicimus publicum, omnium hominum jure gentium publicum intelligimus. ea enim plena locutio est. ac sic Gajus *l.* 7. §. 5. *D. de adq. rer. dom.* & Papinianus *l.* 45. *D. de usurp. & usucap.* etiam Justinianus §. 4. *& 5. Inst. h. t.* Hoc porro cum dicimus; quid volumus, nisi communia jure naturali esse omnium: id est, esse publica, non ita, uti ea quæ sunt in patrimonio Populi; sed ut ea quæ primum sunt a natura prodita, & in nullius adhuc dominium pervenerunt. ita prorsus de littoribus Neratius *l.* 14. *D. de adq. rer. dom.* Sed apparet, res communes & publicas jure naturali aut gentium esse easdem: & a Marciano non male fieri quadruplicem omnium rerum divisionem: etsi Justinianus *pr. Inst. h. t.* separatis rebus communibus & publicis, facit quintuplicem omnium rerum divisionem: sic scribens; *Quædam enim naturali jure communia sunt omnium, quædam publica, quædam universitatis, quædam nullius, pleraque singulorum.* Sed jam dudum suspicatus sum, laborare locum illum: quia est manifeste descriptus ex Marciano; cum eoque si bene habebit, convenire debet. nec me fallo; conjiciens, hæc verba, *quædam publica*, pro spuriis esse expungenda. nisi quis malit, scribi, quasi ex interpretatione alicujus, *Quædam naturali jure communia sunt omnium*, quæ eadem publica, *quædam universitatis.* Marciani sane in *d. l.* 2. non sunt. sic conjeci *lib.* I. *Probabilium c.* 7. *&* 8: mirumque est, ni ea conjectura adjuvetur conjunctione Fragmentorum Marciani quæ Tribonianus ex ejus libro tertio Institutionum sparsit per *l.* 2. 4. 6. *h. t.* Sed in primis id clarescet, si videamus, qualia Veteres jure gentium cum communia, tum publica appellent: sic enim cum nomine etiam res consentiet. docuit igitur me Cicero *lib.* I. *De officiis cap.* 16. a Veteribus communia dici omnia quorum innoxia sit utilitas: id est, quorum usus, cum prodest uni, non nocet alteri. quo in numero posuit Marcianus *l.* 2. §. I. *l.* 4. *l.* 6. *h. t.* (nam omnia illa Fragmenta, ut sunt ex eodem libro tertio Institutionum, conjungenda sunt) aërem, aquam profluentem, mare, littora maris, flumina, portus. iisque ripas addit Gajus *l.* 5. *h. t.* Prima species Marciano venit aër. is vero ita communis est omnium, ut etiam quæ in eo agunt sint communia. hac ratione ne aucupari quidem quis prohiberi potest; &, si prohibeatur, competit ei injuriarum actio. quamquam potest quis prohiberi, ne alienum agrum ingrediatur *l.* 13. §. *ult. D. de injuriis:* quia ager est privati dominii: ut ut avis quæ in eo sit, nullius sit.

Altera species rerum jure naturali communium Marciano est aqua profluens. Theophilus vertit aquam semper fluentem. Prudentius tamen *d. loco* etiam imbris meminit.

Tertia species rerum communium Marciano est mare. in eoque permittitur unicuique inter alia jus piscandi; & si prohibeatur piscari, ei competit actio injuriarum, perinde ut si quis in publico lavare, aut in cavea publica, (id est, in theatro, interprete Lipsio *De Amphitheatro c.* 2.) vel in quo alio publico loco sedere, agere, conversari: non patiatur, aut si quis me re mea uti non permittat *d. l* 13 §. *ult. D. de injur. l.* 2. §. 9. *D. Ne quid in public. loc.* Est & ille ejus juris effectus: ut pilæ molesque in mare jactæ, sint ejus qui jecerit. ita Celsus *l.* 3. §. I. *D. eod. tit.* negat tamen, id concedendum esse: si eo modo deterior sit futurus littoris marisve usus. scilicet, quia usus maris, si non sit innoxius, non est communis. Proinde etsi exstruentis sit in mari exstructum; ut tamen exstruere liceat, ait Pomponius *l.* 50. *D. de adq. rer. dom.* opus esse decreto Prætoris: (vel potius Principis: ut legunt quidam) quin etiam manu prohibendum qui id faciat cum cæterorum incommodo. utique civilem actionem de faciendo nullam habere. imo Ulpianus probat, adversus eum qui molem in mare jacit, ei cui forte nocitura sit hæc res, competere utile interdictum, Ne quid fiat in loco publico. quamquam, si nemo damnum sentit; tuendum esse qui in littore ædificat, vel molem in mare jacit *l.* 2. §. 8. *D. Ne quid in public. loc. l.* I. §. 18. *D. de Nov. oper. nunc.*

Exemplo maris communia omnium jure naturali Marciano sunt littora maris. utique quatenus innoxius est eorum usus. Sic Virgilius.

—— *Littusque rogamus*
Innocuum, & cunctis auramque undamque patentem.

Hac igitur ratione ait Marcianus *l.* 4. *h. t.* quod nemo ad littus maris accedere prohibetur piscandi causa: dum tamen (sic addit) villis, & ædificiis, & monumentis abstineatur: & causatur, quia non sunt juris gentium; id est, quia sunt privata. & recte: cum enim littus omnium commune sit jure gentium; consequens est, ædificatione, velut occupatione, fieri ædificantis *l.* 14. *D. de adq. rer. dom.* Atque ita est: licet unicuique ad littus accedere piscandi causa: licet etiam cuique in littore casam ponere, qua se recipiat *l.* 5. §. I. *h. t.* addam, ædificare perinde ut in mari; & littus suum facere ædificatione. utique, nisi deterior futurus sit littoris marisve usus *d. l.* 3. §. I. *D. Ne quid in public. loc.* Scævola *l.* 4. *D. eod. tit.* ait, nisi usus publicus impediret. adeo, ut liceat in littore ædificare, tam est in eo, quam in mari, adhibendum Principis decretum: sic enim legendum in *d. l.* 50. *D. de adq. rer. dom.* non Prætoris decretum; ut paulo ante monui. Id vero si est; intelligimus, Celsum *l.* 3. *D. Ne quid in publico loco*, cum ait, littora in quæ Populus Romanus imperium habet, Populi Romani esse, tantum respicere ad tutelam publici atque innoxii usus; (quæ tutela est imperii Populi Romani) non etiam ad ejus velut patrimonium *l.* 14. *D. de adq. rer. dom.* Cæterum etsi quis ædificatione suum facit littus: est tamen hæc littoris ratio; ut, si dirutum rursus aut derelictum sit ædificium, juri pristino restitutum intelligatur; & ideo rursus occupantis fiat *l.* 45. *D. de usurp. & usucap.* Hæc de littoribus.

Sequuntur flumina *l.* 4. §. I. *h. t.* nam, ut dixi, conjungenda uno spiritu ea lex est cum *d. l.* 2. ait vero Marcianus, *Sed flumina* (in quibusdam libris est, *sed & flumina*) *pene omnia & portus publica sunt.* Sensus Marciani, quod sicut maria & littora, ita flumina & portus, sunt publica sive communia jure gentium. non tamen hoc de omnibus fluminibus sentit Marcianus, sed pene omnibus. Ulpianus *l.* I. §. 3. *D. de fluminibus* perennia distinguit a cæteris: testatus, illa publica esse, ista non esse, Cassium probabiliter definiisse. igitur flumina non minus, quam maria & littora, patere omnibus, docet Justinianus §. 2. *Inst. h. t.* & non jure civili publica, sed jure gentium publica appellari, claret ex §. 4. sequente, & cæteris quæ in antecessum jam tradidi. Est igitur in fluminibus idem juris effectus qui est in mari & in littoribus. nam & in fluminibus est cuilibet jus ædificandi: &, si credimus Marciano *l.* 6. *h. t.* (quæ conjungenda cum *d. l.* 2. §. I, sicut est ex eodem libro) soli, id est, alvei, domini constituuntur qui ibi ædificant: dum tamen (ut Ulpianus temperat *l.* 24. *D. de damno infecto*) in his pu-

blice ædificetur, & sine incommodo cujusquam fiat. Primum ait, ædificandum esse publice: id est, publica, vel Principis, auctoritate: ut in *l.* 6. §. 3. *& l.* 9. *pr. &* §. 1. *h. t. junct. l. ult. D. Ut in possess. legat & l.* 2. §. *ult. D. de judic.* Deinde non aliter ædificandum, quam si fiat sine cujusquam damno: causa ea, quod ubi non est innoxius, non est communis, fluminis aut maris usus. Sic Veteres. Nisi aliter Scævola *l. ult. D. de fluminibus.* Verum corruptus est locus, & restituendus eo remedio quod præscripsi *lib.* 4. *Probabilium c.* 1. Quod dixi de jure ædificandi, etiam de piscatione dici potest. nam jus piscandi omnibus commune esse in portu fluminibusque, palam Justinianus scribit §. 2. *Inst. h. t.* idque in tantum placet Marciano: ut in *l.* 7. *D. de divers. temp. præscript.* (quæ est ex ejus libro tertio Institutionum) ita scribat, *Si quisquam in fluminis publici diverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem uti jure probibet.* In quibusdam libris est, *prohibere*; sed Florentiæ rectius legitur, *prohibet.* sensus: Is qui solus pluribus annis piscatus sit in diverticulo fluminis publici, potest, quamdiu piscatur, alium prohibere, ne ibi piscetur. & est ratio: quia is locus quamdiu possidetur, tamdiu possidentis est jure occupationis. Quid, si desierit ibi piscari? jam alium prohibere non potest. Sic censeo, etsi silet Marcianus. sed me movet: quod ipse *l.* 6. *h. t.* (quæ est ex eodem libro tertio Institutionum) ait, locum derelictum, quasi jure postliminii, reverti in pristinam causam. Putemus igitur, in *d. l.* 7. a Marciano respici ad exceptionem possidentis; eamque legem esse idcirco positam sub Titulo, De præscriptionibus, quod nulli datur præscriptio, id est, exceptio, nisi possidenti. atque hoc eo verius; quia Papinianus *l.* 45. *D. de usurpat. & usucap.* sic scribit. *Præscriptio longæ possessionis ad obtinenda loca juris gentium publica concedi non solet. quod ita procedit: si quis ædificio funditus diruto, quod in littore posuerat, aut dereliquerat ædificium, alterius postea eodem loco extructo occupantis datam exceptionem opponat: vel si quis quod in fluminis publici deverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem jure probibeat.* Aut me fallit animus meus, aut Rubrica, De usurpationibus & usucapionibus, sub qua posita illa lex est, indicio est, a Papiniano tractari; an in littore, aut in fluminis diverticulo, loci occupati proprietas, omissa loci possessione, longi temporis præscriptione retineatur. Mitto Rubricam: ipse sic Papinianus: *Præscriptio longæ possessionis ad obtinenda loca juris gentium publica concedi non solet.* Quæstio igitur Papiniano est de præscriptione longi temporis in locis jure gentium publicis: id est, de obtinenda in his per eam proprietate, omissa possessione. fac: aliquis ædificium, a se in littore positum, possedit per longum tempus. deinde id diruit. mox alius occupavit eumdem locum, posito ibi alio ædificio. hujus possessionem ædificator prioris ædificii aliquo recepit casu. quæritur; an adversus novi ædificii ædificatorem, rei vindicatione agentem, possit se tueri exceptione longæ possessionis? Negat Papinianus: arbitratus, si sequens ædificator vindicet locum a se ædificatum: (ut ei jus est: quia is locus ædificatione factus est ejus proprius *d. l.* 6. *h. t. & l.* 14. *D. de adq. rer. dom.*) non posse priorem, post dirutum suum ædificium, quamquam sequentis ædificii possessionem receperit, se adversus vindicationem tueri exceptione, seu præscriptione longæ possessionis: quia illa in locis jure gentium publicis, qualis locus est littus, non obtinet, Marcianus *d. l.* 6. sic exprimit: *ædificio dilapso, quasi jure postliminii, revertitur locus in pristinam causam; & si alius in eodem loco ædificaverit, ejus fiet.* Simili ratione censet Papinianus, si quis, quod in fluminis publici deverticulo solus pluribus annis piscatus sit; eum propterea, postquam desiit ibi piscari, non posse alterum prohibere, eodem jure uti: quia nec in flumine quod est publicum jure gentium, locum habet præscriptio longæ possessionis. Erit hæc mea interpretatio aliquanto evidentior; si Papiniani verba, hactenus obscura, propter adventitia verba, ita, ut oportet, restituero. *Præscriptio longæ possessionis ad obtinenda loca juris gentium publica conceai non solet. quod ita procedit: si quis ædificio funditus diruto, quod in littore posuerat,* * *alterius postea eodem loco extructo, occupanti datam exceptionem opponat: vel si quis, quod in fluminis publici deverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem jure probibeat.* Sic corrigo ac lego. Florentiæ, extat, *occupantis.* sed scripsi, *occupanti:* ut est in aliis libris, & sensus postulat. præterea legitur constanter, *Si quis ædificio funditus diruto, quod in littore posuerat, aut dereliquerat ædificium, alterius postea.* Sed ausus sum, quæ est mea confidentia, importuna Papiniano verba, *aut dereliquerat ædificium*, in marginem remittere pro interpretatione. nam in textu retineri nequeunt: quia non tractatur a Papiniano casus, in quo a priore ædificatore pro derelicto habitum sit integrum ejus ædificium, idemque ab alio occupatum: sed ubi priore ædificio funditus diruto ab ædificatore, deinde locus ille ab alio est occupatus, posito novo ædificio. A Papiniano tantum unum hunc tractari casum, & non alterum quoque quem præferunt expuncta a me verba, nimis liquet ex sequentibus Papiniani verbis: *Alterius postea eodem loco extructo, occupanti datam exceptionem opponat.* Non igitur retinenda in textu sunt quæ delevi verba: sed ad oram libri releganda pro glossemate: quo significabatur ab Interprete, Papinianum indigitare, si derelictum a priore sit ædificium quod in littore posuerat, non ei prodesse præscriptionem longæ possessionis adversus sequentem ædificatorem.

Satis de fluminibus: restant ripæ. has Paulus *l.* 3. *D. de fluminibus* ait *publicas* esse. plenius Gajus *l.* 5. *h. t.* dicit, *riparum usum publicum esse jure gentium, sicut ipsius fluminis. itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia siccare, & ex mare reducere, onus aliquod in bis reponere, cuilibet liberum esse, sicuti per ipsum flumen navigare.* Sic Gajus & bene: quia omnia sunt innoxii usus; & ideo publica jure gentium. Unum addam, etsi levius sit: quod ait, *ex mare:* ut Veteres sæpe, auctore Ruffardo, *Not. ad h. l.* & Gifanio, *Indice ad Lucretium.* In quibusdam tamen libris esse, *& ex mari deducere onus aliquod, & in bis reponere*, idem observat Ruffardus; illamque lectionem Florentina esse integriorem. Ego insuper notabo; quod Gajus injicit mentionem *maris;* cum disputet de ripis fluminum: puto, per incogitantiam, Veteribus non infrequentem. exempla jam olim observavi *lib.* 1. *Probabilium. c.* 9. Hactenus de usu riparum. quod ad proprietatem attinet: ait Gajus, ex eoque Justinianus §. 4. *Inst. h. t.* hanc esse illorum quorum prædiis hærent: qua de causa arbores quoque in his natas, eorumdem esse; & eum qui in illis ædificat, non suum facere *l.* 15. *D. de adq. rer. dom.*

Tradidi res omnium hominum communes seu publicas jure naturali & gentium ex mente Veterum Jurisconsultorum: quæ sola quærenda fuit, eorum Fragmenta exponentibus. passim alio aberrarunt Interpretes: quia eos decepit usus proxi-

* Aut dereliquerat ædificium.

ximorum ſeculorum: qui multo recentior eſt; & Marciano, cæteriſque Veteribus Juriſconſultis, plane incognitus. debetur enim juri Feudali: ubi flumina, portus, ripatica, Regaliis annumerantur ab Imp. Frederico *Tit. Quæ ſint Regaliæ, qui eſt* 56. *lib.* 2. *Feudorum.* Quod jure civili non ita fuiſſe, ex ſuperioribus intelligitur.

Succedunt res civili jure publicæ, ſeu jure civili communes, ideoque non omnium hominum communes, ſed dumtaxat eorum qui ejuſdem univerſitatis ſunt. & hæ idcirco Marciano *l.* 2. & Gajo *l.* 1. *h. t.* dicuntur eſſe Univerſitatis. Eſt autem, ut hoc addam, univerſitas: ubi plures homines ſub certis legibus coëunt in unum corpus. lateque hic patet hoc nomen. nam & collegia & civitates complectitur. ſunt igitur res univerſitatis aut proprie publicæ jure civili, aut abuſive. proprie Populi Romani res: abuſive cæterarum civitatum *l.* 15. & 16. *D. de verb. ſign.* Utræque rurſus ſunt aut in uſu privatorum, aut in pecunia, ſeu patrimonio univerſitatis *l.* 17. *D. d. t. l.* 6. *D. de contr. empt.* In uſu ſingulorum ſunt theatra, ſtadia. & ſimilia. De his ita Ulpianus *l.* 2. §. 2. *D. Ne quid in loc. public. Loca publica utique privatorum uſibus deſerviunt, jure ſcilicet civitatis, non quaſi propria cujuſque: & tantum juris habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet.* Seneca id jus ſic deſcribit, *lib.* 7. *De benefic. c.* 12. *Pluribus modis communia ſunt. equeſtria omnium equitum Romanorum ſunt. in illis tamen locus meus fit proprius quem occupavi. hoc ſi cui ceſſi, quamvis illi communi re ceſſerim, tamen aliquid dediſſe videor. quædam quorumdam ſub certa conditione ſunt. habeo in equeſtribus locum, non ut vendam, non ut locem, non ut habitem: in hoc tantum, ut ſpectem. propterea non mentiar, ſi dicam me habere in equeſtribus locum: ſed cum in theatrum veni, ſi plena ſunt equeſtria, & jure habeo locum illic, quia ſedere eſt mihi liberum: & non habeo, quia ab his cum quibus jus mihi loci commune eſt, occupatus eſt.* In pecunia ſeu patrimonio Populi quæ ſunt, ea ait Marcianus *d. l.* 6. § 1. *h. t.* eſſe univerſitatis, non ſingulorum. Gajus *l.* 1. *h. t.* ſic exprimit: Res publicæ nullius in bonis eſſe creduntur: ipſius enim univerſitatis eſſe creduntur. Ideoque, ut Marcianus *d.* §. 1. ait, nec ſervus communis civitatis ſingulorum pro parte intelligitur, ſed univerſitatis. & ideo tam contra civem, quam pro eo poſſe ſervum civitatis torqueri, Divi Fratres reſcripſerunt. ideo & libertus civitatis non habet neceſſe, veniam Edicti petere, ſi vocet in jus aliquem ex civibus. Æque elegans inter univerſitatem & ſingulos differentia eſt apud Paulum *l.* 20. *D. de reb. dubiis:* ubi vide. Similiter ait Ulpianus *l.* 7. §. 1. *D. Quod cujuſque univerſ.* Si quid univerſitati debetur, ſingulis non debetur; nec quod debet univerſitas, ſinguli debent. idque & Seneca vidit. *lib.* 6. *De benefic c.* 20. Hæc ſuffecerint præſenti loco. plura infra *lib.* 3. *ſub Tit. Quod cujuſque univerſ.*

Ex ordine ſequuntur res nullius, Marciano in *l.* 2. *h. t.* tertiam facientes rerum ſpeciem. & pro exemplis illi ſunt in *l.* 6. §. 2. res ſacræ, religioſæ, & ſanctæ. quamquam etiam aliæ poſſint nullius dici; ut natura feræ beſtiæ; caſu jacens hereditas; tempore theſaurus; domini voluntate res pro derelictis habitæ. Sed res ſacræ, ſanctæ, & religioſæ, ſingulari ratione nullius appellantur: quia legibus exemptæ humano commercio, non modo non ſunt alicujus; ſed nec poſſunt alicujus fieri. Gajus *l.* 1. *h. t.* ait, res ſacras & religioſas eſſe divini juris; ſanctas autem, veluti muros & portas quodammodo divini juris eſſe, omneſque hac ratione nullius in bonis haberi: at non alio ſenſu, quam quod Populus eas in uſum divinum ſeparavit, prohibito profano uſu. ita quæ res ſacræ fiunt, non deſinunt eſſe humani juris. contra manent Populi, ſicut ante fuerunt ejus. tantum ſacras vocat ab uſu ſacro cui eas deſtinavit: donec ei placeat, alia poſtulante occaſione, eas ad uſum alium jam neceſſarium adhibere. ſed hoc pulchre obſervatum a Summo Viro, Hugone Grotio *lib.* 3. *De jur. bel. & pac. c.* 5, non exequar pluribus, ne prolixus ſim. potius explicabo ſpecies a Marciano allatas *d. l.* 6. §. 3. Primas dat rebus ſacris: dicens, tales eſſe quæ ſunt publice conſecratæ, non private. quomodo eas etiam definit Ulpianus *l.* 9. *h. t.* (opinor) in interpretatione Edicti: in *l.* 1. *D. Ne quid in loco ſacro* concepti in hæc verba: *In loco ſacro facere, inve eum immittere quid, veto.* eſt enim uterque locus ex eodem *lib.* 68. Ulpiani ad Edictum. Ait igitur *d. l.* 9. Ulpianus, in eo Edicto ſacra loca eſſe ea quæ publice ſunt dedicata, ſive in civitate, ſive in agro. Publice autem eſt, publica auctoritate: ut olim juſſu Populi ex Lege Papiria, teſte Cicerone *Pro domo*, hodie permiſſu Principis *l. ult. D. Ut in poſſ. leg. d. l.* 9. §. 1. Juſtinianus §. 8. *Inſt. h. t.* Sacræ, inquit, res ſunt quæ rite per Pontifices Deo conſecratæ ſunt. Rite autem, apud Feſtum in *Sacer mons*, eſt, quocumque modo atque inſtituto civitatis. Oportet igitur rem, ut ſacra fiat, (id eſt, Divini juris: nam, apud Macrobium *lib.* 3. *Saturn. c.* 3, *Sacrum eſt*, ut Trebatius refert, *Quidquid eſt, quod Deorum habetur*) eſſe rite & publice dedicatam. quod vero privatim dedicatur propria auctoritate, manere profanum, id eſt, privati juris, Juſtinianus ait *d.* § 8. Optime Ælius Gallus, apud Feſtum *d. loc.* ait, *ſacrum eſſe quocumque modo atque inſtituto civitatis conſecratum ſit, ſive ædis, ſive ara, ſive ſignum, ſive locus, ſive pecunia, ſive quid aliud quod Diis dedicatum atque conſecratum ſit. quod autem privati ſuæ religionis cauſa aliquid earum rerum Deo dedicent: id Pontifices Romanos non exiſtimare ſacrum. at ſi qua ſacra privata ſuſcepta ſunt quæ ex inſtituto Pontificum ſtato die aut certo loco facienda ſint: ea ſacra appellari, tanquam ſacrificium. ille locus, ubi ea ſacra privata facienda ſunt, vix videtur ſacer eſſe.* Sed, ut eo redeam, quia ait Prætor in ſuperiore Edicto *d. l.* 1. *In loco ſacro facere, inve eum immittere quid, veto:* obſervat *d. l.* 1. §. 1. Ulpianus, *Hoc interdictum de ſacro loco, non de ſacrario competere.* indeque *l.* 9. § 2. *h. t.* quæ conjungenda eſt cum *d. l.* 1. §. 1, ut ex Inſcriptione jam oſtendi, *aliud eſt*, inquit, *ſacer locus, aliud ſacrarium. ſacer locus eſt, locus conſecratus. ſacrarium eſt locus in quo ſacra reponuntur: quod etiam in ædificio privato eſſe poteſt: & ſolent qui liberare eum locum religione volunt, ſacra inde evocare.* Sic ille. Quid vero indigitet, docet V. CL. Jacobus Rævardus *lib.* 2. *Conjectan. c.* 17. alia ſententia V. CL. Petri Fabri *lib.* 2. *Semeſtr. c.* 4. & poteſt uterque conſuli, ſi cui tanti res ſit. Interea quæram effectum loci conſecrati. Eſt autem unus: quod Prætor vetat, quid in eo fieri, inve eum immitti *d. l.* 1. & ſi factum ſit, jubet reſtitui, propter religionem *l.* 2. §. 19. *D. Ne quid in loc. public.* ait tamen Ulpianus *d. l.* 1. §. 2. quod Prætor vetat, Ne quid in loco ſacro fiat, non ad hoc pertinere, quod ornamenti cauſa fit, ſed quod deformitatis vel incommodi. eſt & alter effectus conſecrationis, ut res ſacra habeatur extra commercium, eoque non recipiat æſtimationem *d. l.* 9. §. *ult.* nec alienationem: in tantum, ut æde ſacra facta, etiam diruto ædificio, quia locus ſacer manet *l.* 6. §. 3. *h. t.* ideo venire non poſſit *l.* 73. *D. de contrah. empt.* utique principaliter, nam per acceſſionem

rei majoris res sacra alienari potest: ut veniet dicendi locus *lib.* 18. *tit.* 1. Imo Justinianus eam principaliter alienari sinit propter redemptionem captivorum *d.* §. 8. nec minus ob insignem famem, & grande æs alienum ecclesiæ quod aliunde nequeat dissolvi *l.* 21. *& auth. seq. C. de sacro-sanct. eccles.* Cæterum, etsi alienationem effugiat res sacra, obstante religione; si in hostium potestatem veniat, quia hostium fit jure belli, sacra esse desinit. ut tamen liberata rursus hostili vi, quasi jure postliminii pristino statui restituatur *l.* 36. *D. de religios.*

Altera species rerum nullius Marciano *l.* 6. §. 2. *h. t.* est res religiosa. ejusque rei definitionem mox ipse subjicit §. 4. ibi sequente. quam exponam lib. XI. tit. VII. qui est *De religiosis.* hic tantum observabo, interesse inter locum sacrum & religiosum, etsi uterque sit divini juris. nam sacer locus dicitur dicatus Diis superis: religiosus Diis manibus, id est, inferis: ac superis tantum publice: inferis etiam private. nam mortuo illato in locum, statim mutatur jus loci, & ex privato fit religiosus: modo in suum quisque locum inferat mortuum, vel in alienum domini voluntate. est igitur locus religiosus non utique sacer: (non enim a Pontificibus rite Diis consecratur sepulchrum, magis fit privata mortui illatione) & tamen æque ac sacer divini juris habetur religionis causa *l.* 1. *h. t. & l.* 1. *D. de interdict.* dictusque religiosus, quoniam sit aliquid quod ibi homini facere non liceat. quod si faciat, adversus Deorum voluntatem fecisse videtur; ut apud Festum in *Religiosum* dixit Ælius Gallus: addens, sepulchra ab hac ratione etiam sacra & sancta appellari. Eodemque modo & sensu Ciceroni *lib.* 4. *De republ.* apud Nonium *in Sanctitudo p.* 582. legitur, *Sic Pontificio jure sanctitudo sepulturæ.* Et apud Gruterum *Corp. Inscript. p.* 867. *Inscr.* 5. *Consecrata sepulchra religionis eorum causa.*

Tertia species rerum nullius Marciano *d. l.* 6. §. 2. venit res sancta. dicitur autem ei *l.* 8. *h. t.* sanctum *quod ab injuria hominum defensum atque munitum est.* Ulpianus *l.* 9. §. 3. *d. t.* sic definit: *Proprie dicimus sancta, quæ neque sacra, neque profana sunt, sed sanctione quadam confirmata: ut leges sanctæ sunt. sanctione enim quadam sunt subnixæ. quod enim sanctione quadam subnixum est, id sanctum est, etsi Deo non sit consecratum: & interdum in sanctionibus adjicitur, ut qui ibi aliquid commisit, capite puniatur.* Sic Ulpianus, & obscurius: nisi referatur ad Edictum quod est in *l.* 1. *D. Ne quid in loco sacro.* nam ad ejus interpretationem spectare totam *l.* 9. *h. t.* paulo ante indicavi. in eo igitur Edicto cum vetaret Prætor, aliquid fieri in loco sacro, inve eum immitti, quo ei damnum fiat: primum dixit Ulpianus, locum sacrum esse, Deo consecratum, eoque a profano distinctum. Difficultatem habebat, an sub loco sacro etiam sanctus contineatur, murus, verbi gratia, aut porta civitatis. movebat hinc: quod sancta proprie neque sacra, neque profana sunt: nam & exempta sunt commercio; & tamen non sunt Deo consecrata. contra movebat: quod sancta sunt sanctione quadam confirmata; & quod sanctione quadam subnixum est, id sanctum est, etsi Deo non sit consecratum. Hoc vero placuit Ulpiano: quia ut locus sanctus, qualis, ut dixi, murus & porta, proprie non sit divini juris, id est, sacer: quia non est Deo consecratus: tamen quodammodo divini juris, id est, instar sacri, jure civili habetur, auctore Gajo *l.* 1. *h. t.* & Justiniano §. 10. *Inst. d. t.* & inde confundi aliquando ea verba, etiam Ælius Gallus confitetur, apud Festum in *Religiosus.* hac igitur ratione voluit Ulpianus, sub loco sacro in Edicto etiam sanctum comprehendi: arbitratus, convenire Prætoris menti; ne minus sancta, quam sacra loca violentur: cum præsertim sancta vocentur quæ sanctione quadam sunt confirmata. additque, Ulpianus, hoc placere usque adeo, ut in sanctionibus interdum adjiciatur: ut qui ibi aliquid commisit, capite puniatur. Tale evenit in muris & portis civitatis, quos Justinianus *d.* §. 10. ideo sanctos dici refert: quia pœna capitis constituta est in eos qui aliquid in muros deliquerunt. Exemplum adfert Pomponius *l. ult. h. t.* his verbis: *Si quis violaverit muros, capite punitur: sicuti si quis transcendet scalis admotis vel alia qualibet ratione. nam cives Romanos alia, quam per portas egredi non licet.* Omnes libri habent, *egredi.* sed apud Græcos *Basilic. lib.* 46. *tit.* 1. *tom.* 6. *pag.* 164. est, *ingredi*, forte melius: quamquam apud Scholiastem est, *egredi*. Verum in *l.* 3. §. 17. *D. de re militari* similiter est, *ingredi.* facitque etiam huc, quod Pomponius *d. l. ult.* causatur, *esse illud hostile atque abominandum.* Hoc tamen in medio relinquo. Illud miror, a tot seculis adhuc credi a Doctissimis Viris, hanc definitionem spectare tantum ad muros Urbis Romæ: non etiam ad muros municipiorum. primum enim nil distinguit Justinianus *d.* §. 10. contra simpliciter loquitur de muris & portis. deinde legimus apud Festum in *Religiosus*, *Sanctum murum qui sit circa oppidum.* Etiam ait Marcianus *l.* 8. §. 2. *h. t.* Cassium referre, *In municipiis quoque muros esse sanctos, Sabinum recte respondisse.* Sancti igitur appellatio ex Sabini sententia tam accipi debet in municipalibus muris, quam in muris Urbis Romæ: quia, ut Marcianus ait, in municipiis *quoque* muros sanctos esse, Sabinus respondit: id est, non tantum in Urbe, sed etiam in municipiis. ac de his cogitasse Ulpianum *d. l.* 9. §. 3. satis apparet ex sequente §. 4. Sit ita: at sunt sanctitatis gradus. Ego vero non animadverto causam; cur in proposito muri Urbis Romæ a municipalibus muris sanctitate disterminentur. Non me fugit, Romam esse imperii sedem, eoque esse majorem ejus, quam municipiorum dignitatem. at hac quæstione non dignitati Urbis consulitur; sed securitati imperii: nempe, ne adversus eam quid hostile cogitetur transcensione murorum vel Urbis, vel municipiorum. Est enim (ut Vitruvius ait *lib.* 1. *De architect. c.* 3.) *Defensionis murorum turriumque & portarum ratio, ad hostium impetus perpetuo repellendos excogitata.* Et ad rem Cicero *lib.* 3. *De Nat. Deor. c.* 40. *Est mihi tecum pro aris & focis certamen, & pro Deorum templis atque delubris, proque urbis muris, quos vos Pontifices sanctos esse dicitis, diligentiusque urbem religione, quam ipsis mœnibus cingitis.* Hac igitur causa Pomponius *d. l. ult.* *Si quis*, inquit, *violaverit muros, capite punitur: sicuti si quis transcendet scalis admotis vel alia qualibet ratione. nam cives Romanos alia, quam per portas egredi non licet, cum illud hostile & abominandum sit.* Eodem modo apud Modestinum *l.* 3. §. 17. *D. de re militari, Si quis vallum transcendat, aut per murum castra ingrediatur, capite punitur.* Non majoris momenti fuerit, si quis putet, Pomponium *d. l. ult.* nominatim loqui de Urbe Roma: eo quod loquitur de civibus Romanis. Nec tamen pro me adferam, omnes qui in Orbe Romano sunt, cives Romanos esse. Id enim numquam somniavit Pomponius: illo jure, cum is vixit, nondum cognito, & diu post ejus mortem introducto a Caracalla: ut alibi monui. Verius dicam; quod vel ante eam Constitutionem, tam in municipiis, quam Romæ habitabant cives Romani. quin, si concedam, Pomponium *d. l. ult.* loqui de Urbe Roma: non ideo liceat alicui inde facere argumentum a contrario; quasi proinde in municipiis in-

ſive aliis, quam civibus Romanis, aliud jus ſit: cum præſertim in doctrinis Jurisconſultorum talia argumenta plerumque falſa ſint: ſolitis Jurisconſultis ſuas definitiones ſæpe exemplo illuſtrare; nec ideo eas reſtringere.

At (revertar enim in viam) quemadmodum pœna capitalis eſt poſita muros tranſcendentibus: quod dixi viſum eſſe hoſtile: ita ſi in muros admittatur aliud, quod non ſit hoſtile, etſi muris adferat damnum aut incommodum *l.* 2. *D. Ne quid in loco ſacro*; id quidem non eſt permiſſum: ſed non idcirco vindicatur capitali pœna. tantum agitur tum interdicto, ut factum reſtituatur *l.* 2. §. 19. *D. Ne quid in loco publico:* nec minus lege Julia de peculatu in quadruplum *l.* 6. §. *ult. l. pen. D. Ad leg. Jul. de peculatu*, aut ad deportationem *l.* 3. *D. eod. tit.* Atque huc forte reſpicit illud Ulpiani *l.* 11. *eod. tit. Qui perforaverit muros vel inde aliquid abſtulerit, peculatus actione tenetur.* Niſi malis hoc accipere de muris alicujus ſacræ ædis. Quidquid eſt: conjungenda *d. l.* 11. eſt cum *d. l.* 9. §. 3. quando utraque eſt ex eodem Ulpiani *lib.* 68. Ad Edictum: ſicut quoque *l.* 1. *D. Ne quid in loco ſacro:* & omnes pertinent ad interpretationem Edicti ibi propoſiti.

Poſtrema rerum ſpecies apud Marcianum *l.* 2. *b. t.* conſtat rebus ſingulorum. hæ vero ſunt privatæ, id eſt, in patrimonio, ſeu dominio, privato. eſtque dominium (quod addam obiter) jus pro arbitratu de re diſponendi, præterquam ſi quid vi aut jure prohibeatur. nec male Conſtantinus, ſuæ, inquit, quisque rei moderator atque arbiter, non omnia negotia, ſed pleraque, ex proprio animo facit *l.* 21. *C. Mandati.* Nimirum utitur vel abutitur ſuis quisque ita, ne ab alio impediri privato jure poſſit. contra poteſt a ſuo arcere alium æque privatum §. 12. *Inſt. b. t.* cæterum habet reſpublica jus eminens in perſonas & in bona ſingulorum pro tuenda omnium utilitate: quia in civilem ſocietatem coëuntes, communis libertatis tuendæ gratia, conſentire intelliguntur in omnia ſine quibus finis quem ſibi propoſuerunt omnes, obtineri a civitate nequit. Hoc jure adimitur pupillo, prodigo, furioſo, aliisque, bonorum ſuorum adminiſtratio, ad ipſorum perniciem evaſura: cum ipſorum interſit, ne id fiat: nec minus expediat reipublicæ; ne re ſua quis male utatur §. *ult. Inſt. de his qui ſui vel alien. jur. ſunt.* Privatum dominium (nam in eo ſingulorum res ſunt) olim fuit vel Quiritarium vel bonitarium: ut ex Ulpiani *Fragmentis tit.* 1. & *tit.* 19. intelligitur: ſed ea differentia a Juſtiniano ſublata *l. unic. C. de nud. jur Quirit. tollendo*, hodie eſt dominium ſimplex. ſed quod poteſt haberi vel plene; cum nulla abeſt pars: vel minus plene; cum aliqua abeſt, ut uſusfructus aut jus ſimile. poſteriore modo dicitur dominium eſſe duplex: aliud directum, aliud utile. dominium directum vindicatur directa in rem actione: utile vindicatur actione in rem utili. in hoc agnoſcit quis alium dominum, in illo non. exemplum utriusque in emphyteuſi, & ſuperficie. nec reſiſtam volenti his nominibus docendi cauſa uti. non enim poteſt negari, quin res in jure ſit: etſi nomina directi & utilis dominii nusquam extent apud Veteres. dixerunt illi directam in rem actionem, & utilem in rem actionem. utile & directum dominium dixerunt numquam. quin quod vulgo vocatur dominium directum, illi ſimpliciter appellarunt dominium; & quod dicitur utile, illi jus in re, vel jus dominio proximum, id eſt, dominio ſimile, nominarunt *l.* 19. *D. de damno infecto.* Sit igitur, volentibus loqui cum Veteribus, vel dominium vel jus in re. Interpretes his non contenti, præterea faciunt jus ad rem, diverſum a jure in re: arbitrati, jus ad rem eſſe obligationem. meo judicio, imperite. nam obligatio contracta ex empto, verbi gratia, inter emptorem & venditorem, non eſt jus ad rem venditam, ſed jus ad perſonam venditoris. & habeo argumentum clarum ac certum: quod non res de qua contracta eſt empti obligatio, ea tenetur: ſed perſona venditoris, re libera. ita poteſt illa tradi tertio nova ex cauſa. nec tamen poterit hic a priore emptore eo nomine conveniri: tantum nata illi ex empto actione adverſus perſonam venditoris §. 1. *Inſt. de action. l.* 3. *D. de oblig. & act.* nulla adverſus rei poſſeſſorem actione in rem. at hoc ultro apparet; nec addo plura.

Potius inveſtigabo, quibus modis dominium adquiratur. Fit hoc dupliciter, vel jure gentium, vel jure civili. Primum jure gentium; ut occupatione, acceſſione, ſpecificatione, commixtione, confuſione, & traditione. Hi enumerantur paſſim: nec reprehendo; quamquam malim, omnes redigere ad unum, id eſt, ad occupationem, & cæteros habere pro ejus exemplis: ut ſuo loco demonſtrabitur. Modi adquirendi dominii jure civili ſimiliter ſunt duplices: alii univerſales, alii particulares: univerſales ſunt, aditio hereditatis, agnitio poſſeſſionis bonorum, arrogatio, & addictio bonorum libertatum conſervandarum gratia. Particulares modi ſunt, uſucapio, donatio, non omnis, ſed mortis cauſa, item legatum & fideicommiſſum particulare §. *ult. Inſt. Per quas perſon. cuiq. adq.*

Præter rerum diviſionem quæ eſt Marciani *l.* 2. *b. t.* eſt in *l.* 1. §. 1. ex Gajo ſequens: quod quædam res ſunt corporales, quædam incorporales. corporales tangi poſſunt. incorporales non poſſunt. corporales ſunt vel immobiles, vel mobiles, vel ſeſe moventes. immobiles ſunt res ſoli, vel ſolo cohærentes: ideo ſic dictæ, quia niſi ſolutæ, non poſſunt de loco in locum moveri: cum mobiles de loco in locum integræ moveri poſſint. igitur etiam ſe moventes his non male annumerantur *l.* 93. *D. de verb. ſignif.* quia ſe ipſæ de loco movent in locum. quod ſi res natura mobiles, ita junctæ ſint immobilibus, ut habeantur ejus partes; vel in his ſint perpetui uſus cauſa: & ipſæ immobilibus annumerantur *l.* 242. *D. d. t. l.* 13. §. *ult. & legib. ſeqq. D. de act. empt.* Res corporales rurſus ſunt vel corpora in ſpecie, vel quantitates. corpora vocantur quæ in commercio æſtimantur ſuo corpore; eoque demum functionem recipiunt. quare nec alterum pro altero ſolvi poteſt invito creditori: ne melius quidem pro deteriore; ſiquidem in ea cadit affectus plerumque melioris: aliquando deterioris. quantitates appellantur quæ pondere, numero, aut menſura continentur *l.* 30. *D. de legatis lib.* 1: id eſt, habent quidem corpus: ſed in commercio non tam eo, quam quantitate, id eſt, pondere, numero, aut menſura, æſtimantur. illæ quoque quia non habent uſum, niſi conſumptione, functionem ſuam potius in genere, quam in ſpecie, per ſolutionem accipiunt: quum præſertim in his nullus ſit affectus, & præterea nihil interſit creditoris, utrum hanc an illam, accipiat: modo eamdem habeat quantitatem, & æque bonam *l.* 2. §. 1. *D. de reb. credit.* Res incorporales Ulpiano *l.* 7. *D. de except. rei judic.* appellantur jura. Gajus *d. l.* 1. §. 1. *b. t.* ait, ea tangi non poſſe, & conſiſtere in jure: id eſt, in intellectu. & pro exemplis adfert hereditates, obligationes, & ſervitutes cum prædiorum urbanorum & ruſticorum, tum perſonarum; ut eſt uſusfructus, uſus, & habitatio. Expoſui Gaji diviſionem: quam Ulpianus *d. l.* 7. breviter exprimit: dicens, quod omnes res aut ſunt corpora, aut quantitates, aut jura.

Ti-

TITULUS IX.

De Senatoribus.

Ex tribus juris objectis quae supra posui Titulo V, restat tertium quod est de actionibus quibus suae quisque personae, vel suarum rerum, jus tuetur. dicitur autem actio ab agendo: quod actor a reo aliquid in judicio petit; sive quod ibi cum illo tractat de aliqua re danda vel facienda. nam agere cum aliquo inter alia significat petere, sive tractare de dando vel faciendo. Hac ratione definitur actio, jus persequendi in judicio quod sibi debetur *pr. Inst. de actionibus.* Suadeam autem, vocem, *debere*, in ea definitione accipi latius. nam proprie quis dicitur debere id ad cujus praestationem suo facto obligatur. hic etiam debere dicitur qui tenetur facere vel restituere, quamvis se ad id non obligaverit *l.* 178. §. 3. *D. de verb. signif.* ita tam in rem, quam in personam, actio hac definitione continetur. Judicium porro, ut hoc addam, est legitima causae disceptatio inter actorem & reum apud competentem judicem vel litis finiendae vel maleficii puniendi gratia. Id suo tempore liquebit. Nunc quod hujus loci est, agam de Magistratibus, & eorum officiis, quatenus jurisdictione aestimantur: sed non ultra, quam res postulat. Oportebat enim litigaturum actionem & Judicem a Magistratu cujus jurisdictio erat, impetrare. Erat autem Magistratus, persona publica, quae juri dicundo praeest. ita Magistratum definit Pomponius *l.* 2. §. 13. *D. de origin. jur.* Igitur Senatores non erant Magistratus: sed ex illis eligebantur Magistratus. magisque erat Senatus velut seminarium Magistratuum: quamquam Augustus & deinde Claudius etiam Equestribus cum in Urbe, tum in Ægypto, & aliis in provinciis, jurisdictionem detulere, contra veterem morem: ut multis observat Tacitus *lib.* 12. *Annal. c.* 60. & ibi Lipsius, *Excurs. B.* Atque haec ratio, cur hic Titulus sit De Senatoribus. non enim intendit ad ea quae in Senatu tractentur; nec magis agit de judiciis; (etsi multis de causis judicabat Senatus jam inde a Tiberii principatu: ut notat Tacitus *lib.* 4. *Annal. c.* 15.) sed de dignitate Senatoria: ad quam pleraque hujus Tituli loca spectare, vel sola inspectio indicat. qui porro dicantur Senatores, ita definit Ulpianus *l.* 12. §. 1. *h. t.* *Senatores accipiendum est eos qui a patriciis & Consulibus usque ad omnes illustres viros descendunt: quia hi soli in Senatu sententiam dicere possunt.* Aliquem offendant prima verba, *Senatores accipiendum est eos.* Sed nihil damnandum esse, ostendi *De pact. & transact. c.* 25. Satis de Senatoribus, quantum ad institutum hujus Tituli. alia si quis desideret; consulat Manutium, & Zamoscium quorum libri, *De Senatu Romano*, omnibus noti sunt.

TITULUS X.

De officio Consulis.

Sed revertor ad Magistratus. hi vel majores, vel minores sunt *l.* 32. *D. de injuriis & l.* 2. *D. de in jus vocando.* alii Urbani, alii Provinciales. illi proprie & vere Magistratus. hi pro Magistratibus funguntur. inde Pro Consule, & Pro Praetore appellantur: cum in Urbe Consules & Praetores dicantur: ut notabo *lib.* 2. *Tit.* 2. Ex Urbanis & majoribus Magistratibus primae sunt partes Consulum: qui substituti Regibus, ab initio regiam potestatem habuere. tantum fuit differentia: quod Consulum potestas erat annua, cum Regum esset perpetua: item quod pro uno Rege erant duo Consules; caetera pares Regi. habebant enim imperium non modo mixtum, sed merum quoque: donec lege Valeria factum est; ut ab eis provocatio esset; neve possent in caput civis Romani animadvertere. solum relictum est eis, ut coërcere possent, ut in vincula publica duci juberent *l.* 2. §. 16. & 23. *D. de orig. jur.* Igitur retinuerunt civilem jurisdictionem: fuitque haec deinde communicata cum Praetore: quod Consules avocarentur bellis finitimis; neque esset qui in civitate jus reddere posset *d. l.* 2. §. 27. Sed non idcirco illi desierunt jus dicere vetere more: ne mutata quidem republica. Et est insignis error existimantium, Consulum officium jure Pandectarum manumissionibus, adoptionibus, & emancipationibus, id est, actibus voluntariae jurisdictionis, terminari. Non inficior, in *l. unic. h. t.* tantum fieri eorum mentionem. sed inde colligere, ergo hos solos actus exerceri a Consulibus, fuerit hominis solum quod ante pedes sit, videntis. an cui fas est ignorare, quod liquet ex Indice Pandectarum, Ulpianum De officio Consulis libros scripsisse tres: quorum Fragmenta quae in Pandectis sunt, collegit Jacobus Labittus. ex his apparet, Consules non modo exercuisse actus voluntariae jurisdictionis, ut illi putant; sed etiam cognovisse de aliis multis: puta de alimentis parentum, liberorum, libertorum, ac patronorum *l.* 5. *D. de agnosc. & alend. liber. l.* 3. *D. de alim. vel cibar. legat.* item de ingenuitate & libertinitate *l.* 14. *D. de probat.* etiam de collusione detegenda *l.* 2. *D. de collus. deteg.* nec minus de tutelis *l.* 17. *D. de tutel. & rat. distr.* aliisque publicis muneribus *l.* 9. *D. de muneribus.* praeterea de servitutibus praediorum *l.* 11. *D. de serv. praed. urb.* & fideicommissis *l.* 27. *D. de reb. auct. judic. possid.* de quibus etiam testatur Ulpianus, *Fragm. tit.* 25. §. 12. utique, si majoris summae sit fideicommissum: ut ex Quintiliano observat Cujacius *lib.* 21. *Observ. c.* 34. Molestus forem, si vellem adferre omnia: non omittam tamen, quod & Judices fuisse a Consulibus datos, apparet ex *l.* 32. *D. de judiciis & l.* 99. *D. de verb. sign.* fuit & quaesitum de executione sententiae, formaque ejus *l.* 15. *D. de re judic.* quae omnia ab actibus voluntariae jurisdictionis longe remota sunt. Sed manifeste de Claudio Suetonius *in ejus vita, c.* 14. *Jus*, inquit, *& Consul & extra honorem laboriosissime dixit.* id est, in Consulatu tamquam Consul; & extra eum honorem tamquam Imperator.

Non admonerem hic, nisi ordo materiae exigeret, Consulatum qui annuus erat libera republica, ea mutata non semper fuisse annuum: quin plerumque prioribus Consulibus remotis post breve tempus, substitutos fuisse novos. inde quosdam ordinarios, alios suffectos, appellari solitos. illos dedisse anno nomen, hos non aeque; eoque in jure nostro aliquoties nominari Consules qui in Fastis non reperiuntur. sed haec mitto: sunt enim dudum annotata a D. Vinnio ad §. 4. *Inst. de fideicom. hered.* & aliis.

TITULUS XI.

De Officio Præfecti Prætorio.

PRÆFECTUS Prætorio, qui item habetur Magistratus Urbanus & major, sic appellatus: quod præesset Prætorio sive Prætorio castro; ut est, in *Corpore Gruteri pag.* 183. *Inscript.* 1. 2. 3. 10. & 11. significantur autem hoc nomine cohortes Prætoriæ, in unis castris apud Romam extra portam Viminalem tendentes. unde qui Præfectus Prætorio dicitur, alias Præfectus Prætoriis cohortibus vocatur apud Suetonium, *Caligul* 4. 12, & Tacitum *lib.* 4. *Annal. c.* 1. Erat vero hic Magistratus initio non Senatorius, sed Equestris, (auctore Suetonio, *Tito c.* 4, & ibi Torrentio) electus a Principe ad similitudinem Magistri equitum, olim proximum a Dictatore locum obtinentis: quemadmodum Præfectus Prætorio secundam a Principe personam sustinebat. erat igitur ejus potestas, ut ex Tacito *d. lib.* 4. *c.* 2. & *lib.* 6. *c.* 8. *Annal.* constat, militaris & modica: sed paulatim crevit. Aurelius Arcadius *l. unic. D. h. t.* ait, pleniorem potestatem ei datam ad disciplinæ publicæ emendationem. accepit sane jurisdictionem etiam in civilibus causis *l.* 40. *D. de reb. cred.* nec minus in criminalibus *l.* 1. §. 4. *D. de legat. lib.* 3: & quidem tantam, ut ab ejus sententia appellari non posset: credente Principe, eos qui ob singularem industriam, explorata eorum fide & gravitate, ad hujus officii magnitudinem adhibentur, non aliter judicaturos, pro sapientia ac luce dignitatis, quam ipse foret judicaturus *d. l. unic.* §. 1. Subnixi dicuntur Præfecti Prætorio etiam alio privilegio: ne a sententiis eorum minores ætate ab aliis Magistratibus, nisi ab ipsis Præfectis Prætorio, restitui possint *d. l. unic.* §. 2. *l.* 17. *D. de minoribus.* Non minus notabile est, quod cuidam Restituto sic rescripsit Alexander *l.* 2. *C. de Præfect. Prætor. Orientis*, Formam a Præfecto Prætorio datam, etsi generalis sit, minime legibus & Constitutionibus contraria, si nihil postea ex auctoritate mea innovatum est: servari æquum est.

Cæterum, etsi Titulus habet, De officio Præfecti Prætorio: fuere plerumque duo. nec tamen semper is fuit numerus. nam aliquando unus fuit; aliquando tres. Constantinus fecit quatuor. unum jussit præesse Orienti, alterum Illyrico, tertium Italiæ, quartum Gallis: & singulis diœceses definivit ingentes: translato ab eis ad Magistros militum omni in milites imperio.

Hæc ego brevius. plura desideranti licebit adire P. Fabrum *lib.* 1. *Semestr. c.* 1. 2. & 3, & in primis Jacobum Gutherium *lib.* 2. *De officiis domus Augustæ c.* 1. & *seqq.* Sed hæc sufficiunt fini hujus Tituli.

Solum adhuc monebo; quod Præfecto prætorio adjunctus plerumque fuit Vicarius: de quo aliquid dixi *lib.* 2. *De jurisdict.* & *imp. c.* 1.

TITULUS XII.

De Officio Præfecti Urbi.

PRÆFECTUM Urbi qui fuit Urbanus Magistratus, & major, institutum ab Augusto fuisse, refert Tacitus *lib.* 6. *Annal. c.* 11. fuisse tamen ait etiam sub Regibus & deinceps Præfectos Urbi, sed temporaneos, & fere Latinarum feriarum causa, vel per absentiam Regis aut Consulum. at quem Augustus fecit, ejus continuam fuisse potestatem. ac primum coërcuisse servitia, & si quod civium audacia turbidum, nisi vim metuat. postea aucta ejus potestate, habuit integram jurisdictionem, cum civilem, tum criminalem, intra Urbem, & terminos Urbis, usque ad centesimum lapidem. aitque Ulpianus, id declarari epistola Divi Severi ad Fabium Chilonem, Præfectum Urbi, in cujus initio ita scriptum est: *Cum Urbem nostram fidei tuæ commiserimus l.* 1. *pr.* & §. 4. *item l. ult. h. t.* ultra centesimum lapidem non Præfecti Urbi, sed Præfectorum Prætorio fuisse cognitionem, idem scribit Ulpianus *Collat. Leg. Mosaic.* & *Roman. tit.* 14. §. 3. Cæterum ante institutum Urbi Præfectum, electi quotannis a Populo fuere Quæsitores, qui quæstiones publicas exercerent, veluti de falso, de parricidio, de sicariis *l.* 2. §. 32. *D. de origine juris*, & similibus: neque hi, propter Urbi Præfectum, statim desierunt de his cognoscere. quin integrum fuit accusatori, reum aut hic, aut illic deferre: donec Senatusconsulto vetaretur. auctor Tacitus *lib.* 14. *Annal. c.* 41, his verbis. *Pari ignominia Valerius Ponticus afficitur, quod reos, ne apud Præfectum urbis arguerentur, ad Prætorem detulisset, interim specie legum, mox prævaricando ultionem elusurus. additur Senatusconsultum: Qui talem operam emptitasset, vendidissetve, ut perinde pœna teneretur, ac si publico judicio calumniæ condemnatus.* Hoc interfuit inter Quæsitores & Præfectum Urbi; quod Quæsitores ex legibus jure & ordine judicarent, jurati in verba legum. Quintilianus, *Declam.* 331. *parte altera. Habent ea* (publica judicia) *suam formam, suum judicium, suum numerum, suum Quæsitorem, sua tempora, sua nomina.* Præfectus Urbi extra ordinem cognoscebat ex Mandatis Principis *l.* 1. §. *ult. D. de pœnis.* illi de facto judicabant, pœna lege servata; ut est apud Papinianum *l.* 15. *D. Ad municipal.* Contra licet huic qui extra ordinem de crimine cognoscit, quam vult sententiam ferre, vel graviorem, vel leviorem: ita ut utroque modo rationem non excedat *l.* 13. *D. de pœnis.* Omnia igitur omnino crimina Præfectura Urbis sibi vindicavit *l.* 1. *h. t.* eoque quidquid intra Urbem admittitur, ad Præfectum Urbi videtur pertinere: sed & si intra centesimum milliarium admissum sit, ad Præfectum Urbi pertinet: nullo discrimine, utrum ordinarium crimen sit, an extraordinarium. non opus enarrare species: possunt videri *l.* 3. §. 1. *D. de offic. Præfect. Vigil.* & *l.* 1. §. 5. 6. 9. 10. 14. *h. t.* Similiter ad officium Præfecti Urbi pertinet cura carnis omnis, ut justo pretio præbeatur, & forum suarium & cæterorum pecorum sive armentorum quæ ad hujusmodi præbitionem spectant *d. l.* 1. §. 11. Nec minus quies popularium & disciplina spectaculorum *d. l.* 1. § 12. nam & hoc convenit verbis epistolæ, *Cum urbem nostram fidei tuæ commiserimus.* Non minus his consequens est, ut etiam concessa Præfecto Urbi videantur omnia quæ ad ea obtinenda sint necessaria *d. l.* 1. §. 12. & 13. Ea certe venisse omnia ex epistola D. Severi ad Fabium Chilonem, intelligitur ex *l.* 6. §. 1. *D. de interd.* & *releg.* inde liquet quoque, eum habere jus deportandi. Illud in transcursu notabo: quod ut in superioribus tantum fiat mentio epistolæ D. Severi, tamen fuisse epistolam D. Severi & Antonini. id didici ex *l.* 1. §. 4. *D. de*

legat. lib. 3. quod & alibi evenit. sic Inscriptio *l.* 2. *C. Ut in possess. legat.* habet, *Divus Marcus Stratonicæ:* fuisse tamen id Rescriptum D. Marci & D. Commodi, apparet ex *l.* 7. *C. eod. tit.* Interest & hoc sciri: quod Præfectus Urbi plerumque habet Vicarium qui ex ejus mandato aliquando exerceat etiam merum imperium. sed de hoc egi *lib.* 2. *De jurisdict. & imper. c.* 1. *&* 6.

TITULUS XIII.

De Officio Quæstoris.

Ex minoribus Magistratibus occurrunt hic Quæstores: dicti ab eo, quod inquirendæ & conservandæ pecuniæ publicæ gratia crearentur; ut Pomponius refert *l.* 2. §. 22. *D. de orig. jur.* hanc originem eis creandis fuisse, & antiquissimam, etiam Ulpianus confirmat *l. unic. pr. &* §. 1. *h. t.* addit, ab initio quidem fuisse in Urbe; sed deinde aliquos etiam Provincias esse sortitos: idque ex Tacito quoque intelligitur *lib.* XI. *Annal. c.* 22.

Præter hos fuere alii Quæstores qui præerant capitalibus rebus. hi Quæstores parricidii appellati *d. l.* 2. §. 23. iisque addebatur aliquando Judex quæstionis: de quo egi *lib.* 2. *De jurisdict. & imper. c.* V.

Præterea fuere Quæstores qui dicebantur Candidati Principis: hi non sortiebantur provincias, neque præerant pecuniæ publicæ, neque magis capitalibus causis. solis vacabant libris Principalibus, id est, orationibus & epistolis Principis in Senatu legendis. illi erant plerumque homines docti, sed plebeji, eoque non habebant jus ingrediendi Senatum. ut vero hoc acciperent; dabat illis Princeps titulum Quæstoris: qui erat ingressus & quasi primordium gerendorum honorum *d. l. unic.* §. 2. *&* 3.

De officio Quæstoris Ulpianus scripsit librum singularem. hoc liquet ex Inscriptione *d. l. unicæ*, & ex Indice Pandectarum: unde restituendam esse Inscriptionem *l.* 3. *D. de Jurisdictione*, dudum vidit Russardus, & in *Paratitlis* Cujacius. Ejus tamen libri Fragmenta in Pandectis non extant plura. Fuisse autem aliqua minora Quæstorum judicia, auctor est Asconius Pedianus, in *Divinat. in Verr. pag.* 34. verbis sequentibus. *Alii alienum non nomen proprium putant esse, sed alienum & alterius judicii, & non ex auditorio Prætoris, majorumque causarum, sed a subselliis, hoc est, non a tribunalibus. sunt enim subsellia Tribunorum, Triumvirorum, Quæstorum, & hujusmodi minora judicia exercentium, qui non in sellis curulibus, nec in tribunalibus, sed in subselliis considebant.* Habuerunt igitur Quæstores quædam judicia, sed minora, ipsa sine vocatione aut apprehensione. opportune id observat A. Gellius *lib.* 13. *Noct. Attic. c.* 12. eoque non oportet cum his confundi hoc Ciceronis ex *Divinat. c.* 17: *Ubi hoc Quæstori Cæcilio, viro optimo, & homini æquissimo nuntiatum est, vocari ad se Agonidem jubet: judicium dat statim, si pareret, eam se & sua Veneris esse dixisse. judicant recuperatores id, quod necesse erat. neque enim erat cuiquam dubium, quin illa dixisset. iste in possessionem bonorum mulieris mittit: ipsam Veneri in servitutem adjudicat: deinde bona vendit: pecuniam redigit.* Confudit hæc Cujacius, *Paratitl. h. t.* sed manifeste resistunt ante scripta: & jus dixisse Cæcilium non suo jure, sed ex mandatu Verris Prætoris, hoc verisimilius est; quod & Cæsarem, cum ei Quæstori ulterior Hispania obvenisset, Prætoris mandatu Conventus juredicundo circumiisse, Suetonius memorat *in ejus vita c.* 7.

TITULUS XIV.

De Officio Prætorum.

Prætorum appellatio generalis est, omnes continens Magistratus qui præeunt jure aut exercitu: ut notum ex Varrone, *lib.* 4. *De ling. Lat. & Novell.* 24. *&* 25. Hic accipitur Prætor pro Magistratu qui præest jurisdictioni. ejus constituendi causam tradit Pomponius *l.* 2. §. 27. *D. de orig. jur.* ait enim, cum Consules avocarentur bellis finitimis, neque esset qui posset in civitate jus reddere; creatum fuisse Prætorem qui Urbanus appellatus est: quod in Urbe jus redderet. deinde eo non sufficiente, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret; creatum esse & alium qui Peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter peregrinos jus diceret §. 28. *d. l.* addit, his postea Prætores etiam alios accessisse diversis occasionibus: itaque factum esse, ut tandem decem & octo Prætores in civitate jus dicerent § 32. *d. l.* Ab hac causa hic Titulus Florentiæ habet, *De Officio Prætorum:* quamvis in aliis libris est, *De Officio Prætoris.* De jurisdictione qua censetur omnium Prætorum Officium, scripsi duos libros. nec plus addo.

TITULUS XV.

De Officio Præfecti Vigilum.

Inter minores Magistratus Urbanos fuit Præfectus Vigilum. de cujus Officio scripsere Ulpianus & Paulus. indicat id Inscriptio *l.* 1. 2. 3. *h. t.* nec minus, a quo, & qua ratione inventus Magistratus fuerit. Pars Officii ejus describitur *d. l.* 3. §. 1 *& seqq.* ibi quæ sint *Horrea, ubi homines pretiosissimam partem fortunarum suarum reponunt*, dixi *lib.* 4. *Probabil. c.* 3. In *d. l.* 3. §. *ult.* fit mentio *Capsariorum*, qui *mercede servanda in balineis vestimenta suscipiunt.* de his aliqua Cujacius *lib.* 5. *Observ. c.* 8. In *l.* 4. injicitur mentio *Insulariorum:* quos attingit *l.* 166. *& l.* 203. *D. de verb. signif.* sunt autem hi servi insularum custodes *l.* 16. §. 1. *D. de usu & habit.* quod & placet Collegæ meo, P. Burmanno V. CL. *Notis ad Petron. c.* 95.

Omnis Præfecti Vigilum coërcitio subsistit intra fustes & flagella *l. ult. h. t.* fustes adversus homines liberos, & flagella adversus servos *l.* 10. *D. de pœnis. l. ult. D. de injuriis.* quod si facti atrocitas capitis animadversionem desideret: cessant partes Præfecti Vigilum; & succedit imperium Præfecti Urbi: ad quem remitti jam reum, sive homo liber, sive servus sit, Paulus *d. l.* 3. §. 1, & Ulpianus *l. ult. h. t.* declarant. At obstat Pomponius *l. pen. D. de condict. caus. dat. caus. non sequut.* Sed corruptus locus, & a me restitutus *lib.* 2. *Probabil. c.* 5.

Titulus XVI.

De Officio Proconsulis & Legati.

A Magistratibus Urbanis transeo ad Provinciales, in quibus primus occurrit Proconsul, Magistratus major, idem Senatorius, & initio tantum Consularis. nam Consules, finito anno Consulatus, in Provinciam mittebantur cum imperio consulari: etsi usu invaluerit; (quod annotavit Reinesius, *ad Inscriptionem* 26. *Class.* 2. *p.* 270, & Salmasius ad Vopiscum, *Probo c.* 13.) ut etiam alii cum ea potestate missi, Proconsules dicerentur, quamvis Consules non fuissent. in primis id, si audimus Dionem *lib.* 53, obtinuit post divisionem Provinciarum ab Augusto factam. Obtingebat porro sua cuique Provincia sorte: ut notum, & meminit Paulus *l.* 36. §. 1. *D. de adopt.* Insignia Proconsularia sex fasces fuisse, Ulpianus ait *l.* 14. *h. t.* Dion vero *d. loc.* tot habuisse, quot in Urbe habere eis per leges liceret. Uterque in eo consentit, Proconsulem hæc accepisse statim, atque urbem egrederetur, nec minus jurisdictionem, maxime voluntariam. contentiosam enim exercebat demum, postquam venerat in Provinciam *l.* 1. *&* 2. *h. t.* Cæterum quæ erat ejus jurisdictio, hæc dicitur jurisdictio plenissima: sub eaque appellatione partes omnium qui Romæ vel quasi Magistratus, vel extra ordinem jus dicunt, ad ipsum pertinere *l.* 7. §. *ult. h. t.* & *l.* 8. additur, Proconsulem, ideo majus imperium in ea Provincia habere omnibus post Principem: nec quidquam esse in Provincia quod non per ipsum expediatur. sane si fiscalis pecuniaria causa sit quæ ad Procuratorem Principis respicit, melius factum, si abstineat *l.* 9. *h. t.* quod quid sit, exponam infra sub *Tit. De offic. Procur. Cæsaris.*

Proconsuli addebatur Legatus a Senatu, sæpe a Principe. vid. Lamprid. *Alexand. Sever. c.* 46, & Vopisc. *Prob. c.* 13. ibique *in Notis* Salmasium. Utcumque tamen esset constitutus; nihil proprium habuit, antequam ei a Proconsule mandaretur jurisdictio *l.* 13. *h. t.* nec magis propriam accepit, cum mandaretur; nisi quid, ut tutela, ei specialiter lege deferretur. alioquin non dabat lex principaliter mandatam jurisdictionem; sed mandatam confirmabat. ita Legatus proprium nihil habet, sed Proconsulis qui mandavit, jurisdictione utitur *l.* 1. §. 1. *D. de offic. ejus cui.* Plane poterat Proconsul eam mandare, vel non mandare. erat enim hoc in arbitrio ejus *l.* 6. § 1. *h. t.* quod miror negasse Cujacium *lib.* 7. *Observ. c.* 21. Non minus licebat Proconsuli, Legato adimere mandatam a se jurisdictionem: non tamen inconsulto Principe *d. l.* 6. §. 1. Illud nescio an addam, quod jurisdictionem mandare demum potest Proconsul provinciam ingressus: ante non potest. est enim perquam absurdum, antequam jurisdictionem ipse nanciscatur, (non enim prius ei competit, quam in provinciam venerit) alii eam mandare. sed & si ante fecerit, & ingressus Provinciam, in eadem voluntate fuerit; credendum est, Legatum habere jurisdictionem, non exinde ex quo mandata est, sed exinde ex quo Provinciam Proconsul ingressus est *l.* 4. §. *ult. h. t.* potest tamen Proconsul aliquando, etsi nondum in provinciam pervenerit, jurisdictionem mandare. quid enim, si necessariam moram in itinere patiatur, maturissime autem Legatus in Provinciam perventurus sit? *l.* 5. *h. t.* Accepit igitur Legatus jurisdictionem ex mandato Proconsulis. nec tamen omnem: sed eam quam Proconsul habebat jure Magistratus. nam si quam habebat extra ordinem jure specialis delegationis: hæc non poterat mandari; nec mandata jurisdictione transibat *l.* 1. *D. de offic. ejus cui.* Hac ratione quæsitum, an quis apud Legatum Proconsulis possit manumittere, aut adoptare: item, an ipse tutores dare, aut merum imperium exercere possit? sed quia de his omnibus egi *lib.* 2. *De jurisdictione & imperio*, parcam supervacuo labori. Cæterum ut mandatam jurisdictionem habuerit Legatus: non idcirco negem, inter eum & alios mandatarios fuisse differentiam quam ex *l.* 2. *& l.* 1. *D. Quis & a quo appelletur* annotavit Cujacius *d. lib.* 7. *Observ. c.* 21. Illud meminisse nos oportebit, Proconsulem usque ad adventum successoris omnia debere agere: cum sit unus Proconsulatus, & utilitas provinciæ exigat, esse aliquem per quem negotia sua provinciales explicent. ergo in adventum successoris debet jus dicere *l.* 10. *h. t.* Legatum quoque suum ne ante se de provincia dimittat, & lege Julia repetundarum, & Rescripto Divi Hadriani ad Calpurnium Rufum, Proconsulem Achajæ, admonetur *d. l.* 10. §. 1.

Proconsul portam Romæ ingressus, deponit imperium *l. ult. h. t.* sic ex vetere instituto: de quo Dion *d. lib.* 53, & Justus Lipsius ad Tacitum *lib.* 3. *Annal. c.* 19. *n.* 42.

Titulus XVII.

De Officio Præfecti Augustalis.

Ut hic Titulus cum sequente intelligatur: repetendum est, quod obiter attigi ex Dione *lib.* 53, Imperatorem Augustum, postquam passus erat, sibi persuaderi, ut retineret imperium cujus depositionem simulaverat, cum Populo divisisse Provincias: pacatasque ei dedisse, cæteras sibi accepisse: hoc prætextu, quasi Populo relinqueret otium, & laborem ac pericula sumeret sibi: cum hoc ageret; ut, inermi Populo, solus arma in sua potestate haberet. igitur more vetere in Populi provincias a Senatu mitti Proconsulem cum Legato permisit, ipse in suas Provincias misit Legatum: qui dicebatur Legatus Cæsaris, aliquando etiam simpliciter Legatus: (ut notavi *lib.* 2. *De Jurisd. & Imp. c.* VII.) eratque causa hujus nominis, quod ipse in suas provincias Proconsulare imperium haberet. indicant id Imperatorum tituli: in quibus inter cæteros est Proconsul, ut notum, & meminit Dion *d. lib.* 53. *p.* 581, & Capitolinus, *Antonino Pio c.* 4. *Antonino Philosopho c.* 6. mittebantur autem in has provincias Legati non uno modo. nam alii mittebantur Pro Prætore; quidam Pro Consule: ut docet Dion *d. lib.* 53, & Salmasius, *ad Vopiscum vita Probi c.* 13. Erat porro Ægyptus (ut intelligimus ex Tacito *lib.* 2. *Annal. c.* 59, *& lib.* 1. *Histor. c.* 11.) Augusto suspecta: cum quia potens erat, & annonæ fœcunda: tum propter mobiles Ægyptiorum animos, & difficilem provinciæ aditum: quo facile poterat se tueri adversus ingentes exercitus: & interim Urbem atque Italiam fame premere. Ne igitur potens Senator, aut illustris Eques ea potiretur; non putavit e re sua esse Augustus, eam committere Senatorio Magi-

ſtratui, aut Equiti illuſtri: ne voluit quidem, tales eam intrare, ſe ignaro: ideoque in eam miſit Equitem non illuſtrem: ad ſimilitudinem tamen Proconſulis; vocavitque eum Præfectum Auguſtalem. atque ut id jure fieret; (ſolis enim Senatoribus permittebatur jurisdictio) lege opus fuisſe, auctor eſt Tacitus *lib.* 12. *Annal. c.* 60. & pluribus Lipſius ibi *Excurſ. B.* De Præfecto Auguſtali etiam quædam Reineſius ad *Inſcript.* 26. *Claſſ.* 2.

TITULUS XVIII.

De Officio Præſidis.

DIxi de Ægypto. in cæteras Cæſaris provincias miſſi a Cæſare fuere Præſides. eſt autem Præſidis nomen generale: eoque & Proconſules, & Legati Cæſaris, & omnes provincias regentes, licet Senatores ſint, Præſides appellantur. Proconſulis appellatio ſpecialis eſt *l.* 1. *b. t.* Qui autem ſpecialiter appellatur Præſes, is ut eſt Legatus Cæſaris tamquam Proconſulis, ut dixi ſuperiore Titulo: ſic exemplo Legati Proconſulis, demum imperium ſuum accipiebat ingreſſus Provinciam; deponebatque id ſtatim, atque intellexit, ſucceſſorem adveniſſe: auctore Dione *lib.* 53. & *l. unic. D. de offic. præfect. Auguſtal.* item *l.* 17. *b.t.* Sed hæc & alia Cujacius *lib.* 20. *Obſerv. c.* 37, & Lipſius *Excurſ. M. ad lib.* 1. *Annal. Taciti.*

Quæ porro & quanta fuerit ejus poteſtas, intelligitur ex *l.* 10. 11. & 12. *b.t.* in quibus ſic extat: De omnibus cauſis de quibus vel Præfectus Urbi, vel Præfectus Prætorio, itemque Conſules, & Prætores, cæterique Romæ cognoſcunt, Correctorum & Præſidum Provinciarum notio eſt. omnia enim provincialia deſideria quæ Romæ varios Judices habent, ad officium Præſidum pertinent. ſed licet is qui provinciæ præeſt, omnium Romæ Magiſtratuum vice & officio fungi debeat: non tamen ſpectandum eſt, quid Romæ factum eſt, quam quid fieri debeat *l.* 13. *b. t.* Habet igitur majus imperium in ea provincia omnibus poſt Principem *l.* 4. *b. t.* maxime in ſuæ provinciæ homines: & hoc, dum in provincia eſt: nam ſi excеſſerit, privatus eſt. habet interdum imperium adverſus extraneos homines: ſi quid in alium manu commiſerint. nam & in Mandatis Principum eſt; ut curet is qui Provinciæ præeſt, malis hominibus purgare Provinciam: nec diſtinguitur, unde ſint *l.* 3. *b. t.* In Decuriones tamen & Principales civitatum, ſi capitalem meruerint pœnam, aut admiſerint aliquid propter quod relegandi videantur, nihil ſtatuere debet, niſi conſenſu Principis *l.* 27. §. 1. & 2. *D. de pœnis.* in hunc ſenſum explicanda ibi ſynchyſis quam indicavi *lib.* 2. *Obſerv. c.* 26. Illud etiam obſervandum eſt, ei qui provinciam regit, ne fines ejus excedat, niſi voti ſolvendi cauſa, dum tamen abnoctare ei non liceat *l.* 15. *b. t.* Papinianus quoque *lib.* 1. *Reſponſorum* ſic ſcribit *l.* 20. *b. t.* Legatus Cæſaris, id eſt, Præſes vel Corrector provinciæ, abdicando ſe non amittit imperium.

TITULUS XIX.

De Officio Procuratoris Cæſaris vel Rationalis.

IN Rubrica quæ eſt *De Officio Procuratoris Cæſaris vel Rationalis*, poteſt vocula, *vel*, accipi pro *id eſt*, argumento hoc Lampridii, *Alexandr. Sever. c.* 45. *Procuratores, id eſt, rationales ordinare.* Eumdem etiam eſſe Rationalem, & Procuratorem Cæſaris, oſtendit Caſaubonus ad *d. loc.* & ad Capitolinum *Maximin. duob. c.* 14. Inſtitutus is Procurator fuit, ut adminiſtraret res fiſci, prædia, verbi gratia, locaret, item reditus, & debita fiſci exigeret, ſimul acceptorum expenſorumque rationes conficeret. indicat hæc Dion *lib.* 53. *pag.* 579. additque, tales miſſos eſſe in omnes provincias, partim ex Equitibus, partim ex Libertis. Nec dubito, quin a conficiendis rationibus dictus ſit Rationalis; & quod fiſci vel Cæſaris res curaret, Procurator fiſci, item Procurator Cæſaris, & Curator Cæſaris *l.* 3. *b. t.*

Eſt igitur ejus officium, (quod obſervat Ulpianus *l.* 1. *b. t.*) rem Cæſaris diligenter gerere: id eſt, adminiſtrare, conſervare, tueri. quod ſi factum: ait Ulpianus, quæ acta geſta ſunt, ſic comprobari, atque ſi a Cæſare geſta eſſent. quod ſi rem Cæſaris tradat quaſi rem propriam: non putat Ulpianus, eum dominium transferre: præfatus, quod tunc transfert, cum negotium Cæſaris gerens, conſenſu ipſius tradit: denique, ſi venditionis, transactionis, vel donationis cauſa quid agat; nihil agit: quia non alienare ei rem Cæſaris, ſed, ut dixi, diligenter gerere commiſſum eſt. Ulpianus ait, & hoc eſſe præcipuum, id eſt, ſingulare, in Procuratore Cæſaris: quod ejus juſſu ſervus Cæſaris adire hereditatem poteſt. nam hereditas jure communi per Procuratorem adiri non poteſt *l.* 90. *D. de adq. bered.* Similiter ſi Cæſar heres inſtituatur; miſcendo ſe opulentæ hereditati procurator heredem Cæſarem facit. quod ſi ea bona ex quibus Imperator heres inſtituatur, ſolvendo non ſint; re perſpecta, conſulitur Imperator. heredis enim inſtituti in adeundis vel repudiandis hujusmodi hereditatibus voluntas exploranda eſt *d. l.* 1. & 2. *b. t.*

Sicut igitur Procurator Cæſaris accipiebat ejus mandata ad adminiſtrandas fiſcales cauſas pecuniarias: ita litem, ſi quæ de his incideret, olim debebat perſequi apud Proconſules & Præſides quorum erat jurisdictio. ipſe enim hanc non habebat: quamquam poterat coërcere ſervitia Cæſaris: exemplo aliorum Procuratorum quibus ea poteſtas a dominis conceſſa erat. poterat præterea (quod ait Calliſtratus *l.* 3. §. 1. *b. t.*) aliquem quaſi tumultuoſum vel injurioſum adverſus colonos Cæſaris, prohibere in prædia Cæſariana accedere. nam & hæc privatæ facultatis ſunt. quod ſi longius iret, uſurpando vim Prætoris: ſine dubio excedebat fines mandatæ adminiſtrationis. Non arceſſam argumenta. ſufficit Tacitus *lib.* 4. *Annal. c.* 15: dicens, *Procuratorem Aſiæ Lucilium Capitonem, accuſante provincia, cauſam dixiſſe, magna cum aſſeveratione Principis, Non ſe jus, niſi in ſervitia & pecunias familiares dediſſe: quod ſi vim Prætoris uſurpaſſet, manibusque militum uſus foret, ſpreta in eo mandata ſua.* Et addit Tacitus, quod reus *cognito negotio damnatus eſt.* Hoc ab initio jus fuiſſe, præ me fero: ſed deinde mutatum in fiſcali pecuniaria cauſa, dubito, an ex Senatusconſulto Claudiano de quo pulchre & late idem Tacitus *lib.* 12. *Annal. c.* 60. Atque ita eſt: poſt hoc Senatusconſultum, cœpit Procurator Cæſaris in fiſcali cauſa pecuniaria eamdem habere poteſtatem, quam in ea ante ſoli habuerant Magiſtra-

ſtratus, Prætores & Proconſules, verbi gratia. nec tamen hi idcirco deſierunt vel in ea cauſa cognoſcere, & jus dicere. non enim his adempta ea cognitio fuit, quam in illa habuere jure ſui Magiſtratus. magis accepit Procurator jurisdictionem concurrentem. utique, donec Impp. Severus & Antoninus *l.* 2. *C. Ubi cauſ. fiſc.* cuidam Ariſtæ ſic reſcripſere. *Non animadvertimus, cur cauſas ad officium Procuratorum noſtrorum pertinentes, ad Proconſulis notionem advocare velis.* Nam Proconſul æque poſt hoc Reſcriptum, atque ante, in fiſcali pecuniaria cauſa de jure retinuit jurisdictionem: etſi potuerit videri melius facturus; ſi ſe ultro ab ea cauſa abſtineat: quaſi id maluerint *d. l.* 2. Imperatores. Hoc mihi ſedet, atque inde tandem liquet, quid velit Ulpianus *l.* 7. §. 2. *& l.* 9. *D. de offic. Proconſ.* (conjungendus enim eſt uterque locus) cum ſic ſcribit: *Cum pleniſſimam autem jurisdictionem Proconſul habeat, omnium partes qui Romæ vel quaſi Magiſtratus, vel extra ordinem jus dicunt, ad ipſum pertinent. nec quidquam eſt in provincia, quod non per ipſum expediatur. Sane ſi fiſcalis pecuniaria cauſa ſit quæ ad Procuratorem Principis reſpicit: melius fecerit, ſi ſe abſtineat.* Ait, *Melius fecerit.* quod eſt conſilii & ſuaſionis, inculcantis reverentiam *d. l.* 2. Longius ivit Conſtantinus *l.* 5. *C. Ubi cauſ. fiſcal.* pro imperio ſic ſcribens. *Ad fiſcum pertinentes cauſas Rationalis decidat, omnibus concuſſionibus prohibendis.* Ita jam in his adempta Proconſulibus eſt, quam habuere jurisdictionem: ſolusque eam accepit Procurator, at in his ſolis. nam quod attinet ad lites privatorum: in illis, niſi in eum conſentiant litigatores, Judex competens non eſt *l.* 1. *C. de jurisdictione:* præterquam, ſi fungatur vice Præſidis *l.* 23. §. 1. *D. de appellat. l.* 3. *C. Ubi cauſ. fiſcal. l.* 4. *C. Ad leg. Fab. de plag.* nam tum ejus partes adminiſtrat cum in civilibus, tum in criminalibus, cauſis: auctore Ulpiano *Collat. Leg. Moſaic. & Roman.* allegato jam dudum a Cujacio *lib.* 19. *Obſerv. c.* 13, Lipſio *ad Tacitum, lib.* 12. *Annal. Excurſ. B,* & Gutherio *De offic. dom. Auguſt. lib.* 3. *c.* 33. *& ſeqq.* qui de Procuratore Cæſaris omnium pleniſſime. Hæc ſic ſcripſeram: cum deinde incidi in *Paſſionem SS. Perpetuæ & Felicitatis:* in qua reperi ſequentia verba, ad hanc partem pertinentia, nondum, quantum ſcio, ab aliis adducta. *Alio die cum pranderemus, ſubito rapti ſumus, ut audiremur; & pervenimus ad forum. Rumor ſtatim per vicinas fori partes cucurrit, & factus eſt Populus immenſus. Aſcendimus in cataſta. interrogati cæteri, confeſſi ſunt. Ventum eſt & ad me. & apparuit pater illico cum filio meo, & extraxit me de gradu, ſupplicans; miſerere infanti. Et Hilarianus Procurator, qui tunc loco Proconſulis Minucl Timiniani defuncti, jus gladii acceperat, Parce, inquit, canis patris tui; Parce infantiæ pueri. fac ſacrum pro ſalute Imperatorum.* Et poſt. *Tunc* (Hilarianus) *nos univerſos pronunciat, & damnat ad beſtias.* Sic editur, *Tunc nos univerſos,* nullo ſenſu: niſi legatur, *Tunc reos univerſos.* quod non minus vere, quam ingenioſe, conjecit Collega meus, Jacobus Gronovius, Vir Clariſſimus: ut in familiari ſermone ex illo intellexi.

TITULUS XX.

De Officio Juridici.

JURIDICUS cujus mentio fit in Rubrica, auctore Briſſonio, eſt qui aliquo in loco jus dicit *l.* 41. §. 5. *D. de fideicom. libert.* Talis fuit Juridicus Alexandrinæ civitatis §. 5. *Inſtit. de Atilian. tut.* ſive Juridicus qui agit Alexandriæ *l.* 2. *h. t.* Reineſius, *Notis ad Inſcript.* 26. *Claſſ.* 2. obſervat, eum appellari quoque Juridicum Ægypti: præfuiſſe enim non Alexandrinis tantum, quæ eſt pervulgata opinio, ſed univerſæ regioni Ægypti, æque ac Præfectum Auguſtalem: nam ambos Ægypto diverſo cum imperio, & diverſis negotiis tractandis, eſſe impoſitos: alterum, ut eſſet loco Regis, alterum, ut jus diceret. utrumque ex Equeſtri ordine, neutrum ex Senatorio fuiſſe, notum eſt; nec minus ad hos ſpectare hoc Taciti, *lib.* 12. *Annal. c.* 60. *Divus Auguſtus apud equeſtres qui Ægypto præſiderent, lege agi; decretaque eorum proinde haberi juſſerat, ac ſi magiſtratus Romani conſtituiſſent.* Secundum hoc Ulpianus *l.* 1. *h. t.* Adoptare, inquit, quis apud Juridicum poteſt: quia data eſt ei legis actio. Et *l.* 2. Juridico qui Alexandriæ agit, datio tutoris Conſtitutione Divi Marci conceſſa eſt. De hoc Juridico etiam ſic ſcribit Spartianus *Severo c.* 17. *Deinde Alexandrinis jus Buleutarum dedit, qui ſine publico conſilio, ita ut ſub regibus ante vivebant, uno Judice contenti, quem Cæſar dediſſet.* Sic ille. an vere? non putat Reineſius *d. loc.*

TITULUS XXI.

De Officio ejus cui mandata jurisdictio eſt.

TRADITA ſub hoc Titulo, hisque affinia, tractavi *lib.* 2. *De jurisdictione & imperio c.* 1. *& ſeqq.*

TITULUS XXII.

De officio Aſſeſſorum.

DE Aſſeſſoribus, eorumque officio egi *lib.* 1. *De jurisdictione & imperio c.* XI. *&* XII.

LIBER SECUNDUS.

TITULUS I.

De Jurisdictione.

QUID jurisdictio seu imperium sit, & quo modo a Prætore exerceatur de plano, aut pro tribunali, per se, aut per mandatarium, tam utile est exponi, quam dignum quæri: certo, nihil plus, pauca tantum, conferre ad intellectum Juris Civilis. Igitur eam materiam, ejusque partes, sum executus duobus libris De Jurisdictione & Imperio: nec jam agam actum. tantum attingam Edicta, ad tuendam jurisdictionem a Prætore proposita. Ea Edicta sunt tria. primi quod est de albo corrupto, sensus traditur ab Ulpiano *l.* 7. *D. h. t.* verba videntur talia fuisse. *Si quis id quod jurisdictionis perpetuæ causa in albo propositum erit, dolo malo corruperit; in eum, si quis eo nomine agere volet, quingentorum aureorum judicium dabo.*

Hæc verba excerpsi ex *d. l.* 7. nam quæ in ea præterea reperiuntur, magis pro interpretatione Edicti, quam pro ejus verbis, accipi oportere, recte suspicatus est Jacobus Cujacius V. CL. *lib.* 21. *Observ. c.* 24. saltem addam, quod in *d. l.* 7. quidam libri (Russardo teste, *Not. Margin.*) non habent *quingentorum aureorum*, sed, *quinquaginta aureorum:* eaque lectio Francisco Hotmano placet: cum ob alia, tum quia ea pœna a Prætore etiam est alibi posita *l.* 24. *D. de in jus vocando*, *& l.* 2. *D. In jus vocat. ut eant.* Sed hoc facti est; nec habet juris consequentiam. quid ni enim potuit Prætor in uno Edicto majorem, in alio minorem, pœnam constituere pro suo arbitrio? Idcirco relinquam hoc in medio. Æque, cui hæc cedat pœna. quamquam enim vel hoc expresserit in Edicto Prætor; sicut Edictis Legibusque, populares actiones concedentibus, exprimi solet: hodie tamen extat nusquam. non servatam autem peræque hac quoque in parte eamdem fuisse formam, satis claret ex *l.* 25. §. 2. *D. de Senatusc. Silan. l. ult. D. de termino moto.* Interim summa fuit hujus Edicti ratio: siquidem solitus fuit Prætor initio Magistratus, in dealbato pariete, vel dealbata tabula, quæ in *d. l.* 7. *D. h. t. item l.* 1. *C. de interdict. & l.* 1. *D. de edendo*, & apud Senecam, *Epist.* 48, vocatur album, exprimere (quod docet Cicero, *Pro Q. Roscio Comœdo c.* 8. *in fin.*) ex uniuscujusque damno, dolore, incommodo, calamitate, injuria, publicas formulas ad quas privata lis accommodaretur. nempe, ut scirent cives quod jus de quaque re dicturus esset, seque præmunirent *l.* 2. §. 10. *D. de orig. jur.* Id igitur album non violari intererat uniuscujusque de populo: & optimo jure Prætor, si quis contra fecisse dicatur, popularem actionem de albo corrupto proposuit, vindicandæ suæ dignitatis gratia.

Ait Prætor, *Si quis:* nec distinguit statum aut conditionem corrumpentis album. late igitur patet verbum hoc, *Si quis;* & ut passim, utrumque sexum complectitur. Servi quoque, & filiifamilias verbis Edicti continentur *l.* 7. §. 1. *h. t.*

Deinde ait Prætor, *Quod jurisdictionis perpetuæ causa in albo propositum erit.* Videtur Prætor quid in albo jurisdictionis perpetuæ causa proponere: ubi in albo monet Populum, de quibus rebus, & qua forma, durante imperii sui anno, sit jus dicturus. sic enim solere Prætores, modo dixi: atque hinc *Edictum monitorium* in Inscriptione *l.* 2. *D. In jus voc. ut eant*, *& l.* 1. *D. de interrog. in jur. fac.* Refert etiam Asconius Pedianus, *Argum. Oration.* Ciceronis *Pro C. Cornelio majestatis reo pag.* 123. jussos Lege Cornelia fuisse Prætores, secundum Edicta perpetua jus dicere. ita Prætor hic, ut sæpe alibi, jurisdictionis appellatione Edictum complectitur; vocatque perpetuam jurisdictionem quam Asconius indigitat Edictum perpetuum; imo Alexander *l.* 2. *C. de restitut. milit.* dicit perpetuam jurisdictionem. Erant & alia Edicta quæ Prætor jubebat proponi, non in omnes res, neque in omnes personas, in perpetuum, sed pro re nata, in res & in personas singulas. horum exempla occurrunt in *l.* 53. §. 1. *D. de re judicata*, *l. ult. D. Ubi pupill. educ. deb.* & alibi. Hæc vero cum aliam haberent causam, quam Edicta perpetua: ad præsens Edictum non pertinent: eoque Interpres his verbis *d. l.* 7. *Si quis id quod jurisdictionis perpetuæ causa in albo propositum erit*, in margine pro explicatione hæc adjecit verba, *Non quod prout res incidit:* quamquam Librarius ea deinde miscuit Ulpiani verbis. significabat autem ille Interpres id quod res est, eum qui violet Edictum, jussu Prætoris affixum, non perpetuæ jurisdictionis causa, sed pro re nata, non puniri hac actione: quia tale Edictum magis ad privatam alicujus, quam ad communem omnium, utilitatem spectat. Non minus verum est, quod hæc verba, *in charta vel alia materia*, quæ in *d. l.* 7. sequuntur post verbum, *in albo*, similiter sunt Interpretis; significantis, quod ut album plerumque sit tabula lignea dealbata, vel paries dealbatus, tamen nihil refert: utrum affixum a Prætore Edicti perpetui gratia sit ex ligno, an ex charta, an alia materia.

Ait Prætor, *Propositum erit.* Habet igitur hæc actio locum, albo postquam propositum est, corrupto. quid si, dum proponitur, vel ante propositionem, quis corruperit? cessant Edicti verba: Pomponius autem ait, sententiam Edicti porrigendam esse ad hæc; nec improbat Ulpianus *l.* 7. §. 2. *D. h. t.*

Ait Prætor, *Dolo malo*, id est, proposito. Doli autem mali (quod Ulpianus notat *d. l.* 7. §. 4.) ideo in verbis Edicti sit mentio: quod si per imperitiam vel rusticitatem, vel ab ipso Prætore jussus, vel casu, aliquis fecerit, non tenetur.

Deinde ait, *Corruperit:* puta, raserit, deleverit, turbaverit: ut est apud Paulum *lib.* 5. *Sentent. tit.* 25. *& lib.* 1. *tit.* 21. quid, si tollat? verum est, non corrupisse. sed Ulpianus *d. l.* 7. §. 5. ait, hoc Edicto & qui tollit, teneri; quamvis non corruperit. puto, quia Prætorem æque, si non plus, contempsit. igitur nec interest, utrum suis manibus fecerit, an alii mandaverit: si quidem mandavit sciens dolo malo *d. l.* 7. §. 5: quia quod per alium fecit, per se fecisse intelligitur.

Ait Prætor, *Si quis eo nomine agere volet.* Hæc verba Edicto restitui: eo quod Ulpianus *d. l.* 7. dicit, hoc judicium esse populare: & in talibus actionibus hac aut simili formula uti solet Prætor: ut apparet ex *l.* 3. *D. de sepulchr. viol.* Datur igitur hæc actio unicuique de populo qui eo nomine agere velit: modo integra sit ejus persona: hoc est, cui per Edictum postulare licet: ut ad hujus Edicti verba notavit Paulus *l.* 4. *D. de popularibus actionib.* quæ est ex ejus lib. 3. Ad Edictum:

ctum: ex quo est quoque *d. l.* 7.

Porro ait Prætor, *Quingentorum aureorum judicium dabo.* Aureus quantum valeat, ubi in Pandectis fit ejus mentio, consulant quibus hoc cordi est, V. CL. Johannem Fredericum Gronovium, *De pecun. veter lib.* 2. *c.* 5. Meo instituto sufficit, quod hæc actio datur ad pœnam pecuniariam: & in eos qui inopia laborant, corpus torquendum esse, Ulpianus monet *l.* 7. §. 3. *D. h. t.* ut in delictis solet *l.* 1. §. *ult. D. de pœnis. l. ult. D. de in jus vocando. l. ult. D. de injur.* Nec illud præteribo: quod etiam Ulpianus *d. l.* 7. §. 1. *&* 3. observat, hanc actionem dari in servos: ac si a dominis non defendantur, eorum corpus torqueri. sic enim apparet, quod de albo corrupto non competit in servi dominum noxalis albi corrupti actio: eo quod Prætor in Edicto non adjecit, *aut noxæ dedere:* (ut factum in Edicto de dejectis & effusis *l.* 1. *D. de his qui effud. vel dejec.*) sed simpliciter dixit, judicium dabo. atque ita est: si a dominis non defendantur servi; datur in ipsos servos actio extra ordinem. & quamquam ordinaria nulla est in servum actio *l.* 107. *D. de reg. jur. l.* 44. §. 1. *D. de judic.* tamen nil vetat, quo minus (quod observat Cujacius *lib.* 21. *Observ. c.* 40.) possit actio in corpus servile dari extra ordinem: ut *l.* 1. § 8. *D. de his qui effud. vel dejec. l.* 3. §. *pen. D. de sepulchr. violat. & l.* 4. §. *pen. D. Vi bon. rapt.* Ut ut erit: hæc actio datur ad pœnam quingentorum aureorum: si unus corrupit album. Sed quid, si unus mandavit, alter corrupit: aut plures simul corruperunt? quæstio huc redit; utrum unum sit factum omnium, an sint plura singulorum facta? nam unum corruptum est album: tamen a pluribus. Ulpianus *d. l.* 7. §. 5, Si, inquit, alius sine dolo malo fecit, alius dolo malo mandavit; qui mandavit tenebitur. si uterque dolo malo fecerit, ambo tenebuntur: nam & si plures fecerint, vel mandaverint, omnes tenebuntur. & subjicit Gajus *l.* 8. *D. h. t.* omnes adeo teneri; ut non sufficiat, unum eorum pœnam luere. & est ratio: quod ut singuli delinquunt, ita ex suo quisque facto tenetur suo nomine: usque adeo, ut si unus solvat suam pœnam, non idcirco liberet alium qui ad similem pœnam ex suo facto obligatur *l.* 11. §. 2. *D. Ad legem Aquiliam.*

Inde quæsitum est, si familia alicujus album corruperit, id est, si plures, vel omnes, alicujus servi corruperint album: utrum oporteat dominum, si velit eos defendere, tot inferre pœnas, quot servi operam corruptioni dedere? Poterat dubitari propter similitudinem Edicti: quo Prætor cavit, Si familia furtum fecit, ne in singulos detur pœnæ persecutio: sed ut sufficiat, præstari, quantum foret præstandum, si unus liber fecisset furtum. Sed ait Paulus *l.* 9. *D. h. t.* sic Prætorem quidem edixisse, furto a familia admisso: sed si familia album corruperit; non similiter hic edicere. & addit causam Paulus: quia læsa Prætoris majestas vindicatur: id est, quia utile est, Prætoris dignitatem severitate pœnæ a contemptu vindicari. addit & alteram causam: quod plura facta intelliguntur: id est, quia placuit, plura intelligi facta; eo placuit, ea pluribus pœnis coërceri. Hanc sententiam Paulus sequente juvat exemplo: Quemadmodum, inquiens, cum plures servi injuriam fecerunt, vel damnum dederunt. Si vere hoc, ut potest, accipiatur non de actione injuriarum, & Legis Aquiliæ simul; sed de sola injuriarum actione, verbi gratia, injuria convicio facta, aut injuria verberibus illata qua etiam damnum datum sit: nulla difficultas est. clare enim sic Gajus *l.* 34. *D. de injuriis*, Si plures, inquit, servi simul aliquem cæciderint, aut convicium alicui fecerint: singulorum proprium est maleficium, & tanto major injuria, quanto a pluribus admissa est: imo etiam tot injuriæ sunt, quod & personæ injuriam facientium. Datur igitur actio injuriarum adversus singulos: quia in injuria, sive sit sola, ut in convicio, sive simul det damnum, ut illatis vulneribus, plura intelliguntur facta: non unum, ut in furto. Hoc sane cum est servile probrum, & quodammodo domesticum malum: (ut ostendi *lib. sing. Ad leg. Aquil. c.* v.) e re esse, credidit Prætor, in eo dominis succurrere: ne facile vel uno familiæ furto domini suis bonis everterentur. Sed hoc cum singulare in furto jus sit: non est temere porrigendum ad album a familia corruptum: in quo non similiter a Prætore edicitur. Et tamen *d. l.* 9. ait Paulus, Octavenum credidisse, hic quoque, id est, in hoc quoque casu, sive in albo corrupto etiam, esse domino succurrendum, si familia album corruperit. Sed ipse Paulus putat, hoc posse dici; si plures servi dolo malo curaverint; ut ab alio corrumperetur album: propterea quod tunc unum sit consilium; non plura facta apparent. aliter ac si ipsa familia corruperit: nam tum non unum esse factum; sed esse plura facta; & recte plures puniri. idemque Pomponium libro decimo notare.

TITULUS II.

Quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur.

TRANSEO ad secundum Edictum: quod est de coërcendo novo atque iniquo jure. sunt autem duo, aut, si malis, tria hujus Edicti capita. primum coërcet Magistratum qui novum jus statuit. alterum punit eum qui id postulavit. tertium habet exceptionem. Primi capitis verba talia sunt in *l.* 1. §. 1. *D. h. t. Qui Magistratum, potestatemve habebit, si quid in aliquem novi juris statuerit, ipse quandoque adversario postulante eodem jure uti debet.* Secundi capitis verba in *d.* §. 1. *l.* 1. hæc sunt. *Si quis apud eum qui Magistratum potestatemque habebit, aliquid novi juris obtinuerit, quandoque postea adversario ejus postulante, eodem jure adversus eum decernetur.* Hisce verbis in *d.* §. 1. subjicitur versus sequens: *Scilicet, ut quod ipse quis in alterius persona æquum esse credidisset, id in ipsius quoque persona valere patiatur.* At hunc versum non esse Edicti, vel me tacente, liquet. utrum autem Ulpiani sit, an Interpretis alicujus Veteris, dubitari possit: quamquam hoc malim: quia nil attinebat, hic repeti ab Ulpiano, quod optime ab eo erat dictum initio *d. l.* 1. Tertii capitis verba servavit nobis Gajus *l.* 4. *D. h. t.* sunt autem hæc. *Præterquam si quis eorum contra eum fecerit, qui ipse eorum quid fecisset.*

Restitui Edictum. habet autem (ut Ulpianus ait *l.* 1. *D. h. t.*) summam æquitatem, & sine cujusquam indignatione justa. quis enim adspernabitur, (hoc est, negabit vel recusabit; ut Scipio Gentilis interpretatur *lib.* 1. *Parerg. c.* 30.) idem jus sibi dici quod ipse aliis dixit, vel dici effecit.

Ait Prætor, *Qui Magistratum Potestatemve habebit.* Usum his verbis fuisse Prætorem, existimo: quamquam in *l.* 1. §. 2. *D. h. t.* exstet, [*qui jurisdictioni præest*]. primum quia hoc deest in editione Hugonis a Porta, item Jacobi Vintimilii, & alibi. deinde non est insolens Veteribus, Leges aut Edicta exposituris, ut sint contenti verborum sen-

ſenſu; cum non opus eſt verbis ipſis: ut multis probari poſſet, niſi notum eſſet. Locum igitur habet Edicti pœna, ſi qui Magiſtratum Poteſtatemve habebit, quid novi juris in aliquem ſtatuerit. Appellatio Magiſtratus proprie pertinet ad Magiſtratus Urbanos: qui per excellentiam appellantur Populi Romani Magiſtratus; eoque ſeparantur a provincialibus *l.* 12. *D. de accuſation.* qui proprie non tam Magiſtratus ſunt, quam pro Magiſtratibus funguntur; itaque Pro Conſule, & Pro Prætore appellantur; cum in Urbe vocentur Conſules & Prætores. Magiſtratus igitur in Edicto eſt Urbanus Magiſtratus: Poteſtas provincialis: ut in *l.* 13. §. 1. *D. de jurisdiction.* & apud Suetonium, *Claudio c.* 23.

Deinde ait Prætor, *Si quid in aliquem novi juris ſtatuerit.* Prætor novum vocat jus quod eſt inſolitum; videturque id trahere in pejorem partem. proinde quod Prætori eſt *Novum*, Ulpianus *Iniquum* dixit *l.* 3. *D. h. t.* Eoque ſenſu Cicero, *lib.* 3. *in Verrem*, *Veniunt*, inquit, *ad Chelidonem: domus erat plena, nova jura, nova decreta, nova judicia poſtulabantur.* Similiter Tacitus *lib.* 2. *Annal. c.* 30. *Quia vetere Senatusconſulto quæſtio in caput domini prohibebatur, callidum & novi juris repertorem Tiberium mancipari ſingulos actori publico juſſiſſe, ut in Libonem ex ſervis ſalvo Senatusconſulto quæreretur.*

Porro ait, *Statuerit.* Hoc verbum, inquit, Ulpianus *l.* 1. §. 2. *D. h. t.* cum effectu accipimus, non verbotenus: & ideo ſi cum vellet ſtatuere, prohibitus ſit, nec effectum decretum habuit, ceſſat Edictum. nam Statuit verbum rem perfectam deſignat, & conſummatam injuriam, non cœptam. Ulpianus id exemplo declarat verbis ſequentibus: Et ideo inter eos qui dixerit jus, inter quos jurisdictionem non habuit, (quoniam pro nullo hoc habetur, nec eſt ulla ſententia) ceſſare Edictum putamus. Hanc addit cauſam Ulpianus. *Quid enim officit conatus, cum injuria nullum habuerit effectum?* Sic Ulpianus *d.* §. 2. *l.* 1: nec dubito, quin ſtatim pro ulteriore ratione ſubjici debeat hoc ex *l.* 18. *D. de pœnis*, *Cogitationis pœnam nemo patitur.* Eſt enim ea lex ex Ulpiani *lib.* 3. Ad Edictum: ex quo eſt *l.* 1. *D. h. t.* Pœnam autem intellige ex hoc Edicto: ut in *l.* 3. §. 2. *& l. ult. D. h. t.* Cogitatio vero in *d. l.* 18. non eſt ſimplex cogitatio: ſed conatus, ſeu voluntas ex deliberatione decreta, etſi conſummationem non acceperit ſemper: ut apud Ulpianum *l.* 3. §. 3. *in fin. D. de Senatusc. Maced.* Suetonium *Caligul. c.* 12. & *c.* 48. item Curtium *lib.* 6. *c.* 11. *& lib.* 8. *c.* 6. qualis conatus ſeu cogitatio hic, ut alibi in levioribus delictis negligitur; etſi in atrocioribus non habeat veniam. Sed hoc jam obſervavit Cujacius *lib.* 15. *Obſerv. c.* 25.

Vult igitur Prætor: ut Magiſtratus eodem utatur jure quod ſtatuit erga alios: præſertim ſi quid novi juris ipſe effecit ſciens dolo malo. nam ſi Aſſeſſoris errore aut imprudentia aliter jus dictum ſit, quam oportuit; ait Paulus, non debere hoc Magiſtratui officere, ſed ipſi Aſſeſſori *l.* 2. *D. h. t.* & recte: nam, ut oſtendi *lib.* 1. *De jurisd. & imper. c.* 10, Aſſeſſoris officium eſt, jus ſuggerere Magiſtratui, ſicut ſe juris Studioſum profitetur, & hac ratione in Conſilium adhibetur *l.* 1. *D. de offic. Aſſeſſor. & l.* 1. *C. eod. tit.* Magiſtratus contra magis armorum, quam legum, peritiam profitetur; & cum jus dicit, tantum Aſſeſſorum verba pronunciat. Non opus aliis: clare Cicero *Pro Plancio cap.* 25. *In Magiſtratibus*, inquit, *ſi qua eſt ars; Populus Romanus facile patitur: ſin minus, virtute eorum & innocentia contentus eſt. quotus enim quisque diſertus, quotusquisque juris peritus eſt?* Igitur quod Magiſtratibus deeſt circa legum ac juris intelligentiam, hoc quia Aſſeſſorum prudentiæ peritiæque commendatur, eſt quidem Magiſtratibus ipſorum dolus imputandus: ſed juris error atque imprudentia non in illis, ſed in Aſſeſſoribus coërcendus.

Ex ſuperioribus, ut fit etiam alia naſcitur quæſtio: ſi filius meus in Magiſtratu incidit in hoc Edictum: an in his actionibus quas ex ejus perſona intendo, huic Edicto locus ſit? Sed non putat Ulpianus *l.* 3. §. 4. *D. h. t.* & hanc adfert cauſam: Ne mea conditio deterior fiat.

In ſecundo Edicti capite punitur is, qui jus iniquum adverſus aliquem poſtulavit: modo id impetraverit. nam ſic ait Prætor, *Si aliquid novi juris obtinuerit.* vice etiam verſa obtinuiſſe non ſufficit, niſi poſtulaverit. Hoc obſervat Ulpianus *l.* 3. *D. h. t.* ait enim, ſi quis iniquum jus impetraverit adverſus aliquem: ita demum eo jure uti, ſi hoc venerit per ejus poſtulationem. cæterum ſi ipſo non poſtulante, Magiſtratus inique jus dixerit, non coërceri: quia non deliquit. quid, ſi impetravit jus iniquum, ſed eo non eſt uſus? ait Ulpianus *d. l.* 3. ſufficere, impetraſſe. nam ſive uſus eſt jure iniquo, (ſic lege, *iniquo*, quamquam ubique eſt *aliquo*) ſive impetravit, ut uteretur, licet uſus non ſit, hoc Edicto puniri. Et recte: quia Prætor ad pœnam nihil deſiderat, niſi ut obtinuerit. Interim oportet eſſe poſtulatum ab ipſo qui punitur hoc Edicto. fac tamen, non me, ſed procuratorem meum petiiſſe: uter eodem jure utetur; procurator, an ego? ſed putat Pomponius, non puniri procuratorem: quia nihil cedit ejus commodo, niſi ſit in rem ſuam procurator. magis putat, me puniri: idque probat Ulpianus; utique ſi hoc ei ſpecialiter mandavi, ut poſtularet, vel ratum habui, quod poſtulavit. non idem eſſe inquit in tutore, aut curatore furioſi vel adoleſcentis. ſed ſi hic poſtulaverit: convenire utilitati pupilli; tutorem ipſum hoc Edicto coërceri *d. l.* 3. §. 1.

Porro ait Prætor, *Quandoque poſtea adverſario ejus poſtulante, eodem jure adverſus eum decernetur.* Ex his verbis apparet, hujus Edicti pœnam tum demum exerceri, ſi quis eam poſtulet adverſus eum qui jus iniquum impetravit. quod ſi nemo eam poſtulet adverſus ipſum, integrum ei ſervari jus commune. cæterum ſi quis volet hac uti pœna: nihil refert, qualis is ſit. ſic enim accipienda ſunt Edicti verba; quaſi pœna eis ſtatuatur adverſus omnem qui in Edictum incidit: non ſolum poſtulante eo qui ab ipſo læſus ſit: ſed omni qui quandoque experiatur *d. l.* 3. §. 2. *D. h. t.*

Igitur voluit Prætor, eum qui obtinuit jus iniquum, eodem jure uti. de herede quid dicemus? etiam ad eum hanc transmitti pœnam? ait Ulpianus, Julianum ſcribere, non ſolum ipſi denegari actionem; ſed etiam heredi ejus *d. l.* 3. §. 5. forte, ſi agat ex defuncti perſona: non etiam, ſi ex ſua propria. quid ni enim heres, utens ejus jure & nomine, ſicut ejus vitio, ſic ejus pœnæ ſuccedat? Præterea monet Ulpianus §. 6. *d. l.* 3, Julianum quoque non ſine ratione ſcribere, eum qui Edictum offendit, non ſolum pœnam Edicti pati in his actionibus, quas tunc habuit, cum incideret in Edictum: verum ſi quæ poſtea ei adquirentur. Sed quid, ſi qui poterat uti hoc Edicto, eo non ſit uſus, & ſolverit quod debebat: an poteſt ſolutum repetere, tamquam indebitum ex hac cauſa? negat Ulpianus *d. l.* 3. § 7. & præfatur, naturalem ſupereſſe obligationem quæ inhibeat repetitionem.

Poſtremo Edicti capite ait Prætor: *Præterquam, ſi quis eorum contra eum fecerit, qui ipſe eorum*

rum

rum quid fecisset. Et recte: ne scilicet vel Magistratus, dum studet hoc Edictum defendere, vel litigator, dum vult beneficio hujus Edicti uti, ipse in pœnam ipsius Edicti incidat *l. ult. h. t.*

Titulus III.

Si quis jus dicenti non obtemperaverit.

Ex tribus Edictis quæ tuendæ jurisdictioni proposita fuisse dixi, superest tertium, conceptum in hæc verba. *Si quis jus dicenti non obtemperaverit: quanti ea res est, intra annum adversus eum judicium dabo.* Hæc verba collegi ex *Rubrica* & *l. unica h. t.* nec dubito, fuisse plura. est enim verisimile, etiam in Edicto fuisse a Prætore propositum, cui danda sit hæc actio; & cui applicanda pœna, in Edicto expressa. at neutrum ex hoc Titulo intelligitur.

Utcumque erit: promittit Prætor, se daturum actionem, *Si quis jus dicenti non obtemperaverit.* Jus autem dicentem accipe omnem Magistratum, cum Urbanum, tum Provincialem. an & Municipales, ut Duumviros? Ulpianus negat *l. unic. h. t. Omnibus*, inquiens, *Magistratibus, non tamen Duumviris, secundum jus potestatis suæ concessum est, jurisdictionem suam defendere pœnali judicio.* Sic Florentiæ & in Norico exemplari recte legi, dudum observavit Antonius Augustinus *lib. 3. Emend. c. 6. in fin.* etsi in quibusdam libris pro *non tamen* sit *non tantum.*

Ait Prætor, *Non obtemperaverit.* Hæc verba sic exponit Ulpianus *d. l. unic. §. 1. Is videtur jus dicenti non obtemperasse, qui quod extremum in jurisdictione est, non fecit: veluti si quis rem mobilem vindicari a se passus non est, sed duci eam vel ferri passus est: cæterum si & sequentia recusavit, tunc non obtemperasse videtur.* Huc usque Ulpianus. sed quid vocat *extremum?* non solet hoc attingi ab Interpretibus; cum sit elegantis inquisitionis. puto autem, esse hoc verbum petitum a Philosophis: apud quos actionis cujusque finis, sive actionis cujusque causa, sive quod in actione est optimum, ejus extremum appellatur. Non arcessam longe exempla: sic Cicero *lib. 2. De finibus. c. 2. Nam hoc ipsum sive finem, sive extremum, sive ultimum definiebas id esse quo omnia quæ recte fierent, referrentur, neque id ipsum usquam referretur.* Et *c. 3. Hoc vero optimum, ut is qui finem rerum expetendarum, voluptatem esse dicat, id extremum, id ultimum bonorum; id ipsum quid sit, quale sit, nesciat.* Et *lib. 3. c. 7: Nec enim gubernationi aut medicinæ similem sapientiam esse arbitramur, sed actioni illi potius, quam modo dixi & saltationi, ut in ipsa arte insit, non foris petatur extremum, id est, artis effectio.* Et paulo post. *Cum enim hoc sit extremum (sentis enim, credo, me jam diu, quod τέλος Græcus dicat, id dicere tum extremum, tum ultimum, tum summum) cum ergo hoc sit extremum, congruenter naturæ convenienterque vivere.* Inde *lib. 4. c. 11. ejusdem Operis*, animantis *extremum*, finis ob quem factum animal: sicut in proposito apud Ulpianum, jurisdictionis *extremum*, executio, seu finis, ob quem jus dicitur. Proinde, ut ad rem veniam, si quis conventus rei vindicatione, fuit contumax, eoque non est passus, rem mobilem a se vindicari, sed eam duci vel ferri passus est: is non incidit in hoc Edictum: quia fecit quod in jurisdictione est extremum. cæterum si & sequentia recusavit: tunc non obtemperasse videtur: id est, si non fecit ea quæ sequuntur rei vindicationem; sive si post latam sententiam non est passus, rem a se abduci aut auferri, qui est finis rei vindicationis: non obtemperavit jus dicenti; quia non observavit extremum jurisdictionis. Inde visum Balduino *Not. ad h. t.* & Ranchino *lib. 3. Var. lect. c. 15*, ita scribere in *d. §. 1. Is non videtur jus dicenti non obtemperasse qui quod extremum in jurisdictione est, fecit: veluti si quis rem mobilem vindicari a se passus non est, sed duci eam vel ferri passus est. cæterum si & sequentia recusavit, tunc non obtemperasse videtur.* Sic illi. at verisimilius est, attendentibus ad Edicti verba, maluisse Ulpianum definire, quis in Edicto non videatur obtemperare jus dicenti, quam definire, quis dicatur ei obtemperare. Constabit autem receptæ lectioni ratio: si putemus, esse Ellipsin post hæc verba, *Veluti si quis rem mobilem vindicari passus non est, sed duci eam, vel ferri passus est;* & subaudienda esse verba, *jus dicenti obtemperasse videtur.* Talem Ellipsin D. Cujacius hic, & in *l. 12. D. de captivis*, notavit *lib. 24. Observ. c. 25. & c. 31.* Ita sine emendatione sequitur illud, *Cæterum*, & reliqua. Punitur igitur hoc Edicto ille qui jus dicenti non obtemperat. Quid, si is sit procurator tuus, vel tutor, vel curator? ait Ulpianus *l. unic. §. 2. D. h. t.* ipsum puniri, non dominum, vel pupillum. Nec movet: quod præcedente Titulo contra est dictum ex *l. 3. §. 1.* non puniri procuratorem qui iniquum jus impetravit: sed dominum qui ei mandavit postulare. Nam facile a pœna excusatur qui jus novum verecunde postulavit a Magistratu, cum posset ignorare Edicti severitatem. sed quam habet excusationem qui manifesta vi resistit executioni Magistratus contra bonos mores quos ignorare in civili societate non potuit *l. 199. D. de reg. jur?* illud magis mirere: quod deinde in §. 3. *d. l.* ait Ulpianus, *Non solum autem reum qui non obtemperavit, hoc Edicto teneri, Labeo ait; verum etiam petitorem.* Ut enim reo facile incumbat Edictum, si actori condemnatus sit: ubi tamen reo condemnatur actor? Sed videamus, ne id locum inveniat in mutuis petitionibus.

Porro ait Prætor: *Adversus eum, quanti ea res est, judicium dabo.* In his verbis proponitur actio in factum, non ad id quod interest, sed quanti ea res est: hoc est, quanti ea contumacia a Judice pro re nata æstimabitur: ut solet fieri, ubi definita pœna non est. Dabitur igitur agenti actio, quanti ea res est: etsi nihil intersit ejus. atque hoc si est: verissime ait Ulpianus *d. l. unic. §. ult.* ei consequens esse, ut meram pœnam contineat: ideoque detur quidem adversus ipsum qui non obtemperaverit jus dicenti: sed in heredem non detur: neque magis post annum. Cæterum, ut initio monui, cui eam actionem dari, & pœnam cedere velit Prætor, ex hoc Ulpiani Fragmento conjici nequit: etsi in Edicto olim id fuisse scriptum, mihi persuadeam. sed hodie liquet nusquam: & ideo non est una Interpretum sententia: aliis utramque eam actori, aliis unicuique de Populo, concedentibus. Quod discrepat sit in medio. tu vide sis Jacobum Cujacium *d. lib. 24. Observ. c. 25.* & Emundum Merillium *lib. 1. Variantium ex Cujacio c. 6.* ipse nihil definiam pro certo in re facti; in qua tam hoc, quam illud, fuisse potest: sine Veterum auctoritate non probans ratiocinationem plerumque fallacem aut vanam, etsi sæpe non improbabilem.

TITULUS IV.

De in jus vocando.

POST tractatum de jurisdictione, sequitur, ut explicetur ordo quo in jure, inque judiciis procedi debeat. Non est autem dubium, quin non oporteat sumi initium ab executione. contra debet actio prius dirigi adversus reum; inde lis contestari; postremo sententia ferri, causa cognita *l.* 1. *C. de execut. rei judic. l. unic. C. de prohib. sequestr. pecun. l.* 40. *D. de minorib.* adeo vere ait Imperator §. *ult. Inst. de pœn. tem. litig.* omnium actionum instituendarum principium proficisci ab ea parte Edicti quod est de in jus vocando.

Solet autem in jus vocare a multis confundi cum citare: cum Veteres utrumque verbum distinxerint. dixerunt enim, citari reum; ubi ipsa cognitionis die, ei ante dicta per in jus vocationem, sequentemque stipulationem, in foro, inque tribunali, etiam in judicio, (nam ad hoc quoque citatio pertinet) voce præconis evocatur; ut appareat, utrum præsens sit, an non sit: idque sæpius fieri potest *l.* 7. *D. de in integr. restit. l.* 73. *D. de judic. l.* 10. *D. de public. judic.* cum in jus vocatio fiat semel, & tantum ad eum qui jus dicturus sit *d.* §. *ult. Inst. de pœn. tem. litig.* ut dudum observavit Duarenus *lib.* 1. *Disput. anniv. c.* 7.

Est igitur in jus vocare, ad Prætorem vocare: nam jus est locus, ubi Prætor jus dicit, salva majestate imperii sui *l. pen. D. de just. & jur.* dicitur tamen etiam in judicium vocare eodem sensu, quo in jus vocare *l.* 1. §. 3. *D. de admin. tutor. l.* 3. *D. de eo per quem fact. erit. l.* 2. §. 2. *D. Qui satisd. cog.* eodemque modo cautio judicio sisti dicitur pro sisti ad Prætoris sellam *l.* 1. *& l.* 2. §. 1. *D. Si quis in jus vocat. non ier.* quia (ut vidit Cujacius *lib.* 10. *Observ. c.* 10.) Prætor Judex est vetere appellatione; & a Prætore agendi potestas permittitur, cum ab eo postulatur actio, cum exceptio, Judex etiam; denique omnis conceptio futuri judicii constituitur, data formula, dato Judice, & die, quo ad eum, post litis contestationem (nam inde incipit acceptum judicium *l. unic. C. de lit. contest.*) non juris, sed facti, discutiendi causa adeatur. Est igitur in jus vocare ad Prætorem vocare. Ulpianus *l.* 1. *h. t.* respiciens ad finem vocationis in jus ait, in jus vocare esse juris experiundi causa vocare. Dixi, quid sit in jus vocatio.

Quæris, quomodo fiat? dicam, aliam esse formam ex Duodecim Tabulis, aliam jure novo. olim ex Duodecim Tabulis privatim fiebat per actorem: nec erat Prætoris permissu opus; ne apparitore quidem. quin ultro licebat actori, dicere occurrenti sibi in via debitori: ambula in jus; sequere in jus; ego te in jus voco, aut simile: ut ex comœdiis Plauti & Terentii omnibus notum. tenebatur vero sic vocatus vocantem sequi in jus, & quidem illico. quod nisi faceret: erat actori jus, aliquos ex prætereuntibus, aut amicis eum in finem advocatis, antestari, id est, rogare, vellentne esse testes. quibus affirmantibus, velle: deinde permittebatur actori, post attractam eorum aurem (id enim fiebat, cum adjectione verbi, *memento*) reo moranti, aut frustranti, aut pedem struenti ad fugam, manum injicere; eumque obtorto collo ducere & trahere in jus, etiam invitum) Rem totam sic describit Horatius *lib.* 1. *Sermon. Sat* 9.

—— *Casu venit obvius illi*
Adversarius, &, quo tu, turpissime, magna
Exclamat voce. Et licet antestari? ego vero
Oppono auriculam: rapit in jus. clamor utrimque,
Undique concursus. ——

Hoc jus erat, si præsens esset reus. at si latitaret, aut aliter non esset actori potestas cum eo agendi: solebat actor die postulationum implorare Prætoris auxilium. Prætor vero, re summatim cognita, jubebat reum evocari ad sui defensionem aut denunciationibus, si ita domi latitaret, ut aditum ad se admitteret; aut edictis, si aditum ad se non præstaret; aut literis, si Roma abesset. quod si reus non pareret primæ Prætoris evocationi: decernebat Prætor secundam, & actorem simul mittebat in bona latitantis, fere custodiæ gratia. ac si tertium evocatus non compareret ad sui defensionem: jam non procedebatur ad sententiam; (non enim hoc erat moris ante litem contestatam; nec magis erat locus edicto peremptorio, de quo agitur *l.* 68. *& seqq. D. de judic.* ut male existimavit Scipio Gentilis *lib. sing. Origin. pag.* 286. nam & hoc demum habuit usum post litem contestatam *l.* 71. *&* 73. *D. eod. tit.*) sed Prætor altero decreto rei bona ab actore possideri ac distrahi post triginta dies jubebat. id indicat Paulus *l.* 19. *h. t.* plenius Ulpianus *l.* 21. §. 2. *D. Ex quib. caus. maj.* sed plenissime Jacobus Cujacius *lib.* 10. *Observ. c.* 10, & Carolus Sigonius *lib.* 1. *De judic. c.* 18. Saltem addam hoc Plauti *Aulul.* 2. 4.

Pulmentum pridem ei eripuit milvus:
Homo ad Prætorem deplorabundus venit.
Infit ibi postulare plorans, ejulans,
Ut sibi liceret milvum vadarier.

Sic fuit ex Duodecim Tabulis. idemque obtinuit jure Pandectarum: mitigatum tamen Edicto Prætoris. quo de porro acturus ero. Explicantur autem sub hoc Titulo tria capita. primo vetuit Prætor, quasdam personas omnino vocari in jus. altero permisit, quasdam vocari quidem, sed non aliter, quam ante venia a se impetrata. postremo in eum qui secus fecerit, posuit pœnam quinquaginta aureorum. Tenor primi capitis magna ex parte intelligitur ex Ulpiano, Callistrato, & Gajo *l.* 2. 3. 4. *&* 22. *h. t.* Tantum in transcursu annotabo, quod Ulpianus in *d. l.* 2. nominat Magistratus *qui habent imperium, qui possunt aliquem coërcere, & jubere in carcerem duci.* Tales vero sunt Magistratus majores, a quibus minores distinguit Ulpianus *l.* 32. *D. de injuriis.* In eadem *l.* 2. ait Ulpianus, *Nec Pontificem dum sacra facit, nec eos qui propter loci religionem inde se movere non possunt.* Jacobus Rævardus *lib.* 1. *Var. c.* 6. emendat, *inde semoveri non possunt.* Sed servanda vetus lectio, *inde se movere:* cujus sensus, *inde discedere:* ut in *l. pen. D. de vacat. mun.* quod animadvertit Cujacius *lib.* 13. *Observ. c.* 29. ac spectat huc illud Senecæ *lib.* 1. *De tranq. anim. c.* 10: *Quosdam exilia uno loco tenent, quosdam sacerdotia.* In eadem *l.* 2. ait quoque Ulpianus, *Nec eum qui in causa publica equo publico transvehatur.* Ad hunc locum potest referri Livius *lib.* 9. *in fin.* & Suetonius *Octavio c.* 38. Superioribus exemplis addi possunt alia. primum est, si in jus vocatus satis aut cautum dederit, vel quis ejus personam defendet; vel si dum in jus venitur, de re transactum fuerit. nam vocatum vel sic excusari a necessitate sequendi in jus, apparet *l.* 22. §. 1. *h. t. & infra Titulo* VI. *&* VIII. Simile exemplum est, si quis se receperit intra domum suam. innuit Cicero *Pro domo c.* 41. Verba Ciceronis. *Quid est sanctius, quid omni religione munitius, quam domus unius-*

uniuscujusque civium? hic aræ sunt, hic foci, hic dii penates, hic sacra, religiones, cæremoniæ continentur: hoc perfugium est ita sanctum omnibus, ut inde abripi neminem fas sit. Sic Cicero. Nec minus Gajus *l.* 18. *h. t. Plerique*, inquiens, *putaverunt, nullum de domo sua in jus vocari licere: quia domus tutissimum cuique refugium, atque receptaculum sit: eumque qui inde in jus vocaret, vim inferre videri.* Si tamen reus aditum ad se præstet, aut ex publico conspiciatur; Julianus, Paulo teste lib. I. Ad Edictum, ait recte in jus vocari eum *l.* 19. *h. t.* id est, ei diem dici. ita etsi is qui domi est, interdum in jus vocari possit; tamen de domo sua nemo extrahi debet: ut idem Paulus eodem libro monet *l.* 21. *h. t.* Eodem & sequens spectat argumentatio apud Quintilianum *lib.* 7. *Inst. Orat. c.* 8. *p.* 646. *Ex domo in jus educere ne liceat: tabernaculis eduxit.* Insuper ait Gajus *l.* 20, etiam licere in jus vocari a vinea, balneo, & theatro. Jacobus Cujacius *lib.* 21. *Observ. c.* 38, motus auctoritate Græcorum, *Basilic. lib.* 7. *tit.* 8. *tom.* I. *pag.* 332, pro *vinea* probabiliter mavult, *janua*, vel *janea:* licet Veterem scripturam defendat Samuel Petitus, *Ad leg. Attic. lib.* 4. *tit.* 2. *p.* 316. Porro ait Gajus *h. t. l.* 22, Neque impuberes puellas quæ alieno juri subjectæ essent, in jus vocare permissum esse. Præterea possit huc adduci *l.* 4. *D. de judic.* conjungenda cum *l.* 107. *D. de reg. jur.* cum utraque sit ex eodem Gaji lib. I. Ad Edictum provinciale: item *l.* 48 *D. de verb. sign.* sed quia has exposuere Jacobus Cujacius *lib.* 7. *Observ. c.* 16, & Jacobus Gothofredus ad *d. l.* 107, satis erit, indicasse, ubi quod opus sit, inveniri queat.

Secundum Edicti caput Ulpianus *l.* 4. § I. *h. t.* sic repræsentat. *Parentem, patronum, patronam, liberos, parentes, patroni, patronæ, in jus sine permissu meo ne quis vocet.* Hæc verba cum Ulpianus, tum Paulus in *d. l.* & aliquot sequentibus exponit late. At Modestinus rem paucis absolvit *l.* 13. *h. t.* sic scribens: *Generaliter eas personas quibus reverentia præstanda est, sine jussu Prætoris in jus vocare non possumus.* Sed Modestini brevitas non est sine difficultate. est enim dubitatum quibus debeatur reverentia: quando & præceptoribus & senibus eam præstari, ipsa suadet humanitas. De præceptoribus Seneca *Epist.* 64. & pulchre. æque Juvenalis *sat.* 7 *vers.* 209.

- - - Præceptorem sancti voluere parentis
Esse loco. - - -

De senibus constat ex *l.* 5. *D. de jur. immunit.* apud Ovidium quoque est *Lib.* 5. *Fast vers.* 157.

Magna fuit quondam capitis reverentia cani.

Sed mihi verior videtur esse sententia existimantium, a Modestino indicari reverentiam non qualem qualem, sed legis necessitate præstandam, neque excedentem appellationes in Edicto expressas: inter quas est patroni heres, etsi extraneus, item patroni uxor *l.* I. *&* 2. *C. h. t.* addamus personas proximas parentibus, sive quæ ut parentes honestissime salutantur: quales sunt socer, socrus, vitricus, noverca. optime Plinius *lib.* 7. *Nat. hist. c.* 13. *Q. Metellus Macedonicus cum sex liberos relinqueret, undecim nepotes reliquit, nurus vero, generosque, & omnes qui se patris appellatione salutarent, viginti septem.* Vitrici quoque affectus paternus laudatur *l.* 15. *C. de negot. gestis.*

Ait Prætor, *In jus, nisi permissu meo ne quis vocet.* Recte: permissurus enim est, si famosa actio non sit, vel pudorem non sugillat, qua patronus convenitur, vel parentes. & totum hoc, causa cognita, debet facere. nam interdum etiam ex causa famosa, ut Pedius putat, permittere debet, patronum in jus vocari a liberto: si eum gravissima injuria affecit, flagellis forte cæcidit *l.* 10. §. 12. *D. h. t.*

Tertium Edicti caput proponit Ulpianus *l.* 24. *D. h. t.* his verbis: *In eum qui adversus ea fecerit, quinquaginta aureorum judicium datur.* Sensus tamen hujus Edicti sic non est plenus. cui enim competat hæc actio, in his verbis non exprimitur. etsi probabile est, eam dari ei qui injuria affectus sit: non Fisco. præbet argumentum: quod non potest remitti a Fisco *l.* 2. *C. h. t.* ut ab eo non remittuntur cætera privatorum jura *l.* 2. *l. ult. C. Si contra jus vel util.* Datur ergo hæc actio ipsi in jus vocato. an & heredi ejus? non puto: ut nec in heredem datur; nec ultra annum *d. l.* 24. quia est pœnalis. hoc amplius similis actioni injuriarum: quæ non magis heredi datur, quam adversus heredem §. I. *Inst. de perpetuis & tempor. act.* Ad quid detur hæc actio, vix opus quæri: apparet enim, dari ad pœnam quinquaginta aureorum. Illud quæri possit: an semper detur? scio: generalia sunt Edicti verba. sed Paulus *l.* II. *D. h. t.* sic scribit. *Quamvis non adjiciat Prætor, causa cognita se pœnale judicium daturum: tamen Labeo ait, moderandam jurisdictionem.* Et adfert hoc exemplum Paulus: veluti, si pœniteat libertum, & actionem remittat; vel si patronus vocatus non venerit; aut si non invitus vocatus sit; licet Edicti verba non patiantur. An & rusticitati, seu imprudentiæ, aut ætati, parcitur? possit dubitari: quia Paulus *l.* 108. *D. de regulis juris* quæ est ex ejus *libro* IV. Ad Edictum, ex quo & *d. l.* II. (& multæ aliæ hujus Tituli) *Fere*, inquit, *in omnibus pœnalibus judiciis & ætati & imprudentiæ succurritur.* Sed meditate ait Paulus, Fere in omnibus pœnalibus judiciis succurri ætati & imprudentiæ. nam in hoc Edicto rusticitati non dari veniam, Nocturno cuidam clare rescripsit Gordianus *l.* 2. *C. h. t.* & causatur; quod naturali ratione honor hujusmodi personis debetur.

Hactenus exposui jus XII. Tabularum, itemque Edicti perpetui, solitum in Pandectis observari circa in jus vocationem. sed deinde paulatim abolitum, maxime sub Græcis Imperatoribus: in quorum Constitutionibus frequens mentio conventionis, per viatorem executoremve faciendæ: ut in *l.* 3. *&* 7. *C. de præscriptione trig. vel quadrag. ann. l.* 3. *C. de annal. except.* etiam dicitur generaliter in *l. ult. C. de exhib. reis*, neminem esse in judicio exhibendum, nisi de cujus exhibitione Judex pronuntiarit.

Tandem Justinianus in Novellis hanc introduxit formam in jus vocationis: ut primum actor libellum deponat apud acta. hunc apparitor reo offerat, itaque eum vocet in jus. reus vero simul acceperit conventionalem libellum, ei subscribat, superscribatque ex adverso libelli, se eum tali accepisse die: ac, nisi malit statim comparere, dato fidejussore caveat de judicio sisti: & solvat pro conventione sportulas. E diverso actor quoque reo præstat cautionem de contestanda lite intra duos menses sub pœna dupli, ob damnum sportularum, item de permanendo in judicio usque ad finem litis; nec non de decima parte quantitatis libello comprehensæ sumptuum nomine adversario præstanda, si judicatus erit, litem temere movisse. Peracta ad hunc modum vocatione, indulgentur reo ad deliberandum, utrum velit cedere, an contendere, & coram eo Judice ad quem vocatus est, respondere, viginti dies numerandi ab eo die quo reus per apparitorem in jus vocatus est. ita in *Novell.* 53. 96. *&* 112: unde desumpta est *Authentic. Offeratur*, *& Auth. Libellum C. de litis contestatione.*

TITULUS V.

Si quis in jus vocatus non ierit: sive quis eum vocaverit, quem ex Edicto non debuerit.

HIc Titulus pertinet ad tuitionem vocationis in jus: quam a privatis fieri finebat Lex Duodecim Tabularum. jubebat quidem illa, in jus vocatum statim sequi vocantem; sed interim pœnam, si frustraretur, non addebat. tantum patiebatur, reum prævia antestatione, rapi & duci in jus. igitur Prætor, ut succurreret verecundiæ eorum qui a vi illa, quamquam permissa, abhorrerent; simul Legis voluntatem exequeretur: Edicto cavit; ut in jus vocatus ex quacumque causa, veniat ad eum qui jurisdictioni præest: ad hoc, ut sciatur, an ejus sit jurisdictio. auctor Paulus *l.* 2. *D. h. t.* Ulpianus *l.* 5. *D. de judiciis* plus postulat, eum quamquam ex aliena jurisdictione vocatur, venire debere: idque Legatos facere inquit; ne contemnant jus dicentis majestatem.

Quod si in jus vocatus non ierit: ait Paulus *l.* 2. §. 1. *D. h. t.* quod ex causa a competente Judice multa pro jurisdictione Judicis damnabitur. sed excusabitur qui per rusticitatem non venit. item, si nihil intersit actoris, adversarium eo tempore in jus venisse; remittit Prætor pœnam: puta, quia feriatus dies fuit. Simile dicendum est, si forte in jus vocatus sit quem ex superiore Edicto in jus vocari non oportuit. nam is neque sequi tenetur, neque duci debet: ut apparet ex hac Rubrica, itemque ex Inscriptione *l.* 48. *D. de verb. signif.* nec inverisimile est, (quod Ranchinus putat) caput Edicti fuisse tale. *Si quis eum vocaverit, quem ex Edicto non debuerit, qui vocatus erit, neque sequatur, neque ducatur.* de quo loco erudite Cujacius *lib.* 7. *Observ. c.* 16. Quid, si vocatus non pertineat ad jus dicentis jurisdictionem? adhuc venire eum debere, apparet ex *d. l.* 5. *D. de judiciis:* quæ est ex Ulpiani Commentario ad hoc Edictum: monstrante Inscriptione. Quid, si venerit, & jus suum allegaverit; sufficit: ac si deinde non pareat jus dicenti: ei impune est *l. ult. D. de jurisdict. & l.* 53. §. *ult. D. de re judicata.*

TITULUS VI.

In jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent.

HOc Titulo Prætor etiam a necessitate sequendi liberavit eos qui vocati in jus, parati sunt idoneè satisdare, judicio sisti certo die, dedit id occupationibus, atque ipsi prope humanitati. post hoc igitur Edictum sufficit in jus vocato alterutrum, aut ire, aut satisdare: & qui duxerit nihilominus, injuriarum tenetur. dandus tamen fidejussor locuples pro rei qualitate: nisi forte sit persona necessaria quæ in jus vocetur: ibi enim qualemcumque accipi, jubet Prætor; & in eum qui non accepit, cum sciret, eam necessitudinem personarum, promisit quinquaginta aureorum judicium: quoniam pro locuplete accipitur fidejussor in necessariis personis *l.* 1. 2. *&* 3. *D. h. t.* Sed de his latius infra *Tit.* 8. hujus libri.

TITULUS VII.

Ne quis eum qui in jus vocabitur, vi eximat.

EDICTUM hujus Tituli sic concepit Ranchinus. *Ne quis eum qui in jus vocabitur, vi eximat, neve faciat dolo malo, quo magis eximatur. si adversus ea factum fuerit, in factum, quanti ea res est, judicium dabo.* Indicio ei ipse *Titulus:* item *l.* 4. §. 2. cum *l.* 5. *D. h. t.* Proposuit autem Prætor hoc Edictum: ut metu pœnæ compesceret eos qui in jus vocatos vi eripiunt. eratque hæc pœna necessaria. nam cum in jus vocatio, sequensque ductio violenta, clamore faceret plerumque hominum concursum; ut supra apparuit ex Horatio *lib.* 1. *Sermon. sat.* 9. fiebat aliquando, ut reus de manibus vocantis eximeretur. quod ne fieret, edixit Prætor, Ne quis eum qui in jus vocatus, vi eximat; & si contra fiat, proposuit in factum actionem. Hoc autem verbum, *Ne quis* tam marem, quam fœminam continet *l.* 1. *D. de verb. signif.*

Ait, *in jus vocabitur:* id est, ad Prætorem: ut supra dictum. nam si quis eximat vocatum ad pedaneum judicem: cessabit pœna hujus Edicti *l.* 3. §. 1. *D. h. t.*

Ait, *Vi eximat.* Verbum *Eximendi* est generale; & distinguitur a rapere. Eripere enim est, de manibus per vim auferre. Eximere, quoquo modo auferre: ut puta, si quis non rapuerit quem, sed moram fecerit, quo minus in jus veniret: ut actioni dies exiret, vel res tempore amitteretur. sed & si eo loci retinuerit, non abduxerit: videbitur exemisse, quamvis corpus non exemerit *l.* 4. *D. h. t.* itaque exempta actio dicitur *l.* 26. §. 4. *D. Ex quibus causis majores.* Plane cum ait Prætor, *vi eximat*, ad effectum respicit: & recte monet Ulpianus *l.* 5. §. 2. *D. h. t.* actorem debere docere, per hanc exemptionem esse factum, quo minus reus in jus produceretur. nam si nihilominus in jus productus est: ait, cessare pœnam; & præfatur, quod verba cum effectu accipienda sunt.

Ait igitur Prætor, *Vi eximat.* An & dolo? Ulpianus *l.* 3. §. 2. *D. h. t.* sufficit, inquit, vi, quamvis dolus malus cesset. Fac: (quod me docuit Bachovius, *ad Part.* 1. *Pand. p.* 480. *& seq.*) aliquis vi exemit eum quem per errorem putat non potuisse in jus vocari. non est dolus. tamen vis est: & hæc Edicto sufficit, etsi errore admissa sine dolo.

Ait Prætor, *Neve faciat dolo malo, quo magis eximeretur.* Si per alium quis exemerit: hac clausula tenetur, sive præsens fuit, sive absens *l.* 5. *D. h. t.* quod autem addit Prætor, *Dolo malo*, recte addit. nam potest sine dolo malo id fieri: veluti, cum est justa causa exemptionis *l.* 4. §. *ult. D. h. t.* Ea res movit Ofilium, ut putaret, non esse Edicto locum, si persona quæ in jus vocari non potuit, exempta est: veluti parens & patronus, cæteræque personæ. & ait Ulpianus, quod ea sententia ipsi videtur verior: & sane, inquit, si deliquit qui vocat, non deliquit qui exemit *l.* 1. §. 2. *D. h. t.* Ulpiano subscribit Paulus *l.* 2. *D. eod.* nam, inquiens, cum uterque contra Edictum faciat, & libertus qui patronum vocat, & is qui patronum vi eximat, deteriore tamen loco libertus est, qui in simili delicto petitoris partes sustinet. Eadem æquitas est in eo qui alio quam

quo

quo debuerat, in jus vocabatur. Sed & fortius dicendum est, non videri vi eximi eum cui sit jus ibi non conveniri. Quod si quis exemit servum in jus vocatum, Pedius putat, cessare Edictum quoniam non fuit persona quæ in jus vocari potuit. *l.* 3. *D. h. t.* quia cum servo nulla actio est, ut commode Gajus *l.* 107. *D. de reg. jur.* ubi de in jus vocando eum egisse, probabiliter observat Jacobus Gothofredus.

Ait Prætor: *Quanti ea res est, judicium dabo.* Hoc judicium in factum esse, Ulpianus ait *l.* 5. §. 1. *D. h. t.* & dari in eum qui vi exemit: addit quoque, quod eo non continetur id quod in veritate est: sed quanti ea res de qua controversia est, ab actore est æstimata: & hoc, inquit, additum esse: ut appareat: etiamsi calumniator quis sit, hac tamen pœna eum teneri. quod & Paulus probat *l.* 4. §. 1. *D. h. t.* de quibus plene & diligenter Jacobus Gothofredus *lib. Animadvers. c.* 1. Est igitur hæc actio mera pœnalis: ideoque is qui debitorem vi exemerit, si solverit, eum non liberat; quia pœnam suam solvit *l. ult. D. h. t.* quod si plures deliquerunt, in singulos dabitur actio: & nihilominus manet qui exemptus est, obligatus *l.* 5. §. 3. *D. h. t.* Eadem ratione non datur hæc actio post annum, neque adversus heredem. an heredi? negat Ulpianus *d. l.* 5. §. *ult. D. h. t.* quamquam non ideo, quod est pœnalis: sed quod est instar actionis injuriarum: de qua in §. 1. *Inst. de perpet. & tempor. act.*

TITULUS VIII.

Qui satisdare cogantur, vel jurato promittant, vel suæ promissioni committantur.

DIXI supra Titulo sexto hujus libri, in jus vocatum, si satisdet judicio sisti, dimittendum esse; & eum qui duxerit, injuriarum teneri: Prætorem enim reo dedisse electionem; utrum malit ire in jus; an idoneë cavere: sed quia dixi perfunctorie, & quasi in transitu; ideo hic agam diligentius. Et in primis sciendum, satisfactionem differre a cautione, item a satisdatione. est enim generale satisfactionis verbum, nihil aliud significans, quam explere alterius desiderium. itaque & solutionem complectitur, & quamlibet aliam satisfactionem: nam & novatione & acceptilatione creditori satisfieri dicimus *l.* 9. §. 3. *D. de pign. act. l.* 21. §. *ult D. de const. pec. l.* 52. *D. de sol.* at cautionis appellatio satisfactione quidem strictior, satisdatione vero latior est. nam cavere est, adversarium facere securum. proinde & pignoribus cavemus, & fidejussoribus *l.* 188. §. 1. *D. de verb. sign.* nec minus nuda repromissione. at *satisdare dicimur*, (inquit Gajus *l.* 1. *D. h. t.*) *adversario nostro, cui pro eo quod a nobis petiit, ita cavimus, ut eum hoc nomine securum faciamus datis fidejussoribus.* Sic legendum *cavimus*, & *cui:* non ut vulgo *cavit* & *qui.* quamquam *qui* & *cui* etiam eodem modo & scripta & pronuntiata fuerunt à Veteribus. non adscribo exempla: plenis manibus talia brevi dabit amicus, olim etiam auditor meus, Henricus Brenckman, vir egregius, & pulcherrima peregrinatione ad juvandam Jurisprudentiam instituta omnibus bonæ mentis studiosis tam carus quam notus. Sed in viam.

Satisdamus igitur solis fidejussoribus: maxime ubi Prætor exigit satisdationem *l.* 7. *D. de prætor. stip.* Ejusque rei adfertur ratio: quod in Prætoriis stipulationibus venit id quod interest. in quo ut difficulter intelligitur, qualia sufficiant pignora; ita visum, melius fidejussoribus caveri, quam pignoribus. adde, quod pignora aliquando non inveniunt emptorem. etiam sæpe casibus sunt obnoxia. præterea erat olim major facilitas conveniendi fidejussores, quam pignora, ante inventa fidejussorum beneficia. quidquid erit: cum satisdationem audimus; fidejussoriam intelligimus: nisi abutimur verbo; ut fit, si stipulator qui poterat fidejussores exigere, nuda promissione fit contentus. nam eo casu etiam repromissionem satisdationis appellatione complectimur *l.* 61. *D. de verb. signif.* non quasi veniat vi verbi, sed placito partium. Non obstat his, ut creditur, Ulpianus *l.* 1. §. 9. *D. de collatione bonorum.* nam sic intelligendus, quasi ad hæc verba, *Jubet Prætor ita fieri collationem, ut recte caveatur*, quærat, quid significet, *caveatur?* Et ait, Pomponium putare, caveri per satisdationem oportere. nempe, quia hæc solet præstari in stipulationibus Prætoriis *l.* 3. *D. de stipul. prætor.* Est igitur satisfactum Prætori, si sit satisdatum; etsi jubeat caveri. Deinde subjicit Ulpianus, An pignoribus caveri possit, videamus? hoc est, an pignoribus quoque caveri possit? ait autem Ulpianus, eumdem Pomponium scripsisse, & reis & pignoribus recte caveri de collatione, & ita se quoque existimare: hoc est, etsi in Prætoriis satisdationibus tantum fidejussores admittantur, non etiam pignora: de collatione tamen tam pignoribus, quam reis, seu fidejussoribus, caveri. quæso, quid ita? quia in eo Edicto Prætor non satisdationem, ut alias, sed cautionem exegit. cautio autem non minus pignora, quam fidejussores admittit. Sic censeo: ac simile quid in *l.* 4. §. 8. *D. de fideicomm. libert.* Exposui verborum usum.

Sequitur, qualem quisque præstet cautionem. non enim unam omnium venire, Rubrica indicat. prima certe pars ait esse qui satisdare cogantur. puto autem, ex Edicto omnes teneri satisdare qui in jus vocantur, & quidem idoneë: nisi si qui excipiantur. Paulum audi *l.* 1. *D. In jus vocati ut eant.* Verba Pauli: *Edicto, cavetur, ut fidejussor judicio sistendi causa datus, pro rei qualitate locuples detur.* Ait, *Locuples.* Sed hunc unde æstimamus? Ulpianus *l.* 2. *D. h. t.* locupletem putat intelligi ex duobus: nimirum ex facultatibus, & ex conveniendi facilitate. primum ex facultatibus. Inde Gajus *l.* 234. §. 1. *D. de verb. signif.* Locuples est, inquit, qui satis idoneë habet pro magnitudine rei quam actor restituendam esse petit. talis (si audimus Gajum *l.* 9. & Paulum *l.* 10. *D. h. t.*) vel re vera est, vel juris præsumptione intelligitur: ut si ab arbitro sit probatus. nam si in alteram partem iniquum sit arbitrium; potest querela deferri ad competentem judicem: qui judex ex causa improbat ab arbitro probatos, alias improbatos probat. ita Paulus *l.* 10. *D. h. t.* dum expungatur signum §; & totus locus continuo legatur spiritu: quod unus observavit Cujacius *ad Paulum.* idem putat Paulus esse multo magis: si cui dandi erant fidejussores, is eos sua voluntate accipiat: & tamen inquit, si medio tempore fidejussoribus insignis calamitas, vel magna inopia accidit, causa cognita, ex integro satisdandum est *d. l.* 10. *pr.* & §. 1. Ita res huc redit: ut quoties vitiose cautum vel satisdatum est: non videatur cautum *l.* 6. *D. h. t.* & commode dicitur *l.* 4. *D. de stipul. prætor.* quod Prætoriæ stipulationes sæpius interponuntur, cum sine culpa stipulatoris cautum esse desiit. Sed non tantum ex facultatibus locuples reputatur fidejussor; sed, ut dixi, etiam ex conveniendi facilitate. proinde et-

si fidejussor non negetur idoneus; sed dicatur habere fori præscriptionem; & petitor metuat, ne utatur jure fori: merito recusatur. quod si non possit alias caveri: prædicendum ei, non usurum eum privilegio, si conveniatur. sic Ulpianus *l.* 7. *D. h. t.* etsi lib. 14. Ad Edictum ex quo est *l.* 5. *D. de petit. hered.* eoque appareat, proprie non pertinere ad hunc locum. at idem docet fere *l.* 1. *D. Si quis in jus vocat. non ier.* Simili ratione, qui mulierem adhibet ad satisdandum, non videtur cavere; nec magis miles, nec minor viginti quinque annis *l.* 8. §. 1. & 2. *D. h. t.*

Cavetur igitur Edicto, ut fidejussor judicio sistendi causa datus, pro rei qualitate detur locuples: exceptis necessariis personis. ibi enim qualemcumque accipi, jubet Prætor: quoniam pro locuplete accipitur in necessariis personis *l.* 1. 2. 3. *D. In jus vocati ut eant.* verba Prætoris talia referuntur *l.* 2. §. 2. *D. h. t. Si quis parentem, patronum, patronam, liberos aut parentes patroni, patronæ, liberosve suos, cumve quem in potestate habebit, vel uxorem, vel nurum in judicium vocabit, qualiscumque fidejussor judicio sistendi causa accipiatur.* Sic editur. sed Cujacius, *lib.* 7. *Observ. c.* XI, *ad fin.* pro, *eumve quem in potestate habebit vel uxorem vel nurum*, ponit, *eamve quam in potestate habebit vel uxorem vel nurum.* Desumit argumentum ex *d. l.* 2. *D. In jus voc. ut eant*, & *d. l.* 2. §. 3. *D. h. t.* arbitratus, ex his liquere, verbis, *eumve quem in potestate habebit*, non intelligi liberos in patris potestate existentes, quos Edictum his comprehenderat verbis, *Liberosve suos:* sed uxorem & nurum quæ sint in manu & familia mariti aut soceri. Hæc de Edicti restitutione. at verba explicat Ulpianus *d. l.* 2. §. 3. & 4: ut ibi videri potest.

Interim, ne quis negligat debitam necessitudini reverentiam, promittit Prætor in eum qui non acceperit qualemcumque fidejussorem, cum sciret eam necessitudinem personarum, judicium quinquaginta aureorum: auctore Callistrato *l.* 2. *D. In jus vocati ut eant.*

Illud nescio an addam; quod hæc satisdatio fit per stipulationem; & quidem aliquando interveniente Prætoris auctoritate: quo casu Prætoria appellatur *l.* 1. §. 3. *D. de Prætor. stipul.* solet etiam dies qua reus sistatur, adjici vel consensu litigantium, vel Judicis interventu *l.* 8. *D. h. t.* Videtur quoque Prætor adjecisse de modo itineris per singulos dies faciendi *l.* 1. *D. Si quis cautionibus.*

Finis satisdationis; ut reus judicio sistatur condicta die. quod si fiat: liberatur fidejussor. sin minus: Prætor in fidejussorem dat actionem, quanti ea res est. quod utrum veritatem contineat, an quantitatem, quæri potest. sed melius est, ut in veram quantitatem fidejussor teneatur; nisi pro certa quantitate accessit *l.* 2. §. 5. *D. h. t.* igitur sive in duplum est actio, sive tripli aut quadrupli: tanti eumdem fidejussorem omnimodo teneri dicemus; quia tanti res esse intelligitur *l.* 3. *D. h. t.* Si tamen decesserit qui fidejussorem dederit judicio sistendi causa, non debebit Prætor jubere exhiberi eum. quod si ignorans jusserit exhiberi, vel post decretum ejus ante diem exhibitionis decesserit: deneganda erit actio. si autem post diem exhibitionis decesserit, aut amiserit civitatem; utiliter agi potest *l.* 4. *D. h. t.* sed non idem est in satisdatione judicatum solvi *l.* 5. *D. h. t.*

Altera Rubricæ pars est, *Vel jurato promittant.* Hæc pars indicat, esse qui in jus vocati, non coguntur satisdare; sed defungantur, si jurato promittant. Ad hanc partem una pertinet *l. ult. D. h. t.* in qua ait Paulus, quod qui jurato promisit judicio sisti, non videtur pejerasse, si ex concessa causa hoc deseruerit. Interim qui jurato promittant, non tradit hic Titulus. sed puto, sic cavere viros Illustres & Clarissimos *l.* 17. *C. de dignitatib. l.* 12. *C. de proxim. sacror. scrin. lib.* 12. *tit.* 19: ad eosque domum mitti ad jurandum, Paulus docet *l.* 15. *D. de jurejurando:* quæ est ex lib. 6. Ad Edictum ex quo est *d. l. ult.* Est porro pervulgata cum in Academiis, tum in Foro sententia, idem jus indulgeri his qui nequeant invenire fidejussorem judicio sisti: modo sacramento hoc affirment; & deinde juratoriam cautionem præstent. At eam sententiam a jure alienam esse, mihi semper persuasi. Scio, pro ea adferri *Novellam* 112. *c.* 2. Sed in ea nihil tale. tantum ibi agitur de satisdatione pro litium expensis ab actore præstanda ante reorum citationem: cæterum de cautione judicio sisti a reo præstanda, ne ei necesse sit in jus venire, qua de cautione præsens agit Titulus, nullum exstat vestigium. igitur frustra petitur inde, ubi inducta non est. at nec ante hanc Novellam obtinuit: solito antiquitus Prætore, concedere actori, volenti judicio experiri, adversarium suum in jus vocare; ac nisi satis vel cautum det, post antestationem, in jus ducere ad Prætorem, postulationibus sedentem; alioquin in carcerem, ubi servetur in sequentem postulationis diem, in jure sistendi causa. Ejus rei testimonium in hoc Plauti, *Persa*, 2. 4 18. *SA. Vadatur hic me. PÆ. Utinam vades desint, in carcere ut sis.* Plauto addam Justinianum *l.* 19. *C. de testibus:* nam ex ea claret, teneri reos in jus vocatos, actori cavere datis fidejussoribus: quod nisi faciant, in carcerem detrudi. idemque obtinuisse in testibus, testimonii causa in jus vocatis: licet parati essent, juratoriam præstare cautionem: donec hos a regula juris excepit Justinianus *d. l.* 19: præfatus, absurdum esse, quibus jurantibus creditur pro toto litis certamine; ipsis non credi jurantibus, se certo die in judicio adfore testimonii gratia. Hæc igitur cum in testibus sit exceptio; perseverat regula in reis in jus vocatis, in quibus mutata non est. Sed hoc plenius tradidi *lib.* 2. *Observ. c.* 20. Verius admittantur ad juratoriam cautionem possessores bonorum immobilium. quin est insignis error Interpretum: existimantium, eos possessores suæ substantiæ committi sine jurejurando. Non accersam argumenta: re certissima ex *l.* 8. *C. de Principib. agent. in reb. lib.* 12. *tit.* 22. item *l. ult.* §. 1. *C. de sportulis*, & *l.* 26. §. 6. *C. de Episcop. audient.* suboluit hoc Jacobo Cujacio V. CL. *lib.* 12. *Obs. c.* 22, & *ad Novell.* 53. Meo igitur judicio, quod ait Macer *l.* 15. *D. h. t.* possessores immobilium rerum satisdare non compelli, sic accipiendum; ut quidem non cogantur satisdare; sed idcirco non sint liberi a juratoria cautione, etsi parati sint, sua bona obligare *d. l.* 8. Sic, si immobilium possessor nomine suo intervenit. quid, si alterius defensionem suscipiat? tum, etsi locupletissimus sit, non videtur defendere, nisi satisdare fuerit paratus *l.* 51. §. 2. *l.* 52. & 53. *D. de procurat.* Cæterum quis sit possessor, late explicat idem Macer *d. l.* 15. §. 1. & *seqq.*

Tertia Rubricæ pars est, *Vel suæ promissioni committuntur.* Ex ea vero intelligimus, esse aliquos qui in jus vocati, neque satisdare, neque jurato promittere, coguntur: sed suæ promissioni committuntur. tales in primis sunt Fiscus & Respublica *l.* 1. §. 18. & *l.* 6. §. 1. *D. Ut legator. seu fideic. serv. caus. cav.* quibus forte jure novo addendi sunt Clerici ex *l.* 25. §. 1. & *l.* 33. §. 3. *C. de Episc. & Cleric.*

TI-

TITULUS IX.

Si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur.

PRÆCEDENS Titulus egit de cautionibus quæ pro hominibus liberis interponuntur. præsens ostendet, quomodo pro servis caveatur, si ex noxali causa agatur. Si quis ergo promiserit, servum de quo sit noxalis actio, judicio sistere; is jubetur eum exhibere in eadem causa, donec judicium accipiatur. ea de re ita Ulpianus in *l.* 1. *D. h. t.*: *Si quis eum de quo noxalis actio est, judicio sisti promisit:* Prætor ait, *in eadem causa eum exhibere, in qua tunc est, donec judicium accipiatur.* Quid sit, *In eadem causa sistere*, videamus. Et Ulpianus putat verius, in eadem causa sistere videri eum qui ad experiendum jus actoris non facit deterius *d. l.* 1. § 1. *&* *l.* 2. *D. h. t.* Inde quæritur, an in eadem causa sistatur qui liber factus sistitur? Ea quæstio ab Ulpiano *l. pen. D. h. t.* sic definitur. *Si servum in eadem causa sistere quidem promiserit, & liber factus sistatur: si de ipso controversia est capitalium actionum, injuriarumque nomine, non recte sistitur: quia aliter de servo supplicium & berberibus de injuria satisfit, aliter de libero vindicta sumitur vel condemnatio pecuniaria. quod autem ad cæteras noxales causas pertinet, etiam in meliorem causam videtur pervenisse.* Sic Florentiæ edit Taurellius. apud Accursium & Haloandrum extat, *supplicio & verberibus de injuria satisfit.* Vintimillii editio habet, *supplicio & verberibus satisfit:* ejectis verbis, *de injuria.* meo judicio, non inepte. sensus: Si quis promiserit servum sistere in eadem causa: multum refert, utrum criminaliter, an civiliter agatur. nam si criminaliter agatur: (Ulpianus ait, si de ipso controversia est capitalium actionum, injuriarumque nomine) non recte sistitur liber factus: quia aliter de servo supplicio & verberibus satisfit, aliter de libero vindicta sumitur, vel condemnatio pecuniaria. quod si civiliter agatur noxali actione; (Ulpianus, quod, inquit, ad cæteras noxales actiones pertinet) & liber factus sistatur: non fit deterior actoris causa; potius fit melior: propter actionem directam qua jam liber factus in solidum suo nomine tenetur § 5. *Inst. de noxal. act.* Sic Ulpianus in *d. l. pen.* an vere? possit quis dubitare: quia aliter sentire videtur Ulpianus *l.* 1. *D. de pœnis.* ait certe ibi: quod in delictis, si aliam pœnæ formam admittat tempus delicti, aliam tempus ferendæ sententiæ, reus eam subit pœnam quam sustineret, si sententiam esset passus eo tempore quo deliquit. Id vero recedit a *d. l. pen.* in qua ait Ulpianus, inspici tempus judicii accepti. Sed hæc non pugnant. nam quod Ulpianus *d. l.* 1. ait, reum, mutata ejus conditione, debere sustinere pœnam quam esset passus tempore delicti, dicit opposite ad tempus ferendæ sententiæ: quod numquam vult considerari. proinde si non alia rei conditio sit tempore delicti, quam tempore accepti judicii: placet ei, inspici tempus delicti *d. l.* 1; etsi alioquin aliam pœnam admittat tempus ferendæ sententiæ. quod si alia fuit conditio tempore delicti, alia judicii accepti: jam non resistit Ulpianus, quo minus ad tempus accepti judicii potius, quam ad tempus delicti respiciatur. quod unus optime animadverrit Jacobus Cujacius *lib.* 10. *Observ. c.* 22.

Oportet igitur (nam huc redeo) eum qui promiserit, servum judicio sistere, si ex noxali causa agatur, servum in eadem causa exhibere, donec judicium accipiatur. Accursius judicium interpretatur sententiam. nec inficior, quod alibi demonstrabo, hanc aliquando judicium appellari. sed ratio Edicti illam interpretationem hic non patitur. voluit enim Prætor, servum in eadem causa sisti, donec litem contestetur qui eum habet in potestate, & hac actione tenetur. nam absque ea cautione foret: facile posset actoris conditio ante litem contestatam servi alienatione fieri deterior: sive hac actori potentior offeratur adversarius: sive in litigando incipiat in duriore loco esse, qui erat in pari *l.* 1. §. 1. *D. h. t.* id vero post litem contestatam non metuitur: eo quod is quocum lis sit contestata, etsi amittat servum, deinde actori condemnatur in æstimationem: imputaturus sibi, quod ipse abstulit sibi noxæ dedendæ facultatem *l.* 37. *&* *l.* 38. *D. de noxalib. act.*

TITULUS X.

De eo per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat.

EFFECTUS satisdationis judicio sisti qua de actum est hactenus, hic venit: ut reus, si condicta die se non sistat, teneatur pœna. de qua Cujacius *lib.* 10. *Observ. c.* 10, & nos alibi. Igitur sicut interest ejus, ne quis moram ei injiciat, quo minus in judicio adsit; ita æquissimum putavit Prætor, coërceri dolum ejus qui impedit aliquem judicio sisti *l.* 1. *D. h. t.* Prætoris sententiam refert Julianus *l.* 3. *D. h. t.* his verbis: *Ex hoc Edicto adversus eum qui dolo fecit, quo minus quis in judicium vocatus sistat, in factum actio competit, quanti actoris interfuit eum sisti.* Formam Edicti hoc modo restituit Jacobus Gothofredus ad *l.* 110. §. 2. *&* *seqq. D. de regulis juris. Qui dolo malo fecerit, quo minus quis in judicio sistat, adversus eum quanti actoris interfuerit, in factum judicium dabo.* Habet igitur hæc actio locum: si quis fecerit dolo malo, quo minus quis in judicium vocatus sistat. Fecisse autem dolo malo putatur is qui suis manibus, vel per suos, retinuerit: etiam qui alios rogavit, ut eum detinerent, vel abducerent, ne judicio sistat; sive scientes, sive ignorantes; quid esset, quod comminisceretur. sed etsi quis venienti ad judicium aliquod pronunciaverit triste, propter quod is necesse habuit, ad judicem non venire, dolo malo fecisse, verius est. quamvis enim sint qui putent, sibi imputare eum qui credulus fuit, oportere: non debet tamen dolus alterius esse impunitus *d. l.* 1. §. 1. *&* 2. Competit igitur hæc actio adversus eum qui vocatum dolo malo impedit in judicium venire. nisi forte is actor sit: tunc enim reo, si de pœna conveniatur ab actore, exceptio sufficit *d. l.* 1 § 3. idemque est, si actoris servus, domino sciente, & cum potest, non prohibente, dolo fecerit, quo minus in judicio sistam. quod si servus hoc fecerit sine domini voluntate; Sabinus noxale judicium dandum ait; nec factum servi domino obesse debere: nisi hactenus, ut ipso careat, quando ipse nihil deliquit *l.* 2. *&* *l.* 1. §. 5. *D. h. t.* De eo quæritur, si plures deliquerint, an omnes Edicto teneantur? & placet, omnes teneri: sed, si unus præstiterit pœnam, cæteros liberari: cum nihil intersit *d. l.* 1. §. 4. Atqui aliter responsum *l.* 5. §. 3. *D. Ne quis eum qui in jus voc. vi exim.* & *l.* 8. *de jurisdict.* Sed interest, quod hæc actio

non

non est mere pœnalis, nec mere persecutoria, ut post dicetur: ideoque non competit adversus heredem: nisi hactenus, ut non lucretur ex dolo defuncti *l.* 1. §. 6. *D. h. t.* Plane scribit Julianus *d. l.* 3. §. 1. *D. h. t.* si solvendo non fuerit is qui dolo fecerit, quo minus in judicio sistatur; æquum esse, adversus ipsum reum dari actionem restitutoriam; ne propter dolum alienum reus faciat lucrum, & actor damno afficiatur.

Sed revertor ad Julianum *l.* 3. *D. h. t.* ait is, quod hæc actio a Prætore datur adversus eum qui dolo malo fecit, quo minus quis in judicium vocatus sistat. Igitur fuit Prætor tantum de reo locutus, si factum sit, ne is sistat: quia de eo sistendo cautum fuit. & tamen si alicujus dolo factum fuit, quo minus actor veniat in judicium: non intercedunt Veteres, ne etiam danda actori sit hoc nomine actio. etsi enim actor non promiserit in judicio sisti, tamen absurdum videtur, ut ipse a judicio absit eo die quem dixit reo. accedit, quod cum id contingit, reus dimittitur, & solvitur instantia. ita apparet, Edicti verbis solum comprehendi reum: sed ejus mentem æque ad actorem pertingere. quare evenire potest: ut hæc actio utrique competat & actori & reo *d. l.* 3. §. 2. etiam, ut neutri *d. l.* 3. §. 3. Ut ut erit: datur hæc actio ei cujus interest, sive sit reus, sive sit actor: & commode ait Julianus *d. l.* 3, quod in judicio deducitur, si quid amiserit actor ob eam rem: veluti si reus dominium rei interim sibi adquirat, aut actione liberatus fuerit. est & aliud *d. l.* 3. §. *ult.* cæterum ut hæc actio datur ei cujus interest, sic & heredi ejus, quamquam non ultra annum *l.* 1. §. 6. *D. h. t.*

Ad quid detur hæc actio, vix opus addi: quia apparet, dari quanti actoris interfuit, eum sisti *d. l.* 3. idemque probat Paulus *l.* 3. *tit. seq.* Persequitur igitur rem ex parte actoris, pœnam ex parte rei: & ideo non datur ultra annum, nec adversus heredem, nisi quatenus locupletior factus sit, *l.* 1. §. *ult. D. h. t.* Non obstat, quod datur ad id quod interest. Non est enim unius formæ actio quæ sic a Prætore datur. quin refert, quid egerit Prætor; cum eam proponeret ad id quod interest. nam si eam dedit actoris gratia, non habetur pœnalis: sed si eam dedit odio rei, & ut puniat ejus factum; pœnalis habenda est, ut in *d. l.* 1. §. 4. vel, ut alibi dicitur, quasi pœnalis *l.* 1. §. 3. & 4. *D. Si mulier ventr. nom. in poss. calumn.* competit ergo hæc actio pœnæ nomine, & est quasi pœnalis, non vere pœnalis, quia actori tantum datur in id quod ejus interest *d. l.* 1. §. 4, & *d. l.* 3. *h. t.* cum plus petat vere pœnalis. ea ratione reo, si fuerit impeditus dolo actoris, non datur hæc actio, cum sufficiat exceptio, nec rei intersit *d. l.* 1. §. 3.

TITULUS XI.

Si quis cautionibus in judicio sistendi causa factis non obtemperaverit.

DICTUM superiore Titulo de his qui per alium impediuntur ad judicium occurrere: sequuntur qui vadimonium deserunt sua sponte. & sane constat, eum qui promisit, aliquem sistere, debere eum in eadem causa sistere: hoc est, ita sistere, ut persecutio non sit deteriore loco: quamvis exactio rei possit esse difficilior *l.* 11. & *l.* 12. *D. h. t.* Quod si non faciat: datur in fidejussorem actio ad pœnam, si promissa sit, nisi excedat modum statutum *l.* 4. §. *ult. h. t.* de quo Cujacius *lib.* 10. *Observ. c.* 10. quod si promissa non sit pœna: datur actio, quanti ea res est; nisi certum stipulatione sit comprehensum *l.* 2. §. *ult D. Qui satisd. cog. l.* 3. *D. Si quis in jus voc. non ier.* estque æstimatio ejus quod agentis intersit, referenda ad tempus quo sisti debuit, non ad id quo agitur, quamvis desierit ejus interesse *l.* 12. §. 1. *D. h. t.* Illud non est indignum observatu; quod stipulatio judicio sisti interponitur propter ipsam rem propter quam quis convenitur *l.* 10. §. 2. *D. h. t.* eoque caret effectu; si ea sit rei persona, cum qua agi non possit, qualis est servus *l.* 9. & 13. *D. h. t.* Idem est, si talis sit, ut adversus eam jam amplius dirigi non possit actio: ut evenit in tutore, finita tutela *l. ult. D. h. t.* Eadem ratione placuit, si promissio judicio sistendi causa facta sit in actione injuriarum, & moriatur vel stipulator vel promissor, stipulationem non transire ad heredes *d. l.* 10. §. 2. Igitur & si homo sisti promissus, dolo promissoris periit ante diem; certo utimur jure, pœnam non peti ante, quam dies venerit; propterea quod tota stipulatio in diem collata videtur *l.* 10. §. 1. *D. h. t.* Quid, si promisero, judicio sisti eum qui dicebatur jam tempore esse liberatus? ait Paulus, hanc excusationem non sufficere; sed nihilominus dandam in me esse actionem; ut vel exhibeam eum, vel defendam, ut veritas inquiratur *l.* 10. *D. h. t.*

Præter hæc solet Prætor, post trigesimum diem a deserto vadimonio, missionem, si postuletur, decernere in bona ejus qui fidejussorem judicio sistendi causa dedit: quasi latitante reo, ut liquet ex *l.* 2. *D. Quibus ex causis in possess. eat.* conjungenda cum *l.* 2. *D. Qui satisd. cog.* cum utraque sit ex Ulpiani lib. 5. Ad Edictum.

Plane observandum est; quod stipulatio judicio sisti, cum sit Prætoria *l.* 1. §. 3. *D. de stip. Prætor.*, ideo legem accipit ex mente Prætoris *l.* 52. *D. de verb. oblig.* simul temperamentum: quod non haberet, si ad solam contrahentium voluntatem attenderetur. putemus igitur, eum qui vadimonium deserit, a pœna deserti vadimonii excusari complures ob causas quas enumerat Ulpianus *l.* 2. & 4. item Gajus *l.* 6. & 8. *D. h. t.* quæ possunt optime illustrari ex Seneca *De benefic. lib.* 4. *c.* 33. 34. & 35. locum, quia prolixior est, non adscribo.

TITULUS XII.

De feriis & dilationibus & diversis temporibus.

PRÆTER causas ob quas superiore Titulo reus dicitur excusari, si stato tempore non veniat in judicium, exstant sub hoc Titulo explicandæ adhuc duæ: nimirum feriæ & dilationes. Primum feriæ: quas a feriendis hostiis, & ab antiquis festas appellatas, Festus refert. sunt autem feriæ, dies qui præstant vacationem publicam vel a negotiis plerisque, vel a forensibus. Hæ feriæ sunt duplices: aliæ repentinæ seu indictæ, aliæ solemnes seu legitimæ *l.* 26. §. 7. *D. Quib. ex caus. maj. l.* 3. *C. de dilationib.* repentinæ extra ordinem pro re nata indicuntur: puta, ob res prospere gestas, vel in honorem Principis *d.* §. 7. & *l.* 1. *C. h. t.* item ob luctum publicum, vel calamitatem publi-

blicam, ad placandas Deorum iras. ita meminit Gellius, *lib.* 2. *Noct. Attic. c.* 28, Romanos, ubi sentirent, terram movere, edicto ferias imperare. Tacitus quoque, *lib.* 2. *Annal. c.* 82, scribit, extincto Germanico, etiam ante edictum Magistratuum, ante Senatusconsulta, sumptum justitium, deserta fora esse. Similiter apud Apulejum *lib.* 4. *Metamorph. ad fin.* legitur, luctu publico congruens edici justitium. Solemnes seu legitimæ feriæ sunt statæ & ordinariæ feriæ, certo tempore recurrentes: quæ ideo prospici possunt & debent *d.* §. 7. *l.* 26. Hæ feriæ aliæ sunt divinæ, quæ habentur divini cultus causa: ut dies Dominica *l.* 2. 3. 7. *& ult.* §. 1. *C. h. t.* nativitatis, Epiphaniarum Christi, & qui præcedunt, sequunturque dies septem, item dies Paschalis cum septem sequentibus & antecedentibus, & similes *l.* 2. 6. 7. *C. h. t. l* 3. *C. de Episc. audient.* Aliæ sunt humanæ: ut dies natalis urbis Romæ & Constantinopolis, nec non Imperatoris *l.* 7. *C. h. t.* item qui antecedit Kalendas Januarii, solitus vacare honori Magistratus *l.* 5. *D. h. t.* In eodem numero sunt feriæ messium & vindemiarum *l.* 1. *D. l.* 2. *&* 7. *C. h. t.* etiam nundinæ Principis auctoritate institutæ. nam & his datur; ut qui eas frequentant, non debeant inquietari prætextu debiti *l. unic. C. de nundinis.*

Ferias novas & repentinas solus condere potest Princeps. judici aut administratori, id est, Magistratui, hoc jus non est *l.* 4. *C. h. t.* tantum huic permittitur, ferias dare secundum consuetudinem quæ retro obtinuit *l.* 7. *D. de officio Proconf.* potest igitur Magistratus, Præses, verbi gratia, statuere tempus messis, vindemiarumque causa ex cujusque loci consuetudine *l.* 4. *D. h. t.* at novas ferias condere sua auctoritate non potest. ac si contra faciat; non præstant dilationem, cum non sint imperiales. idque est, quod dicitur *d. l.* 4. *C. h. t.* si nomine eximuntur, etiam fructu carebunt.

Quod attinet ad effecta feriarum: de his fuit Oratio D. Marci in Senatu recitata, quæ Oratio non extat. Ulpianus *l.* 6. *D. h. t.* vocat Legem: ut Oratio Severi de prohibita alienatione prædii rustici vocatur Lex *l.* 16. *D. de pign. act.* Orationem D. Marci tractavit Ulpianus variis libris: ut liquet ex plerisque Inscriptionibus sub hoc Titulo. certe in *l.* 1. *D. h. t.* quæ est ex lib. 4. De omnibus tribunalibus, ita ait, *Ne quis messium vindemiarumque tempore adversarium cogat ad judicium venire, Oratione D. Marci exprimitur.* & hanc adfert rationem Ulpianus, *quia occupati circa rem rusticam, in forum compellendi non sunt.* Sensus Ulpiani: quod D. Marcus ferias messium & vindemiarum omnibus idcirco indulsit, quod eo tempore etsi non omnes, at plerique, re rustica occupati, non satis commode in foro possunt occurrere. oportet vero jus aptare ei quod pluribus utile est. Vetat igitur Oratio, ne quis adversarium cogat ad judicium venire: sive sit rusticus, sive sit alius. quid, si Prætor per ignorantiam vel socordiam eos evocare perseveraverit, hique sponte venerint? ait Ulpianus *d. l.* 1. §. 1, si quidem sententiam dixerit, præsentibus illis & sponte litigantibus, valere sententiam; tametsi non recte fecerit qui eos evocaverit: nempe, quia volentes possunt uti beneficio feriarum, nolentes non coguntur uti. sin vero, cum abesse perseveraverit; sententiam protulerit, illis absentibus, sententiam nullius momenti esse: non enim oportere Prætoris factum juri derogare: eoque & citra appellationem infirmari sententiam *d. l.* 1. §. 1.

At non ad vindemiam, messemque subsistit D. Marci Oratio: sed generaliter Ulpianus *l.* 6. *D. h. t.* *Si feriatis*, inquit, *diebus fuerit judicatum, Lege*, id est, ut dixi, Oratione D. Marci, *cautum esse, ne his diebus judicium fit, nisi ex voluntate partium: & quod aliter adversus ea judicatum erit, ne quis judicatum facere, neve solvere debeat: neve quis ad quem de ea re in jus aditum erit, judicatum facere cogat.* Sic Orationem prodit Ulpianus: nec ferias divinas ab humanis distinguit. licet igitur Prætori, ex Ulpiani sententia, per hanc Orationem, volentibus omni feriato die jus dicere. & est in *l.* 36. *D de recept. & qui arbitr.* (quæ conjungenda cum *d. l.* 6, cum utraque sit ex *lib.* 77. *ad Edictum*) exemplum in arbitro qui ex compromisso aditur. In illa certe lege sunt hæc Ulpiani verba: *Si feriatis diebus cogente Prætore arbiter dicat sententiam, & petatur ex compromisso pœna; exceptionem locum non habere constat.* Sequens clausula, *Nisi alia lege eadem dies feriata in qua sententia dicta, est excepta*, est Ulpiano adjecta a Triboniano ex *l.* 7. *C. h. t.* in qua hæc extant verba. *In eadem observatione numeramus & dies Solis (quos Dominicos rite dixere majores): in quibus parem necesse est habere reverentiam: ut nec apud ipsos arbitros vel a judicibus flagitatos, vel sponte electos, ulla cognitio sit jurgiorum.* Sed hoc observavit Franciscus Hotmanus *lib.* 8. *Observ. c.* 16.

Fuit igitur Divi Marci Oratione cautum, ne feriatis diebus sit judicium, nisi ex voluntate partium. Sed (quod monet Ulpianus *d. l.* 1. §. 2) excipiuntur certæ causæ ex quibus cogi poterimus, & per id temporis, quo messes vindemiæque sint, ad Prætores venire. tales causæ sunt, si res tempore peritura sit, hoc est, si actionem peremptura sit dilatio. & recte: licere enim per ferias agere, quod prætermissum noceret, Macrobius *lib.* 1. *Saturn. c.* 16. ex Scævola, & Virgilio observat. Interim quotiens res urget, cogendi quidem sumus ad Prætorem venire, verum ad hoc tantum, ut lis contestetur, & ita ipsis verbis Orationis exprimitur: quamquam, alterutro recusante post litem contestatam litigare, dilationem Oratio concessit *d. l.* 1. §. 2. *D. h. t.* Eadem Oratione D. Marcus effecit, diebus feriatis Prætorem adiri etiam de aliis speciebus, quæ possunt videri *l.* 2. *&* 3. *D. h. t.* atque his in *l.* 5. *C. h. t.* accedunt publicæ & fiscales, pistoriæ quoque causæ. Nec illud omittendum; quod cum omnes urbanæ plebes & cunctarum artium officia quiescant venerabili Solis die quem Dominicum dixere majores; cum cæteros quoque dies festos majestati altissimæ dedicatos, non oporteat occupari voluptatibus obscœnis aut theatralibus; nec profanari ullis exactionum vexationibus; nec apud ipsos arbitros vel a Judicibus flagitatos, vel sponte electos: licet adhuc, pacta conferre, & transactiones loqui, manumittere etiam, atque emancipare, etiam licet ruri positis agrorum culturæ libere licenterque inservire *l.* 2. 3. 7. 8. *&* 11. *C. h. t.* Similiter in latronum quæstionibus ne Paschæ quidem dies eximitur, quamquam alioquin quadraginta diebus qui Paschale tempus anticipant auspicio cæremoniarum, omnis inhibeatur cognitio criminalium quæstionum *l.* 7. *&* 10. *C. h. t.* Præterea (quod Ulpianus monet *l.* 9. *h. t.*) Divus Trajanus Minicio Natali rescripsit ferias a forensibus tantum negotiis dare vacationem: ea autem quæ ad disciplinam militarem pertinent, etiam feriatis diebus peragenda: inter quæ custodiarum quoque cognitionem esse. Satis de feriis.

Sequitur, ut de dilationibus videamus. est autem dilatio (ut ait Donatus, ad Terentium, *Eunuch.* 5. 8.) diei prolatio; id est, spatium temporis quo res tractanda differtur. ea dilatio vel a Lege conceditur, ut in specie *l.* 2. *D. de re judic.* & in feriis, vel ex consensu partium, vel a judi-

ce. Postrema est hujus loci. datur vero a Judice utrique, tam actori, quam reo, ad producendos testes, vel instrumenta *l.* 99. §. 2. *D. de verb. signif.* in causis omnibus, etiam si lis sit inter privatos & fiscum *l.* 6. *C. h. t.* tantum, si res vertitur in consistorio Principis, dilationem tribui non solere, Constantinus scribit *l.* 5. *C. h. t.* & pro ratione adferunt Græci; quia parati ad cognitionem Principis venire debent. ita Græci ad *d. l.* 5. *Basilic. lib.* 7. *tit.* 17. *c.* 15. *tom.* 1. *pag.* 377. Est porro auctor Paulus *l. ult. D. h. t.* quod in pecuniariis causis omnis dilatio singulis causis plus semel tribui non potest, in capitalibus autem reo tres dilationes, accusatori duæ dari possunt; sed utrumque causa pro tribunali cognita. Igitur ex arte Constantinus *l.* 4. *C. h. t. A procedente*, inquit, *judice dilationem non convenit postulari, etiam si utraque parte præsente tribuatur: cum non alias, nisi causa cognita, indulgeri queat: & cognitio causæ non interpellatione planaria, sed considente magis judice legitime colligatur: ut, si forte dilationis petitio fuerit improbata, suscepta quæstio per sententiam judicis dirimatur.* Ita *lib.* 1. *De jurisd. & imp. c.* x. restitui, *interpellatione planaria*, cum vulgo legatur, *interpellatione plenaria*, nullo sensu. Illud non omittam, quod ex Paulo dixi, deberi D. Marci Orationi: eaque sic definitum fuisse, Ulpianus auctor est *l.* 7. *D. h. t.* Voluit autem Oratio, dilationes dari longiores vel breviores secundum moderamen locorum tam ex eadem provincia, quam ex alia. nam & hoc diserte Ulpianus *d. l.* 7: cum qua conjungenda *d. l.* 99. *D. de verb. signif.* quando utraque est ex eodem libro De Officio Consulis. Est porro Oratione D. Marci expressum, amplius quam semel, non esse dandam instrumentorum dilationem. sed Ulpianus *d. l.* 7, ait, utilitatis litigantium gratia, causa cognita, & iterum dilationem, tam ex eadem, quam ex alia Provincia, secundum moderamen locorum impertiri solere: maxime si aliquid inopinatum emergat. Illud videndum, si defunctus acceperit aliquam dilationem propter instrumenta; an successori quoque ejus dari debeat; an vero quia jam data est, amplius dari non possit? & putat Ulpianus *d. l.* 7. magis esse, ut & hic causa cognita, dari debeat.

Effectus dilationum est: quod sive pars, sive integra dilatio data fuerit, Judicis officium eo usque conquiescit, donec petiti temporis defluxerint curricula. feriæ autem sive repentinæ, sive solemnes sint, dilationum temporibus non excipiuntur; sed his connumerantur *l.* 3. *C. h. t.*

Tertia Rubricæ pars est, De diversis temporibus. Sed observat D. Cujacius *Paratitl.* in legibus sub illa positis parum præstari quod promittitur; idque evenire pluribus Pandectarum locis, quæ apud ipsum videri possunt.

Tantum, quis dicatur dies more Romano, definitur ex Paulo *l.* 8. *h. t.* ad quam scribit Antonius Augustinus *lib.* 4. *Emend. c.* 13. & potest addi allegatus ab eo A. Gellius *lib.* 3. *Noct. Attic. c.* 2.

Nominantur in *l.* 1. §. 1. & 2. *D. Quis ordo in possess. serv.* etiam dies sessionum: assueto Prætore, & Præside, cum inchoaturus est Conventum, ejus dies disponere; & alium dare postulationibus, alium cognitionibus, alium decreto, alium aliis partibus: ut dudum notavi *lib.* 1. *De jurisd. & imp. c.* 10.

Præterea occurrunt in jure dies alii utiles alii continui; ut in *l.* 1. *D. de divers. temp. præscr. l. ult. C. de dol. mal.* §. 16. *Inst. de excus. tut.* de hoc discrimine Radolphus Fornerius *lib.* 2. *Rer. quotid. c.* 14. res nota.

Fit etiam mentio temporis quod civiliter, item temporis quod naturaliter æstimatur: hoc numeratur de momento in momentum: in illo postremus dies inchoatus pro completo habetur *l.* 134. *D. de verb. signific. l.* 6. *D. de usurp. & usuc. l.* 3. §. 3. *D. de minorib.*

TITULUS XIII.

De edendo.

In limine hujus Tituli possunt duo quæri. primum, cur is alio ordine collocetur in Pandectis, alio in Codice. deinde, quemadmodum cum superioribus connectatur. utrumque breviter dissolvam. potuit actionis editio ab actore fieri ante, quam reus in jus veniret. argumento hoc Terentii, *Adelph.* 2. 1. 40. *Nam ego liberali illam adsero causa manu. Nunc vide, utrum vis argentum accipere, an causam meditari tuam. Delibera hoc, dum ego redeo, leno.* Idem ostendit ordo Edicti perpetui: in quo Julianus primum egit de edendo, deinde de in jus vocando. id sub utroque titulo liquet ex Fragmentis Ulpiani & Pauli. nam Ulpianus de edendo scripsit lib. 4; Paulus lib. 3. contra Ulpianus de in jus vocando egit lib. 5; Paulus lib. 4. præcessit igitur in Edicto perpetuo Titulus De edendo Titulum De in jus vocando. hujusque ordinis observationem, adeo necessariam fuisse, putat Cujacius *lib.* x. *Observ. c.* x: ut, si actor litem ordiretur a vocatione in jus, omissa editione, reus vocantem illico sequi, aut satisdare non teneretur. Male. movent me complura: in primis illud Ulpiani *l.* 1. §. 1. *D. h. t. Eum quoque edere Labeo ait, qui producit adversarium suum ad album, & demonstret quod dictaturus est, vel id dicendo, quo uti velit.* Ulpianus cum *album* dicit; sine dubio Prætoris album intelligit; & per *adversarium* indigitat reum. simul ostendit, eum in jus vocatum ab actore, debuisse in jus venire, tametsi actionis editio demum in jure fiat ad album. Pari fere modo quo in hoc Plauti, *Persa*, 4. 9. *Age ambula in jus leno. D. Quid me in jus vocas? SA. Illuc dicam apud Prætorem. sed ego in jus voco.* Simile in *Aulul.* 4. 10. *Jam quidem ad Prætorem hercle te rapiam, & ibi scribam dicam.* Igitur vetere jure nil interfuit; quoad effectum sequendi in jus, utrum reus in jus vocaretur facta, an neglecta, editione. Illa fuit differentia: quod reus altero casu, cum in jus venisset, teneretur actoris desiderio statim respondere, & cum eo litem contestari: altero non tenebatur agenti respondere statim. contra poterat dicere, se imparatum venire in jus, non edita ante actione qua conveniatur: itaque postulare tempus ad deliberandum, utrum debeat potius cedere, an contendere. Voluit igitur Justinianus, Titulum De edendo in conficiendo Codice esse priorem Titulo De in jus vocando, exemplo Edicti perpetui: nempe, ut observato illo ordine, non esset causa petendæ dilationis; & interim per amicos tentari possent pacta transactionesque. in Pandectis vero Titulum De edendo subjecit Titulo De dilationibus: ideo quod putaret, reo, cum in jus esset ventum, ante non edita actione, justam esse causam postulandæ dilationis. Sed a Titulo ad rem.

Editio hic proponitur triplex: actionum, instrumentorum, & rationum. Prima est editio actio-

ctionum: de qua Prætorem edixisse, liquet, ex Inscriptione *l.* 1. *D. h. t.* & *l.* 3. *C. eod. tit.* ac vix dubito; quin fuerint Edicti verba quæ exstant apud Ulpianum *d. l.* 1. *Qua quisque actione agere volet, eam edere debet.* Ratio Edicti optima. nam æquissimum videtur, eum qui acturus est, edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere, an contendere ultra debeat; & si contendendum putat, veniat instructus ad agendum, cognita actione qua conveniatur *d. l.* 1. Vult igitur Prætor ab actore edi actionem qua acturus sit. quid autem sit *edere*, exponit Ulpianus *d. l.* 1. §. 1. ait is, edi compluribus modis. unum esse, si actor faciat reo facultatem describendi actionem libello comprehensam. alterum, si descriptam adversario tradat; ne is opus habeat describere: quod Veteres dicebant, dicam scribere, & subscribere: auctore Budæo, *prior. part. ad Pand. pag.* 54, & *in Not. reliq. pag.* 1. tertium, si actor adversario actionem dictet voce sua, & adversarius ex ipsius ore excipiat: unde dictare actionem apud Jurisconsultos *l.* 22 § *fin. D. de nox. lib. act. l.* 32. § 9. *versic. illud D. de recept. qui arbitr.* quartum, si actor adversarium suum producat ad album, & demonstret, quod dictaturus est, vel id dicendo quo uti velit. Hoc vero ut intelligatur; sciendum est, quod olim Prætores, in ingressu Magistratus sui, soliti fuere, in jure proponere Edicta, ut scirent cives, quod jus de quaque re quisque dicturus esset, seque præmunirent *l.* 2. §. 10. *D. de origine juris.* in iisque Edictis fuisse formulas quas in quaque causa accommodari oporteret, suadet sequens Ciceronis locus, *Pro Roscio Comœdo cap.* 8. *Fraudabat te in societate Roscius. Sunt jura, sunt formulæ de omnibus rebus constitutæ, ne quis aut in genere injuriæ, aut ratione actionis errare possit. expressæ sunt enim ex uniuscujusque damno, dolore, incommodo, calamitate, injuria, publicæ a Prætore formulæ ad quas privata lis accommodatur.* Hæc vero quod in alba tabula, vel albo pariete, proponerentur; apparet, cur Labeo apud Ulpianum *d. l.* 1. §. 1. dixerit, eum quoque edere, qui producit adversarium suum ad album, & demonstret, quod dictaturus est. Sensus enim est, quod non tantum edit is qui reo porrigit actionem libello scriptam, vel eam dictat, vel dicit: sed etiam hic qui adversarium suum in jus ducit ad album Prætoris: in eoque suo digito vel aliter demonstrat formulam seu actionem qua acturus sit. Tantum de modis edendi.

Sequitur formula: quam in actione in rem talem facit Cicero *Pro Murena c.* 12. Fundum qui est in agro, qui Sabinus vocatur, eum ego ex jure Quiritium meum esse ajo. Unde intelligimus, in actione in rem actori duo fuisse observanda. primum, ut res quæ peteretur, bene designaretur: & quidem fundus (quod miror non attigisse *d. loc.* Ciceronem) tam demonstratione nominis, quam loci quo sit: sic enim fieri oportere, monet Paulus *l.* 6. *D. de rei vindic.* alterum erat, ut petitor diceret, se ejus quod petit, dominum esse. quod & traditum *l.* 23. *D. eod. tit.* cæterum causam ex qua dominus esset petitor, addere, nihil attinebat, veluti ex legato, vel donato, vel simili: & ideo ejus nusquam mentio, ne in §. 1. quidem *Inst. de actionibus*: nam nec interest possessoris qua ex causa actor dominus sit: cum dominium una saltem ex causa adquiratur. *l.* 14. §. 2. *D. de except. rei judic.* An de possessione adversarii addi debeat in formula, eo video ambigi, quod in *l.* 1. *C. de alien. judic. mutand. causa* sic editur, *cum in rem actionem possessio pariat adversario.* Sed nulla ratione. ut enim ostendi *lib. sing. ad Edict. De pact. & transact. c.* 13. *p.* 430. *col.* 1, scribendum eo in loco est, *Cum in rem actioni possessio pariat adversarium.* Hoc modo legunt Græci, Basilic. *lib.* 10. *tit. ult. tom.* 1. *pag.* 718, & in quibusdam libris extare dudum monuit Accursius. res etiam loquitur; quod una rei vindicationis causa est dominium. tantum possessio, cum ad alium devenit, domino cujus est rei vindicatio, parit adversarium. Sed profecto, cum idem Attalus qui Imperatores hic consuluit, sit actor, spectantibus tenorem legis, non potest vulgaris lectio, *actionem* & *adversario*, tolerari ullo pacto. Dixi de actione reali.

In actione personali videtur talis fuisse formula. Ajo, te mihi decem dare oportere ex stipulatu. Erant adeo duo similiter in personali actione exprimenda. primum res quæ peteretur *l.* 19. *D. de furtis.* deinde obligatio ex qua petitio fieret §. 1. *Inst. de actionib.* An & nomen, seu genus, sive (ut dicitur in *l.* 3. *C. de Senatusconsulto Macedoniano*) titulus actionis: ut puta, ex stipulatu, ex mutuo, ex empto? Mihi placet. & commode ajunt Severus & Antoninus *l.* 3. *C. h. t. Edita actio speciem futuræ litis demonstrat.* Æque Modestinus *l.* 33. *D. de judiciis: Non*, inquit, *videtur in judicem consensisse, qui edi sibi genus apud eumdem judicem desiderat actionis.* Insuper erat quotidiana Veterum disputatio, utrum hæc vel illa competeret actio *l.* 1. *D. Si mensor fals. mod. dix. l.* 1. *D. de æstim. act. tot. tit. D. de præscript. verb.* foret vero inanis ea disputatio: nisi necesse fuisset, actionis speciem libello exprimi. Præterea ait Pomponius *l.* 2. §. 6. *D. de origine juris*, ex Duodecim Tabulis compositas esse actiones quibus inter se disceptarent homines: easque actiones, ne populus, prout vellet, institueret, certas solemnesque fuisse. Dices formularum angustias jam laxari cœpisse tempore mediæ jurisprudentiæ, inventa actione præscriptis verbis: qua primum non habentibus propriam atque usitatam actionem, deinde cæteris quoque de actione certa dubitantibus, quo tutius ageretur, uti concessum est *l.* 1. & *seqq. l.* 17. *D. de præscriptis verbis. l.* 50. *D. de contrah. empt.* & *alibi.* quin verborum aucupia, formulasque tandem ab usu recessisse *l.* 2. *C. de formulis sublatis.* Sed id non obstat, quo minus actor in actione personali, præter rem, quæ petitur, etiam obligationis causam, exprimere deberet. nam Impp. Theodosius & Valentinianus in *d. l.* 2. volunt, tunc demum nulli objici exceptionem non impetratæ actionis: si constiterit, eam esse rei aptam & proposito negotio convenientem. talem autem quis esse dicat; nisi intelligat causam obligationis ex qua conveniatur? potest enim eadem res sæpius deberi ab eodem *l.* 14. §. 2. *D. de except. rei judic.* neque sequitur, si quis debere, aut obligatus esse dicatur; eum idcirco esse ex empto, verbi gratia, conveniendum: cum possit ex societate, aut aliter teneri. Edenda igitur est & res, quæ petitur, & causa ex qua petitur: ut sciat reus, utrum cedere, an ultra contendere debeat. Neque id mutatum omnino est, inventa actione præscriptis verbis. nam ea est tantum effectum: ne actor teneretur servare solemnia formularum verba, aut alioquin commisso in his errore vel leviculo causa caderet. quod olim contigisse, Cicero *Pro Murena* refert. Sunt tamen qui putent, oportere quidem causam obligationis edi; sed actionis nomen edi non oportere. At mihi videtur res eodem redire, sive actionis nomen edatur, sive causa obligationis. cum enim editur actionis causa, editur actionis nomen, si non uno vocabulo, at verborum ambitu qui fungitur nominis vice. Omitto, quod Clericus dicitur conveniri proposita

sita actione *l.* 33. §. 8. *C. de Episcop. & Cleric.* & Imperatores *l. ult. C. de interdictis* sic scribunt: *Si quis quodlibet interdictum efflagitet, ruptis veteribus ambagibus, inter ipsa cognitionum auspicia, actionem exprimere, ac suas allegationes jubeatur proponere.* Obstat, inquies, *l.* 3. *C. de annali exceptione.* Verum dupliciter respondet Brossæus, *Remiss. ad eam legem.* primum, quod libellus obscurus, licet non admittatur, tamen ad interrumpendam præscriptionem valet. deinde quod libellus ineptus non rejicitur, nisi pars adversa de ineptitudine opponat.

Jubet igitur Prætor, ab actore edi actionem qua agere volet. Sed quid est actio? ait Ulpianus *l.* 178. §. 2. *D. de verb. signif.* quod hoc verbum & speciale est, & generale, pro re nata. ita omnis actio dicitur, sive in personam, sive in rem sit petitio. sed plerumque actiones personales solemus dicere: petitionis verbo in rem actiones significari videntur: persecutionis verbo extraordinarias persecutiones puta contineri; ut puta fideicommissorum, & si quæ aliæ sunt quæ non habent juris ordinarii executionem. Sic ibi Ulpianus. at quæstioni est mens hujus Edicti. igitur is in *l.* 37. *D. de obligat. & act.* (quæ ad hujus Edicti interpretationem spectat, cum sit ex *lib.* 4. *Ad Edictum* ex quo est *l.* 1. *D. h. t.*) actionis verbo, inquit, omnis continetur actio, in rem, in personam, directa, utilis, præjudicium, stipulationes etiam quæ Prætoriæ sunt, quia actionum instar obtinent; ut damni infecti, legatorum, & si quæ similes sunt. interdicta quoque. nec minus mixtæ actiones, in quibus uterque actor est: ut puta finium regundorum, familiæ erciscundæ, communi dividundo. interdictum Uti possidetis, Utrubi. Actionis igitur verbo in hoc Edicto ex mente Prætoris venit omnis actio: pari in omnibus æquitate. An & exceptio? Paulus *l.* 8. §. 1. *D. de verb. sign.* quæ est ex lib. 3. Ad Edictum, ideoque hujus loci, sic ait, *Actionis verbo non continetur exceptio.* Paulus vult, quod Prætor in hoc Edicto sub actione non complectitur exceptionem. & recte: nam alia est actio, alia exceptio. actio est intentio, seu petitio. exceptio est ejus exclusio *l.* 2. *D. de exception.* Atqui actionis nomine plerumque exceptio venit: & est exemplum in *l.* 1. §. 4. *D. de dolo malo.* quin Ulpianus *l.* 1. *D. de exception.* (quæ non minus est hujus loci, quam *d. l.* 37, quum æque sit ex lib. 4. Ad Edictum) *Agere*, inquit, *etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est.* Sit ita, cum ad Judicem venitur. tum enim debet reus suam probare exceptionem, ut actor suam intentionem *l.* 19. *D. de probationib.* Sed quod ad hoc Edictum attinet: in eo (ut Paulus ait *d. l.* 8. §. 1.) actionis verbo non continetur exceptio. & quod ait Ulpianus *d. l.* 1, etiam agere videri eum qui exceptione utitur; non debet pro definitione, sed pro ratione dubitandi, in Edicti explicatione accipi. nam actio proprie est jus persequendi in judicio, quod sibi debetur *pr. Inst. de action.* exceptio est ejus actionis exclusio *d. l.* 2. *D. de except.* & quamquam actionis appellatio aliquando porrigatur ad exceptionem: id tamen non fit; nisi cum ratio interpretandi postulat, a verbi proprietate recedi, evitandæ absurditatis gratia. quæ ratio in proposito cessat. nam Prætor, cum jubet, actionem reo edi ab actore, tantum agit: ut inter litigantes æqualitas conservetur, nec a parato actore reus imparatus opprimatur. est enim in actoris potestate, quando velit experiri: at reus ex improviso plerumque invaditur. proinde alteri merito conceditur spatium deliberandi de actione: alteri id circa exceptionem non datur.

Hactenus de actionis editione. Sequitur editio instrumentorum: quam ut reo faciat actor, ejusdem est æquitatis quæ suadet actionem ab eo edi. nam cum fides actionis pendeat ex instrumentis, vix poterit reus scire, hisce non cognitis, utrum cedere, an contendere debeat. itaque nescio, an ratio fugiat eos qui voluerunt, instrumenta demum edi post litem contestatam. sunt enim edenda tum, cum actio editur, id est, cum actorem oportebit eis uti, non cum oportet. Sed verba Edicti videntur talia fuisse. *Itemque instrumenta quibus in judicio uti eum oportebit, adversario edere cogam sine die & Consule.* Sic censeo ex *l.* 1. §. 2. *& seqq. D. h. t. & l.* 8. *D. de verb. signif.* Tenetur igitur actor reo non minus instrumenta, quam actionem, edere. An tamen omnia? videtur: modo actor omnibus sit usurus apud Judicem *l.* 1. §. 3. *D. h. t.* in eoque instrumenta distinguuntur a rationibus: quas, si petantur edi, exhibere debet actor: sive usurus iis sit, sive non sit; & sive privatæ sint, sive fisci *l.* 5. *&* 6. *C. h. t.* Plane, si legatum petatur; non jubet Prætor edi testamentum: ideo fortasse, quia heres solet habere exemplum testamenti *l.* 2. *D. h. t.* Debet porro actor totam edere stipulationem: alioquin non videtur edere *d. l.* 1. §. 4. *D. h. t.* igitur debet quoque edere diem & Consulem in quem concepta est solutio. nam dies solutionis, sicuti summa, est pars stipulationis *d. l.* 1. §. 2. Diem vero & Consulem quo conscriptum est instrumentum, excepit Prætor: *ne quid excogitetur ex die & Consule, & prælato die fiat.* Eguinarius Baro legit, *prolato die.* Sed Florentiæ est, *prælato die.* idque mavult Cujacius *lib.* 3. *Observ. c.* 7. & prælatum diem ibi, ut & in *l.* 28. *D. Ad leg. Cornel. de fals.* explicat anteversum, anticipatum, vel, ut in *l.* 33. *D. de recept. & qui arbit.* est, *relatum.* Cujacium refutat Samuel Petitus, *Ad leg. Attic. lib.* 4. *tit.* 3. *p.* 321. sed quid velit, vix intelligo. Illud quoque receptum esse, Modestinus ait; ut exempla instrumentorum, etiam sine subscriptione edentis, edi possint *l.* 11. *D. h. t.* nimirum, quia ea editio non ad probationem pertinet, sed ut reus accipiat deliberandi facultatem. Sic in actore.

Aliud in reo. nam hic non magis tenetur ad edenda sua instrumenta, quam ad edendam exceptionem. nisi volumus, originem petitionis ex domo ejus qui convenitur, peti. sed hoc durum: est etiam pervulgata regula, actore non probante, reum, etsi nihil ipse præstet, obtinere *l.* 4. *& l. ult. C. h. t.* Ex causa tamen aliter servari, ait Antoninus Pius *l.* 1. *C. h. t.* pone, esse communia instrumenta *l.* 7. *C. h. t.* ut evenit *l.* 5. *D. Famil. ercisc.* & ita forte accipiendus Scævola *l.* 95. §. *ult. D. Ad. leg. Falcid.* Idem Fisco habetur honor, non quidem in re capitali, sed in re nummaria *l.* 2. §. 2. *D. de jure fisc.* nec tamen vel hic ei edenda instrumenta alia, quam quæ ad eam causam faciant *l.* 3. *D. h. t.* quod si ea non exhibeat qui convenitur, ei nocet in eam causam *d. l.* 2. §. 1.

Tertia exceptio est in argentariis. de quibus Prætor egit speciali Edicto. Ejus capita fuere tria; & primi verba fuisse talia, ex *l.* 4. *& l.* 9. §. 3. *D. h. t.* verisimile est. *Argentariæ mensæ exercitores rationes quæ ad se pertinent, edere debent, adjecto die & Consule, omnibus qui id postulabunt, si prius juraverint, non calumniæ causa petere.* Rationem hujus Edicti inquit Ulpianus esse æquissimam: & causatur: quod singulorum rationes argentarii conficiant; ideoque æquum fuit, ut quod mei causa confecit, meum quodammodo instrumentum mihi edat *d. l.* 4. §. 1. Ut autem clarior sit

ſit ea ratio: ſciendum eſt, quod in civitatibus fuit certum corpus argentariorum: quorum erat publicum officium *l.* 10. §. 1. *D. h. t.* Hi alias menſarii dicti: quia in foro habebant menſas: apud quas deponebantur pecuniæ per partes erogandæ aut collocandæ *l.* 50 *D. de admin. tut. l.* 23. *D. de liberat. leg. l.* 15. §. 11. *D. de re judic.* ea re utiles ſe omnibus præbebant contractibus. nam & mutuas dabant pecunias, & pro aliis conſtituebant. fiebant etiam per eos venditiones *l.* 88. *D. de ſolution. l.* 18. *D. de hered. petit.* eorum igitur officium & miniſterium (ut Gajus ait *l.* 10. §. 1. *D. h. t.*) publicam habebat cauſam, & erat principalis eorum opera, ut actus ſui rationes diligenter conficerent. nec putabatur iniquum, eos cogi, poſtulantibus ſine calumnia, edere rationes quas pro iis confecerant. Sed Edictum videamus.

Ait Prætor, *Argentariæ menſæ exercitores.* Hoc nomine tantum mares deſignat: nam fœminæ videntur remotæ ab officio argentariorum, cum ea opera virilis ſit *l. pen. D. h. t.* cæterum generalia ſunt Prætoris verba: iisque etiam filiusfamilias continetur, ut vel ipſe cogatur edere. an & pater, quæritur? Labeo ſcribit, non cogendum patrem: niſi, eo ſciente, argentaria exercetur. ſed Ulpiano videtur Sabinus reſpondiſſe recte, tunc id admittendum, cum patri refert quæſtum *l.* 4. §. 2. *D. h. t.* quod ſic accipiendum: ut ſi omnis reditus ad patrem pertineat, is in ſolidum teneatur: alioquin de peculio, ſi filius peculiarem argentariam exerceat. ſic enim in ſervo placuit *d. l.* 4. §. 3. Igitur loquitur Prætor de exercitoribus argentariæ menſæ: id eſt, de his qui eam exercent. ſed Ulpianus *d. l.* 4. §. 4. ait, etiam eum qui deſiit argentariam facere, ad editionem compelli. addit & ejus ſucceſſores *l.* 6. §. 1. *D. h. t.* nec intereſt, utrum ejusdem profeſſionis ſint, an non ſint. nam cum in jus & locum argentarii ſuccedant, debent ejus partibus fungi *l.* 9. §. 1. *D. h. t.* quod ſi non poſſident rationes, nec fecerint dolo malo, quo minus poſſideant: conſequens eſt, eos non teneri. fac, tradidiſſe rationes ei cui ab argentario ſint legatæ. cogendus igitur, cauſa cognita, erit legatarius eas edere: tametſi alioquin non ſit juris ſucceſſor, nec ad eum pertineat. plane, ſi heredi, antequam traderet, renunciatum eſt, ne eas tradat, tenebitur, quaſi dolo malo fecerit *d. l.* 9. §. 1. Igitur de argentariis loquitur Prætor. Sed Paulus *l.* 9. §. 2. *D. h. t.* ſcribit, Non eſſe iniquum, nummularios quoque cogi rationes edere; & cauſatur, quod & hi, ſicut argentarii, rationes conficiunt; certe accipiunt pecuniam, & erogant per partes, ac probatio ſcriptura codicibusque eorum maxime continetur: & frequentiſſime ad fidem eorum decurritur. De his nummulariis & quomodo differant ab argentariis, nihil addam: conſulat, cui lubet, Cujacium *lib.* x. *Obſerv. c.* 14. & Salmaſium *De uſur. c.* 17. *p.* 499. Jubet igitur Prætor, argentarium rationes edere: nec intereſt, cum ipſo argentario controverſia ſit, an cum alio *l.* 10. *D. h. t.* Ideo autem Prætor argentarios tantum neque alios ullos abſimiles eis edere rationes cogit: quod eorum officium ac miniſterium publicam habet cauſam; & hæc principalis eorum opera eſt, ut actus ſui rationes diligenter conficiant *d. l.* 10. § 1. Quædam igitur ſunt perſonæ quæ debent nobis rationes edere; nec tamen a Prætore per hoc Edictum compelluntur: veluti cum procurator res rationesve noſtras adminiſtravit: & cum dolo malo ſocius negotia geſſit: ſed nec tutorem cogit Prætor pupillo edere rationes: ſcilicet, quia id poſſumus conſequi actionibus mandati, pro ſocio, aut tutelæ *l.* 9. *D. h. t.*

Deinde ait Prætor, *Rationem.* quid ſit ratio, definitur *l.* 6. §. 3. *D. h. t.* eo autem pertinet ea definitio: ut edere teneatur argentarius, non quæcumque ſcripſit; ſed quæ veniunt appellatione rationum: id eſt, quæ continent data & accepta. itaque ſi ſcripſit, ſe pignus accepiſſe, mandatum accepiſſe, aut ſolviſſe; non compelletur edere. Etſi hoc habet difficultatem: quia in fine dicitur, *Si quid ſolvi conſtituerit argentarius*, edere teneri. Conſtitutum autem non utique continet datum & acceptum. Sed bene obſervat Accurſius poſteriore Gloſſa, ſingulare eſſe in conſtituto; quia hoc ex argentaria venit, id eſt, quia in hoc maxime conſiſtebat argentaria. quod igitur de conſtituto dicitur, pertinet ad emendationem, aut ſaltem limitationem ejus quod ante fuit de ſolutione dictum.

Ait Prætor, *Quæ ad ſe pertinet.* Hoc explicat Ulpianus *l.* 6. §. 5. *D. h. t.*

Ait, *Edere debent.* Edi autem eſt, vel dictare, vel tradere libellum, vel codicem proferre *d. l.* 6. §. 7. Edi vero ratio ita intelligitur, ſi a capite editur: de quo latius in *l.* 10. §. 2. *D. h. t.*

Ait, *Adjecto die & Conſule.* de quo vide *l.* 6. §. 6. *D. h. t.*

Sequitur in Edicto, *Omnibus poſtulantibus.* De hoc *l.* 9. §. 3. *&* 4. *item l.* 10. *D. h. t.*

Poſtremo ait Prætor, *Si prius juraverint non calumniæ cauſa petere.* Hoc explicatur *l.* 6. §. 2. *D. h. t.* & huc referri poteſt *l.* 14. *D. de jurejur.* ut Inſcriptio oſtendit.

Alterum Edicti caput tale extat in *l.* 6. §. 8. *D. h. t. Argentario, eive qui iterum edi poſtulabit, cauſa cognita edi jubebo.* Ait, *Argentario:* de quo in *l.* 6. §. 9. *D. h. t.*

Ait, *Eive, qui iterum edi poſtulabit.* ad hoc vide *d. l.* 6. §. *ult. & l.* 7. *pr. &* §. 1.

Tertium Edicti caput videtur hoc fuiſſe. *Si quis non ediderit, in eum, quanti agentis intereſt, rationes edi, cauſa cognita judicium dabo.* Hoc caput colligitur ex *l.* 8. *l.* 6. §. 4. *h. t.* Verba hæc, *Quanti intereſt*, explicantur in *l.* 10. §. 3. *& l.* 8. §. 1. *D. h. t.* Porro quibus, & contra quos, & quamdiu, hæc actio competat, vide in *l. ult.*

Ait Prætor, *Cauſa cognita.* Non igitur paſſim dabit, ſed cauſa cognita: ut puta, cum argentarius non exhibet dolo malo. Quid, ſi ejus culpa accuſatur? hanc non præſtat: niſi dolo proximam. Dolo malo autem non edit, & qui malitioſe edidit, & qui in totum non edit *l.* 8. *in pr. D. h. t.* Plane eis qui ob ætatem, vel ruſticitatem, vel ob ſexum lapſi non ediderunt, vel ex alia juſta cauſa, ſubvenitur *l.* 1. §. *ult. D. h. t.* Huc enim refero illum locum, a Triboniano male ſubjectum Edicto primo de edenda actione; cum pertineat ad hoc caput Edicti de edendis rationibus argentariorum. nam adverſus actorem qui non edit actionem, cum petitur ab eo edi, non competit pœnalis actio. Non me turbat, quod Ulpianus etiam ſexui parci voluit. Nam ut fœminæ removeantur ab argentaria; tamen, ſi argentariis ſuccedant, hac actione tenentur. Sic mihi videtur: etſi aliud placeat V. Cl. Jacobo Cujacio *lib.* 10. *Obſerv. c.* 14.

Supereſt, ut videamus; an & quando potuerit actio ſemel edita, ſi in ea erraverit actor, ab eo emendari vel mutari. nam de hoc quoque fuiſſe Edicto perpetuo comprehenſum, ex *l.* 3. *C. h. t.* intelligitur. nec erravero: ſi dicam, præeunte Cujacio *Recitat. ad d. l.* (quod ſenſi nuper, nunc diſſimulare nolo) eam eſſe partem *l. unic. C. de litis conteſtatione.* id enim utriusque cum tenor, tum Inſcriptio, Subſcriptioque, evincit. ſic autem utramque conjungam. *Res in judicium deducta*

cta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante judicium reo cognita. inter litem enim contestatam & editam actionem permultum interest. lis enim tunc contestata videtur, cum Judex per narrationem negotii causam audire cœperit. edita actio speciem futuræ litis demonstrat: quam emendari vel mutari licet, prout Edicti perpetui monet auctoritas; vel jus reddentis decernit æquitas. Imperatores, Severus & Antoninus, a quodam Valente per libellum consulti de jure mutandæ aut emendandæ actionis editæ, distinguunt inter litem contestatam & editam actionem. quem in finem? ut ostendant, actori ante litem contestatam vi Edicti perpetui licere, ultro emendare aut mutare editam actionem: post litem contestatam ei neutrum licere auctoritate ejus Edicti; sed demum ex speciali Prætoris decreto, impetrata in integrum restitutione. Et recte: quia enim lite contestata, videtur quasi contractum inter actorem & reum: non facile debet actori concedi, ab ea recedere sine consensu rei cui quæsitum jus est. aliter ac fit, cum actio tantum edita, id est, cum species futuræ litis reo ante judicium tantum demonstrata, neque adhuc de ea quasi contractum est, eoque res intelligitur integra, nec succurrit causa, cur minus actor possit recedere ab edita actione, quam reus deliberare, utrum cedere malit, an ultra contendere. Si tamen apparet evidens æquitas emendandæ aut mutandæ actionis, etiam post litem contestatam indulgenda erit ejus & emendatio & mutatio: etsi non simpliciter, nec sponte: non enim potest actor, invito reo, ab instituta actione desistere sine permissu Prætoris, & ut renunciet liti, adhuc reo manet jus urgendi sententiam vi litis contestatæ: etiam tenetur Judex sententiam ferre *l.* 74. *D. de judiciis*, ante non functus officio suo. quid ergo est? si, ut dixi, evidens sit utilitas mutationis aut emendationis: solet ea actori concedi post litem contestatam, non sponte, nec suo jure; sed (ut Severus & Antoninus loquuntur *d. l.* 3.) si jus reddentis decernit æquitas: hoc est, impetrata a Prætore in integrum restitutione, causa cognita. Huc spectat Seneca *Epist.* 48: sic scribens. *Per istud philosophiæ sunt nigræ & turpes infamesque etiam ad album sedentibus exceptiones. quid enim aliud agitis, cum eum quem interrogatis, scientes in fraudem inducitis, quam ut formula cecidisse videatur? sed quemadmodum illum Prætor, sic hos philosophia in integrum restituit.* Sic ex usu sui temporis Seneca: nec aliter ex aliquo vetere Jurisconsulto Justinianus §. 33. *Inst. de actionibus.* Et exemplum Prætoriæ æquitatis per in integrum restitutionem attulit ad hoc Edicti caput Paulus *l.* 4. §. 3. *D. de noxalib. actionibus:* est enim is locus ex *lib.* 3. *Ad Edictum;* in quo eum Edictum de edendo explicuisse, supra monui.

TITULUS XIV.

De Pactis.

AB Edicto de edendo transeo ad Edictum de pactis, non quidem omnibus; sed quibus agitur, ne petatur: ad hæc enim pacta & sola exit Edicti sententia, etsi late pateant ejus verba: ideoque tantum exceptione a Prætore servantur, non etiam actione. est vero hoc quoque Edictum alio positum loco, quam fuit in Edicto perpetuo. nam in eo fuisse medium inter Edicta De edendo, & De in jus vocando, ex ordine librorum Ulpiani & Pauli ad Edictum sub singulis Titulis intelligitur. nunc sequitur post Titulos, De in jus vocando, & De cautionibus in judicio sistendi causa factis: puto, quod in jus vocatus est dimittendus, si dum in jus venitur, de re fuerit transactum *l.* 22. §. 1. *D. de in jus vocando.* item, quod non exigimus, reum judicio sisti, si negotium propter quod in judicio sisti promisit, fuerit transactum. & valde probo hoc Ulpiani *l.* 2. *D. Si quis caut. in judic. sist. caus. fact. non obtemp.* Quis enim de pœna promissa laboret post negotium transactum? cum etiam negotii transacti exceptionem putaverit quis nocere, quasi etiam de pœna transactum sit. Edicti verba *l.* 7. §. 7. *h. t.* forma hac sunt. *Pacta conventa quæ neque dolo malo, neque adversus Leges, Plebiscita, Senatusconsulta, Edicta Principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.* Vides Edictum elegans: & plenum naturalis æquitatis *l.* 1. *h. t.* si præsertim comparetur cum Lege Duodecim Tabularum, ad cujus interpretationem pertinet: verum hoc & quod præterea spectat ad Edicti intellectum, pridem tradidi speciali libro: nec jam agam actum.

TITULUS XV.

De transactionibus.

HIc Titulus est pars Edicti de pactis. nam pactum est genus: cujus duæ sunt partes: una est pactum in specie, altera transactio. pactum in specie est rei certæ atque indubitatæ liberalis remissio: quæ donatio dicitur. transactio est pactio rei dubiæ aut litis incertæ non gratuita *l.* 1. *h. t.* alias decisio aut compositio appellatur. ad utrumque pactum spectat Prætor in *l.* 7. §. 7. *D. de pactis.* est enim generalis ejus sermo, *Pacta conventa servabo:* nec refert, utrum sint pacta conventa in specie, an sint transactiones: est enim utrimque par ratio servandæ fidei; si sit actum, ne petatur. ita apparet, cur sub hoc Titulo non sit Edictum: quando sufficit superius. imo verisimile est, unum fuisse Titulum, De pactis & transactionibus, qui in Digestis & in Codice divisus a Juris Architectis est in duos. Sed de his & cæteris, jam dictum speciali Opere.

LIBER TERTIUS.

TITULUS I.

De postulando.

POSTQUAM in jus ventum est ad Prætorem: quia res non poterat convenire intra privatos parietes: nil restat, nisi ut fiant postulationes. Est autem postulare, ut in *l.* 1. §. 2. ait Ulpianus, desiderium suum vel amici sui in jure apud eum qui jurisdictioni præest, exponere, vel alterius desiderio contradicere. Fit igitur postulatio ab actore & reo, sed in jure apud eum qui jurisdictioni præest: qualis est Prætor. apud Judices a Prætore datos non fit: sed apud Prætorem facta, ad Judicem examinanda remittitur. Aliquis putet, obstare quod dicitur *d. l.* 1. §. 6. *Item Senatusconsulto etiam apud* Judices pedaneos *postulare prohibetur calumniæ publici judicii damnatus.* Sed mihi verius videtur, Judicis pedanei nomen esse omnium, in subselliis judicantium sine tribunali; eoque Judices pedaneos in *d.* §. 6. non significare Judices a Prætore datos: sed Magistratus minores, non pro tribunali, sed in subselliis, judicantes: ut sunt Quæstores, Tribuni, apud Asconium Pedianum, *Divinat. in Verrem pag.* 34. & Magistratus municipales, ut puto, apud Paulum *l.* 38. §. 10. *D. de pœnis.* Illud videamus, quinam possint postulare. & olim quidem licebat omnibus qui vellent, non modo pro se, sed pro aliis quoque, postulare. Sed Prætori placuit, tuendæ dignitatis suæ, decorisque sui causa, Edicto cavere; ne sine delectu passim apud eum postuletur. Ita postulare possunt omnes qui non prohibentur. ac fecit Prætor, (ut Ulpianus animadvertit *l.* 1. *pr.* & §. 1.) tres ordines: nam quosdam in totum prohibet postulare: quibusdam pro se permisit: quibusdam & pro certis dumtaxat personis, & pro se permisit. Singula ordine tradam; ducem sequutus Ulpianum. is *d. l.* 1. §. 3. Initium, inquit, fecit Prætor ab his qui in totum prohibentur postulare: & addit, quod in hoc Edicto aut pueritiam aut casum excusavit. Jacobus Cujacius *lib.* 26. *Observ. c.* 38. pro *excusavit* restituit, *excuriavit.* frustra: nam & alibi *excusari* dicitur qui prohibetur: ut in §. *pen. Inst. de excusat. tutor.* Sed, ut hoc agamus, primum ait Ulpianus, pueritiam a Prætore excusari, dum minorem annis decem & septem, qui eos non in totum implevit, prohibet postulare: ratus, moderatam hanc ætatem esse ad procedendum in publicum: eaque togam virilem sumi solere, notat Beroaldus ad Suetonium *Octavio c.* 8. & Cujacius *d. c.* 38. Addit Ulpianus: quod hac ætate, aut paulo majore, fertur Nerva filius & publice de jure responsitasse. Propter casum, inquit Ulpianus, surdum qui prorsus non audit, prohibet Prætor apud se postulare. & hanc causam adfert: quod non fuit permittendum ei postulare: qui decretum Prætoris exaudire non poterat: quod etiam ipsi periculosum erat futurum: eo quod non exaudito decreto Prætoris, quasi non obtemperasset, pœna ut contumax plecteretur *d. l.* 1. §. 3.

Primo igitur loco Prætor in totum excusavit pueritiam aut casum: ac ne sic ipsis noceret; addidit in Edicto, *Si non habebunt advocatum: ego dabo.* Ad hæc autem verba notat Ulpianus §. 4. *d. l.* 1. nec male: quod non solum his personis hanc humanitatem exhibere solet Prætor; verum & si quis alius sit qui certis ex causis vel ambitione adversarii vel metu patronum non invenit: suadente videlicet similitudine rationis, etsi alioquin verba deficiant. quod & observatum *l.* 9. §. 5. *D. de Offic. Procons.* Tantum de primo ordine.

Secundo loco proponitur Edictum in eos qui pro aliis ne postulent. ait vero Ulpianus *d. l.* 1. §. 5. eo excipi sexum & casum, item personas turpitudine notabiles. Primum sexum excipit: dum prohibet, fœminas pro aliis postulare. ratio prohibendi duplex: una, ne contra pudicitiam, sexui congruentem, alienis causis se immisceant: altera, ne virilibus officiis fungantur. Causam, si audimus Ulpianum, Edicto dedit Carfania, improbissima fœmina, inverecunde postulans, & Magistratus inquietans. Apud Haloandrum vocatur *Calpurnia.* Alciatus *lib.* 2. *Parerg. c.* 37. legit, *C. Afrania:* cujus meminit Valerius Maximus *lib.* 8. *c.* 3. §. 2. sed Florentiæ est *Carfania:* pro qua stat Cujacius *d. c.* 38. *lib.* 26. *Observ.* arbitratus, hanc esse restituendam apud Valerium Maximum, eo quod Juvenalis *sat.* 2. *vers.* 69. etiam meminit Carfaniæ. sed errat Cujacius: nam a Juvenali non Carfania nominatur; sed Carfinia, eaque adultera, ad hunc locum non pertinens. Quid ergo? inquis. Nil vetat, ejusdem impudentiæ fuisse & Carfaniam & Afraniam: cum præsertim etiam alias hujusmodi mulieres & adferat & carpat Juvenalis *sat.* 6. *vers.* 241. & *seqq.* Sic mihi sedet, in re facti ratiocinando nihil certi effici, meritoque hoc in medio relinquo. Sed Prætor, nam eo redeo, non tantum sexum excipit, verum casum quoque, dum repellit cœcum, utrisque luminibus orbatum. qua ratione? duplice: prior est, quod insignia Magistratus (de quibus Brissonius *lib.* 3. *Select. antiq. c.* 15. & Dionysius Gothofredus hic) videre & revereri non potest. altera ratio est: quod non oportet rem sanctam, & ad tuendam civilem societatem pertinentem, fieri derisoriam. quod, puto, intendit Ulpianus; cum ait, Labeonem referre, Publium cæcum Asprenatis Nonii patrem aversa sella a Bruto destitutum, cum vellet postulare. Postremo excipit Prætor personas turpitudine notabiles. Et ait in *d. l.* 1. §. 6. Ulpianus, tales esse, corpore suo passos muliebria: nisi vi latronum aut hostium stuprati sunt: tum enim non notari. nimirum, quia violato corpore, animus insons est. Superioribus addit Ulpianus damnatos capitali crimine: eosque accipi oportet deportatos, aut quibus aqua & igne interdictum est *l.* 103. *D. de verb. signif.* Item ait Ulpianus, Senatusconsulto etiam apud Judices pedaneos postulare prohiberi calumniæ publici judicii damnatum. significat autem, hunc damnatum prohiberi, postulare non modo apud Prætorem, sed etiam apud Magistratus minores, non in tribunali, sed in subselliis judicantes: nam illos hic Judices pedaneos appellari, in antecessum dixi. Præterea ait Ulpianus *d.* §. 6. excipi a Prætore eum qui operas suas, ut cum bestiis depugnaret, locaverit. ac cum quæri posset, quas Prætor vocet *bestias;* porro sic scribit. *Bestias accipere debemus ex feritate magis, quam ex animalis genere. nam quid, si leo sit, vel alia dentata mansueta?* Locus obscurissimus brevitate sermonis, Jurisconsultis non inusitata. sed faciam lucem, quantum potero. primum puto, Ulpianum bestiæ appellatione complecti leonem, & si quæ alia sit dentata: fere exempli causa, non quasi excludan-

tur

tur sævientes unguibus: quas æque proprie bestias dici, auctor est Isidorus *lib.* 12. *Origin. c.* 2. sequentibus verbis. *Bestiarum vocabulum proprie convenit leonibus, tigribus, pardis, & vulpibus, canibusque, & simiis, & cæteris quæ vel ore vel unguibus sæviunt.* igitur non resistit Ulpianus, quo minus indigitentur a Prætore bestiæ omnes quæ sæviunt dentibus vel unguibus. quid, si cornibus, aut aliter? rationis est, vel illas comprehendi Prætoris sententia, quippe cum soleant quoque in arena exhiberi. Claudianum audi *lib.* 3. *De laudib. Stilicon.*

- - - Luxuriantis arenæ
Delicias, pompam nemorum, quodcumque tremendum
Dentibus, aut insigne jubis, aut nobile cornu,
Aut rigidum setis capitur.

Nondum Prætori satisfactum: & sentit Ulpianus his verbis. *Nam quid, si leo sit, vel alia dentata mansueta?* quid hic Ulpianus? videtur significare: quod solet in arena pugnari cum bestiis feris: ut sunt leones, & similes. igitur Prætor, cum bestias dixit, procul dubio qualescumque feras designat bestias: nec opus fuit, hoc admoneri. Sed aliquando fit, ut in arenam mittantur etiam aliæ, non feræ quidem natura, sed feroces. sit exemplum in sequentibus verbis ex *Passione S S. Perpetuæ & Felicitatis. Puellis autem ferocissimam vaccam, ideoque præter consuetudinem comparatam, diabolus præparavit: sexui earum etiam de bestia æmulatus.* Igitur ut natura non sit fera bestia; adhuc si ferox sit putat Ulpianus, Prætori sufficere: oportere enim in Edicto bestiam æstimari, non utique ex animalis genere; sed ex feritate, id est, ex ferocitate. Quid ergo, si leo sit, vel alia dentata mansueta, id est, mansuefacta? non dubitat Ulpianus, quin & talis hic bestiæ appellatione veniat: unico Prætoris fine, vilitatem hominis operas suas, ut cum bestiis depugnet, locantis, a postulatione arcere; qualiscumque bestia sit. Sic censeo; & voculam, *Nam*, qua utitur Ulpianus, non esse Causalem; sed habere vim incipiendi: ut alias sæpius. Ergo, inquit Ulpianus, (nam cum eo pergo *d.* §. 6.) qui locavit, solus notatur: sive depugnaverit, sive non. sufficit enim Prætori, quod se locavit, etsi non depugnaverit: ut ad sequentem Titulum traditurus ero. Quid, si depugnavit, cum non locasset operas suas? negat Ulpianus, eum teneri: causatus, non eum qui cum bestiis depugnavit, teneri: sed qui in hoc operas suas locavit: denique eos qui virtutis ostendendæ causa hoc faciunt sine mercede, non teneri, Veteres existimare: nisi in arena (sic Amphitheatrum appellari, docet Lipsius, *De Amphitheatro c.* 3.) passi sunt sese honorari: id est, sibi præmium dari. honor enim est præmium: apud Virgilium & alios, auctore Nonio Marcello *c.* 4. Ulpianus quæstum dixit *l.* 2. §. 5. *D. de his qui not. infam.* Negat igitur Ulpianus, eos qui sint passi, in arena, sive in Amphitheatro, se honorari, notam effugere. aliter ac si quis operas suas locaverit, ut feras venetur, vel ut depugnet feram quæ regioni nocet, extra arenam: nam eum non esse notatum *d. l.* 1. §. 6. Bene ait Ulpianus, *Extra arenam:* quia & in amphitheatro exhibebantur venationes: ut pluribus ostendit Lipsius *d. lib. c.* 10. His igitur personis (sic pergit Ulpianus *d.* §. 6. *l.* 1.) quæ non virtutis causa cum bestiis pugnaverunt, pro se Prætor permittit allegare; id est, postulare: pro alio prohibet. Sed addit, esse æquissimum, hujusmodi personis, si tutelam vel curam administrent, postulare pro his, quorum curam gerunt, concedi. Recte: quod enim Prætor introduxit pro pœna eorum qui se fecerint indignos postulandi honore; hoc in eorum favorem converti, ratio non sinit. Quod vero attinet ad eos aliosque non fungentes necessario munere: ait Ulpianus, qui adversus ea fecisse monstretur, & pro aliis interdicta postulatione repellitur; & pro æstimatione Judicis extra ordinem pecuniaria pœna multatur *d. l.* 1. §. 6. cæterum, ut dixi, omnes qui non sponte, sed necessario officio funguntur, sine offensa Edicti postulare possunt, etiam si hi sint, qui non nisi pro se postulare possunt *l.* 6. *h. t.*

Porro relegens sua vestigia Ulpianus in *d. l.* 1. §. 7. Ut initio, inquit, diximus, fecit Prætor tres ordines non postulantium: quorum tertius est, quibus non in totum denegat postulandi facultatem: sed ne pro omnibus postularent; quasi minus deliquerint, quam hi qui superioribus capitibus notantur. verba hujus Edicti sparsa per *d. l.* 1. §. 8. 9. 11. & *l.* 3, ita restituenda sunt. *Qui lege, Plebiscito, Senatusconsulto, Edicto, Decreto Principum, nisi pro certis personis, postulare prohibentur: hi pro alio, quam pro quibus licebit, in jure apud me ne postulent. Qui ex omnibus his qui supra scripti sunt, in integrum restitutus non erit, pro alio ne postulet: præterquam pro parente, patrono, patrona, liberis parentibusque patroni, & patronæ, liberis suis, fratre, sorore, uxore, socero, socru, genero, nuru, vitrico, noverca, privigno, privigna, pupillo, pupilla, furioso, furiosa, cui eorum a parente, aut de majoris partis tutorum sententia, aut ab eo cujus de ea re jurisdictio erit, ea tutela, curatiove data erit.* Primus hujus Edicti versus est. *Qui lege, Plebiscito, Senatusconsulto, Edicto, Decreto Principum, nisi pro certis personis postulare prohibentur; hi pro alio, quam pro quo licebit, in jure apud me ne postulent.* Ex his verbis intelligitur, certas fuisse personas, quæ veteribus legibus, forte temporum injuria obliteratis, prohibitæ fuere postulare: nisi pro certis personis hoc capite enumeratis. additque Ulpianus *d. l.* 1. §. 8, hoc Edicto contineri etiam alios omnes qui Edicto Prætoris, ut infames notantur: qui omnes, nisi pro se & certis personis, ne postulent. ait autem Prætor, *Hi pro alio quam pro quo licebit, apud me ne postulent.* Et est observandum, quod Gajus *l.* 7. *h. t.* ait, Quos prohibet Prætor apud se postulare, omnimodo prohibet, etiam si adversarius patiatur postulare. Deinde ait Prætor, *Qui ex his omnibus qui supra scripti sunt, in integrum restitutus non erit.* Verba, *Qui ex his qui supra scripti sunt*, sic accipi suadet Ulpianus §. 9. *d. l.* 1.: si fuerit inter eos qui tertio Edicto continentur, nisi pro certis personis postulare prohibentur. cæterum si ex superioribus, difficile, inquit, in integrum restitutio impetrabitur. Illud quærit Pomponius, de qua in integrum restitutione Prætor loquatur: utrum de ea quæ a Principe vel a Senatu indulgetur? sed putat Pomponius, de ea restitutione sensum, quam Princeps vel Senatus indulget. an autem & Prætor restituere possit, quæritur? & ait Ulpianus, sibi videri, talia Prætorum decreta non esse servanda: nisi sicubi ex officio jurisdictionis suæ subvenerunt, ut in ætate observatur, si quis deceptus sit; cæterisque speciebus quas sub Titulo De in integrum restitutione exsequemur. Pro hac sententia adfert porro Ulpianus: quod si quis famoso judicio condemnatus, per in integrum restitutionem fuerit absolutus, Pomponius putat hunc infamia eximi. Deinde adjicit Prætor: *Pro alio ne postulent, præterquam parente, patrono, patrona, liberis, parentibusque patroni patronæ.* De quibus personis sub Titulo, De in jus vocando, plenius diximus. Item adjicit, *Liberis-*

ve

ve suis, fratre, sorore, uxore, socero, socru, genero, nuru, vitrico, noverca, privigno, privigna. Quas hic nominat affinitates, ex sententia Ulpiani non accipere debemus eas quæ quondam fuerunt, sed præsentes *l.* 3. §. 1. *h. t.* Item nurus & generi appellatione, & soceri & socrus, & ulteriores quibus *Pro* Præpositio solet accedere, contineri ait *d. l.* 3. §. 2. Porro ait; *Pupillo pupilla, furioso furiosa cui eorum a parente, aut de majoris partis tutorum sententia, aut ab eo, cujus de ea re jurisdictio fuit, ea tutela curatiove data erit.* Sub appellatione furiosi & furiosæ ex sententia Gaji etiam fatuus & fatua continetur: cum istis quoque personis curator detur *l.* 2. *h. t.* Similiter ait Ulpianus *d. l.* 3. §. 3. *& l.* 5. *h. t.* Prætorem in curatoribus debuisse adjicere mentionem muti, cæterorumque quibus dari solent: id est, surdo, prodigo, & adolescenti, & qui negotiis suis aliquo perpetuo morbo superesse non possunt. addit Paulus *l.* 4. *h. t.* item quibus propter infirmitatem curatorem Prætor dare solet. Sed de Edicto satis.

Transeo ad Leges & Constitutiones. nam & his quidam prohibentur postulare. De servo Terentius *Phorm.* 2. 1. 62.

Servum hominem causam orare leges non sinunt:
Neque testimonii dictio est. ——

De liberto non est simile proditum *l.* 2. *C. h. t.* & pro effectu datæ libertatis est hoc apud Persium *sat.* 5. *vers.* 81.

Marcus dixit: ita est. adsigna, Marce, tabellas.
Hæc mera libertas, hoc nobis pilea donant.

Jam Constitutionibus advocatus esse prohibetur pactus de certa litis parte *l.* 5. *l.* 6. §. 2. *C. h. t.* creditum enim hoc, sicut re vera est, illo indignum, & publice periculosum; cum ad deprædationem spectet. quin fieri malo more, si suspensa lite societatem futuri emolumenti cautio polliceatur, Imp. Antoninus cum D. Patre rescripsit. quod si post causam actam cauta est honoraria summa: sinunt: eam peti, utique ad probabilem modum, etsi nomine palmarii cautum est: sic tamen, ut etiam computetur quod datum est cum eo quod debetur; neutrumque compositum licitam quantitatem, quæ pro singulis causis est usque ad centum aureos, non excedat *l.* 1. §. 12. *D. de extraord. cognit.* Præterea removentur ab officio postulandi qui non sunt imbuti sacrosanctis Catholicæ religionis mysteriis: posita pœna adversus eum qui contra fecerit; nec minus adversus Judicem qui id fieri passus sit: ut potest videri *l. ult. C. h. t.* Porro prohibetur quis in eadem causa esse Advocatus & Judex *l.* 6. *pr. C. h. t.* & ibi §. *ult.* additur, nec putet quisquam, honori suo aliquid esse detractum, cum ipse necessitatem elegerit standi, & contempserit jus sedendi. Stare est Advocati; sedere, Judicis. nulli utrumque licet in eodem negotio, ut apparet ex principio ejusdem legis: quod bene animadvertit Ranchinus *lib.* 3. *Var. c.* 16. Similiter prohibetur Advocatus Fisci adesse adversus Fiscum: nisi suam vel parentum vel pupillorum quorum tutelam gerit, causam agat. Æque potest tutor adversus Fiscum agere causam in qua ante fuit Advocatus Fisci adversus pupilli patrem *l.* 10. *&* 11. *h. t.* Decurio quoque contra patriam suam postulare prohibetur, præter personas superiores *d. l.* 10. §. 1.

Postremo prohibentur quidam postulare Judicis sententia: ut si quis sine justa causa recuset adesse alterutri litigatori cui datus a Prætore sit Advocatus *l. pen. C. h. t.* idemque est: si alia fuerit justa causa. fieri autem id variis modis, nec uno effectu, potest intelligi ex *l.* 9. *pr.* §. 1. *& seqq. D. de pœnis l.* 6. §. 1. *& legibus sequentibus h. t.*

Sit hic finis Tituli De postulando. nam quod attinet ad nomen eorum qui pro aliis postulant; notum est ex Tacito, *Dialog. De caus. corrupt. eloq. c.* 1, eos appellatos olim fuisse Oratores, postea Advocatos, Patronos, Causidicos. Extat & Advocati definitio *l.* 1. §. 11. *D. de extraord. cognit.* sed non recipit difficultatem. igitur circa hæc non immorabimur. nec magis circa officium & laudes Advocati. nam quod ad officium ejus attinet, id ita describitur *l* 6. *C. h. t.* ut liqueat ultro. esse vero laudabile & necessarium, quis dubitat sanus? & sufficit, quod de eorum gloria & dignitate traditum *l.* 4. *C. de Advocatis diversorum judicum, & l.* 14. *C. de advocatis diversorum judiciorum.* Quod porro solet quæri de erroribus Advocatorum: id definitur Titulo, *De errore advocatorum, vel libellos seu preces concipientium:* nec est quod addatur. Postremo traditum *l. unic. C. Ut quæ desunt advocatis, judex suppleat,* non esse dubitandum, si quid in jure desit Advocatis, posse a Judice suppleri ex legibus: aliter ac si quid sit in facto omissum: nam id a Judice non suppleri, bene observat Harmenopulus, *Promptuar. jur. civil. lib.* 1. *tit.* 4.

TITULUS II.

De his qui notantur infamia.

QUIA ex Ulpiano dictum *l.* 1. §. 8. superioris Tituli, esse qui Prætoris Edicto ut infames notantur; e re erit, ipsum Edictum præsente Titulo subjicere. sic enim intelligetur, qui eo inter infames habeantur. Verba igitur Prætoris in *l.* 1. dicunt. *Infamia notatur, qui ab exercitu ignominiæ caussa, ab imperatore, eove cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit. qui artis ludicræ pronunciandive caussa in scenam prodierit. qui lenocinium fecerit. qui in judicio publico, calumniæ prævaricationisve caussa quid fecisse, judicatus erit. qui furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo malo & fraude, suo nomine damnatus pactusve erit. qui pro socio, tutelæ, mandati, depositi, suo nomine, non contrario judicio damnatus erit. qui eam, quæ in potestate ejus esset, genero mortuo (cum eum mortuum esse sciret) intra id tempus, quo lugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit: eamve sciens quis uxorem duxerit, non jussu ejus, in cujus potestate est. & qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit, quive suo nomine, non jussu ejus, in cujus potestate est: ejusve nomine, quem quamve in potestate haberet: bina sponsalia, binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit.* Prima Edicti verba sunt, *Infamia notantur.* Quam Infamiam vocat Prætor, mox ignominiam dicit. De utraque sic Isidorus *lib.* 5. *Orig. c.* 27. *Ignominium,* inquit, *dictum eo quod desinat habere honestatis nomen is qui in aliquo crimine deprehenditur. dictum autem ignominium quasi sine nomine: sicut ignarus sine scientia, sicut ignobilis sine nobilitate. hoc quoque & infamium, quasi sine bona fama: fama autem dicta, quia fando & loquendo pervagatur per traduces linguarum & aurium serpens.* Eodem modo infamia in jure dicitur damnum famæ *l.* 8. *C. h. t.* imminutio opinionis *l.* 6. §. 1. *C. de postulando.* macula existimationis *l.* 17. *C. h. t.* nam opinio, fama, existimatio sunt pro iisdem *l.* 3. §. *ult. l.* 4. *pr. &* §. 2. *D. de suspect. tutor.* Existimatio autem

a Calliſtrato *l.* 5. §. 1. *D. de extraord. cogn.* definitur, *dignitatis illæſæ ſtatus legibus ac moribus comprobatus.* Calliſtratus dignitatem accipit latius, quam eam accipere ſolent Veteres. illi dignitatem vocant ſtatum optimatum & honeſtiorum hominum in temperata republica. Id erudite obſervat Caſaubonus, V. CL. ad Suetonium, *Julio c.* 16. eoque ſenſu Cicero *lib.* 2. *De invent. c.* 55. *Dignitas*, inquit, *alicujus honeſta*, *& cultu & honore & verecundia digna auctoritas.* Sed Calliſtratus dignitatis nomine indigitat etiam ſtatum plebejorum & vilium hominum: qui ſtatus alias libertas appellatur. Eo ſenſu poteſt exiſtimatio dici ſtatus æqui juris omnibus ejusdem loci in republica competentis. Proinde ſi quis in civitate legibus aut moribus non habeatur indignus his quæ cæteris ejusdem ordinis in ea competunt; ejus dignitas a Calliſtrato *d. l.* illæſa; item integra a Diocletiano & Maximiano *l. unic. C. de infamibus lib.* 10. *tit.* 57. id eſt, ejus fama bona appellatur. Contra ſi quis ex delicto ſuo juris auctoritate iſtis in totum aut ex parte prohibetur, ejus exiſtimatio ſive dignitas imminuta aut conſumpta, id eſt, is infamis eſſe intelligitur. Exemplis aliquot pulchris hoc oſtendit Calliſtratus *d. l.* 5. § 1. 2. *&* 3. Alia adfert Petronius *Satyric. c.* 116. nam huc alludit: ſic ſcribens. *In hac urbe nemo liberos tollit: quia quisquis ſuos heredes habet, nec ad cenas, nec ad ſpectacula admittitur, ſed omnibus prohibetur commodis, inter ignominioſos latitat.* Similia certe in *l.* 1. *D. Ad Leg. Jul. de vi privata.* ſunt hæc Marciani: *De vi privata damnati pars tertia bonorum ex Lege Julia publicatur: & cautum eſt, ne Senator ſit, ne Decurio, aut ullum honorem capiat, neve in eum ordinem ſedeat, neve judex ſit, & videlicet omni honore, quaſi infamis, ex Senatusconſulto carebit.* Eſt in his menda quam Cujacius *lib.* 9. *Obſerv. c.* 16. ſic veriſſime tollit: *neve in quatuordecim ordinibus ſedeat:* arbitratus, a Marciano reſpici ad quatuordecim ordines, in theatro ordini equeſtri vacare ſolitos. Æque probo, quod pro adjuvanda ea Lege præterea conjicit Vir ille eximius *lib.* 1. *Obſerv. c.* 38. Sed malo adſcribere, (ut eſt hujus loci) quod a Calliſtrato in *d.* §. 1. 2. *&* 3. famæ cujusque integritas imminutiove dicitur a jure & legibus pendere. Etſi nec ſinam, ob id negligi opinionem bonorum & gravium virorum: quando Julianus *l.* 2. *D. de obſeq. parent.* ait, vel iſta ſugillatos non effugere infamiæ notam: puto, cum hoc diſcrimine; quod jure ſubnixa infamia eſt vera infamia; notato portas dignitatis claudens *l.* 2. *C. de dignitatib. lib.* 12. *tit.* 1. &, ut a Petronio eſt modo obſervatum, etiam omnibus eum prohibens commodis. cum jure deſtituta infamia, exemplo notæ Cenſoriæ apud Ciceronem *Pro Cluentio c.* 34, neque vera habeatur infamia, neque eadem peræque operetur incommoda: quin contra dicatur magis pudorem & verecundiam onerare, quam ullam exiſtimationi maculam adſpergere *l.* 13. *l.* 17. *C. h. t.* atque ut de cætero neminem arceat ab honoribus, id eſt, non obtineat omnem infamiæ effectum: at nec omni careat. Res manifeſta ex *d. l.* 2. *D. de obſeq. parentib. l.* 27. *C. de inoffic. teſtam. l.* 3. §. 2. *& l.* 12. *D. de Decurionib. juncta l.* 22. *D. & l.* 14. *C. h. t.* nec pluribus opus. illud ſileri non oportet, (ſicut nec ignorari voluerunt Diocletianus & Maximianus *l. unic. C. de infamib. lib.* 10. *tit.* 57. eſtque etiam ex parte obſervatum ſub Titulo *De poſtulando* ex *l.* 6. & *l.* 1. §. 6. *in fin. ibidem*) quod infames perſonæ, licet nullis honoribus qui integræ dignitatis hominibus deferri ſolent, uti poſſint: Curialium tamen vel civilium munerum vacationem non habent, ſed ſolemnibus indictionibus ob tutelam publicam eos ſatisfacere, neceſſe eſt.

Igitur, ut eo redeam, Prætor, ubi *infamia*, inquit, *notatur*, non aliam, quam veram ſignificat *d. l.* 5. §. 2. *D. de extraord. cognit.* infligitque eam dupliciter: id eſt, vel ipſo jure, vel demum ſententia Judicis. non tamen aliter, quam ob delictum, ſeu cauſam quam putat turpem *d. l.* 5. §. 1. ſine hac certe ob pœnam, ſi qua affectus quis ſit, infamem eum non facit *d. l.* 22. *D. & l.* 8. *C. h. t.* Sed cauſas videamus.

Principio ait, *Infamia notatur qui ab exercitu dimiſſus erit.* Dimitti dicitur miles caligatus: qui, ut Torrentius explicat, ad Suetonium *Octavio c.* 25, eſt gregarius: ſic appellatus a caliga, quam idem Suetonius, *Calig. c.* 9. vocat manipularem habitum. Dicitur etiam mitti, ſi quis alius ſit usque ad centurionem. cæteri dicuntur, ſucceſſore accepto, de militia decedere *l.* 21. *D. de teſtam. milit.* ſed in propoſito latius patet verbi ſignificatio ex mente & ſententia Prætoris: ſuadente ſimilitudine rationis, æque hos atque illos infamia notari. ita Ulpianus *l.* 2. *D. h. t.*

Ait Prætor, *Ab exercitu.* Quis ſit exercitus, ab Ulpiano exponitur *l.* 2. §. 1. *D. h. t.* his verbis. *Exercitum non unam cohortem, neque unam alam dicimus, ſed numeros multos militum. nam exercitui præeſſe dicimus eum qui legionem vel legiones cum ſuis auxiliis ab Imperatore commiſſas adminiſtrat. ſed hic etiam eum qui ab aliquo numero militum miſſus eſt, quaſi ab exercitu miſſum ſic accipiemus* Ad intellectum ejus loci poteſt pertinere hoc A. Gellii, *lib.* 16. *Noct. Attic. c.* 4. *Alæ dictæ exercitus equitum ordines, quod circum legiones dextra ſiniſtraque, tamquam alæ in avium corporibus locabantur. in legione ſunt centuriæ ſexaginta, manipuli triginta, cohortes decem.* Igitur recte ait Ulpianus, legionem unam vel legiones cum ſuis auxiliis facere exercitum. quin conſtat, conſularem exercitum plerumque habuiſſe duas legiones cum ſuis auxiliis. ea porro auxilia intellige ſociorum. eratque in his par numerus peditum qui erat in legione. ita ſi in legione quatuor eſſent peditum millia: erant tot peditum millia in auxiliis: equitum erat duplex numerus. ideoque ſi in legione eſſent treenti equites; ſexcenti erant in auxiliis. vid. Juſtum Lipſium, V. CL. *De milit. Rom. lib.* 2. Ulpianus *d.* §. 1. *l.* 2. etiam meminit *Numerorum.* hos autem dixit pro cohortibus: ut optime obſervat Briſſonius, *De V. S.* & Valeſius, ad Ammianum *lib.* 20. *c.* 1.

Ait Prætor, *Ignominiæ cauſa.* Hoc ideo adjectum eſt, quoniam ſunt multa genera miſſionum. una eſt honeſta quæ (ut Ulpianus definit *d. l.* 2. §. 2.) ab Imperatore indulgetur, emeritis ſtipendiis. erant ea viginti expeditiones in pedite; decem in equite: auctore Lipſio *De milit. Rom. lib.* 1. *Dialog.* 2. addit Ulpianus, quod ea miſſio etiam ante indulgetur. tum vero vocatur gratioſa, ipſa etiam ſub libera republica uſitata, etſi aliquando reſciſſa a Cenſoribus. Livius *lib.* 43. *c.* 14. *Miſſorum quoque cauſas ſeſe cognituros eſſe, & quorum ante emerita ſtipendia gratioſa miſſio ſibi viſa eſſet, eos milites fieri juſſuros.* Pergit Ulpianus *d.* §. 2. *l.* 2. Eſt cauſaria quæ propter valetudinem laboribus militiæ ſolvit. Hoc exemplo ait Apulejus, *lib.* 4. *Metam. Rebar enim jam me prorſus exanimatum ac debilem mereri cauſariam miſſionem.* nimirum cauſaria miſſio dicitur a cauſa: quæ eſt vitium aut morbus, cum apud Medicos, tum in *l.* 54. *D. de contrahenda emptione:* ut oſtendi *lib.* 2. *Obſerv. c.* XI. Deinde inquit Ulpianus *d.* §. 2, Eſſe miſſionem ignominioſam: eamque totiens eſſe, quotiens is qui mittit, addit nominatim, Ignominiæ cauſa ſe mittere. & cauſatur Ulpianus, Semper debere addere

cur

cur miles mittatur. idque verum eſt; ſi miles exauctoretur, nec ei arma detrahantur. nam ſimplex miſſio militem ſolvit ſtipendio & ſacramento: damnum famæ non adfert. fit hoc in eo qui militiam ſubiit evitandorum munerum gratia. hac enim miſſione non lædi exiſtimationem, ſæpiſſime reſcriptum eſſe, Ulpianus ait *d. l.* 2. §. 2. eſt & ſimile exemplum apud Arrium Menandrum *l.* 4. §. 8. *D. de re militar.* quin interdum ſub vexillis habentur exauctorati, immunes munerum, præterquam pugnæ. hi adeo non ſunt infames, ut etiam privilegio gaudeant. id in veteranis qui ſtipendia impleſſent, ab Auguſto eſſe conſtitutum, pluribus jam notavit Juſtus Lipſius *dicto Opere.* Ut igitur ignominioſa miſſio ſit, in ea adjicere debet qui mittit, ſe militem ignominiæ cauſa mittere. Fit autem hoc dupliciter: primum, ſi Imperator in miſſione faciat ignominiæ mentionem: deinde, ſi addat cauſam cum turpitudine conjunctam: etſi palam non meminerit ignominiæ. Utrumque intelligitur ex formula ſententiæ apud Hirtium, *De bello African. cap.* 54. Verba Hirtii. *Cæſar poſtero die de ſuggeſtu convocatis omnium legionum Tribunis, Centurionibusque. C. Aviene, inquit, Quod in Italia milites populi Romani contra rempublicam inſtigaſti, rapinasque per municipia feciſti, quodque mihi, reique publicæ inutilis fuiſti, & pro militibus tuam familiam, jumentaque in naves impoſuiſti, tuaque opera militibus tempore neceſſario respublica caret; ob eas res ignominiæ cauſa ab exercitu meo te removeo, hodieque ex Africa abeſſe, & quantum poteſt, proficiſci te jubeo: Itemque te, A. Fonteji, quod Tribunus militum ſeditioſus, malusque civis fuiſti, ab exercitu dimitto. T. Saliene, M. Tiro, C. Cluſinas; cum ordines in meo exercitu beneficio, non virtute conſecuti, ita vos geſſeritis, ut neque bello fortes, neque pace boni, aut utiles fueritis, & magis in ſeditione concitandi milites adverſus veſtrum Imperatorem, quam pudoris modeſtiæque fueritis ſtudioſiores; indignos vos eſſe arbitror, qui in meo exercitu ordines ducatis, miſſosque facio, & quantum poteſt, abeſſe ex Africa jubeo.* Eſt in hiſce omnibus exemplis ignominioſa miſſio: ignominia tamen nominatur nusquam, niſi in miſſione Avieni. in cæteris ignominia tantum intelligitur ex adjecta cauſa, itemque ex remotione ab exercitu, & ab Africa. nam & Ulpianus noſter *d. l.* 2. §. 4. *Ignominia miſſis;* inquit, *neque in Urbe, neque alibi, ubi Imperator eſt, morari licet.* Sed redeo ad eum *d. l.* 2. §. 2. ait. *Sed & ſi eum exauctoraverit, id eſt, inſignia militaria detraxerit, inter infames efficit, licet non addidiſſet, Ignominiæ cauſa ſe eum exauctoraſſe.* Sic editur Florentiæ. in aliis exemplaribus eſt, *Sed & ſi ita exauthoraverit, ut inſignia militaria detraheret.* fortaſſe melius. Exemplum ejus miſſionis apud Suetonium, *Vitellio c.* 10. item apud Lampridium, *Severo c.* 54. Hæc eo plenius tractavi: ut conſtaret, quemadmodum exaudiri debeiet Macer *l.* 13. §. 3. *D. de re militari* & cum Ulpiano hoc loco conciliari.

Porro ait Prætor. *Qui artis ludicræ pronuntiandive cauſa in ſcænam prodierit.* An recte? quæri poſſit; eo quod ludi ſcænici, tam apud Romanos, quam apud Græcos, fierent in honorem Deorum. Lactantium audi *lib.* 6. *Divin. inſtit. c.* 20. *in fin. Ludorum celebrationes Deorum feſta ſunt: ſiquidem ob natales eorum, vel templorum novorum dedicationes ſunt conſtituti. Et primitus quidem venationes, quæ vocantur munera, Saturno attributæ ſunt; ludi autem ſcenici Libero, circenſes Neptuno. Paulatim vero & cæteris Diis idem honos tribui cœpit, ſingulique ludi numinibus eorum conſecrati ſunt, ſicut Siſinnius Capito in libris ſpectaculorum docet.* Id ſi eſt: hac cauſa turpes haberi ludi non debuerunt. Sed hunc ſcrupulum exemit Auguſtinus *lib.* 2. *De civitate Dei c.* 13. ſic ſcribens. *Romani, quamvis jam ſuperſtitione noxia premerentur, ut illos Deos colerent, quos videbant ſibi voluiſſe ſcenicas turpitudines conſecrari, ſuæ tamen dignitatis memores ac pudoris, actores talium fabularum nequaquam honoraverunt more Græcorum, ſed ſicut apud Ciceronem idem Scipio loquitur: cum artem ludicram ſcenamque totam probro ducerent, genus id hominum non modo honore civium reliquorum carere, ſed etiam tribu moveri notatione cenſoria voluerunt.* Notat igitur Prætor eum qui in ſcænam prodierit. *Scæna* autem, ex definitione Labeonis, apud Ulpianum *l.* 2. §. 5. *D. h. t. eſt, quæ ludorum faciendorum cauſa, quolibet loco, ubi quis conſiſtat, moveaturque, ſpectaculum ſui præbiturus, poſita ſit in publico privatove, vel in vico: quo tamen loco paſſim homines ſpectaculi cauſa admittantur.* Scæna igitur Ulpiano duplex eſt: alia privata, alia publica: ut apud Tacitum *lib.* 14. *Annal. c.* 14. & 15. & *lib.* 15. *c.* 33. putat autem Ulpianus Prætoris verba ad utramque pertinere ſcænam: modo promiſcua ſit. id intelligitur his ejus verbis. *Quo tamen loco paſſim homines ſpectaculi cauſa admittuntur.* Eum igitur qui prodierit in ſcænam non promiſcuam, non eſſe infamem, Ulpianus putat. quo modo & Quintilianus *lib.* 3. *Inſt. Orat. c.* 6. *p.* 241. Verba. *Qui artem ludicram exercuerit, in quatuordecim primis ordinibus ne ſedeat. Qui ſe Prætori in hortis oſtenderat, neque erat productus, ſedit in quatuordecim ordinibus. Nempe intentio eſt, artem ludicram exercuiſti. Depulſio, Non exercui artem ludicram. Quæſtio, quid ſit, artem ludicram exercere.*

Ait Prætor, *Qui prodierit in ſcænam.* Hoc verbum accipe cum effectu. nam ſi quis ſe locaverit ſcænæ, nec prodierit, non eſt infamis *l.* 3. *D. h. t.* licet Prætor in *l.* 1. §. 6. *D. de poſtulando* aliam tenuit viam: puto, ea motus ratione: quam indicat Balſamon, *Nomocanon. tit.* 13. *c.* 20. ſequentibus verbis: *In arte ludicra factum ipſum infamiam inducit, non etiam propoſitum. & hoc oſtenditur ex eo, quod fit infamis etiam qui non mercede, ſed gloriæ cupiditate adductus, artem ludicram oſtendit. in eo autem qui pugnat cum beſtiis, non factum habetur odio, ſed propoſitum. cum beſtiis enim pugnant & Imperatores & milites ſuam virtutem oſtendentes: & ideo qui proprii quæſtus mercede adductus ſuam vitam prodidit, etiamſi cum beſtiis non pugnaverit, fit infamis. qui autem accipit pecuniam, ut artem ludicram oſtentet, ſi eam non oſtentarit, non fit infamis.*

Ait Prætor, *Artis ludicræ, pronuntiandive cauſa.* Hisce verbis continentur arenarii, pantomimi, hiſtriones, ſimiles: qui (ut Ulpianus *d. l.* 2. §. 5. *D. h. t.* ait) quæſtus cauſa in certamina, aut propter præmium in ſcænam deſcendunt. An Atellanarum quoque actores? negat Livius *lib.* 7. *c.* 2. ait enim, eos nec tribu moveri, & ſtipendia, tamquam expertes artis ludicræ, facere. Similiter ſcribit Ulpianus *l.* 4. *D. h. t.* Athletas omnino artem ludicram non facere: & ita Sabinum & Caſſium reſpondiſſe. virtutis enim gratia hoc facere. Recte. quippe cum Athletæ ſeſe exercerent ludis gymnicis: quos numero quinque fuiſſe, Iſidorus ait *lib.* 18. *Origin. c.* 18. *Genera,* inquiens, *gymnicorum quinque: ſaltus, curſus, jactus, virtus atque luctatio.* Sic Iſidorus: dicens virtutem, quam pugilatum vocat Paulus *l.* 2. §. 1. *D. de aleatoribus.* Hæc certamina Ulpianus *d. l.* vocat *ſacra:* quia fiebant in honorem Deorum: ut notum ex Quintiliano *lib.* 9. *Inſt. orat. c.* 4. & aliis. Idem Ulpianus *d. l.* ait, *generaliter neque thymelicos, neque exyſticos, neque agitatores, nec qui aquam equis ſpargunt, cæteraque eorum miniſteria, qui certaminibus ſacris deſerviunt, ignominioſos haberi.*

beri. Isidorus *lib.* 18. *c.* 47. Thymelicos explicat musicos scænicos qui organis & liris & citharis præcinebant; & dictos inde, quod olim in Orchestra stantes, cantabant super pulpitum, quod θυμέλη vocabatur. cantabant autem laudes Deorum, in quorum honorem edebantur ludi. Porro, quos Exysticos vocat Florentina lectio apud Ulpianum, hi in aliis libris dicuntur Xystici. sunt autem athletæ; dicti a Xysto, id est, a porticu ampla latitudine, in qua solent per hyberna tempora tectis stadiis exerceri; ut Vitruvius auctor est *lib.* 5. *De architect. c.* XI. Agitatores sunt aurigæ, in ludis Circensibus sese exercentes curuli certamine. Hos tamen inhonestos vocat *l.* 4. *C. de spectacul. lib.* XI. *tit.* 40. Et prope assentior Eruditissimo Viro, Jacobo Cujacio, *Com. ad eum loc.* existimanti, vix esse, ut possit ea lex cum Ulpiano conciliari. Superioribus Ulpianus addit eos qui aquam equis spargunt. Putat autem Brissonius *lib.* I. *Select. antiq. c.* 10, designari eos qui Circensibus deservientes, equos cursu incalescentes, perfundebant frigida aqua qua refocillati alacrius cursum repeterent. Nec alia est Desiderii Erasmi sententia *Adag. Chil.* ad illud, Frigidam aquam suffundere, *pag.* 843. etsi is etiam hanc adfert rationem; ne rotæ, nimia agitatione fervescentes, flammam conciperent. Est & tertia conjectura Alciati *lib.* 6. *Parerg. c.* 3. solitam fuisse spargi aquam crurum abluendorum causa. Sed hæc omnia (quod dixerim pace tantorum virorum) mihi subfrigida videntur. Magis accedo Philippo Rubenio V. CL. *lib.* 2. *Elect. c.* 18. existimanti, non esse quod Ulpianus dicit, accipiendum de vulgari aliqua aquæ adspersione: sed de solemni quadam, & cum religione conjuncta, aquæ adspersione. sane cum Circenses essent ludi sacri in honorem Deorum dicati; moris fuisse, ut equi certaturi, prius lustrarentur, & aqua e certo loco petita spargerentur. adducitque pro se Rubenius duplex testimonium: unum ex *lib.* I. *Charisii:* alterum ex Hieronymo, *Vita Hilarionis.* Postremo excipit in *d. l.* 4. §. I. Ulpianus *Designatores.* Hi fuere arbitri certaminum. Donatus ad Terentium *Adelph.* I. 2. 7. *Designatores*, inquit, *dicti qui ludis funebribus præsunt: credo ob eam causam, quod ipsis ludis multa fiant nova & spectanda; simul etiam turba retineatur.* Tertullianus *De spectaculis c.* 10. *p.* 215. *Apparatus etiam ex ea parte consortes quæ ad scenam spectat: nam a templis & aris, & illa in felicitate thuris & sanguinis inter tibias & tubas itur, duobus inquinatissimis arbitris funerum & sacrorum, designatore & aruspice.*

Deinde ait Prætor, infamia notari, *Qui lenocinium fecerit.* Ulpianus *l.* 4. §. 2. *D. h. t.* Lenocinium, inquit, facit qui habuerit quæstuaria mancipia: id est, ut idem alibi dicit, quæstum corpore facientia. inde lenæ quæ mulieres quæstuarias prostituunt *l.* 43. §. 6. & 7. *D. de ritu nupt.* Addit Ulpianus *d. l.* 4. §. 2. *D. h. t.* Qui in liberis hunc quæstum faciat, in eadem causa esse: nec referre, utrum principaliter hoc negotium gerat lupanario instituto, an alterius negotiationis accessione: ut puta, caupo fuit, vel stabularius, & mancipia talia habuit ministrantia, & occasione ministerii quæstum facientia: sive balneator fuerit; velut in quibusdam provinciis fit, in balineis ad custodienda vestimenta conducta habent mancipia hoc genus observantia in officina. adeo autem hoc placet Ulpiano *d.* §. 2. ut mox §. 3. subjiciat ex Pomponio, etiam eum qui in servitute peculiaria mancipia prostituta habuit, notari post libertatem. quamvis aliud esse existimavit *l.* 24. *D. h. t.* (quæ lex est conjungenda cum *d. l.* 4. §. 3. cum utraque sit ex eodem Ulpiani lib. 6. Ad Edictum) si quæ in servitute quæstum fecit corpore: eo quod Imperator Severus rescripsit, Non offuisse mulieris famæ ejus quæstum in servitute factum. & recte: nam, quod Accursius observat, agitur altero in loco de lenone ancillam prostituente; altero de ancilla meretrice prostituta. hæc in se peccat tantum, sæpe coacta. ille etiam in hanc peccat, & volens. est igitur gravius lenonis delictum, & majorem meretur severitatem.

Sequente Edicti clausula notatur, *Qui in judicio publico calumniæ, prævaricationisve causa quid fecisse judicatus erit.* Quid sit Calumniari, explicatur *l.* 233. *D. de verb. signif.* & *l.* I. *D. Ad Senatusc. Turpil.* Prævaricari quid sit, intelligitur ex *l.* 4. §. 4. *D. h. t. l.* I. *D. de prævaric. l.* 212. *D. de verb. signif.* Notatur autem Edicti verbis calumniator & prævaricator: si judicatus erit, calumniæ prævaricationisve causa quid fecisse in judicio publico. sic enim sonant Edicti verba.

Sequitur in Edicto: *Qui furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo malo & fraude, suo nomine damnatus pactusve erit.* Nempe quia hæc delicta numquam fiunt sine dolo malo, id est, sine proposito nocendi civili societati, quam omnibus bonis sanctam esse oportet. Primum ait Prætor, *Furti;* & simpliciter. igitur furti accipe, sive manifesti, sive nec manifesti *l.* 6. *D. h. t.* Et commode Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 31. §. 15. Furti, inquit, quocumque genere condemnatus, famosus efficitur. Quid, si expilata dicatur hereditas? non est furtum: si de jure disputamus *l.* 2. *D. de crimine expilatæ hered.* quasi tamen furtum sit, & improbius, expilatæ hereditatis crimen, similitudine rationis pro famosa habetur *l.* 12. *C. h. t.* Illud non est omittendum; quod Prætor, cum ait, *Furti*, magis intelligit pœnalem furti actionem; quam condictionem furtivam: cessat enim ignominia in condictionibus, quamvis ex famosis causis pendeant *l.* 36. *D. de obligat & act.* nempe, quia his non agitur, ut delictum coërceatur; sed ut res quæ ad alterum venerit, ex æquo & bono restituatur. Hoc exemplo nec condictio rerum amotarum erit famosa; etsi videatur ex *l.* 2. *C. rerum amotarum:* ut curatius ostendi *Julio Paulo c.* 7. ubi, si placet, vide. Porro *Injuriæ* appellatione Prætor contumeliam denotat; ut in Titulo De injuriis: non culpam, ut in Lege Aquilia. Cum vero ait, *Doli mali fraudisve;* duo conjungit verba idem significantia: quomodo & Paulus *l.* 3. §. 3. *D. Pro socio. Fides bona*, inquit, *contraria est fraudi & dolo.* Nec aliter utitur his verbis Vetus Formula, sequentibus comprehensa Siglis: D. M. F. C. quæ Sigla Valerius Probus *Not. Veter.* exponit, *Doli mali, fraudisve causa.* Utique Ulpianus *l.* 4. §. *ult. D. h. t.* recitans hanc Edicti partem, omissa fraude, saltem doli meminit. sed hoc plenius probavi *lib. De forma emendandi doli mali c.* 7. De eo quæri video; an ut dolus, sic stellionatus, infamet? movet difficultatem, quod stellionatus quidem non meminit in Edicto Prætor: sed interim quod in privatis judiciis est de dolo actio, hoc in criminibus est stellionatus persecutio *l.* 3. §. I. *D. de stellionatu* accedit, quod Ulpianus *l.* 13. §. *ult. D. h. t.* sic scribit. *Crimen stellionatus infamiam irrogat damnato, quamvis publicum non est judicium.* Sed si me audies, non voluit in *d.* §. *ult. l.* 13. Ulpianus, quod stellionatus damnato semper irrogat infamiam: minime. imo id palam negat ipse *l.* 2. *D. de stellionatu* his verbis: *Stellionatus judicium famosum quidem non est, sed coërcitionem extraordinariam habet.* Sic Ulpianus; atque eo verius: quia pœna stellionatus non est legitima; cum nec legitimum crimen sit

d. l.

d. l. 3. §. 2. Quid ergo est? meo judicio vult, stellionatum eo, quod non est publicum judicium, non impediri, quo minus damnato aliquando possit irrogare infamiam. indefinita nimirum locutione (quam & *capite* 12. *dicti Operis* observavi in *l.* 41. *D. de pign. act.* & mox in hoc Edicto annotabo ex mente Prætoris ad verba, *Pactusve erit*) hoc modo pro particulari, quasi tutiore accepta ex præcepto Apuleji, sane egregio & hic opportuno. Id Apuleji præceptum, quia non memini ab aliis adferri usquam, omittendum non putavi: est autem ex *lib.* 3. *De Philosophia* tale: *Universales sunt; ut omne spirans vivit: aliæ particulares; ut quædam animalia non spirant: aliæ indefinitæ; ut animal spirat. non enim definit, utrum omne, an aliquod. sed tamen pro particulari semper valet: quia tutius est id, ex incerto accipere, quod minus est.* Istæc res est: stellionatus, etsi non sit publicum judicium ex quo semper damnatum sequitur infamia *l.* 7. *D. de publicis judiciis:* illi tamen irrogat infamiam, id est, eam potest irrogare. Sic ipse censeo: & porro probo valde, (quod jam ante Cujacius *lib.* 10. *Observ. c.* 26. animadvertit) interesse, utrum actio cum qua concurrit stellionatus, famosa sit, an non sit: nam stellionatum priore casu damnato irrogare infamiam: posteriore non æque. Sit prior casus in *l.* 16 §. 1. *D de pigner. act.* si debitor rem alienam ignoranti creditori pro sua obligavit. nam locum habet pigneratitia contraria actio quæ non est famosa. ergo nec famosum erit judicium stellionatus. posterior casus fuerit: si quis merces quas mihi debet ex stipulatu, corruperit dolo malo, & deinde tradiderit corruptas: non erit alia actio civilis, quam de dolo. atqui illa est famosa: erit igitur hoc casu & stellionatus judicium famosum. Hac via ivit Cujacius. aliam ingressus Salmasius *De modo usurarum c.* 14. *pag.* 588. sed præstat illa Cujacii; etiam mea: Salmasii emendatione in *d. l.* 2. per hanc plane supervacua. Sed redeo ad Edictum.

Ait Prætor, *Damnatus.* Non igitur notat furem, nisi damnatum. Talis est damnatus sententia Judicis. ex compromisso enim arbiter, si dicat sententiam, infamiam non facit: quia non per omnia sententia est *l.* 13. §. 5. *D. h. t.* ut suo loco apparebit. In ipso quoque Judice, quantum ad infamiam pertinet, multum interest in causa quæ agebatur, causa cognita aliquid pronuntiatum sit, an quædam extrinsecus sint elocuta: nam ex his infamia non irrogatur *d. l.* 13. §. 6. cum interlocutio non habeat condemnationem, eoque ne sententia quidem videatur; imo a sententia, & re judicata distinguatur. sola igitur Judicis sententia quæ, causa cognita, litem finit damnatione, damnatum infamem facit. quod si ad postulationem patroni, interlocutione Judicis responsum quid est, nequaquam hoc infamiam irrogat *l.* 17. *C. h. t.* ac valde probo hoc Carini & Numeriani *l.* 19. *C. d. t.* *Interlocutio Præsidis quæ indicta est, infamem eum de quo quæris, fecisse non videtur, cum non specialiter ob injuriam, vel admissam vim condemnatus sit: sed ita Præsidis verbis gravatus, & admonitus, ut ad melioris vitæ frugem se reformet.* Sunt hæc clara. Nisi tenebras offundit Ulpianus, *l.* 32. *D. de pœnis*, his verbis. *Si Præses vel Judex ita interlocutus sit*, vim fecisti; *si quidem ex interdicto, non erit notatus, nec pœna Legis Juliæ sequetur: si vero ex crimine, aliud est. Quid, si non distinxerit Præses, utrum Julia publicorum, an Julia privatorum? tunc ex crimine erit æstimandum. sed si utriusque Legis crimina objecta sunt, mitior Lex, id est, privatorum, erit sequenda.* Sed lucem faciet, quod hæc Lex est ex Ulpiani lib. 6. Ad Edictum, & ideo potest conjungi cum *d. l.* 13. §. 6. quæ est ex eodem libro. sic enim verisimile fit: quod hæc verba, *Si Præses vel judex ita interlocutus sit*, *Vim fecisti*, non sunt accipienda de interlocutione extrinsecus facta: sed de sententia qua Præses vel Judex litem finiat condemnatione. id evincit tota Ulpiani disputatio de infamia, deque pœna, & genere Legis ex qua ea pœna damnatum sequatur. ac nescio, an eodem modo *Interlocutus de plano* accipiatur ab Ulpiano *l.* 1. §. 1. *D de constit. Princip.* & Marciano *l.* 1. §. 5. *D. Ad Senatusc. Turpil.* Erit igitur sensus *d. l.* 32. Si Præses vel Judex, causa cognita, interlocutus est, id est, in sententia definitiva pronunciavit, Vim fecisti: si quidem ex interdicto, non erit notatus, nec pœna Legis Juliæ sequetur: si vero ex crimine, aliud est. nam tunc & infamia sequetur, & pœna Legis Juliæ. Hic sensus qui huc spectat. cætera quæ sequuntur in *d. l.* 32, non ad infamiam, neque ad hoc propositum, sed ejus occasione ad pœnam Legis Juliæ pertinent, & ideo prudenter exaudiri debent.

Notat igitur Prætor demum damnatum ex famosis causis. Quid, si provocavit damnatus? pendente judicio appellationis, nondum inter famosos habetur: quia interim cum effectu damnatus non est. quod si omnia tempora provocationis lapsa sunt, retro infamis est. quamvis si injusta ejus appellatio visa est, hodie notari puto, non retro notatur *l.* 6. §. 1. *D. h. t.*

Ait Prætor, *Suo nomine damnatus.* Igitur observat Ulpianus *d. l.* 6. §. 2, *Si quis alieno nomine condemnatus fuerit; non laborat infamia: & ideo nec procurator meus vel defensor, vel tutor, vel curator, vel heres, furti vel ex alia simili specie condemnatus, infamia notabuntur: nec ergo, si ab initio per procuratorem causa agitata est.* Sic editur Florentiæ; sed in aliis editionibus pro *Nec ergo* est, *Nec ego.* multo melius. quod & Hotmanus notavit *lib.* 7. *Observ. c.* 16. cæterum spectat quoque ad hanc Edicti partem species *l.* 14. *D. h. t.*

Ut igitur quis infamis fiat ex famosis actionibus, oportet eum damnatum esse suo nomine. Quamquam potest damnato conservari existimatio: si ei imponatur pœna gravior ultra legem; modo non sit pecuniaria. ita enim Ulpianus scribit *l.* 13. §. 7. *D. h. t.* & addit pro exemplo: Si Præses relegaverit eum qui debuit mulctari parte bonorum. nam duriore sententia esse cum eo de existimatione transactum: idcircoque non esse infamem. aliter ac si judex in causa furti nec manifesti fecit condemnationem in quadruplum. nam sic oneratum quidem reum pœna aucta; verum hanc rem existimationem ei non conservasse: quamvis si eum onerasset pœna non pecuniaria, cum eo transactum videretur. Sic Ulpianus, dicens, ita esse & constitutum & responsum: hoc, opinor, a Papiniano *l.* 15. *D. Ad municipalem:* illud a Severo & Antonino *l.* 4. *C. h. t.* At obstat Macer *l.* 63. *D. de furtis. & l.* 40. *D. de injuriis.* Nisi utroque in loco accipiendus est de Judice qui reum furti aut injuriarum simpliciter damnavit ita, ut ei præservaret famam. quod non potest fieri: nisi severitate pœnæ corporalis de existimatione transigatur. atque ita ipse Macer *l.* 10. §. 2. *D. de pœnis*, & quidem lib. 2. De publicis judiciis, ex quo libro etiam sunt *d. l.* 63. & *d. l.* 40: eoque optima ratione conjunguntur. Hoc, si Judex reum condemnavit in duriorem pœnam. Quid, si in leviorem? nescio an intersit, quid egerit Judex. nam si condemnationi adjecerit famosam causam, aut pœnam famosæ causæ opponi solitam, utique damnatus est reus famosa ex causa: nec potest levior pœna efficere, ne infamis sit: certo, fa-

cti quæstionem esse in potestate judicantium; juris auctoritatem non esse *l.* 15. *D. Ad municipalem.* non idem est, si causa condemnationis neque ex pœnæ genere, nec ex verbis & tenore sententiæ intelligitur. est enim rationis; ne tum infamis sit reus, quamvis leviore pœna affectus: quia videri potest Judex alia causa, quam famosa, ad condemnationem accessisse *l.* 3. *C. h. t.* esse autem facti quæstionem in Judicis potestate, modo ostensum est.

Sed pergo cum Prætore. ait, *Pactusve erit.* Non igitur damnatum notat tantum, sed etiam pactum. qua causa? quia intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur *l.* 5. *D. h. t.* est autem generale hoc verbum, *Pactus:* sub se & pactionem & transactionem continens: ut monui ad *Edictum de Pactis.* igitur si quidem ad latitudinem verbi spectamus; infamis erit uterque, & qui transigit pretio dato, & qui precibus impetrat, ne secum agatur. Sed est moris Veterum, benignius interpretari Leges, quo voluntas earum conservetur *l.* 18. & 19. *D. de legibus.* In præsenti etiam fuerit inhumanum, non dari veniæ locum. Postremo suadeam, hic quoque adverti quod paulo ante observavi, auctore Apulejo *lib.* 3. *De Philosophia*, indefinitam in sermone locutionem, qualis est verborum, *Pactusve erit*, in incerto semper pro particulari, id est, de eo quod minus sit, accipi tutius esse. His igitur rationibus placet Ulpiano *l.* 6. §. 3. *D. h. t.* (ne infamiam habeat simplex pactio) in Edicto sub pacti appellatione non comprehendere pactos precibus: sed eos demum, qui (ut egregie ajunt Valerianus & Gallienus *l.* 18. *C. h. t.*) ullos adversariis nummos pro mala conscientia ex transactione numerassent.

Porro ait Prætor, *Qui pro socio, tutelæ, mandati, depositi, suo nomine, non contrario judicio damnatus erit.* Hæc quoque pars summam habet æquitatem: eo quod ab his contractibus pendet præsidium humanæ vitæ: quæ vix potest carere fide & auxilio amicitiæ. quisquis vero contra hanc peccat dolo malo sciens, is merito turpis ac nefarius habetur, abrumpens vincula humani juris. Ait Prætor, *Damnatus.* non addit *pactus*: ut in prioribus. & ideo si quis sit pactus de his causis, non erit notatus. nam plurimum interest, utrum ex delicto, an ex contractu debitor sit. qui enim de delicto paciscitur, intelligitur dolum malum confiteri. at qui de contractu transigit, etsi contractum fatetur, non æque malam fidem fatetur *l.* 7. *D. h. t.*

Ait Prætor, *Non contrario judicio.* Hoc adjectum, propter depositi, mandati, & tutelæ, actionem. pro socio enim actio utrimque directa est §. 2. *Inst. de pœn. tem. litig.* Contrario igitur judicio damnatus, non erit infamis. ac (si audimus Ulpianum *l.* 6. §. *ult. D. h. t.*) non immerito. *Nam*, inquit, *in contrariis non de perfidia agitur; sed de calculo qui fere judicio solet dirimi.* Sensus: quod damnatus in contrariis judiciis, ideo non fit infamis, quia in his non agitur de consilio & proposito nocendi deliberato, quo perfidia censetur una impia & Prætori odiosa: sed de calculo; in quo admissus error a scelere purus, ac vacuus, fere judicio, sive per judicem, demum solet dirimi. Plane etsi contrario judicio damnatus Edicti verbis non fiat infamis; putat tamen Ulpianus, vel hoc damnatum, infamem fieri Edicti sententia; si fidem quam adversarius sequutus est, non præstat: ut puta, fidejussi pro te, & solvi: mandati te si condemnavero, (id est, fecero condemnari; ut sæpe) famosum facio *d. l.* 6. §. 5.

Sed apparet, directo judicio damnatum, in his contractibus notari infamia. Utrum tamen ob dolum tantum, an etiam ob culpam, maxime latam? Prima facie vix est, ut ab infamia excusetur qualicumque ratione damnatus: modo non sit damnatus contrario judicio. quia generaliter ait Prætor, notari eum qui pro socio, tutelæ, mandati, depositi, suo nomine, non contrario judicio damnatus erit. Eoque modo potest in Oratore tolerari hæc Ciceronis exaggeratio, *Pro S. Roscio Amerino c.* 38. *In privatis rebus si qui rem mandatam non modo malitiosius gessisset, sui quæstus aut commodi causa, verum etiam negligentius; eum majores summum admisisse dedecus existimabant. Itaque mandati constitutum est judicium, non minus turpe, quam furti.* Sic Cicero: causæ serviens oratorio more. Nos verum quærentes, separabimus Edicti verba ab ejus mente. hac refert in his contractibus, utrum ob dolum quis damnetur, an ob culpam. certe æquum est, iis ignosci qui ignoranter, imprudenter, incauteque labuntur: at veniam habere eum qui sciens peccat, non est æquum. Huic rei evidens præbet argumentum, quod ipse Prætor ab infamia contraria excipit judicia. nec est dubium; quin, uno vel altero lege introducto, bona sit occasio, etiam cætera, ad eamdem utilitatem tendentia, interpretatione suppleri *l.* 12. & 13. *D. de legibus.* Sed quis animus sit Prætori, palam exprimit Ulpianus *l.* 6. §. *ult. D. h. t. Contrario*, inquiens, *judicio damnatum non esse infamem. nam in contrariis non de perfidia agi, sed de calculo qui fere judicio solet dirimi.* Ulpianus duo tradit pro exploratis: primum ait, perfidiam a Prætore notari: deinde negat, damnatum contrario judicio esse infamem: nimirum, quia in contrariis judiciis non solet agi de perfidia. ita prius est, ut tutor, verbi gratia, ob perfidiam fiat infamis. alterum, ut ob hanc solam notetur. absque enim hoc esset; vana foret Ulpiani definitio, Edictum ad contraria judicia non pertinere: eo quod de perfidia in his non quæritur. at si Prætor solam notat perfidiam: qua fronte dicamus, damnatum ob latam culpam esse infamem? est enim alia lata culpa, alius dolus. dolus nascitur ex consilio: lata culpa ex socordia seu simplicitate. dolus habet scientiam: lata culpa ignorantiam. dolus est, omnis calliditas, fallacia, machinatio, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum, alterum adhibita *l.* 1. §. 2. *D. de dolo malo:* lata culpa est, nimia negligentia: id est, non intelligere quod omnes intelligunt *l.* 213. §. *ult. D. de Verb. signif.* Hoc egregie observavit Ulpianus *l.* 3. §. *ult. D. de suspectis tutoribus.* nec minus Justinianus §. 6. *Inst. eod. tit.* sic scribens, *Suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est: si ob culpam non æque.* Imperator dolum opponit culpæ: doli quidem nuncupatione perfidiam, id est, consilium, & scientiam, designans: at culpæ appellatione culpam latam quam Ulpianus *d. l.* 3. §. *ult.* vocat imperitiam, segnitiem, simplicitatem, inertiam, rusticitatem. Huic meæ interpretationi non adferam firmius argumentum, quam quod tutor a tutela numquam removetur ob culpam levem: (quippe; cum ne causa quidem sit virum bonum & idoneum ab ea removendi ob levem errorem) sed ob segnitiem, rusticitatem, ineptiam, simplicitatem, inertiam, id est, ob id quod non est idoneus ad administrandum, sive ut dixi, ob culpam latam, eum a tutela abire, integra existimatione, (cum nullam meruerit infamiæ pœnam, qui noluit peccare, etsi lapsus sua ineptia socordiaque) rationis est, & constat testimonio Ulpiani *d. l.* 3. §. *ult.* Dixi de re elegantissima, quantum sufficit huic instituto. plura scribam infra ad Titulum *De suspectis tutori-*

ribus, & jam plura scripsi *lib.* 1. *Probabilium c. ult.* ab aliis non animadversa.

Sequitur alia Edicti pars. *Qui eam quæ in potestate ejus esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit: eamve sciens quis uxorem duxerit, non jussu ejus in cujus potestate est: & qui eum quem in potestate haberet, eam de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit.* Hac parte Prætor complures attingit casus. primum notat patrem qui filiam quam in potestate habet, genero mortuo, cum sciret, eum mortuum esse, in matrimonium collocavit intra tempus quo elugeri virum moris est, antequam virum elugeret. Prætor non loquitur de mortuo sponso; sed de genero, seu viro filiæ quam in potestate habet pater. Sponsi igitur nullus luctus est *l.* 9. §. 1. *h. t.* sed generi, id est, viri filiæ. Tempus autem luctus a primis reipublicæ temporibus usque ad Gratianum, Valentinianum, & Theodosium, fuit decem mensium. inde annus esse cœpit *l.* 2. *C. de secundis nuptiis.* qua de re uberius *lib.* 3. *De fœnore & usuris c.* 6. *in fine.* Utitur porro Prætor elugendi verbo, non lugendi. Qui autem luget, debet (quod nos docet Paulus *lib.* 1. *Sentent. tit. ult.* §. 14.) abstinere a conviviis, ornamentis, & alba veste. addo, a nuptiis in vidua. Elugere est, lugere ad finem: id est, dum exspiret tempus lege præscriptum. auget enim propositum *e* in lugere; ut *de* in deposito. Inde Livius *lib.* 34. *c.* 7. *Quid aliud in luctu, quam purpuram atque aurum deponunt? quid, cum eluxerunt, sumunt?* Cæterum non refert Prætor se ad tempus quo vir elugetur: sed quo elugere virum, moris est. potest igitur fieri, ut elugeatur vir, etiam cum non lugetur. Non solent autem lugeri (ut apud Ulpianum ait Neratius *l.* 11. §. 3. *D. h. t.*) hostes, vel perduellionis damnati, nec suspendiosi, nec qui manus sibi intulerunt, non tædio vitæ, sed mala conscientia. putat igitur Ulpianus *d. l.* 11. §. 1, etsi talis sit maritus quem more majorum lugeri non oportet, non posse eam nuptum intra legitimum tempus collocari. & pro causa subjicit: quod Prætor se retulit ad id tempus, quo elugeretur vir qui solet elugeri, propter turbationem sanguinis. *Sanguis* denotat cognationem *l.* 8. *D. de regulis juris. l.* 16. §. 1. *D. de castrensi peculio*, & alibi. etiam accipitur sanguis pro progenie: ut in illo Horatii, *lib.* 2. *Carm. Od. ult. Non ego pauperum sanguis parentum: non ego quem vocas, dilecte Mecænas, obibo.* & apud Apulejum *lib.* 4. *De asino aureo*, *Parentes tui de tanto suarum divitiarum cumulo, quamquam satis cupidi, tamen sine mora parabunt scilicet idoneam sui sanguinis redemptionem.* Turbatio igitur sanguinis in proposito est, quam generationis aut seminis incertitudinem Justinianus vocat *l.* 53. §. 3. *C. de Episcop. & Cler.* Sic, si non pepererit ea mulier. alioquin eam quæ intra legitimum tempus partum ediderit, statim posse nuptiis se collocare, Pomponius putat. quod verum, id est, æquum, ait Ulpianus *d. l.* 11. §. 2. atque ita (ut curiose observat Cujacius *lib.* 6. *Observ. c.* 32.) restringendus est Ulpiani locus ad uxorem ejus mariti quem lugeri more majorum non oportet. nam cæteræ viduæ non alias nubunt intra legitimum tempus, quam si hoc a Principe impetraverint *l.* 10. *D. h. t.* aut a Senatu. Meminit Plutarchus *in vita M. Antonii cap.* 41. *Ubi*, inquiens, *placuit utrique conditio, Romam profecti sunt ad Octaviæ nuptias celebrandas. quia vero vetabat Lex, ne qua mulier, nisi exactis a morte viri decem mensibus nuberet, tempus est ei Senatusconsulto remissum.* Est tamen & aliud ejusdem rei exemplum in *l.* 15. *C. h. t.* si Populo minuatur luctus decreto Senatus. nam tum, ut Sulpitiæ rescribit Gordianus, tristior habitus, cæteraque hoc genus insignia mulieribus remittuntur: non etiam intra tempus quo his elugere maritum moris est, matrimonium contrahere permittitur. Id autem quale sit, intelligitur ex hoc Festi, in verbo, *Minuitur. Minuitur populo luctus ædis dedicatione: cum Censores lustrum condiderunt: cum votum publice susceptum solvitur. Privatis autem cum liberi nati sunt: cum honos in familia venit: cum parens, aut liberi, aut vir, aut frater ab hoste captus domum redit: cum desponsa est: cum propiore quis cognatione, quam is qui lugetur, natus est: cum in casto Cereris est, omnique gratulatione.* Igitur si decreto Amplissimi Ordinis luctu fœminarum deminuto, mulier nuptias alias intra legitimum tempus secuta est, tam ea, quam is qui duxit uxorem, etiamsi miles sit, Perpetuo Edicto labem pudoris contrahit *d. l.* 15. nisi tum matrimonium quoque a Principe indulgeatur: ut aliquando permissum fuit non prægnantibus. De Caligula Dion *lib.* 59. *pag.* 740. *Justitium indixit, luctus inhibuit, ita ut liceret viduis nubere intra constitutum quondam tempus, siquidem non essent prægnantes.*

Porro ait Prætor, *In matrimonium collocaverit.* Id eo pertinet: ut ei quæ virum eluget, intra id tempus sponsam fuisse, non noceat *l.* 10. §. 1. *D. h. t.*

Addit Prætor, *Genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret.* Merito, inquit Ulpianus *l.* 8. *D. h. t.* ne ignorantia puniatur. & subjicit, quod tempus luctus continuum est, & ignoranti cedit ex die mortis mariti: & ideo si post legitimum tempus cognovit, ipsa die & sumit lugubria & deponit.

Sequitur in Edicto, *Eamve sciens quis uxorem duxerit, non jussu ejus in cujus potestate est.* Ad hæc verba Ulpianus *l.* 11. §. *ult. D. h. t.* sic scribit, *Notatur etiam qui eam duxit: sed si sciens: ignorantia enim excusatur non juris, sed facti.* Sensus Ulpiani: quod Prætor simpliciter notat eum, qui sciens eam uxorem duxerit; nec desiderat, ut duxerit dolo malo. sufficit igitur Prætori ad infamiam; si quis eam duxerit intra legitimum tempus, etsi jus ignoravit, si modo non ignoravit factum. ita excusatur ignorantia non juris, sed facti. Potest hoc confirmari simili loco, qui *Tit.* 1. *Collat. Legum Mosaicarum & Romanarum* extat hunc in modum: *Modestinus libro Differentiarum sexto, sub Titulo De scientibus & ignorantibus, generaliter loquitur. Nonnunquam per ignorantiam delinquentibus jure civili venia tribui solet, si modo rem facti quis, non juris, ignoret: quæ scilicet consilio delinquentibus præstari non solet. propter quod necessarium est, addita distinctione considerare, utrum sciente, an ignorante aliquo quid gestum proponatur.*

Addit in eodem versu Prætor, *Non jussu ejus in cujus potestate est.* His verbis excusatur qui jussu ejus in cujus potestate erat, uxorem duxerit. nimirum visus Prætori venia esse dignus qui obtemperavit *d. l.* 11. §. *ult. D. h. t.* ut in omnibus quæ non habent atrocitatem facinoris.

Superest in hoc Edicti versu. *Et qui eum quem in potestate haberet, eam de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit.* Quo spectent hæc verba, traditum *l.* 11. §. *ult. l.* 12. & 13. *D. h. t.* item *l.* 109. *D. de regulis juris:* quæ est ex Pauli lib. 5. Ad Edictum.

Exposui proximum Edicti versum. nec interim dixi, quod exspectabas, de infamia mulieris: quæ cum esset sui juris, ultro nuptias contraxit intra legitimum tempus. nempe, quia in Edicto de ea nihil exstat hodie: quamvis de ea quoque notanda Edicto comprehensum fuisse, apparet ex *l.* 15. *C. h. t.* item *l.* 11. §. 3. *D. h. t. in fine:* ubi pro, *si*

si quis ergo, ut est in Pandectis Florentinis, Accursii exemplar habet, *si qua ergo:* item *notetur*, pro *notabitur.* sed nulla opus mutatione: cum justa sit locutio Florentini Codicis, *si quis ergo.*

Dixi de luctu viduarum mulierum. de virorum luctu quæris? at Seneca, *Epist.* 63. *Annum*, inquit, *fœminis ad lugendum constituere majores, non ut tam diu lugerent, sed ne diutius. viris nullum legitimum tempus est, quia nullum honestum.* Recte igitur Paulus *l.* 9. *D. h. t. Uxores viri lugere non compellentur.*

Difficultas est circa luctum parentum & liberorum, cæterorumque agnatorum & cognatorum. Nec tamen specto ad *l.* 11. *h. t.* in qua sic infit Ulpianus: *Liberorum autem & parentum luctus impedimento nuptiis non est.* Me vexat: quod in *l.* 23. *h. t.* idem scribit: *Parentes & liberi utriusque sexus, nec non & cæteri agnati vel cognati, secundum pietatis rationem, & animi sui patientiam, prout quisque voluerit, lugendi sunt: qui autem eos non eluxit, non notatur infamia.* Contra enim Paulus *lib.* 1. *Sentent. tit. ult.* §. 13. *Parentes*, inquit, *& filii majores sex annis, anno lugeri possunt, minores mense, maritus decem mensibus, & cognati proximioris gradus octo. qui contra fecerit, infamium numero habetur.* Sic illi: nec est dubium, quin ab altero dictum falsum sit: cum uterque eodem vixerit tempore. interim quo tollam difficultatem, ipse nihil habeo; nisi placet quod D. Cujacio *lib.* 21. *Observ. c.* 12, Ulpianum a Triboniano esse inflexum vel ejus arbitratu, vel ad sua tempora: cum præsertim Paulus videatur adjuvari aliquatenus a Papiniano *l. ult. D. h. t.*

Sequitur ultimus Edicti versus, *Quive suo nomine non jussu ejus in cujus potestate esset: ejusve nomine quem quamve in potestate haberet, bina sponsalia, binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit.* Hunc versum tangit Ulpianus *l.* 13. §. 1. 2. 3. & 4. *D. h. t.*

Exposui Prætoris Edictum, uti extat in *l.* 1. *h. t.* etiam addidi quædam ibi omissa; etsi non omnia. fuisse enim aliquanto plura, mihi persuadeo; sane extat pars in *l.* 15. 16. 17. & 18. *D. h. t.*

De sepulchri violati actione possit deliberari. nam hanc damnato infamiam irrogare, refert Ulpianus *l.* 1. *D. de sepulchro violato.* sed non addit; utrum eum nominatim notarit Prætor; an placuerit, sepulchri violati crimen esse speciem furti aut injuriæ; sub iisque Edicti sententia comprehendi.

Similis inspectio sit circa actionem servi corrupti: quam æque turpibus actionibus annumerat Paulus *l.* 56. *D. Pro socio.*

In actione quod metus causa aliud censeo. nusquam enim dicitur famosa. quamquam si de dolo agatur ob illatum metum: (quod fieri posse, apparet ex *l.* 14. §. 13. *D. Quod metus causa*) dubium non est, quin qui metum intulit, etiam infamia notetur. sed tum pertinet ad illam Edicti partem quæ notat damnatum doli mali.

In Fisci causis pacti cum delatoribus, pro confessis habentur, si modo pretium vel modicum dederint. Sic Ulpianus *l.* 4. *D. de jure fisci.* ac vix ambigo; quin velit, esse infames. est enim is locus ex libro Ulpiani 6. Ad Edictum; quo hoc Edictum exposuit. utrum tamen illi, an Rescripto, illa infamia debeatur, non definio.

Etiam infamis est publico judicio damnatus *l.* 7. *D. de public. judic.* quod ostendit Ulpianus *l.* 32. *D. de pœnis* quæ est quoque ex lib. 6. Ad Edictum. sed hanc supra explicui.

TITULUS III.

De procuratoribus & defensoribus.

OPPORTUNE hic subjicitur Titulus De procuratoribus & defensoribus, quia peragendæ liti, præter advocatos, de quibus vidimus, solent etiam adhiberi procuratores & defensores, quos ipsos nec infames esse oportebat, ut post dicetur. Sumitur autem procurator aliquando late, ut complectatur omnes qui alterius negotia quacumque ratione tuentur. est etiam, ubi strictius patet. vel Rubricam vide. procuratorem opponit defensori. estque hoc modo procurator, qui aliena negotia mandatu domini administrat *l.* 1. *D. h. t.* defensor qui sine mandato intervenit pro reo. Usus utriusque olim fuit valde exiguus. auctorem ejus quod dico, habeo Justinianum *pr. Inst. De iis per quos ager. poss.* ait is, nunc agere posse quemlibet hominem aut suo nomine aut alieno. alieno; veluti procuratorio, tutorio, curatorio: cum olim in usu fuisset, alterius nomine agere non posse, nisi pro Populo, pro libertate, pro tutela. præterea erat Lege Hostilia permissum, furti agere eorum nomine qui apud hostes essent, vel reipublicæ causa abessent, quive in eorum cujus tutela essent. cæterum alieno nomine neque agere, neque excipere licebat. Fundamentum hisce: quod in Duodecim Tabulis, apud A. Gellium *lib.* 17. *Noct. Attic. c.* 2. sic extabat: *Cum perorant ambo præsentes.* Et, *Post meridiem præsenti stlitem addicito.* Ab eadem ratione omnes Legis actiones quas placebat certas solemnesque esse *l.* 2. §. 6. *D. de origin. juris.* sic conceptæ fuere, ut unusquisque posset petere quod suum esset, aut sibi deberetur: cæterum ut peteret quis quod alterius esset, aut alteri deberetur, nulla prodita fuit Jure Civili actio. ita percrebuit regula, Nemo alieno nomine lege agere potest *l.* 123. *D. de regul. jur.* Servatus is rigor fuit bene longo tempore. deinde temperatus sensim: ut solent quæ moribus mutantur. nam si morbus, aut ætas, & mox necessaria peregrinatio, aut alia justa causa, impedimento esset hominibus, quo minus ipsi rem suam exequerentur, cœperunt per procuratores litigare: facili Prætore, & quod suadebat æqui bonique ratio, pro sua humanitate, indulgente. Testis Cicero, *lib.* 2. *Ad Herennium c.* 53. verbis sequentibus. *Ex æquo & bono jus constat, quod ad veritatem & utilitatem communem videtur pertinere. quod genus, ut major annis sexaginta, & cui morbus causa est, cognitorem det. Ex eo novum jus constitui convenit ex tempore & ex hominis dignitate.* Hoc Cicero, & attingit quoque Justinianus *d. pr.* Illud demonstrandum, quomodo potuerint admitti procuratores: resistentibus actionum formulis certis ac solennibus. Mihi vero videtur huc ducere interrogatio quam in jure adhibebant Veteres. formula erat; *Quando te in jure conspicio, postulo, anne fias auctor.* id est, anne sis ille a quo jus meum debeam persequi. eam formulam Valerius Probus *Not. Veter.* his complectitur Siglis. Q. T. I. I. C. P. A. F. A. nec dubito, quin ad hanc respiciat hoc Ciceronis *Pro Cæcina, c.* 19. *Actio est in auctorem præsentem his verbis, Quandoquidem te in jure conspicio.* Sic Veterum librorum fide in sua editione verissime recepit optimus meus quondam Collega, & Amicus carissimus, Johannes Georgius Grævius, V. CL. cum a Petro Victorio & aliis Eruditis Viris nullo ederetur sensu, *actio est in actorem præsentem.* Etiam nuper lubens intellexi

fa-

familiaribus literis, in eo consentire mihi V. Cl. Johannem Barbeyracium, quem jure amicitiæ similiter honoris causa hic appello. Nunc redeo ad formulam. Ea formula ab actoris procuratore rogabatur debitor, essetne auctor; id est, essetne is a quo oporteret eum domini mandatu ejus jus persequi. Eodem modo rogabatur rei defensor, anne fieret auctor. Indicio Festus. verba Festi. *Cognitor est, qui litem alterius suscipit coram eo cui datus est. procurator autem absentis nomine auctor fit.* Quod si negaret debitor, se auctorem esse actoris procuratori; quod diceret, se cum procuratore non contraxisse; aut contra actor recusaret rei defensorem: tum ita interlocutus videtur Prætor: *Si negat, sacramento quærito.* quam formulam Valerius Probus sequentibus designat literis: S. N. S. Q. Inde, an auctorem fieri oporteret, sacramento, id est, sponsione certæ pecuniæ, disceptabatur prius, quam ab eo quid exigeretur. Interim si adversarius admitteret auctorem; aut si fateretur, se auctorem fieri: tum deinde lite inter eos contestata, perinde accepta res fuit, ac si ea lis a domino in procuratorem, interveniente delegatione & novatione, esset translata, atque hic eam suo nomine jam aut moveret aut susciperet *l.* 11. §. 1. *& l.* 29. *D. de novation.* Atque hinc dici opinor, procuratorem lite contestata effici litis dominum *l.* 22. *&* 23. *C. h. t.* Nec aliunde est: quod procurator, etiam post excessum ejus a quo sit constitutus, potest inchoatam litem jurgiumque finire. meminit Julianus *l.* 23. *C. h. t.* quæ est descripta ex *l.* 1. *Cod. Theod. de cognitoribus & procuratoribus.* quamquam in hac plus dicitur: quod procuratorem, post causam in judicio publicatam, (Tribonianus dicit, *agitatam*, id est, contestatam) etiam ad heredes suos inchoata transmittere, Veteres Juris voluerunt conditores. quod & Symmachus, *lib.* 10. *Epist.* 32, confirmat. sed postremum omisit Tribonianus in *d. l.* 23: quia erat jam a Theodosio & Valentiniano abrogatum *l. ult. Cod. Theod. d. t.* Sed in viam. Ab eadem ratione solet in ipsum ferri sententia, non in mandatorem *l.* 1. *C. de sententiis. l.* 6. §. 2. *D. de his qui notant. infam.* solet item judicati actio procuratori atque in procuratorem dari, non domino atque in dominum, utique directo & subtili jure, donec quædam Prætor mitigavit pro communi utilitate. Didici ex *l.* 28. *&* 30. *D. h. t.* Cicero quoque ostendit, *Pro Roscio Comœdo*, *cap.* 18. *Quid interest*, inquiens, *inter eum qui per se litigat, & qui cognitor est datus? qui per se litem contestatur, sibi soli petit. alteri nemo potest; nisi qui cognitor est factus. Itane vero? cognitor si fuisset tuus, quod vicisset judicio, ferres tuum? suo nomine petiit, quod abstulit, sibi, non tibi exegit.*

Ab his initiis profecta procuratorum defensorumque origo, adeo paulatim invaluit: ut tandem Edicto Prætoris palam reciperetur; ac sive quis rebus suis superesse non posset, sive nollet: per alios vel agere posset, vel conveniri *l.* 1. §. 2. *D. h. t.* cæterum ita attemperata fuit; ne aut rei publicæ, aut privatæ adversarii, repugnaret. Fuit hoc olim cognitu indifficile ex Edictis quæ tum extitere. nunc pleraque periere injuria temporis. non tamen inutile erit, quæ restant Fragmenta, tamquam ex naufragio tabulas, colligere.

Primum Caput tale fuisse, suspicor. *Procuratorem ad quamcumque actionem, si ei mandatum erit ab eo qui ejus actionis dominus erit, causa cognita, admittam.* Ait Prætor, *Procuratorem admittam ad quamcumque actionem.* Verba hæc aut similia in Edicto fuisse, ex sequentibus liquebit. sunt autem generalia illa verba: ac designant, procuratorem a Prætore admitti quacumque in causa, modo sit pecuniaria, & privata. tantum quærit Prætor; utrum actionem habeat qui procuratorem dedit: nec refert ejus, utrum directa sit actio, an utilis. nam & hæc procuratorem admittit. Exemplum *l.* 42. §. 3. *D. h. t.* cui jungenda *l.* 112. *D. de regulis juris:* est enim utraque ex Pauli lib. 8. Ad Edictum. quæritur autem in *d.* §. 3. utrum fideicommissarius, restituta ei ex Senatusconsulto Trebelliano hereditate, possit heredem fiduciarium dare procuratorem in actionibus utilibus. quærendi causa fuit: quod heres fiduciarius, etiam restituta hereditate, manet heres §. 4. *Inst. de fideicom. hered.* ideoque illi suo jure competunt actiones directæ; nec opus habet mandatis a fideicommissario utilibus *l.* 70. *D. Ad Senatusc. Trebell.* Sed responsum est, fiduciarium heredem a fideicommissario ad exercendas actiones utiles recte dari procuratorem; etsi apud eum sint directæ: eo quod directæ ab eo institutæ, eliduntur per exceptionem restitutæ hereditatis *l.* 1. §. 4. *& l.* 27. §. 7. *D. eod. tit.* nec interest, utrum quis ipso jure non habeat actionem; an habeat eam quæ per exceptionem infirmetur *d. l.* 112. Similis quæstio in *l.* 8. *D. h. t.* est, an filiusfamilias possit dare procuratorem ad agendum: in primis si non habeat castrense peculium. nam in hoc pro patrefamilias habetur. dubitatio in eo est, utrum quam habeat actionem. & apparet, ei non competere directam: quippe cum ea patris sit cui adquirit omnia. voluit tamen utilitas, ei interdum dari actionem in factum, sive utilem. finge: furtum ei factum, aut injuriam. pater abest, & patris procurator non vult experiri. ait Ulpianus *l.* 18. §. 1. *D. de judic.* Juliano placuisse, posse eum utili judicio agere; ne, dum pater exspectatur, impunita sint maleficia, quia pater venturus non est; vel dum venit, se subtrahit is qui noxam commisit. quid ni igitur possit pro his dare procuratorem? cæterum ad defendendum, si volet, procuratorem dare, ei licet sequente Edicto *d. l.* 8. nimirum, quia filiusfamilias ex omnibus causis tamquam paterfamilias obligatur, & ob id agi cum eo tamquam cum patrefamilias potest *l.* 39. *D. de oblig. & act.* Quod de filiofamilias dixi, idem de filiafamilias Ulpianus censet *d. l.* 8. In servo autem, inquit, subsistimus. nam negotia quidem peculiaria servi posse gerere aliquem, & hoc casu procuratorem ejus esse admittimus: actionem autem intendere vetamus. eum vero qui de statu suo litigat, procuratorem habere posse non dubitamus, non solum in administratione rerum, sed etiam in actionibus, quæ ei vel adversus eum competant ex dominio vel contractu: sive ex possessione servitutis, sive libertatis, de suo statu litigat. *l.* 33. *pr. &* §. 1. *D. h. t.* & est ratio *l.* 24. *pr. &* §. 2. *D. de liberali causa.* Sic in aliis litibus. nam in causa liberali, id est, in ea quæ ei movetur de statu, non admittitur procurator: quia hæc causa tantum agitur per assertorem *pr. Inst. De his per quos ager. poss.* Sed Justinianus *l. unic. C. de assert. toll.* sublata assertione, sinit quidem, ex libertate vocatum in servitutem, statum suum defendere per procuratorem. at hoc non permittit ei qui ex servitute ipse provocat ad libertatem. Ut igitur quis procuratorem det ad agendum; sufficit, ei esse actionem, sed, ut dixi, privatam. Inde quæsitum est de actione injuriarum quæ proficiscitur ex lege Cornelia. ea quæstio proponitur *l.* 42. §. 1. *D. h. t.* huc autem redit: sitne id judicium publicum, an privatum. nam lege Cornelia agitur ob id quod quis dicit, domum suam esse vi introitam, aut se esse pulsatum verberatumve §. 8. *Inst. de injuriis.* adeo datur pro publica uti-

litate. exercetur certe vindicandæ publicæ libertatis gratia. Sed verius eſt, eſſe privatam actionem. non enim datur cuilibet ex populo, ſed pulſato aut verberato, id eſt, ei ad quem ea res pertinet. porro non omnis actio quæ ad publicam ſpectat utilitatem, utique publica eſt, & procuratorem reſpuit. argumento eſt actio furti. datur ea procul dubio pro ſecuritate publica; eſt tamen privata, & admittit procuratorem *l.* 4. *C. de furtis.* idem putemus in ea quæ ex lege Cornelia eſt *l.* 37. §. 1. *D. de injuriis.* Sed hoc clare Paulus *d. l.* 42. §. 1. *D. h. t.* Scrupulum tamen his injicit *l.* 12. §. *ult. in fin. D. de accuſation.* Sed vide D. Vinnium *ad* §. 8. *Inſt. de injuriis.*

Similiter fuit quæſitum, an popularis actio procuratorem admittat? ut autem expediatur quæſtio, conjungendæ videntur *l.* 1. *&* 5. *D. de popular. action.* cum *l.* 42. *D. h. t.* ut ſunt omnes ex Pauli lib. 8. Ad Edictum; & ſe invicem juvant. initium explicationis faciam a *d. l.* 5. in qua Paulus actorem diſtinguit a reo. quo modo? ſic ait: *Qui populari actione convenietur, ad defendendum procuratorem dare poteſt: is autem qui eam movet, procuratorem dare non poteſt.* Nempe popularis actio a parte rei ſequitur ejus damnum & pecuniam. eſt igitur privata ejus lis, ſive res: contra actor magis ſuum jus populo tuetur *d. l.* 1. *D. de popular. act.* ita non eſt actoris actio, ſed populi; unde & publica actio dicitur *l.* 30. §. 3. *D. de jurejurand.* agit enim actor quaſi unus de populo *l.* 43. §. 2. *D. h. t.* eoque modo & ipſe agere poteſt qui hic procurator datur. altero igitur caſu admittetur procurator; quia mandatum accepit ab eo qui eſt litis dominus: altero non admittetur; quia non accepit mandatum a litis domino. altero igitur caſu ſatisfactum Edicto eſt. altero non eſt. Si tamen privato damno ſit adfectus qui populari actione experitur, ut ſi de via publica agit, & privato damno ex prohibitione adficitur: videtur Paulo *d. l.* 42. temperandum quod de populari actione dixit *d. l.* 5: quia dat tum quaſi privatæ actionis procuratorem. multo magis, inquit, dabit ad ſepulchri violati actionem is ad quem ea res pertinet *d. l.* 42. *D. h. t.* ſcilicet, quia vel ſonus viæ publicæ argumento eſt, in ea minus privati juris eſſe, quam in ſepulchro: quod ut ſit religioſum, tamen quodammodo ad familiam aut heredem pertinet, eoque veluti proprietatis cauſam continet *l.* 2. §. 2. *D. de interdict.* Ita commode Paulus *l.* 45. §. 1. *D. h. t.* quæ eſt ex lib. 9. Ad Edictum, *Qui*, inquit, *ita de publico agunt, ut & privatum commodum defendant, cauſa cognita, permittuntur procuratorem dare: & poſtea alius agens exceptione repelletur.* Sic Paulus; & noto, quod in hac ſpecie cauſæ cognitionem deſiderat.

Deinde ait Prætor, *Si ei mandatum erit.* Hæc verba eo pertinent: ut nemo alterius procurator, niſi ex ejus mandato, eſſe poſſit: in primis ſi poſtulet, ſibi dari actionem; neque offerat de rato cautionem. qua enim ratione cuiquam jus ſit, id quod ſuum non ſit, in judicium deducere, invito domino, quo is de re ſua laboret? reum quoque cur in periculum deducat fruſtra, non juſtior ratio eſt. finge enim, abſolvi: eluſorium erit judicium, ſi repetatur. quid, ſi condemnetur & ſolvat? non magis liberabitur ab eo cujus nomine actum ſit. igitur quocumque inclinet fortuna litis, rei captio eſt: ſi actoris nomine poſtuletur actio; nec mandatum adferatur. Quid, ſi procurator offerat de rato cautionem? nec ſic admittetur; ſi fateatur, non eſſe mandatum. Primum enim quid reo opus litibus ſupervacuis? deinde non facit cautio; ut is cui non ſit mandatum, habeat propriam aut mandatam actionem. præterea datum eſt certis dumtaxat perſonis, ut ſub ea cautione alieno nomine ſine mandato admittantur. At enim actor cogitur, pro reo quemvis admittere defenſorem. Sed refert, utrum quis pro reo, an pro actore interveniat. altero enim caſu meliorem facit alienam conditionem; altero deteriorem *l.* 39. *D. de negotiis geſtis.* Apparet igitur, ſi non ſit mandatum, & hoc conſtet, procuratorem fruſtra intervenire ex parte actoris *l.* 24. *C. h. t.* nullo diſcrimine, utrum cautionem de rato offerat, an non offerat. Quid, ſi dubitetur, utrum mandatum ſit? an non ſit? forte dices idem quod in ſuperiore ſpecie: nam probationem incumbere ei qui dicit; non ei qui negat *l.* 2. *D. de probationibus.* Sed ne per cauſam incerti mandati litibus injiceretur mora: contra placuit, procuratorem admitti; ſi ſatisdet, dominum ratam rem habiturum *l.* 1. *C. h. t.* eo quod ſic videtur conſuli utrique, & actori, & reo: illi, ne lis trahatur: huic, ne eadem in re temere repetatur.

Vult igitur Prætor, mandatum eſſe; nil aliud. proinde quocumque modo ſit mandatum, eo poteſt procurator conſtitui, ſive pure, ſive in diem, ſive ſub conditione, etiam usque ad diem, & in perpetuum *l.* 3. *&* 4. *D. h. t.* quia omnibus his modis recte contrahitur mandatum *l.* 1. §. 3. *D. Mandati.* Adhæc docet Paulus *lib.* 1. *Sentent. tit.* 4., apud acta Præſidis, & Magiſtratus, procuratorem fieri, etiam per literas, & per nuntium fieri: hoc eſt, non præſentem tantum, ſed abſentem quoque, dummodo certus ſit qui datur, & ratam habeat dationem *l.* 1. §. *ult. & l.* 2. *D. h. t.* ſed nec diſtinguimus verba quibus detur procurator. poteſt enim quibuslibet verbis, etiam nudis conſtitui §. 1. *Inſt. De his per quos ager. poſſ.* Unum oportet, ut mandatum ſit: hoc eſt, ut ea cauſa qua de agitur, ſit mandata. Interim ſæpe evenit; ut quæ non continetur mandati verbis, ejus ſententia comprehendatur. etiam evenit; ut mandati verbis contineatur ad quam ejus ſententia non pertingat. quod quale ſit, nunc conſiderandum eſt. Ego autem ſic cenſeo, duo eſſe procuratorum genera: vel enim dari ad agendum, vel ad adminiſtrandum *l.* 43. *D. h. t.* & utrosque vel ad omne negotium, vel ad partem negotii. Hoc modo Paulus, *lib.* 1. *Sentent. tit.* 4. §. 2. *Procurator aut ad litem, aut ad omne negotium, aut ad partem negotii, aut ad res adminiſtrandas datur.* Ita in ſumma omnis procurator eſt vel generalis, vel ſpecialis: etſi plerique etiam faciant tertium qui habeat liberam omnium bonorum adminiſtrationem. Sed ſequor Veteres: qui ex profeſſo dividentes procuratorum ſpecies, tantum duas faciunt, generalem & ſpecialem, tertium ab his ſeparatum faciunt nusquam. id liquet ex *l.* 1. §. 1. *D. h. t. l.* 12. *D. de pactis. l.* 17. §. *ult. D. de jurejurando. l.* 12. *D. de ſolutionib. l.* 3. §. 2. *D. judicat. ſolvi.* Non tamen ignoro, alibi fieri mentionem procuratoris, habentis liberam omnium negotiorum adminiſtrationem *l.* 58. *D. h. t. & l.* 9. §. 4. *de adquir. rer. domin.* Sed meo judicio, tum tantum indigitatur procurator univerſorum bonorum: ut cum dicitur libera teſtamenti factio quæ tantum eſt teſtamenti factio *l.* 35. *C. de inofficioſo teſtam.* & libera peculii adminiſtratio quæ alias dicitur peculii adminiſtratio, ut obſervavi, *De pactis & tranſaction. c.* 27. Igitur ſi cui una mandetur ſpecies; is eam adminiſtrare poteſt: aliam non poteſt: niſi velit mandantis ſententia. tum enim hanc quoque gerere poterit; etſi mandantis verbis non comprehendatur. finge, eſſe, ſine quo expediri nequeat mandatum, de eoque ſilere mandati

dati verba. placet, vel id ad procuratoris curam pertinere: quasi rem mandans, omnia mandasse videatur, sine quibus res mandata explicari nequeat. Exempla sunt in *l.* 56. & 62. *D. h. t.* Sic in speciali mandato. Quid, si generale sit? quantum ad verba: non est positus administrationi finis. nec potest negari, esse liberam quam apparet esse indeterminatam: ac potest suo arbitrio procurator, quæ velit, agere omnia. Interim quod mandantis verbis deest, ejus mente continetur: ne agat, quod non sit intra administrationem, aut quod sit adversus fidem bonam *l.* 60. §. 4. *D. Mandati.* atque hoc si est, ut est verissimum: nil interest, utrum simpliciter dicatur habere omnium negotiorum administrationem, an habere liberam omnium negotiorum administrationem: conclusa omni ejus libertate intra administrationem, bona fide gerendam. Non minus vere addam, quærentibus, quid illi liceat procuratori; non esse juris, sed facti, quæstionem, an ex negotiis sit quod agit. Sic potest decidere, exigente domini utilitate; pacisci donationis causa non potest *l.* 60. *D. h. t.* nec magis potest permutare aut vendere res domini mobiles aut immobiles; quamvis possit vendere fructus, & quæ præterea servando servari nequeunt *l.* 63. *D. h. t. l.* 16. *C. eod.* §. 42. & 43. *Inst. de rerum divis.* Ab eadem ratione est: quod ut possit in judicium deducere actionem domini; tamen non potest in judicium deducere eam quæ ad mandantis affectum spectat, quam verisimile est non facile esse aliis mandaturum. quid igitur est? in hac speciale desideratur mandatum, nec sufficit generale: ut maxime paratus sit procurator interponere de rato cautionem *l.* 40. *D. h. t.* Hæc nunc pro instituto breviter. plura vide *d. c.* 27. *De pact. & transact.*

Ait Prætor, *Ab eo qui ejus* actionis *dominus erit.* Indicat *l.* 1. *D. h. t.* & huc alludunt *l.* 22. *l.* 23. & 24. *C. h. t.* Sensus est, procuratorem ad quamcumque actionem admitti; modo si mandatum habeat ab eo ad quem ea actio pertinet. talis ante litem contestatam est qui actionem, sive in rem, sive in personam, de qua lis sit, sibi adquisivit. post litem contestatam, qui eam domini mandatu contestatus est. ita non competit ei cui mandata actio est, jus substituendi procuratoris ante litem contestatam: quia non est litis dominus, nulla adhuc translata actione. post litem contestatam contra est: quia inde incipit lis ad procuratorem pertinere, tamquam dominum. mirum igitur non est, si inde alium sibi procuratorem possit substituere *l.* 23. *C. h. t.* Idem in tutoribus. prohibentur hi, si pupilli absint, aut infantes sint, procuratorem dare ante litem contestatam. inde ipsis, quasi dominis, conceditur procuratorem dare, exemplo procuratorum *l.* 11. *C. h. t.* Etsi hoc difficultatem recipit eo, quod tutores, quatenus ad providentiam pupilli attinet, pro dominis habentur *l.* 27. *D. de admin. tut.* Sed hoc placuit, si ipsi agant: non si aliorum ministerio utantur.

Ait Prætor, *Causa cognita.* Hæc verba debeo *l.* 45. §. 1. & *l.* 40. *D. h. t.* estque his consequens: ut Prætor procuratorem ad agendum non admittat; nisi sic, ut non refutetur utilitate justæ rationis. ita fit interdum, ut non admittat procuratorem; licet habeat mandatum, & præterea offerat de rato cautionem: nisi ei nominatim sit mandatum *l.* 25. §. 1. *D. de minoribus. l.* 66. §. 1. *D. Ad Senatusc. Trebell.* Est quoque, ubi non aliter admittet procuratorem, quam si ei nominatim sit mandatum, & præterea justa adferatur causa, propter quam ipse dominus impediatur *d. l.* 40. Mitto *d. l.* 45. §. 1. Tantum de primo Edicti capite.

Sequente pollicetur Prætor, *Sine mandato se admissurum parentes, liberos, fratres, adfines, libertos, patronos, maritum, si id ratum habere eum, ad quem ea res pertinet, boni viri arbitratu satisdabunt; nec contraria voluntas adferetur.* De hisce Edicto fuisse comprehensum, liquet ex *l.* 3. §. 3. *D. Judicatum solvi.* Causa Edicti est personarum conjunctio: qua creduntur ex tacito mandato agere quibus non objicitur contraria voluntas. hoc tamen quia magis constat præsumptione, quam veritate, ideo Prætor has personas tantum admittit sub cautione de rato. Ita clare Ulpianus *d. l.* 40. §. *ult.* *In his*, inquiens, *personis in quibus mandatum non exigimus, dicendum est, si forte evidens sit, contra voluntatem eos experiri eorum pro quibus interveniunt, debere eos repelli. ergo non exigimus, ut habeant voluntatem vel mandatum, sed ne contraria voluntas probetur; quamvis de rato offerant cautionem.*

Ait Prætor, *Parentes, liberos*, &c. Etiam feci mentionem *Patroni.* ac vix dubito, quin hoc indigitaverit Ulpianus *l.* 35. *D. h. t.* eoque ibi in fine *pr.* & §. 1. pro, *liberti. Patronus*, suadeam restitui, *liberti & PATRONUS:* ut vox, *patronus*, sequens in *d.* §. 1. geminetur. Sane cum in *liberto* hoc Prætori placeat, non est causa, cur in *patrono* improbasse, existimetur. Sed hoc jam conjeci dudum *lib.* 2. *Observ. c.* 16. Omissus quoque in *d. l.* 35. est maritus: cum Edicto comprehensum fuisse, constet ex *d. l.* 3. §. 3. & *l.* 21. *C. h. t.* Fecit præterea causarum conjunctio; uti simile putemus de consortibus ejusdem litis, post causam legitime ordinatam: id est, præparatam: ut erudite observat Gothofredus ad *l.* 2. *Cod. Theod. de cognitoribus.* Sed hoc non debetur Edicto; verum *l.* 1. & 2. *C. de consortib. ejusd. lit.* concinnatæ a Triboniano ex *d. l.* 2. *Cod. Theod.* Induxit & Constantinus aliud *l.* 1. *C. Si per vim vel al. mod. abs. perturb. sit possess.*

Superiore Edicti Capite demonstravi, quomodo pro actore constituatur procurator. Sequente dicam de ejus officio. de quo ita Prætor. *Cujus nomine quis actionem dari sibi postulabit, is eum boni viri arbitratu defendat, & ei quo cum eo nomine aget id ratum habere eum ad quem ea res pertinet, boni viri arbitratu satisdet.* Hæc verba extant in *l.* 33. §. 3. *D. h. t.* sed addenda hæc pauca. *Si non defendat, satisve non det, cum postulabitur, actionem non dabo: præterquam si præsentis procurator sit.* Hæc verba, *Si non defendat, actionem non dabo*, collegi ex *l.* 43. §. 4. *D. h. t.* fuisse vero Edicti perpetui, docet Antoninus *l.* 5. *C. eod. tit.* nec minus intelligitur ex *l.* 3. *C. eod. tit.* quod enim ibi dicitur, eum procuratorem prohiberi ab administratione negotiorum, secundum formam jurisdictionis, sic accipiendum est, secundum formam Edicti perpetui. Sequentia Edicti verba, *Satisve non det*, non reperio in Pandectis, aut Codice. fuisse tamen in Edicto, suspicor ob sequens Pauli Fragmentum *lib.* 1. *Sentent. tit.* 4. §. 6. *Si satis non det procurator absentis: actio ei absentis nomine non datur.* Postrema Edicti verba, *Præterquam si præsentis procurator sit*, desumpsi ex *l. unic. C. de satisdando. l.* 65. *D. h. t.* etiam huc respiciunt *l.* 5. 6. 7. *D. eod.* Tantum de conceptione Edicti. sequitur commendatio. est ea, quatenus attinet ad priorem partem, in §. 4. *d. l.* 33. ibi ait Ulpianus, æquum Prætori visum esse, eum qui alicujus nomine procurator experitur, eumdem etiam defensionem suscipere; si reus velit eum reconvenire. & recte: non enim debet rei conditio, admisso procuratore, fieri deterior, quam futura esset, si ipse interveniret actor. at hoc casu inte-

gram reo esse reconventionem, constat. quid ni igitur procurator, quem actor pro se dat, ejus defensionem suscipiat?

Ait Prætor, *Cujus nomine quis actionem sibi dari postulabit.* Verbum hoc, *Quis*, generale est pertinens ad omnem qui actionem postulat alieno nomine; sive agat ex mandatu domini; sive ei liceat agere sine eo *l.* 35. *D. h. t.* Quid, si quis procurator in rem suam: ei donata actione, vel vendita, eaque ex causa cessa? dicemus, eum teneri, defendere donatorem aut venditorem a quo cessa, seu mandata est donata aut vendita actio? Quæstio in eo vertitur, utrum actionem suo, an alieno, nomine petat? nam si spectes jus directæ actionis; alieno nomine agit, tamquam procurator. sin putes exitum rei & finem; sibi agit, non alii. imo, si respicias ad actiones utiles, has suo nomine exercet *l.* 55. *D. h. t.* ex Constitione D. Pii. *l.* 16. *D. de pactis.* itaque sæpe evenit, ut is perinde habeatur, ac si negotio magis suo, quam alieno, fungatur. exemplum in milite *l.* 9. *C. h. t.* item in muliere *l.* 4. *C. eod. tit.* Sed hæc prudenter accipienda. sunt enim tum vera in primis; cum fiunt sine cujusquam injuria. at pone, injuriam tertio fieri mandata actione. quid dicemus? proprium negotium esse? ego si affirmem, vereor, ne me æquitas interpellet. possit enim sic fieri, ne reo sit copia repetendi eum a quo convenitur: quod jura non ferunt, ut supra demonstratum. Dicam igitur, eum qui sit in rem suam procurator, & utatur directis actionibus, eas postulare alieno nomine; tametsi per consequentiam prosit sibi. id præter Scævolam *l.* 70. *D. h. t.* probat Ulpianus *l.* 33. §. *ult. D. eod. tit.* tantum unam excipit speciem. ea species est: *Nisi forte ex necessitate fuerit factus.* Recte: licet enim & hic magis alienas, quam suas, actiones postulet: tamen placuit, excusari eum cui nihil potest imputari propter voluntatem quam non habuit liberam: cum cæteris imputetur, cur velint, actiones sibi mandari sine necessitate. quomodo alibi quoque solet hominibus succurri in rebus quas necesse habuerint suscipere: etsi eis non subveniretur, si eas sponte susciperent sine necessitate: ut apparet ex *l.* 7. §. 1. *l.* 8. §. 4. *D. Qui satisdare cogantur.* Ut igitur dominum defendere debeat procurator in rem suam, si volenti mandatæ sint actiones: aliud tamen est, si ex necessitate factus sit. Et est exemplum in familiæ erciscundæ judicio, si uni ex pluribus coheredibus adjudicentur actiones cæterorum *l.* 3. *D. Famil. ercisc.* Item divisa inter tutores tutela, si a pupillo uni in contutorem mandetur tutelæ actio *l.* 2. *C. de dividenda tutela. l.* 2. *C. Arbitr. tut.* Etiam in uno ex pluribus fidejussoribus, petente actiones sibi cedi adversus confidejussores. Sic est; si in rem suam procurator agat actionibus directis. Quid, si utilibus experiatur suo nomine? hoc enim posse eum ex Constitutione D. Pii, supra demonstratum est ex *l.* 16. *D. de pactis.* Sed probo sententiam V. Cl. Antonii Fabri *lib.* 12. *Conject. c.* 10: existimantis, Edictum non pertinere ad hunc casum: in quo procurator actionem postulet suo nomine: idque agi in *d. l.* 34. *D. h. t.* ideoque ibi pro, *procuratorio nomine*, quomodo hactenus editur, esse legendum, *proprio nomine.* Eamque Fabri emendationem aliquot adjutam conjecturis esse a V. Cl. Bernardo Henrico Reinoldo *lib. sing. Variorum c.* 18. non ita pridem vidi lubens.

Sed apparet, Prætorem sine discrimine loqui de eo qui actionem postulet alieno nomine: eoque non de procuratore tantum, sed de tutoribus quoque & similibus. ita sane Justinianus §. 3. *Inst. de satisdatione.*

Ait Prætor, *Actionem.* Hoc verbum, cum specialiter accipitur, tantum ordinariam actionem in personam significat. sed cum a proprietate recedimus, ut fit aliquando, omnem indigitat actionem, sive in personam, sive in rem sit; nec minus persecutiones extraordinarias *l.* 178. §. 2. *D. de verb. sign.* item præjudicium, & interdicta, & cætera quæ instar actionum habentur *l.* 37. *D. de obligat. & act.* Hanc interpretationem Edictum postulat in præsentiarum. nec me fallo, rem perinde accipiens, ac si dixisset Prætor: Si quis alieno nomine sibi actionem dari postulabit, qualiscumque sit actio, in personam, in rem, directa, utilis, ordinaria, extraordinaria, præjudicium, interdictum, stipulatio Prætoria quæ instar actionis habetur; is debet eum cujus nomine actionem postulabit, defendere; si reus volet eum reconvenire: præterea debet ei, quocum eo nomine aget, id ratum habere eum ad quem ea res pertinet, boni viri arbitratu satisdare. scilicet, quia non videtur Prætor voluisse, procuratorem sine adversarii damno constitui in una causa; in cæteris noluisse. Sed hoc clare Ulpianus *l.* 35. §. 2. *l.* 37. *pr.* & §. 1. *l.* 39. *h. t.* Igitur *actionis* verbo Prætor omnem hic intelligit actionem. An & popularem? vix puto: non quod non sit actio, sed quia non petitur alieno nomine tamquam a procuratore; sed quasi ab uno ex populo *l.* 43. §. 2. *D. h. t.*

Ait Prætor, *Is eum boni viri arbitratu defendat.* Sensus Prætoris est, oportere dominum a procuratore defendi ad eum modum ad quem vir bonus arbitrabitur. Verbum autem hoc, *Defendere*, duo complecti, Ulpianus putat *l.* 35. §. 3. *h. t.* primum, facere quod dominus in litem faceret: deinde, cavere idoneë: nec debere duriorem fieri procuratoris conditionem, quam est domini, præterquam in satisdando. Providentissime. ut enim dominus ad satisdationem non teneatur §. 1 *Inst. de satisdat.* quid ni tamen eam præstet defensor? est enim quod reo, volenti mutua uti conventione, imputetur; si per adversarii inopiam calumniamve jus suum consequi nequeat. cur enim, cum posset, sibi non prospexit in personam ejus cum quo contraxit. at quod in ipso reo seu debitore æquum est, id aliter se habet in procuratore; qui adversario aliquando invito, sæpe ignoranti, utique volens obvenit, & negotio jam contracto. igitur ut hic reo præstentur quæ a domino; si ipse ageret, præstanda forent: merito hoc plus postulabit reus; ut ei illam in rem cautum sit ab initio: ne alioquin ejus jus, eo invito, per causam procuratoris defensorisve in periculum veniat. hac ratione solet dici, Nemo defensor in aliena re sine satisdatione idoneus esse creditur *d.* §. 1. *Inst.* Imo is qui alterius defensionem suscipit, etsi, locupletissimus, etsi consularis sit, non videtur defendere, nisi satisdare fuerit paratus *l.* 51. §. 2. *l.* 52. & 53. *D. h. t.* Sed quid? judicatum solvi *d.* §. 1. *Inst.* hoc est, de re judicata, de re defendenda, & de dolo malo. nam tres hæ clausulæ ea satisdatione continentur *l.* 6. *D. Judicatum solvi.* Igitur debet procurator satisdare. præterea debet etiam facere id quod dominus in litem faceret: hoc est, debet judicium suscipere *d. l.* 35. §. 3. *D. h. t.* & quidem eodem jure atque eadem conditione qua dominus. proinde ut dominus non cogitur, judicium suscipere alio in loco, quam in quo ipse agit *l.* 22. *D. de judiciis:* sic eum cogi, in provinciam de Roma abire: vel e contrario, vel a provincia in aliam provinciam, durum est *d. l.* 35. §. 2. Similiter non condemnabitur in solidum procurator: si non debet dominus condemnari ulterius, quam facere potest *l.* 51. §. 1. *D. h. t.* ut enim

enim non debuit adversarius propter procuratorem minus accipere, quam habiturus esset, si ipse egisset dominus: ita ei sufficit, a defensore consequi tantum, quantum habiturus esset, si ipsum convenisset dominum. Debet igitur procurator dominum defendere, si reconveniatur. sed quando? Imperatores, Diocletianus & Maximianus *l. unic. C. de satisdando* jubent; defensionis allegationem fieri in litis exordio: id est, ante litem contestatam. igitur si in exordio sit omissa; post litem contestatam fiet præpostere: ut solet dici de exceptionibus dilatoriis ex persona procuratoris: quarum hæc est species, comparata videlicet ad removendum procuratorem non paratum, dominum defendere. Satis de priore Edicti membro.

Sequitur posterius. ejus verba sunt, ut supra dixi ex *l.* 33. §. 3. *D. h. t. Et ei quocum eo nomine aget, id ratum habere eum ad quem ea res pertinet, boni viri arbitratu satisdet.* Est vero & sua huic parti æquitas: cum possit qui per procuratorem conveniatur, metuere; ne dominus iterum de eadem re experiatur; & absolutum judicis sententia non satis tueatur rei judicatæ exceptio. Vult igitur Prætor, de rato satisdari, id est, datis fidejussoribus, de rato caveri, ab eo qui sibi actionem alterius nomine postulabit. Nec distinguit Prætor actionem. itaque, ut supra, sic hic dicemus, quacumque actione agatur alieno nomine, oportere hunc qui eam postulabit, cavere id ratum habiturum eum ad quem ea res pertinebit. Cæterum, (quod ex Pomponio observat Ulpianus *l.* 39. §. 1. *D. h. t.*) interdum debebit procurator, licet suo nomine experiatur, de rato cavere: & adfert duo exempla Ulpianus. unum est, Si procuratori constitutum est, & ex ea causa agat. ait enim Ulpianus, esse de rato cautioni locum, idque Pomponium scribere. alterum exemplum est, Si jusjurandum reo delatum a procuratore actoris procuratori referatur, & is juravit, actori dari oportere. agit enim hoc judicio suo nomine propter suum jusjurandum; nec potuit hæc actio domino competere: sed debebit de rato cavere. Nec obstat *l.* 9. §. *pen. D. de jurejurando:* ut sub illo Titulo dicetur.

Similis inspectio est, cui cavere is procurator debeat. Ait autem Prætor, *Ei quocum eo nomine aget.* Sic scripturam restituit Accursius. Florentiæ editur: *Ei quo nomine:* nullo sensu. malim igitur, *Ei quocum eo nomine aget.* Hic vero est reus.

Deinde ait Prætor, *Id ratum habere eum ad quem ea res pertinet.* Dicit, *habere* pro *habiturum esse*, satis usitata loquendi forma. Per eum autem ad quem ea res pertinet, intelligit dominum litis, & solum: ut bene observat Ulpianus *l.* 39. §. 2. *D. h. t.* nam ad eum res principaliter pertinet. addit, cæteros creditores eo verbo non contineri: & præfatur, nam nec ipsi domino hanc cautionem incumbere. sensus Ulpiani: quod ea lis ad creditores quidem per consequentiam pertinet: at principaliter ad eos non pertinet. igitur cum domino non incumbit ea cautio, non est causa, cur incumbat ejus procuratori. Eodem spectat *l.* 39. §. 3. *& seqq. D. h. t.*

Porro ait Prætor, *Boni viri arbitratu.* Hæc verba, ut vidimus, etiam in superiore extant Edicti parte: sed ibi ad modum defensionis, hic ad tempus satisdationis, spectant. Huc igitur redit Edicti sensus: ut procurator satisdet, cum vir bonus arbitrabitur, eum oportere satisdare, dominum rem ratam habiturum. hoc vero incidit, quoties absens dedit procuratorem. nam præsentis procuratorem Prætor excepit sequentibus verbis, *Præterquam si præsentis procurator sit.* Idem tamen vel in absentis procuratore est observandum, quoties reo non est periculum; ne dominus, non præstita cautione, de eadem re iterum experiatur: non arbitraturo facile viro bono, vel talem procuratorem supervacua cautione onerari. hoc certe æquitas suggerit, etsi jure deficiamur. Proinde videamus, quando ab absente metui possit tale periculum. Dices: quoties incertum mandatum est. & sic definitum *l.* 1. *C. h. t.* Sed jam sequens quæstio est, quodnam videatur incertum mandatum? Ulpianus vero in *l.* 3. §. 2. *D. Ut in possess. legat.* sic finit: Si dubitetur, an mandatum sit, vel non sit, de rato cautio erit exigenda. Eoque modo etiam de tutore idem loquitur *l.* 23. *D. de administrat. tutorum:* qui locus est ex lib. 9. Ad Edictum. Igitur si evidens sit mandatum, non exigitur ab absentis procuratore de rato cautio: nec magis; si fateatur is procurator, non esse mandatum: quia tum removetur tamquam falsus. quid si dicat, mandatum esse, sed non probet? nil muto. quin ut probetur absentis mandatum; nec sic certum habetur: si talis sit probatio; ut ea reus, cum volet, uti nequeat, actore iterum de eadem re agere cogitante. Hoc sensu accipio illud Ulpiani *l.* 5. § 18. *D. de novi oper. nunc. Qui procuratorio nomine nunciaverit, si non satisdabit, eam rem ratam dominum habiturum nunciatio omnimodo remittitur, etiamsi verus sit procurator.* Quod si probari possit mandatum, quoties res exigit; contra dicendum est, supervacuam esse cautionem: quia jam pro certo est mandatum; neque umquam metuitur periculum. Talis casus est; si absens dominus ad adversarium dirigat literas quibus significet, quem & in qua causa procuratorem adversus eum fecerit; seque ratum habiturum cum eo gestum. hoc certe casu literis ejus approbatis, velut præsentis procuratorem intervenire intelligi, Modestinus scribit *l.* 65. *D. h. t.* atque ut is locus est ex *libro singulari De Eurematicis:* in quo ille remedia, pro molliendo juris rigore sapienter inventa a Jurisconsultis, curiose enarrat: sic apparet vel hoc eorum prudentiæ deberi. Simile videor mihi observare Eurematicum in *l.* 21. *D. Ratam rem haberi* quæ est ex *libro* 1. *Opinionum* Ulpiani: cujus hæc sunt verba. *Ne satisdatio ratam rem dominum habiturum exigatur, in his quæ nomine ejus ageret qui eum se fecisse procuratorem libello Principi dato professus est, prodest. quod si judicatum solvi satis ab eo procuratore postuletur, necesse est, ut juri manifesto pareatur.* Sic ubique editur; & repræsentant Græci, *Basilic. lib.* 9. *tit.* XI. *tom.* I. *p.* 577. Fuit tamen, cum suspicarer, pro, *libello Principi oblato*, posse aptius scribi, *libello Prætori oblato:* eamque mutationem deberi ambiguitati Sigli, PR: quo Siglo tam *Princeps*, quam *Prætor*, significatur. ego vero malebam *Prætori* legere, quam *Principi:* & esse Ulpiani sensum: Si quis actor, libello Prætori oblato, id est, apud acta, professus sit, se fecisse procuratorem: eum efficere, ne a procuratore exigatur satisdatio dominum rem ratam habiturum: sed si a procuratore postuletur satisdatio judicatum solvi; tum eam libelli professionem ei non prodesse, etsi apud acta factam: sed nihilominus debere hanc satisdationem præstari ex Edicto. Cæterum quod hic dixi Eurematicum Ulpiani, (tale enim re vera est, sicut & aliud consimile ab eo dedi infra sub Titulo *De alienat. judic. mut. caus.* ex *l.* 11.) hoc ajunt Diocletianus & Maximianus *l. unic. C. de satisd.* jam suo tempore non incerti juris fuisse.

Sed redeo ad Edictum. ait igitur Prætor, *Præterquam si præsentis procurator sit.* Hæc vero verba ad utramque Edicti partem pertinent. & ideo

ſi dominus ſit præſens; non tenebitur procurator judicium ſuſcipere, neque ſatisdare *l.* 10. *l.* 65. *D. h. t.* quia eo admiſſo, nulla adverſario fraus fit: quin ut facilis eſt mandati exploratio, evocato ad Prætorem domino: ſic difficilis non eſt actoris conventio. Illud videamus, quisnam in Edicto præſens intelligatur. Primum non dubitamus, præſentem videri eum qui in jure eſt; nec minus illum qui eſt in foro; quive in urbe; aut in continentibus ædificiis *l.* 6. *D. h. t.* item qui eſt in hortis *l.* 5. *D. h. t.* nam & hortos in continenti Urbis fuiſſe, commode obſervat V. CL. Barnabas Briſſonius *lib* 3. *Select. antiq. c.* 13. & ideo ejus qui in his eſt, procurator præſenti eſſe videtur *l.* 7. *D. h. t.*

Poſtremo ait Prætor, *Si non defendat, neque ſatisdet, cum poſtulabitur, actionem non dabo.* His verbis continetur pœna procuratoris non defendentis aut ſatisdantis, cum poſtulabitur. ea pœna eſt, ne ei detur actio quam poſtulat alieno nomine *l.* 43. §. 4. *D. & l.* 5. *C. h. t.* eſtque extra dubium, ſi procurator nondum ſatisdedit judicatum ſolvi, non procedi ultra Edicti pœnam: nec invitum compelli, judicium ſuſcipere. at ſi ſatisdedit defendendi gratia, an aliud dicendum ſit, a Veteribus varie tractatum fuiſſe, in ſequentibus oſtendam. Huc usque de actoris procuratore.

Porro diſputabo de eo qui pro reo intervenit: nam ne hunc quidem neglexit Prætor. & poteſt videri in hunc edixiſſe ſenſum: *Procuratorem ad litem ſuſcipiendam datum, pro quo conſentiente dominus judicatum ſolvi ſatisdabit, item eum qui ſe alterius defenſioni offeret, ſi judicatum ſolvi boni viri arbitratu ſatisdabit, admittam.* Hoc Caput attingit Modeſtinus *l.* 10. *D. Judicatum ſolvi.* habet autem ſummam æquitatem: quando publice utile eſt, abſentes a quibuscumque defendi *l.* 33. §. 2. *D. h. t.* hac ratione poſſunt geri negotia abſentis, etiam ignorantis & inviti: ne alioquin indefenſi patiantur rerum poſſeſſionem ac venditionem, vel pignoris diſtractionem, vel pœnæ committendæ actionem *l.* 1. *D. de negotiis geſtis.* Sed intereſt inter hoc & ſuperius Caput: quod hic poteſt defenſio vel ſine mandato permitti: illic non poteſt: eo quod hoc caſu melior ſit abſentis conditio; illo deterior *l.* 39. *D. eod. tit.* Utilitas igitur facit rei defenſioni locum etiam ſine mandato. Niſi iniquum eſt; quod alius debitor invito offertur creditori. Sed bonum factum Prætoris: ne actori vel hinc ſit quiritandi cauſa, a defenſore exigentis judicatum ſolvi ſatisdationem boni viri arbitratu. ea facta, quid intereſt actoris, utrum hunc, an illum, habeat debitorem: cum poſſit jus ſuum ab utroque peræque conſequi. Atque hoc generaliter conſtitutum eſt; eoque pertinet ad omnes cauſas *l. unic. C. de ſatisdando*; nec minus ad omnes perſonas, etiam locupletes & idoneas: prorſus, ut nemo in aliena re ſine ſatisdatione idoneus defenſor eſſe intellligatur *l.* 46. §. 2. *l.* 51. §. 2. *l.* 53. & 54. *D. h. t.* At enim nemo eſt ſupervacua cautione onerandus. Sit ita: ſed cautio quam Prætor a defenſore, etſi locuplete exigit, minime ſupervacua eſt. facile enim poteſt deſinere, locuples eſſe, qui eſt talis. poteſt etiam fieri, ut ſit actori tutius aut commodius, fidejuſſores, quam defenſorem, convenire. porro quid opus, actorem onerari inquiſitione in facultates defenſoris cum quo illi nihil eſt negotii, ſi Jus Civile ſpectes, & in quem demum per Edictum incidit? Sic; ſi ſine mandato intervenit rei defenſor. quid, ſi ex mandato ejus, & hoc conſtet? movet dubitationem, quod damnato procuratore, adhuc in dominum datur judicati actio *l.* 4. *D. de re judicat.* Sed, puto, hic idem dicendum quod ſupra, cum id aperte tradatur *l. unic. C. de ſatisdand.* Nec obſtat, quod judicati actio datur in dominum. Nam ab initio aliter fuit, ut ante monui; & quamquam id deinde eſt mutatum; manſit tamen hac in parte jus priſtinum: quia actori eſt quidem cautum actione judicati adverſus dominum; ſed non adverſus procuratorem, ne is litem moretur, dolumque malum abeſſe, & abfuturum præſtet. Plane ſuffecerit, ſi dominus ipſe præſens procuratoris ſui perſonam per judicatum ſolvi ſatisdationis ſolemnes ſtipulationes firmet, vel extra judicium exponat ſatisdationem per quam ipſe ſui procuratoris fidejuſſor exiſtat pro omnibus judicatum ſolvi ſatisdationis clauſulis, aut alioquin id repromittat, & præterea caveat, adfuturum ſe judicio tempore recitandæ ſententiæ; ut diſcitur ex §. 4. *Inſt. de ſatisdation.* Sed hæc utrum ſint ex Edicto, an ex interpretatione ejus, quod indicare videtur Juſtinianus, ſubdubito; & ideo ab Edicto omiſi.

Vult igitur Prætor, ab eo qui pro reo intervenit, præſtari judicatum ſolvi ſatisdationem. at de rato ſatisdatione nihil addit. quare hanc a defenſore abſentis præſtari, nihil attinet: maxime, ſi ſit in perſonam actio *l.* 45. §. *ult. D. h. t. & l.* 5. §. *ult. & l.* 6. *D. de nov. op. nunc.* tum enim quid intereſt actoris, utrum rem ratam habeat reus, an non habeat: quia de ſuo ſolvit defenſor condemnatus: eoque modo reus etiam invitus liberatur. In actionibus in rem aliud eſt *l.* 40. §. 2. *D. h. t.* contraria ratione: nam actoris intereſt, in ea actione ſibi a defenſore caveri de rato: quia litem obtinenti reſtituitur fundus rei, hunc igitur quid ni vindicet, ſi revertatur, reus? certo, quod inter alios actum eſt, aliis præjudicare non oportere. Hoc exemplo, ſi a procuratore de ſtatu agatur actione præjudiciali; (ſunt enim actiones præjudiciales in rem §. 13. *Inſt. de actionib.*) ſemper compellitur procurator de rato cavere: ſive is procurator aliquem petat in ſervitutem: (quo caſu actoris partes implet *l.* 7. §. *ult. D. de liber. cauſ.*) ſive quis ipſe proclamet in libertatem: (quo caſu procurator ſuſtinet defenſoris partes *d. l.* 7. §. *ult. & l.* 12. *D. de except.*) utroque igitur caſu, ne impune pro ſuo ſtatu ſæpius conveniatur, debet ei procurator de rato cavere *l.* 8. §. 2. *D. Rat. rem haberi:* perinde quaſi ex utroque latere actor habeatur. atque hoc etiam Edicto fuiſſe comprehenſum, Ulpianus ait *l.* 39. §. 5. *D. h. t.* Hoc quidem in actione in rem. at aliud eſt in actione in perſonam, ut dixi. niſi ſi agitur de eo quod ipſius rei habeatur. tum enim ſimiliter actoris intereſt, a defenſore, præter judicatum ſolvi ſatisdationem, præſtari ſatisdationem de rato: eo quod hic quoque poteſt metui; ne deinde iterum experiatur reus, non habens ratum quod a defenſore geſtum ſit. talis caſus in *l.* 39. §. *ult. D. h. t.* eſt: Si ſuſpectus poſtuletur tutor, & quis ſit ejus defenſor. quem non placet admitti, niſi præſtita cautione de rato; ne reverſus tutor velit retractare actum: quod denegari volenti, famam ſuam tueri, non eſt æquum. ne igitur hac ratione inane fiat hoc judicium, proſpiciendum actori fuit cautione de rato *l.* 6. *D. Rat. rem bab.* Interim monet Ulpianus *d.* §. *ult. l.* 39, quod non facile per procuratorem quis excuſabitur: (ita habent plerique libri, quamquam Florentiæ eſt, *accuſabitur*) quoniam famæ cauſa eſt: præterquam in duobus caſibus. quorum unus eſt, Niſi conſtet, ei a tutore mandatum nominatim. alter eſt, Aut ſi etiam abſente tutore, quaſi non defenderetur, Prætor erat cogniturus. quod quando contingat, apparet ex *l.* 7. §. *ult. D. de ſuſpect. tutor.* Eſt & alius caſus quo quis ejusdem actio-

actionis nomine & de rato caveat, & judicatum solvi *d. l.* 39. §. 6. *D. h. t.* Fac: minor postulat restitui adversus venditionem a se factam: quod dicit, se esse circumscriptum lubrico ætatis. absentis actoris defensor hic rei partes sustinens, satisdat non tantum judicatum solvi, sed etiam de rato, propterea quod ita facienda est in integrum restitutio, ut unusquisque integrum recipiat jus suum *l.* 24. §. 4. *D. de minor.* potest igitur fieri, ut post restitutionem minoris reversus emptor aliquid a minore petat quod ejus defensor non petit ex causa emptionis. proinde ut per omnia ratum sit judicium a minore exercitum cum defensore actoris; etiam præstanda minori est de rato cautio.

Deinde ait Prætor: *Procuratorem ad litem suscipiendam datum pro quo consentiente dominus judicatum solvi exposuit, judicium accipere cogam.* Hoc Capite indicat Prætor officium procuratoris a reo dati ad litem suscipiendam: cum pro eo consentiente dominus satisdationem judicatum solvi exposuit. ait vero Prætor, id officium consistere in eo, ut is procurator hoc judicium suscipiat. quod si cesset facere: promittit Prætor, se eum coacturum, judicium suscipere. loquitur autem Prætor nominatim de rei procuratore; non de ejus defensore: & ideo quod de altero dicitur, (quantum ad verba attinet: nam de mente postea disputabitur) ad alterum extendi non oportet. idem censeo de procuratore actoris: nam de hoc quoque silet Prætor. Ait igitur Prætor, se coacturum rei procuratorem, judicium accipere; cum pro eo consentiente dominus satisdedit judicatum solvi. videtur autem Ulpiano procurator consentire; si dominus hoc fecit, eo sciente & non contradicente. quod si aliter actum est, ait Ulpianus, incivile quidem esse, inscium teneri procuratorem: sed ob rem non defensam, nihilominus committi stipulationem *l.* 15. *D. h. t.* Desiderat igitur Prætor Procuratorem, sed consentientem. ad quid? de hoc deliberabimus. nam inde pendet vis & ratio coactionis quam pollicetur Prætor, est autem ejus scopus, utrique consulere, & actori & domino: huic, ne adversus eum committatur aut stipulatio aut satisdatio quam pro eo consentiente exposuit: illi, ne ejus actio pereat, neve aliter ferat damnum ex judicii mora & tractu. utrumque providentissime: cum enim passus est procurator, pro se a domino satisdari judicatum solvi: intelligitur & cum domino & cum actore esse pactus de accipiendo judicio: præeuntibus his Edicti verbis, *Pro quo consentiente dominus satisdationem exposuit.* nam consentientem accipimus eum qui consensit, ut litem suscipiat; in eamque rem non minus cum actore, quam cum domino consentit: cum præsertim ad litem suscipiendam datus proponatur procurator, & quidem a reo: at cui, nisi actori, a quo is cogitur rem suscipere. ita necesse est, procuratorem in eam rem consentire tam cum actore, quam cum reo, id est domino: cum constet, ita comparatum esse jure civili; ut quod inter alios pactum conventum est, aliis neque prosit, neque noceat.

Cæterum ait Prætor, *Cogam judicium accipere.* Hæc vero verba ostendunt, procuratorem a reo datum, non ultra, quam ad judicium suscipiendum teneri. idemque liquet *l.* 43. §. *ult. D. h. t.* proinde licet ei susceptam litem deserere, si velit: nec cogitur, si condemnatus sit, appellare. merito: quia nil interest actoris: qui suscepto judicio, potest consequi, ut sententia adversus absentem feratur *l.* 73. *D. de judiciis.* procurator vero si non appellet a lata sententia; magis prodest actori, quam nocet.

Porro cum ait Prætor, *Cogam:* intelligit coactionem, solitam fieri remediis prætoriis, id est, mulctæ dictione & pignoris captione; ut apparet ex *l.* 15. *l.* 43. §. *ult. & l.* 45. *D. h. t.* Illud non est prætereundum, quod Ulpianus observat, hunc procuratorem ad suscipiendum judicium cogi, non modo vivo domino, sed mortuo quoque *l.* 15. *D. h. t.* sine dubio, quia domini mandatum per cautionem desiit esse integrum.

Igitur hoc modo cogitur procurator ad suscipiendum judicium. an indistincte? forte dices: causatus, generalia esse Prætoris verba; ex iisque conjecturam fieri de sententia, ut in *l.* 8. *D. de Public. in rem act.* Sed æquius est, (quod Ulpianus scribit *l.* 13. *D. h. t.*) hæc esse neque passim admittenda, neque districte deneganda; sed temperanda a Prætore, causa cognita: ut & factum in Edicto de in jus vocando *l.* 11. *D. de in jus voc.* nec est obscura hujus interpretationis ratio: quod satisdatio judicatum solvi creditur fieri arbitratu boni viri: non facile arbitraturi, ut is qui adfert justam excusationis causam, nihilominus cogatur defendere. Ex causa igitur non compelletur procurator judicium suscipere: præsertim si sit nova: ut bene Paulus *l.* 14. *D. h. t.* & sunt exempla *l.* 8. §. *ult. & legibus sequentibus D. h. t.*

Hactenus de Edicti verbis: restat, ut ejus mentem consideremus. nam verba, ut demonstratum est, volunt, procuratorem rei pro quo dominus exposuit judicatum solvi satisdationem, cogi ad judicium suscipiendum. non idem dicunt de defensore rei qui talem satisdationem pro se ipse exposuit: nec magis loquuntur de procuratore actoris; si, reo volente eum reconvenire, ipse pro se satisdedit judicatum solvi. lis utraque in specie est de Prætoris sententia. non enim convenit inter Veteres; si judicatum solvi satisdederit aut actoris, aut rei defensor, an exemplo hujus Edicti, possit aut hic, aut ille compelli, judicium suscipere. hujus sedes quæstionis est in *l.* 35. §. 3. *l.* 43. §. *ult.* item *l.* 44. *&* 45. *D. h. t.*

Initium faciam a *l.* 35. §. 3: ubi talia sunt Ulpiani verba. *Præter satisdationem procurator ita defendere videtur, si judicium accipiat. unde quæsitum est apud Julianum, an compellatur: an vero sufficiat ob rem non defensam stipulationem committi? & Julianus scribit libro tertio Digestorum, compellendum accipere judicium: nisi & agendum causa cognita recusaverit, vel ex justa causa remotus sit.* Ulpiani disputatio est de procuratore actoris qui postulata domini nomine actione, a reo reconventus, est paratus dominum defendere, ac jam satisdedit judicatum solvi. ponit autem pro certo Ulpianus, eum procuratorem videri ita defendere; si judicium suscipiat; ac si cesset; posse, ob rem non defensam, actione ex stipulatu conveniri ad id quod interest adversarii, judicium esse susceptum: sed quæsitum esse apud Julianum, si non suscipiat judicium; utrum compelli possit, judicium suscipere; an sufficiat, stipulationem ob rem non defensam, committi? In ea quæstione ait Ulpianus, Julianum scribere, compellendum, accipere judicium: id est, ut mihi videtur, etiam compellendum: usitata loquendi forma quam alibi indicavi pluribus. quæ autem moverit Julianum causa, non addit Ulpianus. sed hæc fuit, quod defensor, cum satisdedit, est domini loco habendus. nec multum ei præstaturus est Prætor, si eum non coegerit judicium accipere: cum ad fidejussores ejus iri possit, & hi quidquid præstiterint, a defensore consecuturi sint. sic ipse Julianus *l.* 76. *D. h. t.* Igitur ei placuit, procuratorem non modo teneri actione ex stipulatu; sed etiam extra ordinem compelli, judicium accipere: exem-

emplo Edicti quod est in *l.* 8. §. *fin. D. h. t.* Hoc Julianus & districte: ut apparet ex *d. l.* 76. Sed Ulpianus *d. l.* 35. §. *ult.* usus temperamento his verbis: *Nisi recusaverit procurator agere, causa cognita, vel justa ex causa fuerit remotus.* Idem fuit; si defensor rei sine mandato interveniens, satisdationem judicatum solvi pro se ipse interposuerit. omitto *d. l.* 76. quæ est Juliani. ita Labeo: inter quem & Sabinum non convenit. ac mihi persuadeo, Paulum a parte Sabini stetisse *d. l.* 43. §. *ult. & l.* 45. Ulpianum contra a parte Labeonis *d. l.* 44. Sed rem putemus. Sermo Pauli *d. l.* 43. §. *ult. & l.* 45 est de eo qui non cogitur absentem defendere: qualis est qui pro absente reo sponte intervenit sine mandato. is enim si velit, potest, si nolit, invitus non cogitur defendere. id inquit Paulus, esse verum; quamdiu non interposuit satisdationem judicatum solvi defendendi rei gratia. sed si judicatum solvi satisdedit, defendendi absentis gratia: cogendum, judicium accipere: nempe, ne decipiatur is qui satis accepit. ait tamen Paulus, ex sententia Labeonis rem temperari, causa cognita. fac: est captio actoris propter tractum temporis; ut si ejus actio tempore peritura sit: ait, rationis esse, cogi procuratorem judicium accipere, ne ejus mora lædatur reus. e contrario finge, intervenisse novam causam de qua ab initio non fuit cogitatum: puta, adfinitatem esse diremptam, aut inimicitias intercessisse, aut bona absentis possideri cœpisse, vel (quod ex Ulpiano subjicitur *d. l.* 44. *D. h. t.*) si longinquo sit absfuturus, vel alia justa causa intervenerit: placuit Labeoni, non cogendum procuratorem judicium suscipere. quippe cum defensionem susceperit non simpliciter; sed arbitratu boni viri. Hæc Labeonis sententia. Alia fuit Sabini. putavit is, si judicium non suscipiat defensor, etsi præstita satisdatione judicatum sovi: nullas esse Prætoris partes ad compellendum defendere: nam sufficere, ob rem non defensam agi ex stipulatu: ac si habeat justam causam, cur nolit accipere judicium: non teneri fidejussores; eo quod procurator promisit rem defendere non simpliciter; sed arbitratu boni viri; non arbitraturi, eum qui habet justam excusationem, cogi defendere: quod si non habeat talem causam; condemnari, quanti ea res est. ac pro Sabino facit: quod verba Edicti quod est in *d. l.* 8. §. *fin.* saltem attingunt procuratorem pro quo dominus satisdedit: cum noster sermo sit de procuratore qui pro se ipse satisdedit. noluit igitur Sabinus, huc extendi ejus Edicti verba, cum deficiant: neque sententiam; cum non appareat extendendi causa. utique potest isto casu aliter consuli indemnitati actoris per actionem ex stipulatu; illo non potest sine incommodo domini: quia ipse satisdedit, non procurator. noluit igitur Sabinus, esse locum extraordinario remedio, ubi suppetit ordinarium. Aliquis dicat: igitur committes Veteres Jurisconsultos. ego vero puto, inanem esse laborem ejus qui studeat conciliare eos qui conciliari nolint.

Age nunc dispiciamus de mutando procuratore, si hoc fieri postulet dominus qui eum dedit. nam de eo quoque fuit Edicti caput: cujus verba quidem non extant: at sententia (quantum apparet ex Paulo & Ulpiano *l.* 16. & 17. *h. t.*) talis est. *Ante litem contestatam libera potestas erit ei qui procuratorem dedit, vel mutandi procuratoris, vel judicium suscipiendi. post deinde illi mutandi procuratoris, litisve transferendæ potestas, præterquam causa cognita, non erit.* Causa hujus Edicti est posita in natura mandati: a quo potest recedi, re integra: post non potest. Accedit, quod procurator, lite contestata, fit litis dominus. is vero qui eum dedit, lite contestata, desinit esse litis dominus. est igitur rationis, ne dominus deinde revocet mandatum, invito adversario, cum quo litis contestatione est a procuratore quasi contractum. non magis debet dominus procuratorem impedire, quo minus ipse rem suam administret. ita, si dominus temere petat, procuratorem post litem contestatam mutari, litemve in se transferri. at si id juste postulet; denegandi causa non est *l.* 22. *C. h. t.* quia, ut juris subtilitate jam non sit litis dominus, tamen quatenus ad eum pertinet litis exitus, quid ni hactenus dominus habeatur? Nisi sit procurator in rem suam: tum enim aliter observatur; sive contestata lis sit, sive non sit: scilicet, quia hic nomine procurator, re vera dominus est, & proprium gerit negotium. quapropter etiam habet utiles suo nomine actiones: quas ei nec auferre dominus potest ullo jure *l.* 55. *h. t.* Cavet igitur Prætor: ne dominus qui procuratorem dedit, post litem contestatam, aut procuratorem mutet, aut litem in se transferat, nisi causa cognita. Ulpianus *l.* 17. §. 1. *h. t.* idem censet de heredibus, sine dubio quod hi in omne jus defuncti succedunt, etiam assimilat his cæteros ejus successores; quales sunt bonorum possessores, & fideicommissarii: qui ut non sint heredes jure civili; at pro heredibus jure Prætorio habentur. Datur igitur, ut dixi, domino, causa cognita, facultas aut mutandi procuratoris, aut litis in se transferendæ. Quid si non ille procuratorem, sed procurator ipse se, mutari postulet? non videtur hoc permisisse Prætor, ejus verba considerantibus. nihilominus fit paritate rationis, ut vel procuratori idem indulgeatur ex mente Prætoris *l.* 24. *h. t.* Solet igitur in primis a Prætore audiri dominus; post litem contestatam postulans, aut procuratorem mutari, aut litem in se transferri. Quid, si postea noluerit, eum procuratorem esse, non substituto alio, neque translata in se lite? jam manet procurator is qui fuit, & rata erunt cum eo acta *l.* 65. *h. t.* puto, quod lis, quamdiu non est translata a procuratore, apud eum hæret. transferri autem nequit; nisi dominus ei substituat alium æque idoneum, aut ipse subeat vicem sui procuratoris: alioquin futura captione adversarii, cujus interest, habere aliquem cum quo experiatur. eumdem autem habeat, an alium, æque idoneum, nihil refert.

Unum restat, quemadmodum hæc judicii translatio & mutatio fieri debeat. mihi vero videtur, si actor alium procuratorem substituat ei quem prius dederat; satis esse, si dicat, se hunc dare in locum prioris. sin malit, in se transferre judicium; tantum desiderari, ut hoc declaret. eo facto committi stipulationem judicatum solvi, & sine cessione obtinere actionem utilem, directa penitus tollenda, Ulpianus observat *l.* 27. §. 1. *D. h. t.* Quid, si reus qui judicium proprio nomine suscepit, velit dare procuratorem in quem actor transferat judicium? placet, etiam hunc audiri: si pro eo solemniter caveat judicatum solvi satisdatione *l.* 46. *D. h. t.* & recte: non enim refert, utrum negotium ab initio ad procuratorem transeat, an cœpta lite *l.* 20. *C. h. t.* præterea certum est, neminem in aliena re sine satisdatione esse idoneum defensorem: ut supra monui.

Utcumque erit; apparet, procuratoris mutationem a Prætore, post litem contestatam, demum indulgeri, causa cognita. quid autem versetur in causæ cognitione, latissime traditum *l.* 17. §. 2. & *seqq. h. t.*

Tandem dicamus, quinam procuratores dari, aut eos dare possint. fuisse de his quoque Edicto comprehensum, Ulpianus refert *l.* 43. §. 1. *h. t.* ait

ait vero, id Edictum fuisse prohibitorium. ita putemus, omnes dari posse procuratores; nisi si qui nominatim excipiantur. in his est miles *l.* 13. *C. h. t.* sed quatenus prohibeatur, exponitur *l.* 8. §. 2. *D. l.* 9. *& l.* 7. *C. d. t.* Infames quoque non potuisse procuratores esse, testis Paulus *lib.* 1. *Sentent. tit.* 2. §. 1. nec magis potuerunt hi procuratores dare. sed utrumque mutatum esse novo jure, auctor Justinianus §. *ult. Inst. de except.* Quod ad mulieres attinet: de his Impp. Severus & Antoninus *l.* 4. *C. h. t.* sic rescribunt: Aliena negotia per mulieres non aliter agi possunt, nisi in rem suam & proprium lucrum mandatæ sint eis actiones. Pro parentibus tamen, inquit Paulus, eis agere permitti; etsi non passim, sed causa cognita: si forte parentes morbus, aut ætas impediat, nec quemquam qui agat, habeant *l.* 41. *h. t.* Vix opus, moneri, quod Ulpianus *l.* 8. §. 1. *h. t.* Invitus, inquit, procurator non solet dari. invitum autem accipere debemus, non eum tantum qui contradicit, verum eum quoque qui consensisse non probatur. Porro fuit quæsitum de surdo & muto, an possit procurator dari; itemque, an procuratorem dare possit? sed de eo Paulus *l.* 43. *h. t.* Ne hoc quidem præteribo, quod visum Principibus, esse contra seculi beatitudinem, sub prætextu debiti a fisco procurationem præstari contra privatos *tot. tit. C. Ne fisc. vel respubl.* Idemque in aliis potentioribus placuit *tit. C. Ne lic. potent.* Hæc quidem de procuratoribus. de defensoribus vero sic scribit Paulus *l.* 54. *h. t.* Neque fœmina, neque miles, neque qui reipublicæ causa abfuturus est, aut morbo perpetuo tenetur, aut Magistratum initurus est, aut invitus judicium pati non potest, idoneus defensor intelligitur.

TITULUS IV.

Quod cujusque universitatis nomine, vel contra eam agetur.

SUPERIORE Titulo vidimus de procuratore domini actionem in judicium deducente, aut eum in judicio defendente. hoc Titulo videbimus de Actore & Syndico ab Universitate constituto, ut ejus nomine agat, vel eam defendat. de quo necesse erat specialiter edici: eo quod Universitas, cum incorporalis sit, proprie non est domina. & tamen quatenus animo fingitur, hoc jure utimur adversus subtilitatem; ut & domina esse, & res suas habere intelligatur *l.* 1. §. *ult. & l.* 2. *D. de adq. poss.* Edictum sic concipio. *Quod cujusque universitatis nomine, vel contra eam agatur, de eo vel syndico vel actori & adversus eum judicium dabo. Si nemo universitatem defendet, quod ejus commune erit, possideri, & si admoniti non excitentur ad sui defensionem, venire jubebo. Extraneum si universitatem defendere volet, admittam: sicut in privatorum defensionibus observatur.*

Prima Edicti verba, *Quod cujusque universitatis nomine vel contra eam agatur*, indicat Rubrica, petita, ut solet, a primis Edicti verbis. Est autem universitas, ubi plures homines sub certis legibus publica auctoritate coëunt in unum corpus. Dico, Plures homines. nam ab uno non incipit universitas. quin Neratius tres facere collegium ait *l.* 85. *D. de verb. sign.* quid, si a pluribus incœperit universitas, sed ad unum devenerit? forsan non videatur universitas, sicut nec grex cujus numerus usque eo pervenit, ut grex non intelligatur *l. ult. D. Quib. mod. usufr. amitt.* ait tamen Ulpianus *l.* 7. §. 2. *D. h. t.* si universitas ad unum redit; magis admitti, posse eum convenire & conveniri: cum jus omnium in unum reciderit, & stet nomen universitatis. Colligitur igitur universitas ex pluribus: sed nihilominus a singulis qui in ea sint, distinguitur. adeo cum universitatem dicimus, non intelligimus singulos: sed aliquod civile corpus, constans ex distantibus capitibus *l.* 30. *D. de usurp. & usucap.* prorsus, ut alia sit universitas, alii singuli ex universitate. hos videmus oculis; illam animo concipimus, oculis non videmus. Hac ratione Ulpianus *d. l.* 7. §. 1. Si quid, inquit, universitati debetur, singulis non debetur; nec quod debet universitas, singuli debent. Ab eadem ratione ait quoque in §. 2. *d. l.* 7. in Decurionibus & aliis universitatibus nihil referre, utrum omnes iidem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint: certo, (quod pluribus exemplis ostendit Alphenus *l.* 76. *D. de judiciis*) cujus rei species eadem consisteret, quamvis mutatis particulis, rem eamdem esse existimari. Similiter scribit Ulpianus in *l.* 2. *h. t.* si municipes, vel aliqua, id est, alia quæ, universitas ad agendum det actorem; non sic haberi, quasi a pluribus datum. & causatur, hunc pro republica, id est, pro corpore, intervenire, non pro singulis. Est & hoc notandum: quod tale corpus, sive universitas, ita consistit demum, si publica coëat auctoritate: nam clare Ulpianus *l.* 1. *h. t.* neque societas, inquit, neque collegium, neque hujusmodi corpus, passim omnibus habere conceditur. imo ait, Legibus, & Senatusconsultis, & Principalibus Constitutionibus eam rem coërceri: optima sine dubio ratione; ne sub prætextu collegii aut universitatis conspirationes fiant adversus rempublicam, aut flagitia adversus bonos mores: exemplo Bacchanalium, apud Livium *lib.* 39: perquam digno considerari, dum veniatur lib. 47. ad Tit. *De collegiis & corporibus.* De cætero (quod hujus loci est) ait Ulpianus *d. l.* 1. esse concessa paucis admodum in causis hujusmodi corpora: nam vectigalium publicorum sociis permitti, tale corpus habere; vel aurifodinarum, vel argentifodinarum, & salinarum. prætera certa Romæ esse collegia quorum corpus Senatusconsultis atque Constitutionibus Principalibus confirmatum est: veluti pistorum, & quorumdam aliorum, & naviculariorum qui in provinciis sunt. Inde in Corpore Jani Gruteri, V. CL. *pag.* 391. *Inscript.* 1. post alia, *Ex. decreto. ordinis. corporis. piscatorum. &. urinatorum. totius. alvei. Tiberis. quibus. ex. S. C. coire. licet.* Et *pag.* 432. *Inscript.* 1. *Collegium. fabrum. quibus. ex. S. C. coire. licet.* Cæterum ait Ulpianus *d. l.* 1. §. 1. *h. t.* quibus permissum est, corpus habere collegii, societatis, sive cujusque alterius eorum nomine, proprium est, ad exemplum reipublicæ habere res communes, arcam communem, & Actorem, sive Syndicum per quem, tamquam in republica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur, fiat. Mentio talis arcæ apud Gruterum *pag.* 175. *Inscript.* 4. & *pag.* 419. *Inscript.* 7. Contra Collegia si quæ fuerint illicita, Mandatis & Constitutionibus & Senatusconsultis dissolvuntur. sed eis tum permittitur, pecunias, si quas habent, dividere, pecuniamque inter se partiri *l.* 3. *D. de colleg. & corpor.*

Deinde ait Prætor: *De eo vel syndico vel actori, & adversus eum, judicium dabo.* Ex his verbis intelligitur cui & adversus quem judicium detur universitatis nomine. talis est Syndicus vel Actor: ac notandum, quod Ulpianus *l.* 3. *h. t.* ait, nulli permitti, nomine civitatis vel curiæ experiri: nisi et

ei Lex permittit, vel Lege cessante Ordo dedit. cum enim Ulpianus ait, *Lex;* sine dubio municipalem intelligit Legem: si quando ea caveatur; ut Syndicus ex officio suo possit communi nomine agere. estque similis plane locutio *l.* 1. *D. de offic. Præf. August.* ubi dicitur imperium Præfecto Augustali ad similitudinem Proconsulis Lege sub Augusto datum: id est, Lege qua is sub Augusto primum fuit institutus. Nec dissimili locutione in *l.* 12. §. 1. *D. de judiciis* dicitur, Lege permissum esse Proconsuli, Judicem dare: pro ea Lege, qua inductus ab initio fuit Proconsulatus. Est igitur Ulpiani in *d. l.* 3. hic sensus: quod si quis ordine Legis municipalis electus sit universitatis Syndicus, is ultro potest agere universitatis nomine; nec eget novo decreto. cessante vero ea Lege, id est, si non sit Syndicus ex tali Lege: tum experietur nomine civitatis vel curiæ is quem dedit Ordo, id est, Ordo Decurionum: vel quem dederunt Duumviri; si Decuriones decreverunt, actionem per eum movendam quem elegerint Duumviri *l.* 6. §. 1. *h. t.* Ait autem Ulpianus *l.* 3. *h. t.* Ordinem intelligi dare; cum duæ partes adessent, vel amplius, quam duæ. Et subjicit *l.* 4. Paulus: Plane ut duæ partes Decurionum adfuerint, is quoque quem decernent, numerari potest. Puto vero, id simpliciter accipiendum: prorsus, ut sufficiat, in Actore eligendo adesse duas partes: quarum major earum pars Actorem decernat; non etiam, ut oporteat duas partes omnium suffragiis in eum consentire. Similiter, cum ait *d. l.* 4. Paulus, ut duæ partes Decurionum adfuerint, is quoque quem decernent, numerari potest: non sic hoc accipiendum, quasi ipsius suffragium quoque numeretur, quo major numerus eum decrevisse videatur: sed potius ita, quasi ejus præsentia fiat, ut major pars quæ adesse debet, adfuisse intelligatur. cæterum, ut ipse non debeat sibi suffragium dare: ait tamen Ulpianus *l.* 5. quod patris suffragium proderit filio, & filii patri; nec minus (quod ex Paulo subjicitur *l.* 6.) eorum qui in ejusdem potestate sunt. nimirum, quia quasi Decurio hoc dedit; non quasi domestica persona. idemque in honorum petitione servandum: nisi Lex municipii, vel perpetua consuetudo prohibeat. Igitur sic habeamus: quod vel ex Lege municipii extat Syndicus; & generaliter ad eum pertinet omnium causarum defensio: vel non est talis Lex municipii; & tum decreto universitatis Actor constituitur ad defendendam agendamve causam certam, ac præsentem *l. ult.* §. 13. *D. de muneribus:* nam ad futuram causam quæ adhuc in controversia non sit, talis Actor non constituitur *d. l.* 6. §. 1: quamvis privatus procurator ad futuras lites constituatur recte *l.* 3. *D. de procuratorib.* idque ideo, quod videtur abhorrere a ratione decretorum publicorum, ut fiant de rebus quæ nondum sunt: ne incertum sit judicium eorum qui Actorem constituunt. in primis tamen hoc procedit: cum de movenda actione quæritur. de quo casu exaudienda est *l.* 3. *h. t.* nam id ibi vult verbum, *experiri*, ut in *l.* 1. *D. de divers. temporalib. præscript.* *l.* 1. §. 7. *D. de dol. mal.* *l.* 51. *D. de admin. tut.* utique quod ad defensionem civitatis attinet, ad hanc etiam extraneus admittitur: sicut in privatorum defensione observatur: quia eo modo melior fit conditio universitatis. atque ita Gajus *l.* 1. § *ult. h. t.* Sed Paulus *d. l.* 6. §. 1. *h. t.* ait, hodie solere hæc omnia, secundum locorum consuetudinem, explicari. Ita apparet, Syndicum aut Actorem universitatis non esse quidem procuratorem, sed instar procuratoris esse: & quamquam inter eos sit differentia; tamen multa esse inter eos communia: de quibus in *d. l.* 6. §. 2. & 3. *h. t.*

TITULUS V.

De negotiis gestis.

POSTQUAM dictum de procuratoribus & defensoribus, quorum illi mandatu domini, hi sine eo, interveniunt: non abs re fuit, hoc Titulo cogitari de actionibus, quæ utraque in specie locum habeant. quemadmodum autem inter dominum & procuratorem obtinet mandati actio ex vero contractu, quo de libro XVII. dicetur: ita ea cessat, ubi quis pro domino sponte intervenit sine mandato. nec tamen æquum fuerit, vel eo casu deficere juris remedia: tam certa utilitate servandi tuendique absentium vel ignorantium negotia, ne pereant. placuit igitur Prætori hoc Edicto, cum non esset actio ex vero contractu, ac ne delictum quidem appareret, inter eos fingere obligationem quasi ex contractu, ex eaque proponere actionem, quæ vocatur Negotiorum gestorum *l.* 5. *D. de obligat. & act.* verba Edicti nobis servavit Ulpianus *l.* 3. *D. h. t.* sunt autem hæc. *Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quæ cujusque, cum is moritur, fuerint, gesserit, judicium eo nomine dabo.* Hoc Edictum necessarium esse, ait Ulpianus *l.* 1. *D. h. t.* quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur, vel pignoris distractionem, vel pœnæ committendæ actionem, vel injuria rem suam amittant. Sic Ulpianus: sed aliquando plenius Gajus *d. l.* 5. & Justinianus §. 1. *Inst. de oblig. quæ quas. ex contr.*

Promittit igitur Prætor hoc Edicto judicium negotiorum gestorum: *Si quis alterius negotia gesserit.* Hæc autem verba, *Si quis*, sic sunt accipienda, *Sive quæ:* nam & mulieres negotiorum gestorum agere & conveniri, non dubitatur *l.* 3. §. 1. *D. h. t. Negotia* vero sic accipe: sive unum, sive plura. ita pluralis numerus etiam singularem complectitur: quia sive unum negotium geratur, sive plura: utrimque par est æquitas permittendæ actionis.

Ait porro Prætor, *Alterius.* Et hoc ad utrumque sexum refertur *l.* 3. §. 3. *D. h. t.* nam ut masculis, sic fœminis, prodest negotiorum gestio: & his quidem eo magis, quo magis sexus imbecillitas in administrandis negotiis suis aliorum ope aut cura indiget. possunt igitur fœminæ alios convenire; & ab aliis conveniri, negotiorum gestorum *d. l.* 3. §. 1. nec interest, cujus negotium gestum sit: modo sit alterius. An tamen scientis, & præsentis, aut mandantis? Sed non puto: etsi enim generale sit verbum, *Alterius.* tamen in hoc Edicto non complectitur alium, quam absentem & ignorantem. nam si mandatum intervenit: supervacua est actio negotiorum gestorum; cum mandati sufficiat *d. l.* 5. *D. de oblig. & act.* porro qui præsens patitur negotium suum geri, is pro mandante habetur *l.* 53. *l.* 22. §. 10. *l.* 6. §. 2. *D. Mandati.* Contra ubi pro absente intervenitur; aut præsente, sed ignorante: non fit actioni mandati locus; sed negotiorum gestorum *d. l.* 22. §. 10. & *l.* 20. §. 1. *D. eod. tit.* Alterius igitur appellatione in Edicto accipe vel absentem vel ignorantem: & utriusque meminit Paulus *l.* 41. *D. h. t.* Inde placuit *l.* 2. *C. h. t.* etiam, si quis pupilli ne-

negotia gessit, Edicto locum esse. idemque de furioso traditum *l.* 3. §. 5. *D. h. t.* merito: nam Edictum ignorantem obligat. est etiam certo jure definitum, quoties ex re, id est, non ex persona, neque facto pupilli aut furiosi, sed ex æquitate ipsius rei seu negotii, hoc est, quasi ex contractu, actio nascitur; toties & furiosum & pupillum obligari *l.* 46. *D. de oblig. & act.* etsi non in infinitum; sed quatenus locupletior ea re factus est pupillus *d. l.* 2. sic enim receptum ex Constitutione D. Pii: ad eumque modum putat Jacobus Cujacius, V. CL. *lib.* 13. *Observ. c.* 7, esse explicandum Ulpianum *d. l.* 3. §. 4. dum legatur, *Pupilli sane si negotia gessit:* suadente connexione præcedentis sequentisque §. sensum vero esse: Sane si quis pupilli negotia gessit: potest pupillus, post Rescriptum D. Pii, in id quod locupletior factus est, actione contraria negotiorum gestorum conveniri. si autem pupillus agat directa actione negotiorum gestorum; etiam potest gestor id quod gessit, quoque locupletiorem fecit pupillum, eo judicio jure compensationis habere salvum. Sic Cujacius. & addit: quod pupillus ante Rescriptum D. Pii patiebatur compensationem; post Rescriptum patitur etiam actionem. cæterum ait Paulus, litis contestatæ tempore quæri solere, an pupillus cujus negotia sine tutoris auctoritate gesta sunt, locupletior ex ea re cujus actionem patitur, factus sit, *l.* 37. *D. h. t.* Nec illud omittendum est: quod Marcianus observat *l.* 47. §. 1. *D. de solutionibus*, etiamsi res perierit ante litem contestatam, interdum quasi locupletiorem factum intelligi: & esse talem casum: si empta ei sit res necessaria, quam necessario de suo erat empturus. nam hoc ipso quo non est pauperior factus, locupletiorem esse.

Vult igitur Prætor; (redeo enim ad Edictum) ut sit locus actioni negotiorum gestorum, gestum esse alterius negotium. Hoc vero tum fit; cum gestum ad ejus damnum aut commodum spectat: sive ipso gestu ab initio, sive ex postfacto. Ab initio id evenit; si ægrum curavi servum alienum, domino constitutum non inutilem; statim eo ipso illi profuturus *l.* 10. *C. h. t.* Simile exemplum est, si quis creditori meo, quod ei debeo, solvat; & me ab illo liberet *l.* 12. *C. eod. tit.* Ex postfacto hoc contingit in *l.* 9 *C. h. t.* quæ ut plenior sit, conjungenda cum *l.* 3. *C. de contrahenda stipulatione:* cujus pars est, uti ex utriusque tenore intelligitur, licet variet utriusque Inscriptio. species talis est. Quidam, sive Hadrianus, sive Sallustius, cum pecuniam suam alii crederet, usus est Juliani nomine; in ejusque absentis personam concepit stipulationem de reddenda pecunia credita. certum est, non valere stipulationem in honorem Juliani factam: quia alteri stipulari nemo potest. una igitur superest rei contractæ obligatio, id est, condictio certi ex mutuo, atque ea creditori competit. Julianus tamen debitorem, etsi non haberet obligatum sibi, interpellavit extra judicium, & solutionem accepit. quæritur, an creditori adversus eum competat actio negotiorum gestorum? quæstio huc redit; utrum gestum a Juliano sit creditoris negotium. quod non puto, utique ab initio, id est, quamdiu non habet ratam solutionem Juliano factam: quia tam diu ad ejus damnum, fructumve non pertinet; eo quod debitor sine mandato alii solvens, quam creditori, ab eo non liberatur. sic ab initio. at si ratam habuit solutionem creditor; ut ab initio non fuerit ejus negotium, tamen deinde esse incipit: quia ubi ratam habuit solutionem, ab eo liberatus est debitor, perinde ac si ex ejus mandato solutio esset facta *l.* 12. §. 4. *D. de solutionib.* recte igitur exinde danda ei est actio negotiorum gestorum; ut ei restituatur solutum ejus nomine. Simile exemplum est in *l.* 6. §. 9. *D. h. t.* Ecce: ego Titium qui non erat tuus debitor, admonui quasi debitorem. ille quod tibi non debebat, mihi solvit per errorem. tu cum id intellexisti, ratam habuisti solutionem. quæritur; an possis me convenire actione negotiorum gestorum? est enim negotium tua contemplatione gestum. interim non est tuum; cum nihil fuerit tibi debitum. atque ita est ab initio. cæterum, postquam ratam habuisti solutionem mihi factam, incipit tuum esse negotium quod ante non erat tuum. qua ratione? quia ut nihil tibi fuerit debitum, eoque intuitu ad te non pertineat solutio, quamvis tuo nomine facta: tua tamen ratihabitio tuum efficit negotium: eo quod ei a quo exactum tuo nomine est indebitum, deinde adversus te competit repetitio indebiti soluti. recte igitur tibi quoque jam adversus me dabitur actio negotiorum gestorum; ut tibi restituam quod licet non erat debitum tibi, tamen tuo nomine accepi, & tuo periculo est. Eodem modo si debitorem Titii, cui te heredem esse existimabam, cum alius esset heres, convenero extra judicium, & exegero; non est tuum negotium: quia ad te non pertinet. & tamen si ratum habueris a me gestum: incipiet tuum esse negotium. inde igitur mihi adversus te, & vicissim tibi adversus me, competit actio negotiorum gestorum. atqui negotium non est tuum. sed ratihabitio hoc efficit tuum: quia post eam incipis ex hereditate aliquid possidere pro herede vel pro possessore; eoque nomine potes a vero herede conveniri petitione hereditatis *d. l.* 6. §. 10. *D. h. t.* Sed hæc prudenter consideranda sunt: optime enim procedunt in superioribus speciebus in quibus ratihabitio facit negotium tuum quod est tua contemplatione gestum, licet non sit tuum: tantum quod nec alterius sit. neque enim mirum est, effici tuum quod erat nullius. Non idem est in specie *d. l.* 6. §. 11: in quo negotium a me gestum, erat alterius. finge: cum te heredem putarem, fulsi insulam hereditariam. alius est heres. tu tamen ratum habuisti a me gestum. an est mihi adversus te actio negotiorum gestorum? negat Ulpianus: præfatus, quod hoc facto meo jam alter sit locupletatus; ideoque alterius re ipsa gestum sit negotium; nec possit alii adquisitum ipso gestu, tuum negotium videri propter tuam ratihabitionem. sensus est: quod in proposita specie a me gestum est tuo nomine, re vera heredis fuit: ei scilicet acquisitum ipso gestu, quo cœpit insulam habere meliorem. at nemo dixerit, quod alterius factum est ipso gestu, propter tuam ratihabitionem desinere illius esse, & tuum fieri. ratihabitio enim conciliat negotium tuum quod non est tuum, modo nec alterius sit. at quod jam alterius est re vera, id ut tua ratihabitione tuum fiat sine ejus facto, hoc ratio non sinit. Occurrit hic & alia deliberatio; unde alterius negotium æstimetur, utrum ex re, an ex gerentis opinione? Mihi proclive est, ex utraque æstimare. Proinde si quis ita simpliciter, id est, ita stulte, versatus est, ut in suis bonis suum egerit negotium quasi meum: ait Ulpianus *l.* 6. §. 4. *D. h. t.* nullam ex utroque latere venire actionem: & præfatur, quod nec fides bona hoc patitur. recte: cum enim ex re constet hæc obligatio; quid aliena facit contemplatio. deficiente negotii quod alterius sit, gestione. Oportet igitur reapse gestum esse alterius negotium. Amplius, ejus contemplatione *d. l.* 6. §. 3, & gerendi negotii affectione *l.* 19. §. 2. *h. t.* quasi amici *l.* 36. *eod. tit.* vel, ut Paulus ait, ex officio ami-

amicitiæ *l.* 23. *D. de rebus auct. jud. possid.* Quid igitur? putavi, mihi a te mandatum, cum non esset mandatum; & tua gessi negotia. quæ nascetur actio? certum est, cessare actionem mandati, deficiente mandato. igitur detur actio negotiorum gestorum. at non veni ultro, sed quia putavi mandatum esse. Placet tamen Ulpiano *l.* 5. *b. t.* competere actionem negotiorum gestorum. ut enim putavi, mihi mandatum esse, tamen volui mihi obligare te cujus negotia gessi; nec sit æquum, me quem veritas defendit, propter te in damno versari idicirco, quod erravi in causa obligationis: in hac maxime actione quæ est ex re, id est, ex negotio gesto: in qua proinde quid, & cui, gestum sit negotium, Prætor quærit. Similis est tractatus *l.* 5. §. 1. *D. b. t.* species hæc est. Aliena gessi negotia. putavi, esse Titii; cum essent Sempronii. tenetur mihi Sempronius actione negotiorum gestorum. nempe vel hic veritati cedit fides mea; & deceptum, ne in damno verser, tuetur probabilis facti error, ut mihi detur actio. *l.* 45. §. 2. *l.* 31. §. 1. *l.* 6. §. 8. *D. b. t.* Cæterum, si quis negotia mea gessit, non mei contemplatione, sed sui lucri causa: magis suum gessit, quam meum, negotium. placuit igitur Labeoni, non esse hic dandam directam negotiorum gestorum actionem: cum nil mei contemplatione gestum sit. Sed obtinuit, nihilominus, imo magis; & eum teneri actione negotiorum gestorum: quia utique apparet, cum re vera meum gessisse negotium; etsi ei non fuerit is animus. utique absurdum foret, si ipsi suus prodesset dolus, & ex improbitate nasceretur fructus. fiet igitur actioni directæ vel in hac specie locus. An & contrariæ, si quid forte in negotia mea impendit? Sed totus ad se spectavit; non ad me. mihi vero ut imputet quod sibi præstitit, non id jus, minus æquitas, patitur. Hoc aperte Seneca, *lib.* 6. *De benefic. c.* 13. etiam Phædrus *lib.* 1. *fab.* 22. nec minus Jurisconsultus *l.* 6. §. 3. *b. t.* sequentibus verbis: *Ipse si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, actionem babet.* Aperte? ita est. verba enim hæc, *in id quod ei abest*, sunt ex formula contrariæ actionis; uti post ostendam ex *l.* 2. & *l.* 28. *b. t.* igitur negata ei in proposito actione in id quod ei abest propter improbitatem suam: negatur ei propter suam improbitatem contraria actio. Quid tandem? ait *d.* §. 3. *l.* 6. Jurisconsultus, *in quod ego locupletior factus sum, babet contra me actionem.* Vix dubito, quin hic sit scripturæ error, & auctor voluerit ponere *exceptionem*, aut *retentionem*, aut aliud simile verbum. vox autem ista, *actionem*, cum fuisset paulo ante inferenda, deinde, ut fit inter scribendum, aliud cogitanti exciderit. hoc eo magis censeo: quia formula ista, *In quod ego locupletior factus sum*, solet inter cætera accommodari exceptioni aut retentioni: ut in *l.* 38. & *l.* 48. *D. de bered. petit.* & *l.* 1. §. 1. *D. de doli mali & metus except.* Accedit ad hæc, quod Veteres hac in specie actionis nusquam meminerunt. imo actioni, qualiscumque sit, locum negant. tantum concedunt retentionem vel officio Judicis, vel per exceptionem doli mali. hoc autem cum non minus observent in persona possessoris bonæ fidei, quam possessoris malæ fidei: quæso, ecquid causæ sit, cur in præsentia prædoni permittant actionem, quam numquam permittunt illi quem alioquin justa fides tuetur? Mihi non videtur. lego igitur, *Ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit*, actionem, *sed in quod ego locupletior factus sum, babet contra me* exceptionem. ita conjeci *lib.* 3. *Probabilium c.* IX. ubi plura.

Oportet igitur, ut obtineat actio negotiorum gestorum, alterius negotium esse gestum: non qualiter qualiter; sed, ut dixi, re & affectione. At enim Ulpianus *l.* 3. §. 10. *D. b. t.* sic scribit: *Hac actione tenetur non solum is qui sponte & nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis alienis, & ea gessit: verum & is, qui aliqua necessitate urgente, vel necessitatis suspicione gessit.* Quid dicemus? usum derogasse Edicto; & utilem concessisse actionem, cum cessaret directa. Neque id novum. quin sæpe evenit; ut jura paulatim augeantur, & ad novas porrigantur species; ad quas eadem pertinet utilitas: licet alia in his ratio sit, quam quæ ea jura initio provocavit. adeo attinet, quod Varro scribit *lib.* 4. *De lingua Latina*, *p.* 64, *Quæcumque usus causa ad vitam sunt assumpta, in beis utilitatem quærere non similitudinem.* Item: *Propter utilitatem in beis dissimilitudinem potius, quam similitudinem quæramus.* Sane causa proponendæ in hoc Edicto actionis fuit; quod amici viderentur ea invitandi ad absentium negotia, ne interirent, sponte suscipienda: non item illi qui aliqua necessitate, vel necessitatis suspicione urgerentur. per hosce tamen si utiliter gesta sint mea negotia; nec alia ostenditur actio; placuit, in horum quoque personis locum habere actionem negotiorum gestorum, etsi non directam, tamen utilem; perinde ac si sua sponte ad negotiorum meorum gestionem perrexissent. ita hodie solum desideramus in hac actione, utique utili; ut is qui gessit, habeat affectum negotii mei gerendi; & sit talis quem mihi obligare possim. Ne exemplum desit; adferam sequens ex *l.* 6. §. 5. *D. b. t.* Aliquis putans, se esse meum servum, cum esset libertus vel ingenuus, mea gessit negotia. dubitatur, an ei danda sit actio negotiorum gestorum: quia accessit ad mea negotia, non tamquam amicus ultro & sponte ex officio amicitiæ, ut postulat causa & origo inventæ hujus obligationis: sed ad ea venit tamquam servus ad domini negotia, motus servili necessitate; ad quam ratio & natura hujus obligationis non pertinet. putat tamen Julianus *d. l.* 6. §. 5, utrimque dandam esse negotiorum gestorum actionem: scilicet, quia in re quæ magis ex gesto constat, quam ex conventione, plus valet quod in rei veritate est, quam quod in opinione est. Paulus *l.* 19. §. 2. & *l.* 36. *b. t.* dicit, quod is habet affectionem gerendi negotii mei, & fuit quem obligare possum. Aliud exemplum in *l.* 3. §. 5. *b. t.* est in curatore furiosi, ipsum clarum & certum; ideoque non opus, explicari. tantum monebo; quod vocula *autem* in *d.* §. sumitur pro *etiam*; ut alibi sæpius. præterea addam; quod actio negotiorum gestorum cujus sit ibi mentio, non est alia, quam utilis: monstrante *l.* 17. *C. b. t.* Recepta igitur actio negotiorum gestorum, sive quis ad absentis vel ignorantis negotia ultro venit ex officio amicitiæ, sive ad ea venit ex necessitate vel necessitatis suspicione: utique, si non inveniat aliam actionem. nam si quam habeat, non dicam tutelæ, sed familiæ erciscundæ, aut communi dividundo; cessat actio negotiorum gestorum: ut sub illis Titulis dicetur. Obstant tamen hic complures leges, inter quas *l.* 3. *C. b. t.* Sed hanc & cæteras egregie jam pacavit Dominus Vinnius *lib.* 1. *Select. quæst.* *c.* 37.

Sequitur in Edicto: *Sive quis negotia quæ cujusque, cum is moritur, fuerint, gesserit.* Ad hanc partem sic scribit Ulpianus *l.* 3. §. 6. *b. t.* *Hæc verba*, Sive quis negotia, quæ cujusque, cum is moritur, fuerint, gesserit, *significant illud tempus, quo quis post mortem alicujus negotia gessit: de quo fuit*

fuit necessarium edicere: quoniam neque testatoris jam defuncti, neque heredis qui nondum adiit, negotium gessisse videtur. Sed si quid accessit post mortem, ut puta partus & fœtus, & fructus; vel si quid servi adquisierint: etsi [ex] his verbis non continentur, pro adjecto tamen debent accipi. Tractatus hic est pulcher, sed obscurus, eoque paucis illustrandus. Sensus prioris partis est: quod Prætor, quamquam loquitur de negotiis quæ fuerint domini, cum moriebatur: tamen actionem demum proponit de his quæ erunt in iis negotiis gesta post ejus mortem: & fuisse necessarium de iis edicere: quia quod gestum est, (si naturalem sequimur veritatem, omissis juris fictionibus) non est negotium defuncti, quippe qui nullus est post mortem: neque heredis, quia hereditatem nondum adiit. Hic sensus Ulpiani priore loci parte. Quis posteriore? hac vult Ulpianus, Edicti verbis quidem finiri, quid juris sit, si quis curaverit res quæ defuncti fuerint tempore mortis: sed non æque, si quis curaverit quod illis post ejus mortem accessit: quo in numero esse partus, fœtus, fructus, operas. ut enim in his gestum sit negotium: non tamen liquere, cujus negotium gestum sit. nam Prætorem fuisse locutum de his quæ cujusque, cum is moritur, fuerint. illa autem de quibus disputatur; numquam defuncti fuisse; nec magis heredis esse ante aditam hereditatem. non igitur contineri Edicti verbis. Sic quidem Ulpianus, quoad Edicti verba. at non putat, esse ad illa standum: sed esse dandum Edicti sententiæ, ut pro adjecto habeantur. cum enim partus, fœtus, fructus, operæ, sint quasi accessiones ancillarum, pecorum, fundorum, servorumque: non esse absurdum, ea sequi eorum naturam. prorsus, ut qui curaverit has accessiones, perinde accipiatur, ac si defuncti servos, ancillas, pecora, aut fundos, curasset: id est, gessisset negotia, quæ defuncti, cum is moriebatur, fuerint.

Porro ait Prætor, *Gesserit.* Id vero est, curaverit, administraverit, servaverit. nam hæc verba idem sonant apud Veteres *l.* 6. §. *ult. l.* 21. §. 2. neque hoc dubium. Tantum quæsitum fuit, cum ait Prætor, *Gesserit;* utrum ad rei effectum spectet, an contentus sit utili gerentis consilio, etsi effectus non sit secutus? sed, ut mihi videtur, vix idonea ratione. quis enim, nisi stultus aut iniquus, ab amico sponte atque ex officio sine spe commodi accedente ad servandum absentis aut ignorantis negotium, alioquin periturum, postulet; ut non minus præstet eventum utilem, quam utile consilium: præsertim incerto plerumque eventu, etsi optimis consiliis? sed nimis notum est illud Ovidii, *Epist.* 2. *Heroid. vers.* 85.

- - - Careat successibus opto,
Quisquis ab eventu facta notanda putat.

Et æquissime Ulpianus *l.* 10. §. 1. *D. h. t.* Is, inquit, qui negotiorum gestorum agit, non solum si effectum habuit negotium quod gessit, actione ista utetur: sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium. sit exemplum: si quis insulam fulsit quæ deinde exusta sit; aut ægrotum curavit servum qui deinde sit mortuus. Plane, si putavit, se utiliter facere, sed patrifamilias non expediebat: negat Ulpianus *d.* §. 1. *l.* 10, hunc habiturum actionem negotiorum gestorum: causatus; quod, ut eventum non spectemus, at debet utiliter cœptum esse. Sic Ulpianus definit in negotiis vivorum gestis: etiam in bonis mortuorum *l.* 12. §. 2. *D. h. t.* Illud nescio, an addam; quod ut gestum sit negotium: non sufficit, cœptum esse, sed consummatum esse oportet: usque adeo, ut si vivo Titio, negotia ejus administrare cœpi; intermittere mortuo eo non debeam. Nova plane inchoare, mihi necesse non est. vetera explicare ac conservare, necessarium est *l.* 21. §. 2. *D. h. t. l.* 20. *C. h. t.* Quæ porro sint nova, quæ vetera, negotia, & quod tempus in singulis inspiciendum sit, ut pro qualitate personarum & actio formetur, & condemnatio moderetur, diligenter Paulus *l.* 15. & 16. *D. h. t.*

Tenetur igitur quis de eo quod gessit. imo interdum de eo quoque quod non gessit. fac: (qui est casus *l.* 6. §. *fin. l.* 7. & 8. *h. t.*) aliquis quædam gessit, quædam non. contemplatione tamen ejus alius ad hæc non accessit; & vir diligens, quod ab eo exigimus, etiam ea gesturus fuit. putat Ulpianus, eum teneri & propter ea quæ non gessit: quasi per eum factum sit; ne omnia gererentur. in primis autem id placet Ulpiano; si debuit quid a se exigere. cum enim possit sibi sponte solvere: recte ei, si cesset, hoc imputatur: eoque incipiet usurarium esse debitum quod ante non erat tale; utique in bonæ fidei judicio: in quo usuræ debentur ex mora. ab eadem ratione inquit Ulpianus, si fuerit obligatus ex causa quæ certo tempore finiebatur, & tempore liberatus est; nihilominus eum teneri actione negotiorum gestorum: idemque esse in ea causa ex qua heres non tenebatur. Sic Ulpianus: si ipse quid debebat gestor. at negat, idem esse, si invenerit debitores alios: nam si hos non convenerit, nihil ei imputari: quoniam eos judicio conveniendi facultatem non habebat, nullam habens actionem quam intendat sine mandato: nisi qui negotia administravit, fuit is a quo mandatum non exigitur. nam tum ei imputari, cur eum non convenerit, oblata de rato cautione: modo, si ei facile fuit satisdare *l.* 8. *h. t.*

Postremo ait Prætor, *Judicium eo nomine dabo.* Gajus *l.* 5. *D. de oblig. & act.* hoc judicium, sive hanc actionem, appellat Negotiorum gestorum: dicitque, nasci quasi ex contractu ultro citroque. est igitur duplex actio negotiorum gestorum: alia directa, alia contraria. Directa datur illi cujus interest, hoc judicio experiri *l.* 47. *h. t.* hoc est, domino cujus negotia gesta sunt. Datur autem adversus gestorem *d. l.* 5. nec minus heredi, & adversus heredem: quippe cum ex negotio gesto oriatur *l.* 3. §. 7. *h. t.* Concepta porro est de eo quod ex bona fide alterum alteri præstare oportet *d. l.* 5. id vero postulat: ut gestor domino reddat actus sui rationem. quod fit in primis; si gestor domino restituat, quidquid ex his negotiis retinet; & præterea ei præstet damnum, si quod ei dedit. huc exire formulam actionis directæ, tam ratio gesti negotii, quam Gajus *l.* 2. *h. t.* indigitat. Utrumque propius consideremus. Primum oportet gestorem domino restituere quidquid ex negotiis retinet. hoc vero est omne quod ad eum pervenit ex rebus domini: ut fructus, æque pecunia ei a debitoribus soluta, nec minus quidquid extra eas res adquisierit occasione negotii gesti. optima ratione quæ est in *l.* 12. §. 1. *D. de distract. pign.* pone: (quod est exemplum *l.* 8. §. 1. *h. t.*) cum fundum tuum vel civitatis peterem, negotium tuum vel civitatis gerens; per obreptionem, id est, falsis allegationibus, sui ampliores, quam oportuit, fructus consecutus. ait Ulpianus, debere me hoc ipsum tibi vel reipublicæ præstare, licet petere non potuerim. hi ampliores fructus in *d. l.* 12. §. 1. dicuntur fructus majores: suntque dupli, ex Lege Duodecim Tabularum præstandi a malæ fidei possessore: ut erudite ostendit Jacobus Gothofredus ad *l.* 1. *Cod. Theod. de fruct. & lit. exp.* & ante eum Jacobus Cujacius *lib.* 5. *Observ. c.* 21. & *lib.* 9. *c.* 19. Dedi

unum exemplum. sed ne solum sit, addam alterum ex *l.* 23. *h. t.* Titius gerens aliena negotia, indebitum exegit; etiam solvit indebitum. ait Paulus, eum quod indebite solvit, sibi imputare debere, non domino, eam solutionem ratam non habituro. cur enim solvit quod non debebatur? & si solvit; quid ad dominum qui nec debebat, nec solvi jussit? non ita esse, si quid indebitum accepit, nam si dominus ratam habeat solutionem; debere id domino bona fide restituere: quia ejus nomine accepit. adde: quod tenetur dominus solventi, post ratihabitionem, de indebito. ipse certe gestor abstinentem omni lucro præstare fidem debet. Altera pars reddendæ rationis consistit in eo: ut negotiorum gestor domino reparet damnum quod ei dedit vel committendo vel omittendo: modo intervenerit ejus dolus, aut culpa, etiam levissima. Sic puto; & clarebit, si primum exemero scrupulum ex *l.* 20. *C. h. t.* In ea nulla fit mentio culpæ levissimæ, a gestore præstandæ; sed dumtaxat doli, item culpæ latæ ac levis. possit igitur hoc aliquibus esse molestum, passim solitis a contrario ducere argumentum. quod te hic facere nolim: certa & indubitata juris forma. quam ob rem? quia *d. l.* 20. non est generalis Constitutio, ponens aut mutans actionis formam: sed est Rescriptum ad Libellum cujusdam Octavianæ: a qua verisimiliter rogatum fuit, utrum tantum de dolo & lata culpa teneretur negotiorum gestor; an etiam de levi? Ac videor mihi simile observasse in *l.* 17. *C. de rei vindic.* in qua dicitur malæ fidei possessor teneri de fructibus perceptis: non quod de percipiendis non tenetur: sed quod hos in Libello non attigerant Consultores; & tantum fuit responsum ad factum Libello oblatum. Sed talia etiam alibi notavi *lib.* 4. *Probabil. c.* 3. Igitur rem videamus. ait Justinianus §. 1. *Inst. de oblig. quæ quas. ex contract.* negotiorum gestorum ad exactissimam diligentiam compelli reddere rationem; nec sufficere, talem adhibere diligentiam, qualem suis rebus adhibere solet: si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia. sic ille. Idem censet Imp. Philippus *l.* 24. *C. de usuris:* Glauciæ cuidam rescribens, ejus matrem, si negotia quæ ad eum pertinent, gesserit, debere omnem diligentiam præstare. Tenetur igitur, ut dixi, negotiorum gestor de dolo & omni culpa. Eaque ratione in *l.* 25. §. 16. *D. Famil. ercisc.* distinguitur a coherede: qui de levissima culpa non tenetur. Forte dices: in negotiorum gestione verti utilitatem solius domini; ut in deposito. igitur sufficere, utrimque præstari dolum & culpam latam. Sed levis momenti est hæc objectio. nam primo si quis se obtulit deposito, etiam is tenetur de levissima culpa *l.* 1. §. 35. *D. Depositi.* deinde interest, quod negotiorum gestio spectat ad administrationem; cum depositum tantum intendat ad custodiam. In deposito igitur sufficit bona fides, custodiæ sufficiens. at negotiorum gestio desiderat industriam, negotio aptam & convenientem: quam etiam profiteri videtur is qui ad aliena negotia gerenda sponte accedit. hanc igitur nisi præstet, recte eo nomine tenetur: exemplo procuratoris ex mandato intervenientis *l.* 21. & 13. *C. Mandati.* Plane interdum dolum solummodo versari in actione negotiorum gestorum, Labeo scribit. & est exemplum, si affectione coactus, ne bona mea distrahantur, negotiis te meis obtuleris. æquissimum enim esse putat, dolum dumtaxat te præstare. eamque sententiam probat Ulpianus *l.* 3. §. 9. *h. t.* Tenetur igitur negotiorum gestor regulariter de dolo & omni culpa. An de casu quoque fortuito? negant Diocletianus & Maximianus, si non interveniat speciale pactum. sic extat in *l.* 22. *C. h. t.* verba. *Negotium gerentes alienum, non interveniente speciali pacto, casum fortuitum præstare non compelluntur.* At quod potest pactum speciale intervenire in negotiorum gestione; quæ sine pactione consistit? nullum. legendum igitur, *non interveniente speciali facto.* quod primus atque ingeniose observat Amplissimus Senator, D. van Bynckershoek, *lib.* 1. *Observ. c.* 7. & jam laudavi, *De pactis c.* 3. Tale factum elegans in *l.* 11. *D. h. t.* si novum negotium quod non sit solitus absens facere, tu nomine ejus geras: veluti venales novitios coëmendo, vel aliquam negotiationem ineundo. est enim rationis (quod ostendi *lib.* 1. *De fænor. & usur. c.* 8.) a te præstari casum fortuitum, etsi alioquin non præstetur a gestore. igitur si quod damnum fuerit ex ea re secutum, te sequetur, lucrum vero absentem. ut tamen, si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debeat *d. l.* 11.

Ut ad rem revertar: placet, negotiorum gestorem, quia regulariter tenetur de dolo & omni culpa, sive committendo contingat, sive omittendo, idcirco domino etiam teneri ad usuras pecuniæ ab eo administratæ *l.* 24. *C. de usuris.* Sed quas? quæ in regione frequentantur: sic enim servatur in bonæ fidei judiciis, ex quibus est hæc actio. Quid, si gestor domini pecuniam in usus suos converterit malo more? tunc ad maximas, id est, centesimas, eum teneri, docet Tryphoninus *l.* 38. *D. h. t.* Amplius debebit etiam periculum eorum nominum, quæ ipse contraxit, agnoscere. nam periculum nominum pertinet ad gestorem negotiorum; non ad eum cujus negotia gesta sunt. scilicet, quia obligatio non est ejus, quamdiu non est cessa a gestore. ita ut non potuit is exigere nomina: sic si deteriora fiant, non est ejus culpa. contra potuit gestor exigere nomina: ac, si cessaverit id facere, & interim facta sint deteriora; ejus culpa est. id tamen fallit; si fortuitis casibus debitores ita suas fortunas amiserunt, ut tempore litis ex ea actione contestandæ non essent solvendo: quia, ut supra dictum, negotiorum gestor, etsi culpæ nomine teneatur, de fortuito tamen casu non tenetur *l.* 37. §. 1. *D. h. t.* Satis de directa actione negotiorum gestorum.

Sequitur contraria actio. ea sic vocata: quia datur contra, seu vicissim: nam hoc significari verbo, *contra*, Donatus auctor est ad Terentium *Adelph.* 1. 1. ac pulchre Gajus *l.* 5. *D. de oblig. & act.* ait, si quis alterius negotia gesserit, proditas esse actiones quas appellamus Negotiorum gestorum: quibus invicem experiri possunt de eo quod ex bona fide alterum alteri præstare oportet. Quid igitur est? sicut actio directa datur domino adversus gestorem, ut reddat actus sui rationem: ita contraria datur gestori adversus eum cujus negotia utiliter gesta sunt. Ad quid? ut ei præstetur quidquid eo nomine vel abest ei, vel absuturum est. Hæc formula contrariæ actionis: hanc refert Gajus *l.* 2. *h. t.* & attingit Javolenus *l.* 28. *eod. tit.* estque ea idcirco diligentius observanda: quia inde apparet, quod Ulpianus *l.* 6. §. 3. *h. t.* ubi prædoni, si circa res meas aliquid impenderit, negat actionem ad *id quod ei abest*, ei palam negat actionem contrariam: quæ competit ad id quod abest: ut supra dixi. Fuerit hujus contrariæ actionis exemplum in *l.* 18. *C. h. t.* eique addi potest *l.* 37. *D. de usuris*, quæ est ex Ulpiani lib. 10. Ad Edictum; & hujus loci. Potest porro quod hac actione petitur, effectum habere duobus

bus modis: vel jure penſationis, ſi agatur recto judicio: vel ultro; ſi eo non agatur *l.* 10. *h. t.* ſicut etiam alibi monetur *l.* 17. §. 1. *& l.* 18. §. *ult. D. Commodati.* De eo cogitandum, quid in *d. l.* 10. deſignet ſequens Ulpiani locus, Antonio Fabro, Viro Erudito, gravis & ſuſpectus manus & inſcitiæ Triboniani. *Sed an ultro mihi tribuitur actio ſumptuum quos feci? & puto competere: niſi ſpecialiter id actum eſt, ut neuter adverſus alterum actionem habeat.* Conjungenda cum *l.* 8. §. *ult.* præcedente eſſe hæc verba, ex utriusque Inſcriptione bene animadvertit Antonius Faber. ſed a Triboniano violata eſſe, fruſtra metuit? Nimirum volunt, ſi unus ex duobus ſociis prohibeat, alter non prohibeat, ab extraneo geri commune negotium: tum ſi poſterior qui non prohibuit geri, actione directa agat adverſus geſtorem; invicem huic adverſus eum jure penſationis competere contrariam ſumptuum actionem: quia verum eſt, abſentis & ignorantis negotium ab eo geſtum eſſe utiliter; licet alter ſocius palam geri prohibuerit commune negotium, nec ex geſto idcirco ulla parte teneatur. Idemque eſſe, ſi ille ſocius cujus nulla extat prohibitio, ceſſet agere actione directa: nam geſtori etiam tum ultro tribui actionem ſumptuum, quia adhuc eſt eadem, quæ ante erat, ejus dandæ ratio: niſi ſi inter eos ſpecialiter convenit, finito negotio; ut neuter adverſus alterum habeat actionem. Meo judicio, eſt hic ſimpliciſſimus Ulpiani ſenſus, atque eo minus culpandus Fabro: quod in obligatione, domino ignorante nata quaſi ex contractu, ante geſtum quidem negotium non potuit ſpecialiter conventum intelligi, ut neuter adverſus alterum haberet actionem: at poſt geſtionem interpoſita talis pactio, jure interpoſita eſt; ideoque non eſt, cur a Prætore ſervanda non ſit *l.* 7. §. 7. *D. de pactis.* præſertim non obſtruente ejus æquitatem allegatione alterius ſocii: clamantis, domino invito, factos a geſtore eſſe ſumptus; eo quod facti ſint, ipſo prohibente: cum a geſtore ei imputetur nihil.

Omittamus Ulpiani verba ſatis explicita; ſalva Triboniani exiſtimatione. Videamus cætera. igitur ceſſat ſumptuum repetitio: ſi aut ſpecialiter renunciatum eis ſit poſt negotii geſtionem *d. l.* 10. aut facti dicantur invito & prohibente domino *d. l.* 8. §. *ult. D. l. ult. C. h. t. l.* 40. *D. Mandati.* Æque juſta erit domini allegatio, eſſe factos in rem ſibi non neceſſariam, vel ſe oneraturam, vel a ſe derelictam *d. l.* 10. §. 1. aut eſſe plures, quam oporteat *l.* 25. aut factos nulla re urgente, vel voluptatis cauſa *l.* 27. In omnibus enim hisce an adſcribatur domino quod is ad ſe pertinere non exiſtimet? hoc fieri non ſinat bona fides: intra quam ſe tenet æquitas contrariæ actionis. Quid ſi impenſæ quidem dicantur factæ in rem alterius; ſed pietatis intuitu, conſequenter donandi, non credendi & repetendi, animo? ne lis quæſtioni ſit, en ejus exempla in *d. l.* 27. §. 1. *D. l.* 1. *l.* 11. *l.* 12. *l.* 13. *l.* 15. *C. h. t. l.* 50. *D. Famil. erciſc.* De ea lite conſultus Paulus *l.* 34. *D. h. t.* ſic reſpondit: *Hæc diſceptatio in factum conſtitit.* ait, *in factum*, pro *in facto:* frequente apud Veteres loquendi forma, jam a multis ſæpe notata, & inter alios a V. Cl. Johanne Frederico Gronovio ad Livium *lib.* 2. *c.* 14. Senſus Pauli, Præſentem litem pendere a circumſtantiis ab utraque parte ſæpe probabilibus. ac vix dubito: quin illi fuerit conſilium, ſecundum *l.* 114. *D. de reg. jur.* (quæ eſt deſumpta ex ejus lib. 9. Ad Edictum, & hujus loci) hic inſpicere, quod in obſcuris ſolet: id eſt, quod veriſimilius eſt, aut quod plerumque fieri ſolet. De eo non dubito, quin inter alia voluntatis indicia, in *d. l.* 34. pro utraque parte prodita, hoc Pauli ſit decretorium, utrum impenſæ poſt mortem geſtoris negotii (is proponitur caſus) reperiantur relatæ in librum rationum, an non. videlicet, quod illud in credito, hoc in beneficio, fieri ſolitum. Morem tangit Seneca *lib.* 1. *De benefic. c.* 2. Verba Senecæ: *Nemo beneficia in kalendario ſcribit: nec avarus exactor ad horam & diem appellat. numquam illa vir bonus cogitat, niſi admonitus a reddente: alioquin in formam crediti tranſeunt.*

Titulus VI.

De calumniatoribus.

Cur hic Titulus, qui eſt De calumniatoribus, ſubjiciatur Titulo De negotiis geſtis, obſcurior ratio eſt. ſed mihi probabilis videtur ſententia Jacobi Cujacii, *lib.* 23. *Obſerv. c.* 16. exiſtimantis, Titulum qui in Pandectis eſt De calumniatoribus, in Edicto Perpetuo fuiſſe conceptum in hæc verba: *De hisce qui pecuniam, ut negotium facerent aut non facerent, accepiſſe dicerentur:* idque liquere ex *l. pen. h. t.* igitur rationem connectendi hujus Tituli cum priore, De negotiis geſtis, pendere ex verbo, *Negotium:* quod utroque in Titulo fuit; licet non eadem ſignificatione. ac ſimile obſervari in conjunctione Tituli, *Nautæ, caupones, ſtabularii, ut recepta reſtituant*, cum Titulo *De receptis, qui arbitrium receperunt, ut ſententiam dicant:* ut in loco dicetur. Interim præſens Edictum quod eſt De calumniatoribus, expoſuit Gajus lib. 4. Ad Edictum Provinciale, Paulus & Ulpianus lib. 10. Ad Edictum: ex eoque in *l.* 1. *h. t.* hæc extant verba: *In eum, qui ut calumniæ cauſa negotium faceret, vel non faceret, pecuniam accepiſſe dicetur; intra annum in quadruplum ejus pecuniæ quam accepiſſe dicetur; poſt annum ſimpli in factum actio competit.* Hoc Edicto Prætor, ut locum habeat propoſita in factum actio, vult aliquem accepiſſe pecuniam, ut alii negotium faceret calumniæ cauſa. Calumnioſus autem Paulo *lib.* 1. *Sentent. tit.* 5. eſt, qui ſciens prudensque per fraudem negotium alicui comparat. qualis eſt, qui vexandi alicujus cauſa ei infert litem improbam. Sane Gajus *l.* 233. *D. de verb. ſignif.* Calumniatores, inquit, appellati ſunt, quia per fraudem & fruſtrationem alios vexarent litibus. & recte: eſt enim calumnia apud Veteres, (in quibus Paulus *l. pen. D. de hered. inſtit.* Juſtinus *lib.* 38. *c.* 7. & Suetonius *Calig. c.* 38.) lis improba & vexandi cauſa inſtituta. Nec refert in propoſito; utrum illa lis ſit civilis, an criminalis. clare Ulpianus *l.* 1. §. 1. *& l.* 8. *h. t.* Illud mirere: quod Prætor hoc Edicto etiam punit eum qui dicitur pecuniam accepiſſe; ne alii faceret negotium. nam hoc idem ſignificat Ulpianus *d. l.* 1. *pr. In eum*, inquiens, *qui ut calumniæ cauſa negotium faceret, vel non faceret, pecuniam accepiſſe dicetur.* Et contra poſſit alicui laudabile videri, alterum per alterum non vexari calumnioſa lite adverſus leges & bonos mores. Niſi turpe foret, accipere pecuniam; ne facias quod legibus & bonis moribus prohiberis: volente publica diſciplina, homines a flagitiis abſtinere virtutis reſpectu, aut legum veneratione; non privatis pactionibus: ut pridem notavi *lib. ſingul. Ad Edict. De pact. & tranſact. c.* 9. *in fin.* Cæterum vis Edicti non ad lites ſtetit. etiam aliam qualemcum-

que

que injustam vexationem compescit. nam si publicanus sub specie vectigalis quod non debebatur, mancipia retineat, & pecuniam acceperit, ut ea dimittat: & ipse hac parte Edicti in factum actione tenetur *l.* 7. §. 2. *h. t.* Igitur ut obtineat in factum actio; oportet acceptam esse pecuniam; ut alii negotium fieret, aut non fieret: sive ante, sive post, judicium acceptum *l.* 1. §. 2. *h. t.* Sufficit quoque, acceptam esse pecuniam. plus non desideratur. qui igitur accepit pecuniam, ut negotium faceret, sive fecit, sive non fecit; & qui accepit, ne faceret, & si fecit, tenetur *l.* 3. §. 1. *h. t.* Non magis refert, utrum ipse acceperit pecuniam; an jusserit, alii dari; aut ratum habuerit suo nomine acceptum *l.* 2. *in fine h. t.* Item, utrum ab adversario acceperit, an ab alio quocumque *l.* 3. *d. t.*

Quid porro sit, *Pecuniam accepisse*, si quæratur: putarunt Veteres, Prætori visum, pecuniam accepisse, non modo qui numeratam accepit pecuniam, quæ est propria verbi significatio: sed etiam qui aliquid accepit pro pecunia. *d. l.* 1. §. *ult.* scilicet, quia est par ratio, sive quis acceperit numeratam pecuniam, sive aliud pro ea. quin idem esse generaliter, si quid compendii sensit propter hoc *d. l.* 3. pone: res est propter hoc minoris locata aut vendita *d. l.* 2. non interest, utrum acceperim pecuniam, an non expenderim: nam sic quoque lucrum feci: quod unum noluit Prætor. Ejusdem generis est: si alicui data sit pecunia gratuita utenda *d. l.* 2. id est, pecunia mutua: ut in hoc Pedonis Albinovani, *Eleg.* 1. *vers.* 369.

Vita data est utenda, data est sine fœnore nobis
Mutua, nec certa persoluënda die.

Eadem ratione etiam eum qui obligatione sit liberatus, pecuniam accepisse, ait Paulus in *d. l.* 2. cum qua est conjungenda *l.* 115. *D. de regulis juris*, quæ est ex eodem Paulo lib. 10. Ad Edictum. Fit autem liberatio (ut hoc addam) procul dubio per acceptilationem. nam hac ipso jure tollitur obligatio; nec deinde potest ab eo qui ita liberatus sit, peti. recte igitur videtur pecuniam quam retinet, quodammodo brevi manu accipere. Plus ait Ulpianus §. 2. *d. l.* 3. hoc Edicto etiam teneri eum, qui depectus est. non quasi ille Edicti verbis comprehendatur: (non enim ita est, etsi visum Gulielmo Ranchino, aliisque) sed quasi Edicti sententia non excludatur. Sic igitur accipio quod Ulpianus *d. l.* 2. ait, *Hoc Edicto tenetur etiam is qui depectus est. Depectus autem dicitur turpiter pactus.* Et est Ulpiani sensus, Debitorem ab obligatione depectione, sive pacto nudo, liberatum, non minus pecuniam, id est, lucrum, accipere, quam si acceptilatione liberetur: etsi illo modo tantum per exceptionem, hoc etiam ipso jure liberetur. nam in summa parum interesse: eodem utriusque formæ effectu, exitum spectantibus *l.* 112. *D. de reg. jur.* quod Prætori sufficit. Mea sententia, id & nihil aliud indigitat in *d.* §. 2. Ulpianus: *Hoc*, inquiens, *Edicto tenetur etiam is qui depectus est.* Estque id tum verum maxime; si cum suo creditore sit depectus, ne a se petatur; & agatur, ut tertio fiat negotium. quia sic turpis est depectio; & quidem utrimque, tam a parte debitoris, quam creditoris: ideoque erit exceptioni locus, agente creditore. quod si parata creditori fuit calumnia; depectus autem debitor est cum creditore, ne a se petatur: aliud dicendum erit; quia jam quidem est depectio; sed nulla est creditoris turpitudo: & ideo, quia pacti exceptio potest retundi replicatione doli mali, non videtur accepta pecunia, nec est actioni in factum locus. Idem est: si pecuniam sis stipulatus, ut alii negotium faceres, aut non faceres. nam (ut ait Paulus *l.* 115. §. 1. *D. de regul. jur.* quam dixi esse ex ejus libro 10. Ad Edictum, ideoque hujus loci) non potest videri accepisse qui stipulatus potest exceptione submoveri. Sensus est: Ut locum habeat actio in factum de calumniatoribus; solum quærit Prætor, an quis pecuniam acceperit; id est, an quid lucri senserit; ut alicui negotium faceret, aut non faceret. id in præsenti casu non apparet: quia stipulanti quidem nata est ex stipulatu actio; sed ea potest elidi per exceptionem: nec est, cur videatur pecuniam accepisse, id est, lucrum fecisse stipulatione: a cujus petitione per exceptionem removetur *l.* 13. *D. eod. tit.* cessat igitur in hac specie proposita in factum actio.

Dixi, quando obtineat hæc in factum actio. Eademque opera ostendi, adversus quem detur. Apparet enim, dari adversus eum qui dicitur pecuniam accepisse; ut alicui negotium faceret, aut non faceret *l.* 1. *D. h. t.* Quid, si is sit parens, aut patronus, aut similis? poterat subdubitari: quia hæc actio non est famosa. sane in Edicto de his qui notantur infamia, inter infames non numeratur hoc Edicto damnatus in quadruplum. solus infamia notatur calumniæ causa damnatus judicio publico. Animadvertit tamen Ulpianus, hoc judicium, ut non sit famosum, esse instar famosæ actionis: quippe continere mentionem calumniæ; eoque non permitti filio adversus parentem; nec liberto adversus patronum, aut patronam, aut liberos, parentesve eorum: sicut iis personis etiam in cæteris Edicti partibus habetur honor. plane ait Ulpianus, his personis ipsis honorem haberi, non etiam interventoribus eorum: & si forte ipsi pro aliis interveniant, honorem haberi Ita ille *l.* 5. & 7. *D. de obseq. par. & patron. præst.* quæ ad hoc Edictum sic recte retrahuntur: cum sint ex libro 10. Ad Edictum: in quo eum hoc Edictum exposuisse, jam sæpius monui. Cæterum heres liberti (quod observat Paulus *l.* 8. *D. eod. tit.* quæ similiter est ex lib. 10. Ad Edictum, ideoque hujus loci) habet omnia jura extranei hominis adversus patronum defuncti integra.

Proximus locus est, cui hæc detur actio. id vero in Edicto hodie (quantum liquet ex *l.* 1. *D. h. t.*) non extat: sed Veteres ajunt, illam competere ei qui pecuniam dedit, ne sibi fieret negotium: itemque ei propter quem data est pecunia. ei vero qui pecuniam dedit, ut alii fieret negotium, non competere. Sic in *l.* 7. *pr.* & §. 1. *h. t.* eodemque modo accipio sequentia verba *l.* 3. §. *ult. d. t.* *Sed ei dabitur petitio propter quem datum est, ut calumnia ei fiat.* Significat enim Ulpianus, quod ei propter quem datum est, ut ei fiat calumnia, ex hoc Edicto competit actio in factum in quadruplum: & ideo recte subjicitur; *Quare si quis a te pecuniam acceperit, ut mihi faceret negotium; & a me, ne mihi faceret: duobus judiciis mihi tenebitur.*

Restat, ut tractemus; ad quid competat hæc actio. ait autem Prætor, competere in quadruplum intra annum: post annum in simplum *l.* 1. *D. h. t.* Annus quemadmodum sit accipiendus, explicat Gajus *l.* 6. *h. t.* De quadruplo autem dubitatur. quæritur enim, utrum totum sit pœna; an ei insit simplum, ut mixta videatur actio? sed distinguit Cujacius, *lib.* 8. *Observ. c.* 24. ait enim, actionem ex hoc Edicto esse mixtam; si ipse dedi, ne mihi fieret negotium. quod si alius dedit misericordiæ causa, ne alii fieret negotium, esse mere pœnalem: cum non possit esse simplum respectu ejus, qui nihil dedit. nihilominus habet ille

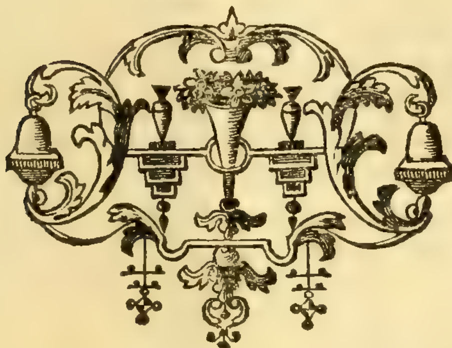
le qui misericordiæ causa dedit, ne alii fieret negotium, ejus quod dedit, repetitionem *l.* 7. *pr. D. h. t.*

Similiter puto, si pecunia data sit, ut alii negotium fieret: esse actionem mere pœnalem. unde consequens est, ut adversus heredem ejus qui accepit, hæc actio non detur: nisi quatenus ad eum pervenit: & hoc, quia est constitutum, Turpia lucra heredibus quoque extorqueri, licet crimina extinguantur *l.* 5. *D. h. t.* An tamen heredi dabitur? & hoc negat Gajus *l.* 4. *D. h. t.* Atqui pœnales actiones solent heredibus dari: etsi non dentur adversus heredes. Sed in proposita specie aliud est; quia est instar actionis injuriarum: quæ quod vindictam sapit, non vacat odio; ideoque ne heredi quidem datur §. 1. *Inst. de perpet. & temp. act.* Debet igitur heredi sufficere: quod potest pecuniam a defuncto datam, quæ utique abest de patrimonio ejus, repetere condictione ob turpem causam; etsi ob injuriam defuncto illatam agere non potest *d. l.* 4.

Concurrunt cum hoc judicio complura alia: in primis condictio ob turpem causam, si quis dedit, ne alteri fiat negotium: quia tum est sola accipientis turpitudo, faciens condictioni locum *l.* 1. §. 2. *D. & l.* 2. *C. de condiction. ob turp. caus.* quod si quis dedit, ut alii fiat negotium; is hanc condictionem non habet: cum sit ab utraque parte turpitudo; & in pari causa potior habeatur causa possidentis *l.* 3. §. 3. *& l.* 5. §. 1. *D. h. t.* Nec hoc fuerit inutile observatu; quod si is qui dedit, quo casu potest, condixit a se datum, deinde non potest agere ad quadruplum: quasi alterutra sufficiat actio. Sic Ulpianus *d. l.* 5. §. 1. *h. t.* imo addit, quod ubi condictio competit, ibi non est necesse, post annum dare in factum actionem. cæterum si alius dedit, ne alii quid negotii fiat: dicitur danti competere condictio, alteri in quadruplum actio *l.* 7. *D. h. t.*

Præter condictionem qua de egi, etiam cum actione in factum concurrit Lex Julia repetundarum *l.* 1. § 1. *D. h. t.* Insuper Constitutio Imp. Antonini ad Cassium Sabinum: de qua Ulpianus *d. l.* 1. §. 3. qui locus huc usque inexplicabilis, a me, nisi mihi blandior, explicitus est feliciter, in *Diocletiano & Maximiano c.* 14.

Postremo monendum, quod *l. ult. D. h. t.* non pertinet ad hunc Titulum: sed ad Legem Juliam de adulteriis: ut apparet ex *l.* 27. *D. Ad Leg. Jul. de adult.*



LIBER QUARTUS.

TITULUS I.

De in integrum restitutionibus.

SUPERIOR liber egit de personis quibus permittitur in jure postulare apud Prætorem. sequens exponet causas, ex quibus postulationes apud Prætorem fieri solent. prima occurrit in integrum restitutio: quam indicat Titulus De in integrum restitutionibus. Definitur autem a Valeriano & Gallieno in integrum restitutio, amissæ causæ redintegratio *l.* 2. *C. In quib. caus. in integr. restit. necess. non est.* Paulus *lib.* I. *Sentent. tit.* 7. aliquanto plenius, Integri restitutio, inquit, est redintegrandæ rei vel causæ actio. Paulus rem distinguit a causa hoc sensu quem nobis tradidit Isidorus *lib.* 5. *Origin. c.* 25. verbis sequentibus. *Integri restitutio est causæ vel rei reparatio. causa redintegratur quæ vi potestatis expleta non est. res redintegratur, quæ vi potestatis ablata atque extorta est.* Isidorus vocat rem, quæ promissa & tradita est: causam, quæ est tantum promissa, non etiam tradita. Ulpianus *l.* 9. §. 3. *D. Quod met. caus.* alteram dicit rem perfectam: alteram imperfectam. Adhuc urit, quo pacto in integrum restitutio a Paulo dicatur actio: cum ipse in *l.* 24. §. *ult. D. de minoribus* sic scribat: *Ex hoc Edicto nulla propria actio vel cautio proficiscitur: totum enim hoc pendet ex Prætoria cognitione.* Sed jam aliquoties monui in superioribus, actionis nomen aliquando anguste accipi, aliquando late pro quacumque actionis specie *l.* 178. §. 2. *D. de verb. signif.* putemus igitur, in integrum restitutionem a Paulo latiore significatione dici actionem: sive fiat data a Prætore actione & Judice, sive ipsius Prætoris cognitione & decreto. Sed hoc ex sequentibus apparebit.

Dixi, quid in Titulo sonet in integrum restitutio, porro ejus causas quæram, æquitatem summam indicaturas. Igitur ait Ulpianus *l.* 1. *h. t.* utilitatem hujus Tituli non egere commendatione: ipsum enim se ostendere. & præfatur: quod sub hoc Titulo plurifariam Prætor subvenit hominibus Juris subtilitate vel lapsis vel circumscriptis adversus æquitatem naturalem. Nimirum Julianus causas omnes in integrum restitutionis in Edicto Perpetuo fuit sub uno complexus Titulo. erant enim brevia Edicti capita: etsi res in infinitum abiit interpretatione Prudentum: eoque necesse eis fuit, in plures Titulos dividere, quæ ante uno continebantur: quod & in Pandectis factum. Debetur igitur Titulus, *De in integrum restitutionibus*, Edicto Perpetuo. ac putavit Ulpianus, e re esse, (quod & fecit libro XII. Titulo I. *De rebus creditis*) antequam ad singula veniret Capita, quædam ad Titulum generaliter præfari. quæ qualia fuerint, pleraque ignoramus: cum ex his tantum habeamus ejus *l.* 1. *& l.* 6. *h. t.* dicam igitur, quod ex eo & aliis licet. In *d. l.* 1. ait Ulpianus, a Prætore in integrum restitutionem indulgeri vel lapsis vel circumscriptis metu, calliditate, ætate, absentia: additque Paulus in *l.* 2. (quæ est ex *d. tit.* 7. *lib.* I. *Sentent.*) status mutationem, & justum errorem. uterque omnes causas exposuit lib. XI. & XII. Ad Edictum: ut intelligitur ex Inscriptionibus legum hujus libri. tantum in eo desideratur justus error: ex eo translatus a Triboniano ad librum XXVII. sub Titulo, *Quod falso tutore auctore gestum esse dicetur:* sub quo in *l.* 1. §. 1. & 6. extant Edicti verba, & fit in his mentio restitutionis in integrum propter ignorantiam. etiam liquet ex Inscriptionibus legum, ibi Ulpiani & Pauli lib. XII. Ad Edictum præferentibus, eum Titulum in Edicto Perpetuo fuisse hujus Tituli partem. quamquam, præter hoc exemplum est in §. 33. *Inst. de actionibus* adhuc aliud exemplum in integrum restitutionis ob errorem. quod quo referam, nescio: nisi quis velit, pertinere ad clausulam, *Item si quæ alia mihi justa causa esse videbitur:* quæ clausula est Edicti sub Titulo VI. hujus libri. Sed de hoc deliberent peritiores.

Vidimus causas permittendæ in integrum restitutionis. videamus formam. de hac ita Modestinus *l.* 3. *h. t.* *Omnes in integrum restitutiones causa cognita a Prætore promittuntur.* Modestini sensus est, quod Prætor voluit, omnes in integrum restitutiones a se peti; nullam a Magistratu municipali. nam (ut Paulus ait *l.* 105. *D. de regul. jur.*) ubicumque causæ cognitio est, ibi Prætor desideratur. id est, (ut *lib.* I. *De jurisd. & imp.* ostendi) ibi non sufficit Magistratus municipalis. scilicet, quia cognitio est mixti imperii, & exercenda pro tribunali: quod est Prætoris, Magistratus municipalis non est. atque ita Paulus *l.* 26. *pr. &* §. 1. *D. Ad municipal.* Inde dubitatum fuit ab Eruditissimis Interpretibus: si Prætor mandet jurisdictionem: an in mandatarium transeat in integrum restitutio? Jacobus Cujacius ad *l.* 3. *h. t.* putat, eam quidem transire ex Edicti partibus ex quibus propriæ dantur actiones: at ex tertia Edicti parte ex qua minoribus subvenitur, non transire. Sed mihi non placet Cujacii sententia: reputanti, omnes in integrum restitutiones Prætori competere jure Magistratus: talia vero ab illo posse mandari, & mandata jurisdictione in mandatarium transire, suo loco demonstratum est. Atqui minoris restitutio Prætoriam cognitionem desiderat. Sit ita: sed is cui mandata jurisdictio est, Prætorem repræsentat: fungens vice ejus qui mandavit, non sua. Nec hoc mutavit Justinianus *l. ult. C. Ubi & apud quem in integr. rest.*

Promittit igitur Prætor, omnes in integrum restitutiones causa cognita. estque hinc consequens; ne aliter indulgeantur, quam pro tribunali, & advocato adversario: certo jure, quod quæcumque causæ cognitionem desiderant, ea per libellum, id est, de plano, atque absente adversario, fieri nequeunt. fuit hoc Prætore dignum, si audimus Modestinum, *d. l.* 3. *Scilicet, ut justitiam earum causarum examinet, an veræ sint, quarum nomine singulis subvenit.* Sic habent omnes editiones. Sed Gulielmus Fornerius *lib.* 2. *Select. c.* 24. legit, *& an veræ sint.* quomodo etiam conjicit P. Faber ad *l.* 183. *D. de reg. jur.* Mea sententia, abundant posteriora verba, *an veræ sint*, idem sonantia, quod priora, *Ut justitiam earum causarum examinet:* nam *verum* est, *æquum*; ut sæpe. nec est insolens nostris, bis idem dicere. indicavi id aliquot exemplis *lib.* 3. *Probabil. c.* 10. Nec me fugit, Prætorem in minorum restitutione æque de facto, ac de jure cognoscere. Sed non minus scio, quod ob metum, dolum, absentiam, petita in integrum restitutione, Prætor cognoscit de justitia causæ; judex ab eo datus de facto, ut passim fieri, dudum demonstravi *lib.* I. *De jurisd. & imp. c.* 8. atque hac ratione assentiar quidem Radulpho For-

ne-

nerio *lib.* I. *Rer. quotid. c.* 19. in *d. l.* 3. verum a justo seu æquo separanti.

Non minus vertitur in causæ cognitione; ne quid Prætor facile mutet ex solemnibus; id est, ex ordine juris: & tamen, ubi æquitas evidens poscit, subveniat læso Juris subtilitate. Casus elegans *l.* 7. *h. t.* Aliquis in jure citatus voce præconis, non respondit. ob hoc more judiciorum pronuntiatum a Prætore est, contumacem videri. ille confestim adiit Prætorem adhuc sedentem pro tribunali: petens in integrum restitui; quod dicit, se defuisse nulla sua culpa, sed parum audita voce præconis. an recte? hærebat Marcius Avitus Prætor: quod, e re publica esse existimaret, nihil mutari ex solemnibus. contra urgebat æquitas petentis in integrum restitutionem ob justam causam, & quidem confestim, Prætore adhuc sedente pro tribunali. igitur consultus a Prætore Princeps, pro sua benignitate æquitatem præferens rigori juris, permisit, in integrum restitui eum, qui non sua culpa, seu contumacia, defuisset; sed quod vocem præconis parum audivisset. Simile occurrit in §. I. *d. l.* 7. proponitur ibi aliquis sine sua culpa absuisse fraude adversarii. quæritur, utrum danda læso sit actio de dolo, an in integrum restitutio. hoc mavult Marcellus: præfatus, quod ut possit locum habere actio de dolo; tamen est boni Prætoris, potius restituere litem, ut ratio & æquitas postulat, quam actionem famosam constituere: atque eo magis, quia ad hanc tum demum est descendendum; cum alii remedio locus esse non potest.

Æque pulchra est sequens observatio; (quam quorumdam fuisse, ait Callistratus *l.* 4. *D. h. t.*) ne is qui in integrum restitui postulat, audiatur propter satis minimam rem vel summam: quamquam non semper; sed si majori rei aut summæ præjudicetur. nam (ut egregie Paulus *l.* 54. *D. de judiciis*) non oportet majori cognitioni per minorem causam fieri præjudicium. major enim quæstio minorem causam ad se trahit. Similis æquitas adhibetur, si famosa actio sit de dolo malo. nam ne hæc quidem, si sit modica summa, id est, usque ad duos aureos, debet dari *l.* 9. §. *ult.* & *l.* 10. *D. de dolo malo.*

Præter hæc ait Paulus *lib.* I. *Sentent. tit.* 7. §. 3. in causæ cognitione verti; ne in integrum restitutio plus, quam semel, decernatur. Nisi (hoc enim addendum) nova allegetur causa. tum enim aliud dici placet *tot. tit. C. Si sæpius in integr. rest.*

Est & illa inspectio, utrum læso tantum subveniatur, an etiam ejus heredibus, cæterisque successoribus. & spectat huc elegans Ulpiani locus *l.* 6. *D. h. t.*

Ne illa quidem quæstio ab hoc Titulo fuerit aliena; ubi petenda sit in integrum restitutio? placet vero Diocletiano & Maximiano *l.* 2. *C. Ubi & apud quem cogn. in integr. rest.* peti in loco domicilii rei. & recte: si restituenda sit in personam actio. at si in rem actio sit: nil vetat, eam vel in loco rei sitæ postulari *l.* 2. *C. Ubi in rem actio.*

Non minus potuit sub hoc Titulo cogitari de tempore petendæ in integrum restitutionis. Id in omnibus Edicti partibus olim fuit annus utilis. Sed hunc in quibusdam mutavit Constantinus. nam in actione de dolo pro anno utili substituit biennium continuum *l. unic. Cod. Theod. de dolo malo.* at minoribus in *l.* 2. *Cod. Theod. de in integr. rest.* post annum quintum & vigesimum pro locorum differentiis ea in lege expressis, vel quinquennium indulsit, vel quadriennium, vel triennium. Sed Imp. Justiniano *l. ult. C. de tempor. in integr. rest.* placuit, minoribus unum definire tempus quadriennii continui: sublatis locorum & temporis differentiis. idemque posuit majoribus: separata a republica supervacua utilis anni differentia. igitur abrogavit quidem Justinianus *d. l.* 2. sed non æque abrogavit *d. l. unicam*; estque, opinor, hæc idcirco inserta ejus Codici: cui illa inserta non est. quare consequens est; ut tempus petendæ actionis de dolo malo adhuc biennium sit ex præscripto *d. l. ult. C. de dolo malo.* Sic plane censeo; & nisi intercedat quis doctior; addo, in *d. l. unica Cod. Theod. de dolo malo* pro, *intra continuum tempus anni*, esse scribendum, *intra continuum tempus biennii.* Huc me ducit *d. l. ult. C. eod. tit.* quæ est descripta ex *d. l. unica*, & habet, *intra continuum biennium.* nec occurrit, cur putem, aliquid mutasse Tribonianum. imo Constantinus æque in fine *d. l. unicæ* atque in fine *d. l. ultimæ* ita loquitur, *Omnes igitur sciant, neque incipiendæ post biennium, neque ante completum biennium cœptæ, post biennium finiendæ doli actionis concessam licentiam.* Manifesto indicio, tam in initio *d. l. unicæ*, quam in initio *d. l. ultimæ*, ab illo factam esse *biennii* mentionem.

Superest restitutionis effectus. est autem egregius, quem attingit Paulus *l.* 5. *h. t.* his verbis: *Non videtur exclusus quem Prætor in integrum se restituturum pollicetur.* Paulus vult, quod si quis juris subtilitate amisit actionem aut rem; is eam non habet jure civili, nihilominus est fictione juris Prætorii perinde habendus, ac si eam non amisisset: quia Prætor eum restituet eo loco in quo fuit, antequam ejus amittendæ causa intervenisset. ita videtur rem demum amisisse is qui adversus nullum habet ejus persequendæ actionem *l.* 14. §. I. *D. de verb. sign.* at qui habet actionem ad rem recuperandam, (qualis est is qui potest petere in integrum restitutionem: nam & hæc est actio, ut supra dictum) ipsam rem habere videtur *l.* 15. *D. de regul. jur.* id est, prætoria æstimatione eam habere intelligitur.

Est & hoc consequens Prætoriæ æquitati: ut, cum læsum in integrum restituit, omnia redintegret: id est, ita ut unusquisque quem ea res contingit, integrum jus recipiat: ut in sequentibus Titulis suis exemplis ostendetur. Interim huc spectat *l. unic. C. de reput. quæ fiunt in judic. in integr. rest.*

Postremo est effectus postulatæ restitutionis in integrum: ne quid novi fiat, donec res finiatur. ita curabit is ad cujus partes ea res pertinet, ut omnia interim in suo statu maneant. *l. unic. C. In integr. rest. post. ne quid nov. fiat.*

TITULUS II.

Quod metus causa gestum erit.

PRIMA causa petendæ in integrum restitutionis est vis ac metus, ipsa satis justa. certe placet hoc Senecæ *lib.* 4. *Controv.* 26. *Lex vim passo succurrit, & iniquum illi videtur, id ratum esse, quod aliquis non quia voluit, pactus est; sed quia coactus est.* Auctor Edicti, Veteres sub hoc Titulo occupantis, videtur esse Cassius, eo nomine laudatus ab Ulpiano *l.* 4. §. 33. *D. de dol. mal. & met. except.* Capita autem ejus Edicti hoc Titulo duo exponuntur. prioris verba in *l.* I. *h. t.* talia prodit Ulpianus: *Quod metus causa gestum erit ratum non habebo.* Nec tamen omittendum credidit, quod ab

ab Edicti auctore olim sic edicebatur, *Quod vi metusve causa:* & fiebat vis mentio, propter necessitatem impositam contrariam voluntati. metus autem, propter instantis vel futuri periculi causa mentis trepidationem. adeo vis est majoris rei impetus qui repelli non potest *l.* 2. *h. t.* eaque refertur ad corpus. metus est majoris timor malitatis, magisque ad animum pertinet. itaque Fronto, vetus Grammaticus, inter *Auct. ling. Lat. pag.* 1331, *Metus*, inquit, *motus animi est.* Electionem certe habet, si finem spectes *l.* 21. §. 5. *h. t.* sin ad initia advertas; habet necessitatem voluntati adversam. vidit Ulpianus *l.* 116. *D. de reg. jur.* & ante Seneca *lib.* 2. *De benefic. c.* 18. sic scribens. *Cum eligendum dico, cui debeas, vim majorem & metum excipio: quibus adhibitis electio perit.* Olim igitur ita edicebatur, *Quod vi metusve causa:* sed postea, inquit Ulpianus *d. l.* 1. detracta est vis mentio, forte a Juliano in compositione Edicti Perpetui & addit Ulpianus detrahendi causam, *Quia quodcumque vi atroce fit, id metu quoque fieri videatur.* Atqui potest vis corpori fieri, ut animo non inferatur metus. Ciceronem audi, *Pro Cæcina c.* 15. sic ait: *Saucii sæpe homines, cum corpore debilitantur, animo tamen non cedunt.* Quid igitur est? aut accipienda Ulpiani verba accommodate ad mentem Prætoris, hoc Edicto fere emendantis vim qua quis compulsus aliquid fecerit *l.* 3. *h. t.* quæ vis sine metu intelligi nequit: aut est Hysterologia, sic explicanda, quasi esset ab Ulpiano scriptum: Quia quodcumque metu fit, id quoque vi atroce fieri videtur. Hoc enim intendit Ulpianus: & sic optime sequitur in *d. l.* 3. conjungenda cum *d. l.* 1. *Continet igitur hæc clausula & vim & metum.* id est, tam vim; quam metum. ita prorsus, ut hic nihil intersit inter vim & metum. cæterum Ulpianus *d. l.* 3. §. 1. Vim, inquit, atrocem accipimus, & eam quæ adversus bonos mores fit: non eam quam Magistratus recte intulit, scilicet jure licito, & jure honoris quem sustinet. nam ea civili interpretatione non habetur vis. quod si per injuriam quid fecit Populi Romani Magistratus, vel provinciæ Præses; scribit Pomponius, hoc Edictum locum habere: Si forte mortis, aut verberum, terrore pecuniam alicui extorserit. Aliud exemplum est in *l. ult.* §. *ult. h. t.* Sempronius a Titio pecuniam quasi sibi debitam, quæ non erat debita, Gajo delegavit Gajus, cum ei non solveretur pecunia, a Præside petit viatorem nominatim vice arbitri: per quem eam Titio auferat. Præses, dato apparitore, Titium quod non debebat, extra ordinem coëgit solvere sine notione Judicis. placet Ulpiano, inciviliter extorta restitui ab eo qui rei damnum præstiterit. *Inciviliter* est, non convenienter juri & ordini civitatis: ut in §. 2. *d. l.* & *l.* 2. & *l.* 3. *D. de extraord. cognit.* & in sequente Apuleji loco ex *lib.* 10 *Metamorph. Ut rite & more majorum judicio reddito & utrimque secus allegationibus examinatis civiliter sententia promeretur; ne ad instar barbaricæ feritatis vel tyrannicæ impotentiæ damnaretur aliquis inauditus.* Igitur pecunia inciviliter extorta, Ulpiano est pecunia adversus formam juris & morem civitatis extorta. Præses enim, servato jure & ordine, debebat judicem, arbitrumve dare. viatorem vice arbitri dare non debebat: nisi raro & re urgente *l. ult. D. de judic:* quia viator (ut bene Brissonius *lib.* 4. *Select. antiq. c.* 2.) spectat ad executionem extraordinariam: ut, si (quod observat Cujacius *lib.* 16. *Observ. c.* 19.) debitor fugiens, secum auferat pecuniam debitam: creditori sua fuga inanem facturus ordinem juris. Igitur, quia in proposito extorta inciviliter est indebita pecunia: jubebit Judex; illam restitui ab eo qui rei damnum præstitit. Sic: si indebita sit pecunia. non idem est: si sit debita. fac: (qui est posterior casus *d. l. ult.* §. *ult.*) Titius Sempronio debebat centum. Præses, nullo dato Judice, extra ordinem jussit, Titium solvere quod debebat. paret Titius simplici Præsidis jussui; & quod debebat, solvit. an potest solutum per hoc Edictum repetere? negat Ulpianus: & recte. etsi enim non oportuit exactionem fieri extra ordinem; sed civiliter; id est, ut dicitur in *l.* 7. *C. de sententiis*, secundum juris rationem causa cognita: tamen solutum revocare, incivile est; id est, ut dictum, contra juris formam est: nempe, quia nihil debitori abest.

Non sufficit, metum esse alicui factum adversus bonos mores. hoc plus oportet, non esse qualem qualem. nam ut simpliciter dicat Prætor, *Quod metus causa gestum erit*, & non distinguat: tamen rationis est, (quod ait Labeo apud Ulpianum *l.* 5. *h. t.*) metum accipiendum, non quemlibet timorem; sed majoris malitatis. Sic legitur Florentiæ; & probarunt dudum complures, nuper etiam Vir Doctissimus, D. Dukerus, Notis ad *lib. De Latin. Vet. Jurisc. p.* 325. & *seq.* Gajus *l.* 6. *h. t.* metum, inquit, non vani hominis, sed qui merito cadat in hominem constantissimum, ad hoc Edictum pertinere. proinde si quis meticulosus rem nullam, id est, nullius momenti, frustra metuerit, ait Ulpianus, eum per hoc Edictum non restitui: & hanc adfert rationem: Quoniam neque vi, neque metus causa factum est *l.* 7. *h. t.* sensus: Quoniam non potest videri metus: nisi cum est metuendi causa, certo periculo. Igitur quærentibus, an locum habeat restitutio ex hoc Edicto: una inspectio est, an sit gestum metu hominis non vani: qui metus vocatur justus *l.* 23. §. 1. *h. t.* ea vero inspectio in facto, non in jure, consistit: & ideo non potest ulla Constitutione, neque juris auctorum quæstione, decidi; quin tota est relinquenda Judicis arbitrio. Interim non desunt exempla Judici aliquod allatura lumen, si opus habeat. ita nemo dubitet, quin in hominem constantissimum possit cadere metus mortis, cruciatus corporis, ac verberum *l.* 7. *C. h. t.* & occurrunt tales casus *l.* 7. §. 1. & *l.* 8. *D. h. t.* & apud Horatium *lib.* 1. *Serm. sat.* 2. *vers.* 39. & *seqq.* Ejusdem generis est metus stupri *d. l.* 8. §. 2. nec minus servitutis *l.* 4. *D. h. t.* aliquo forte status mei instrumenta, quibus indigeam, interversuro *d. l.* 8. §. 1. similis metus est carceris *l.* 22. *D. h. t.* item cujuscumque custodiæ incivilis: ut si quis privata vi athletam incluserit, vinxeritve *l.* 23. §. 2. *D. h. t.* aut, si justo metu perterritus, cognitionem ad quam ut vinctus iret, potens adversarius minitabatur *d. l.* 23 §. 1. Cæterum, quæ diximus ad Edictum pertinere, hæc utrum in se quis veritus sit, an in liberis suis; nihil interest: cum pro affectu parentes magis in liberis terreantur *l.* 8. §. 3. *D. h. t.* Habes exempla metus justi. exspectas quædam hominis vani. Talis est timor ejus adversus quem nihil fit illicite, & ipse metum infert sibi. ejus exemplum dat Paulus *l.* 21. *h. t.* Si, inquiens, mulier contra patronum suum ingrata facta, sciens se ingratam, cum de suo statu periclitabatur, aliquid patrono dederit, vel promiserit, ne in servitutem redigatur: cessat Edictum; quia hunc metum sibi ipsa infert. Similis timor est, ne ad civilia munera nomineris *l.* 8. *C. h. t.* aut si quis dicatur motus reverentia dignitatis *l.* 6. *C. d. t.* nisi quid per potentiam extorqueatur *l. ult. C. h. t.* tum enim justus metus est *l.* 23. §. 1. *D. h. t.* De timore infamiæ quæritur? at ne hunc quidem Edicto contineri, ait Pedius apud Ulpianum *l.* 7. *D. eod. tit.*

puto,

puto, quia infamia non pendet a facto aut opinione privati hominis: sed a jure: ut in loco dictum. est igitur meticulosi hominis, & se terrentis. idem censet Ulpianus de timore alicujus vexationis *d. l.* 7. Similiter ajunt Diocletianus & Maximianus *l.* 9. *C. h. t.* metum non jactationibus tantum, sed atrocitate facti comprobari. ac belle Ulpianus *l.* 9. *D. h. t.* Metum, inquit, debemus accipere præsentem (etsi futuri aut imminentis periculi) non suspicionem inferendi ejus. & addit, ita Pomponium scribere lib. 28: putare enim, metum esse, si illatus est timor ab aliquo: id est, ut ego expono, non a se, sed ab alio quo: quomodo *aliquid jus* pro *alio quo jure* dicitur *l.* 19. *D. de damn. infect.* Inde tractat Pomponius apud Ulpianum *d. l.* 9. si fundum meum dereliquero, audito, id est, cum audissem, quod quis cum armis veniret, an locus sit huic Edicto. & refert, Labeonem existimare, Edicto locum non esse, & Unde vi interdictum cessare; ac præfatur, Quoniam non videor vi dejectus qui non expectavi dejici, sed profugi ultro. Sic ille. sed aliter Julianus *l.* 33. §. 2. *D. de usurpat. & usucap.* verbis sequentibus. *Si dominus fundi homines armatos venientes existimaverit, atque ita profugerit: quamvis nemo eorum fundum ingressus fuerit, vi dejectus videtur.* Verum assentior Jacobo Cujacio, pro *existimaverit* legenti *extimuerit.* quomodo etiam conjecit Russardus, *Not. marg.* addens, se in libro manuscripto reperisse *extimaverit*: unde sublata litera, *a*, facile fieri *extimuerit.* Est vero sic Juliani sensus, Si dominus fundi extimuerit homines armatos quos videbat ad se venire, atque ita profugerit, intelligitur vi dejectus, quamvis nemo eorum fundum ingressus fuerit. ita interest, utrum quis audiverit, venire armatos homines, an viderit. de eo qui audiverit venire, agit in *d. l.* 9. Pomponius, & Ulpianus, & Labeo: de eo qui vidit ad se venientes Julianus *d. l.* 33. §. 2. & Cicero *Pro Cæcina.*

Sed pergit in Edicto Prætor, *Quod*, inquiens *metus, causa gestum erit, ratum non habebo.* Quid proprie sit *Gestum*, indicat ex Labeone Ulpianus *l.* 19. *D. de verb. signif.* sed in hoc Edicto, & quibusdam aliis, gestum est, qualiter qualiter gestum, sive obligatione, sive liberatione, sive traditione. hæc enim Edicto comprehendi, totus evincit Titulus. plus scribit Ulpianus *l.* 9. *pr. h. t.* si forte adhibita manu in meo solo per vim ædifices, quoniam metu patior id te facere, & interdictum Quod vi aut clam, & hoc Edictum locum habere. quod si per vim tibi possessionem tradidero, Pomponium dicere, Edicto locum esse, verum interdictum Unde vi cessare: quoniam non est vi dejectus, qui compulsus est in possessionem mittere. Sic Ulpianus in *l.* 5. *D de vi & vi arm.* conjungenda cum *d. l.* 9. quando utraque est Ulpiani, atque allegantis Pomponium, & præterea ex eodem libro XI. Ad Edictum. Postremo notat Ulpianus *d. l.* 9. §. 2. etiam ædificii depositionem & servi manumissionem ad hujus Edicti restitutionem porrigi. Et tamen id sic temperandum: ne manumissio vi aut metu expressa, rescindatur: sed actio in quadruplum detur; præterquam in casu *l.* 9. & 17. *D. Qui & a quib. manumiss. lib. non fiant.*

Promittit igitur Prætor, ratum se non habiturum, quod metus causa gestum erit. Et (ut ait Ulpianus *l.* 9. §. 1. *h. t.*) animadvertendum, quod Prætor hoc Edicto generaliter & in rem loquitur. verba Ulpiani: *Generaliter & in rem*, idem valent; ut in *l.* 7. §. 8. *D. de pactis.* quod vero ad jus attinet, sic præclare infit Seneca, Pater, *d. lib.* 4. *Controvers.* 26. *Neque Lex adhibenti vim irascitur. sed passo succurrit: & iniquum illi videtur, id ratum esse, quod aliquis non quia voluit pactus est, sed quia coactus est. nihil autem refert, per quem illi necesse fuit. iniquum enim quod rescinditur, facit fortuna ejus qui passus est, non persona facientis.* Ita est: quia Prætor generaliter improbat quod metus causa gestum sit; nec adjicit, a quo gestum sit: apparet, non personam, sed rem, notare; ac vere subjici ab Ulpiano *d.* §. 1. *l.* 9. ideo nihil referre, a quo illatus sit metus: utrum singularis sit persona, an populus, vel curia, vel collegium, vel corpus: a quocumque enim vis facta sit, fore huic Edicto locum. Addit tamen Ulpianus, excipi a Pomponio, Nisi aliquid a te accepero, quo magis te tuerer de vi hostium, vel latronum, vel populi. atque eleganter inquit: nimirum, ut illata tibi ea in specie vis sit; tamen si ipse sim ab ea alienus; non debeo ego qui tibi profui optimo consilio, hoc Edicto teneri. imo videor potius accepisse operæ meæ mercedem, quam propter vim ac malo more.

Ait porro Prætor, *Ratum non habebo.* Hisce verbis improbat omne quod sit vi aut metu gestum: in primis si quid ob hoc absit vim aut metum passo. Non quidem liquet hoc Edicti verbis: sed consequens esse menti & sententiæ Prætoris, non modo ratione, sed & posteriore Edicti capite, intelligitur. Interim putemus, eum polliceri, in integrum restituere quod per causam metus juris subtilitate sit amissum. nam si, ut sonant Edicti verba, non habet ratum quod est metu gestum: manifestum est, quidquid sit metu gestum, rescindere, seu negligere, hoc est, illo habere modo, quo erat, antequam intervenit metus. erat autem tum integrum jus quod deinde per metum juris scrupulositate est sublatum. Ait igitur Prætor, *Ratum non habebo:* nec addit tempus. nullo igitur tempore habebit ratum *l.* 21. § 1. *h. t.* De eo videndum, num intersit, utrum imperfecta res, id est, tantum promissa, nondum tradita sit, an jam sit perfecta, id est, traditione consummata? Sed non puto, interesse: quia est generalis sermo, Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo. fit autem dupliciter, ut res imperfecta non habeatur rata. primum exceptione Quod metus causa; si promissor metum passus conveniatur actione ex stipulatu. deinde actione Quod metus causa: nisi adversarius promissionem metu extortam, tollat per acceptilationem *l.* 9. §. 3. *D. h. t.* quod si res sit numeratione perfecta: potest rescindi actione Quod metus causa: etsi non alias, quam si utraque & stipulatio & numeratio metu extorta sit. nam si sola extorta sit numeratio: potest quidem aliis legibus esse locus; sed actio Quod metus causa cessat: quia ut numeratio facta sit per metum: at stipulatio metus causa facta non est *l.* 12. §. *ult. D. h. t.* Eadem ratione si sola sit stipulatio vi aut metu extorta, traditio numeratiove non sit: cessat Edictum; verum condictio ob causam turpem aut injustam nihilominus dabitur *l.* 7. *D. de condict. ob turp. caus.* Plane, si metum passus, malit vetere experiri actione, sive in rem, sive in personam, omissa Quod metus causa actione, ait Ulpianus *d. l.* 9. §. 4. jus esse: nam permitti in rem actionem, rescissa, id est, neglecta traditione: in personam vero, rescissa, sive neglecta, acceptilatione vel alia liberatione. Utra tamen agatur actione, non est directa: (nam illa extincta juris subtilitate numquam reviviscit) sed est utilis, id est, restitutoria, ex Prætoris æquitate recipiens veterem qualitatem quam, ut dixi, juris subtilitate amiserat. ita, utrum directa, an utili, actione agatur, nihil interest: nisi quod directa est perpetua: hæc tantum competit intra annum utilem, ut post dicetur. præterea interest,

quod dominus actione directa rem suam vindicans, possessori, si quid pro ea dederit, nihil restituit *l. 3. C. de rei vindicat.* sed in actione utili non aliter metum passo fit restitutio, quam si ipse vicissim ei qui metum intulit, restituat pretium quod ab eo accepit *l. 3. & 4. C. h. t.* idque convenienter æquitati Prætoris, fere agentis restitutione: ut unusquisque jus suum recipiat *l. 24. §. 4. D. de minorib.* Apparet igitur, læso vi, aut metu, duplice via a Prætore subveniri: quamquam ita, ut una electa, altera pereat *d. l. 9. §. 6.* Fac: (quod est exemplum *l. 21. §. ult. h. t.*), repudiavi hereditatem coactus metu. non est dubium, quin eam amiserim jure civili. peto, restitui in integrum adversus vim. succurret mihi Prætor duplice via. priore permittet mihi quasi heredi, qui non sum heres, agere utili petitione hereditatis. posteriore via mihi permittet, si malim, agere in quadruplum actione Quod metus causa. ita patet mihi alterutra via: sed una electa, altera extinguitur.

Postremo consideremus, num etiam ipso jure infirmetur quod metus causa gestum sit: ideoque Prætoria in integrum restitutio non desideretur. Scio, esse qui dubitent. sed mihi placet, distinguere, utrum sit bonæ fidei negotium in quo dicitur metus intervenisse, an stricti juris. posteriore casu puto, subtili jure subsistere, sed Prætoria æquitate rescindi. priore casu esse nullum ipso jure; nec egere Prætoris rescissione, quasi non nata actione. possem id in præsentia demonstrare: sed non opus, quia in antecessum egi, & diligenter, *lib. sing. De forma emendandi doli mali c. ult.*

Hoc inter privatos jus fuit. at placuit Imp. Constantino *l. 2. Cod. Theod. De his quæ administr. vel offic. public. gerentib. distr. sunt lib. 8. tit. 15.* speciali uti severitate in pœnam Numerariorum: (de quorum voracitate in Notis ad eam legem Jacobus Gothofredus) ut si qui conquesti fuerint, ab illis extortas sibi aliquas esse venditiones: non modo eas irritas inanesque efficiant; eoque male vendita recipiant: sed ipsi quoque illi inliciti ac detestandi emptores pretii amissione puniantur. Nec hoc fine stetit Constantinus: sed quod adversus Numerarios statuit in *d. l. 2.* id in *l. 11. C. h. t.* longius porrexit: jubens, si per impressionem quis aliquem metuens saltem in mediocri officio constitutum, rei suæ in eadem provincia vel loco, ubi tale officium peragit, sub venditionis titulo fecerit cessionem: tum emptum reddi, & nihilominus pecuniam retineri: similemque servari pœnam, si qui vel conjugis vel amici nominibus abutentes, prædam tamen sibi adquirant. sed hoc & plura jam observavit Cujacius *lib. 16. Observ. c. 13.*

Sed de priore Edicti capite vel nimis. Alterum fuit conceptum in hæc verba, certe in hunc sensum. *Item quod metus causa gestum erit, de eo, si quid aberit ei cui metus illatus esse dicetur, neque ei arbitrio Judicis restituetur, quanti ea res erit, intra annum quo primum experiundi potestas erit, in quadruplum, post annum in simplum, causa cognita judicium dabo. In heredem de eo quod ad eum pervenit, actionem dabo.* Hoc Caput concinnavi præsertim ex *l. 4. C. h. t. l. 9. §. ult. l. 14. pr. §. 1. & §. 11. item l. 16. §. 2. & l. 19. D. h. t.* Hæc actio ex primis Edicti verbis vocatur actio Quod metus causa. promittitur autem a Prætore non simpliciter, si quid metus causa gestum erit; sed si actori aliquid eo nomine absit: ut apparet ex *d. l. 14.* atque inde ait Ulpianus *l. 12. §. ult. h. t.* naturam metus causa actionis damnum exigere.

Datur igitur hæc actio ei cui propter metum aliquid abest. an & heredibus, cæterisque successoribus? de his nihil Prætor. sed Ulpianus *d. l. 14. §. 2.* ait, etiam his dari. & hanc adfert rationem: *Ideo autem successoribus datur, quoniam & rei habet persecutionem.* Ea vero ratio non vult, actiones mere pœnales heredibus negari: (nam aliter se res habet) sed actionem Quod metus causa comparat cum actione injuriarum, & si quæ alia similis reperiatur. tales non persequuntur rem familiarem. contra unum habent propositum vindictæ, bonis viris odiosæ. ea igitur gratia ne heredibus quidem dantur. non ita est in nostra actione. ea non pergit ad vindictam, sed ad tuendam rem familiarem pœna quadrupli. idcirco addit *d. loco* Ulpianus, eam & rei persecutionem habere: id est, esse quidem pœnalem, sed etiam persequi id quod abest. quod & traditum *l. 16. §. 1. h. t.* Datur igitur hæc actio metum passo. An & inferenti metum, si mox vicissim sit metum passus? negat Ulpianus *l. 12. §. 1. h. t.* idque clara ratione: quæ ratio est, quod cum liceat vim vi repellere, quod fecit, passus est.

Sequens locus est, adversus quem detur Quod metus causa actio. De eo vero nihil in Edicto. non enim dixit Prætor, se dare actionem adversus eum qui metum intulit: sed dixit generaliter atque infinite, Ni restituatur. visum igitur Veteribus, esse Prætoris sententiam; ut detur generaliter adversus omnem ad quem res metu extorta, vel ejus utilitas, pervenerit: licet aloquin ipse metum non intulerit. Aliquis dicet, actionem Quod metus causa esse in personam: nasci enim ex illato metu, id est, ex maleficio. Atque id verum est §. 31. *Inst. de actionib:* sed æque verum, quod non est a Prætore concepta in personam; ut in plerisque personalibus actionibus evenire, Justinianus notat § 1. *Inst. de actionibus:* sed proposita est generaliter sine designatione personæ: ideoque ab Ulpiano *l. 9. §. ult. h. t.* appellatur in rem scripta; & additur, quod non personam vim facientis coërcet: sed adversus omnes vult restitui, quod metus causa gestum est. unde (quod idem observat Ulpianus *l. 14. §. 3. h. t.*) non quæritur in hac actione, utrum metum fecerit is qui convenitur, an alius. contra sufficit, eum qui agit, docere, sibi illatum esse metum, vel vim; & ex hac re eum qui convenitur, etsi crimine caret, tamen lucrum sensisse. id vero ideo, (nam hac utitur ratione quæ est optima) quod cum metus habeat in se ignorantiam: merito quis non adstringitur, ut designet, quis ei metum vel vim adhibuerit. Nec est, cur cuiquam iniquum videatur, ex alieno facto alium in quadruplum condemnari: quia, ut mox subjicitur *d. § 3. l. 14.* non statim est quadrupli actio, sed si res non restituatur. quod ejus arbitrii est. Est igitur hæc actio in personam, sed simul in rem scripta. & verum est, quod in *l. 10. h. t.* ait Cajus, Si ex facto debitoris, metum adhibentis, fidejussores acceptilatione liberati sunt; etiam adversus fidejussores agi posse; ut se reponant in obligationem. Plane de eo dubitatum fuit a Veteribus, si fidejussor creditori vim intulit, ut accepto liberetur; utrum hæc actio tantum adversus fidejussorem, an etiam in reum, competat. putabat Julianus, reum hac actione non teneri, restituere actionem acceptilatione sublatam se inscio: sed ea fidejussorem teneri ad hoc, ut utramque actionem creditori tam contra reum, quam contra se, restituat. atque ita jus foret: si hæc actio a Prætore esset scripta in personam. nunc contra visum est Marcello, & verius, hanc actionem creditori tam adversus reum principalem, quam adversus fidejussorem, competere: propterea quod est in rem scripta *d. l. 9. §. ult. h. t.* Interim placuit Paulo

l. 11.

l. 11. *h. t.* si quis alius sine malitia fidejussoris, ut fidejussori accepto fieret, vim fecit: non teneri fidejussorem, ut rei quoque obligationem restituat. Atqui etiam liberatus ea acceptilatione est reus. Sed hoc ad rem non pertinet: quia venit per consequentiam. principaliter interest fidejussoris, se liberatum esse. sed utrum reus liberetur, an non, fidejussoris plane non interest *l.* 23. *D. de pactis.*

Sed apparet, actionem Quod metus causa sic esse in personam, ut simul sit in rem scripta: ideoque dari non modo adversus eum qui metum adhibuit; sed etiam adversus eum qui cum crimine caret, utique lucrum sensit. Quamquam potest hoc dubium accipere ex *l.* 5. *C. h. t.* cujus hæc sunt verba. *Non interest, a quo vis adhibita sit patri & patruo tuo, utrum ab emptore, an vero* sciente emptore, *ab alio, ut vi metuve possessionem vendere cogerentur.* In omnibus editionibus, præterquam apud Græcos, *Basilic. lib.* 10. *tit.* 2. *tom.* 1. *pag.* 594, extant verba, *Sciente emptore.* Sed nihil efficiunt: cum ignorante emptore, idem jus sit. idque etiam Accursius observat, ideoque suadet, subaudiri verbum, *maxime.* Mihi sedet, verbis Libelli, a Rufo milite ad quem rescriptum est, Imp. Gordiano oblati, propositum fuisse casum: in quo dicebatur ab emptore ipso, aut eo sciente, ab alio metus illatus esse. quod cum facti sit, ab eo non debere fieri argumentum, sæpius notavi alibi.

Primum est: ut ostendam, ad quid, & ad quem modum detur actio Quod metus causa. Id vero intelligitur ex Prætoris verbis supra allatis. primum igitur promittitur a Prætore actio ad hoc, ut læso quod ei abest, restituatur *l.* 21. §. 2. *h. t.* & quidem eo modo quo foret, si vis aut metus non intervenisset. creditumque, convenire menti Prætoris, actorem eo nomine etiam fieri securum data cautione *l.* 9. §. 7. *h. t.* hoc plus, eam restitutionem fieri non qualem qualem, sed plenam, id est, cum fructibus, ut traditur in *l.* 38. §. 5. *& 6. D. de usuris, & l.* 12. *h. t. juncta l. ult.* §. 1. *D. de verb. signif.* Datur igitur hæc actio a Prætore, ut quod abest restituatur: sin minus, in quadruplum intra annum. Porro quærentibus, quomodo accipiatur quadruplum: ait Ulpianus §. 1. *l.* 14. *h. t.* quadruplari omne quodcumque restitui oportet. idque in §. 7. *d. l.* sic explicat. *Quadruplatur id, quanti ea res erit: id est, cum fructibus & omni causa.* Summa est: ut quadrupletur solum quod interest *d. l.* 14. §. 14. id est quod abest, sive damnum *l.* 12. §. *ult. & l.* 14. *h. t.* proinde si quis tradidit possessionem fundi non sui: is non quanti fundus, id est, proprietas fundi, sed quanti possessio est, ejus quadruplum, vel simplum cum fructibus consequetur. æstimatur enim quod restitui oportet, id est, quod abest. abest autem nuda possessio cum fructibus. Fingamus igitur, nihil abesse. ait Ulpianus *d. l.* 12. §. *ult. & l.* 14. cessare Edictum: nec opus exemplis; cum attulerit pulchra, & ultro clara. Datur igitur hæc actio in quadruplum. Hoc vero utrum totum pœna est, ut in furto manifesto; an in eo inest simplum; ut pœna tripli sit? Posterius mavult Ulpianus in *d. l.* 14. §. 9. *&* 10. Eoque opinor, non sine ratione dici, si in quadruplum quis egerit, finiri in rem actionem, vel contra *l.* 9. §. 6. *h. t.* At actio Quod metus causa cum actione furti comparatur §. 25. *&* 27. *Inst. de actionib.* Novi: sed comparatio omnis est modeste ac sobrie accipienda. ubi enim valet per omnia? quin plerumque fit secundum quid. fit igitur similitudo; quod utraque actio persequitur quadruplum. at quærentibus, quousque, aut quo modo, in utraque petatur quadruplum, pure, an mixtim; id aliunde petendum est; cum non tractetur in *d.* §. 25. *&* 27. A superiore quæstione etiam pendet sequens, quid juris sit: si plures metum intulerint; & unus conventus aut rem restituerit, aut quadruplum solverit? Sed jam expedita illa ex superioribus in *l.* 14. §. *ult. & seqq. legg. h. t.*

Datur igitur hæc actio in quadruplum: non simpliciter; sed si, quod abest, arbitrio Judicis non restituatur. sic vero apparet, clementer cum reo egisse Prætorem: nam volenti pœnam evitare dedisse restituendi facultatem *d. l.* 14. §. 1. Sic est: hæc actio, cum sit arbitraria, reo permittit licentiam, usque ad sententiam ab arbitro dictam, secundum quod supra diximus, facere restitutionem. quod si non fecerit: jure meritoque quadrupli condemnationem patietur *d. l.* 14. §. 4. Plane evenit aliquando: ut, si non restituat is cum quo agitur, arbitrium adferat absolutionem. exemplum §. 5. *d. l.* 14. si Titius adhibuit metum, me non conscio, res autem ad me pervenit; & hæc in rebus humanis non est sine dolo malo meo. quid enim potest imputari mihi? utrum quod est metus illatus tibi? atqui non fui ejus particeps. an quod res per metum extorta, tibi non restituitur? verum neque habeo eam quæ non est in rebus humanis; neque feci dolo aut culpa, ne habeam. convenit igitur officio viri boni, ut me officio suo absolvat ab eo quod mihi impossibile est sine vitio meo. Idem est, si servus in fuga sit; & cavero officio Judicis, me si in meam potestatem pervenerit, restituturum. Sic in eo qui in bona fide est. nam in eo qui vim intulit, non est ita. *l.* 1. *C. h. t.* Pedius sane apud Ulpianum *d.* §. 5. *l.* 14. scribit; arbitrium Judicis in restituenda re tale esse: ut eum quidem qui vim admisit, jubeat restituere, etiamsi res ad alium pervenit: eum autem ad quem pervenit, etiamsi alius metum fecit: nam in alterius præmium verti alienum metum non oportere. Sed quid, si homo, id est, servus, sine dolo malo & culpa ejus qui vim intulit, & condemnatus est, periit? Hæc quæstio proponitur §. 11. *d. l.* 14. ait autem Ulpianus, Si is homo moriatur intra tempora actionis judicati; id est, intra tempus quod judicatis ex lege indulgetur humanitatis causa: in hoc casu ideo relaxabitur a rei condemnatione, quia propter facinus, id est, propter illatum metum, cogitur satisfacere tripli pœna. a simplo igitur, id est, a rei vindicatione excusatur humanitate legis; volentis, interim omnes cessare juris effectus, adeoque etiam moræ interpretationem: nulla jam mora propter satisfactionem pœnæ tripli. Sic: si mortuus sit homo. at si in fuga esse dicitur, ait Ulpianus, extorquendam a reo esse cautionem, quatenus eum persequatur, & omnimodo eum restituat: & nihilominus in rem, vel ad exhibendum, vel si quæ alia ei competat actio ad eum recipiendum, integra ei qui vim passus est, servabitur: ita ut si dominus eum quoquo modo receperit, is qui ex stipulatione conveniatur, exceptione tutus fiat. Hæc post condemnationem Ulpianus. si autem ante sententiam homo sine dolo malo & culpa mortuus fuerit: tenebitur, inquit; & hoc fit his Edicti verbis, *Neque ea res arbitrio Judicis restituetur.* Hisce positis mox sic infert: Ergo si in fuga sit servus sine dolo malo & culpa ejus cum quo agitur: cavendum esse per Judicem, ut eum servum persecutus reddat. Et porro subjicit: *Sed & si non culpa ab eo cum quo agitur, aberit, si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset: tenebitur reus.* Sic recte habent omnes libri: nisi quod in quibusdam est, *obierit*: quomodo etiam legerunt Græci: ut dudum observavit Johannes Leunclavius *lib.* 2. *No-*

tator. c. 17. Id fuit ideo monendum: quia sic possumus carere emendatione Jacobi Cujacii ad *h. l.* scribentis, *Sed & si culpa.* Sensus: Sed & si *aberit* ab eo cum quo agetur, *non culpa*, id est, sine culpa ejus; tenebitur: utique si res non fuisset peritura, si metum non adhibuisset: pone: quod dominus eam distraxisset, & pretium lucratus esset: ut in sequentibus ab Ulpiano dicitur. Idem Ulpianus ait, hæc observari in nostra actione, sicut in interdicto Unde vi, vel Quod vi aut clam. & recte: ut facile potest illa similitudo colligi ex *l.* 1. §. 41. *D. de vi & vi armat. & l.* 15. §. 7. *D. Quod vi aut clam.* Sed de his uberius V. CL. M. Lycklama *lib.* 7. *Membran. Eclog.* 1.

Dat igitur Prætor actionem Quod metus causa in quadruplum intra annum; post annum in simplum. quamquam non semper, sed causa cognita *l.* 14. §. 1. *h. t.* quid autem versetur in causæ cognitione, tradit Ulpianus *d. l.* 14. §. 2. Annus porro intelligendus est utilis *d.* §. 2. ut passim, & hic observat Antonius Goveanus *lib.* 1. *Var. lect. c.* 10.

Postremo pollicetur Prætor hanc actionem in heredem & cæteros in id quod ad eos pervenit. atque, ut Ulpianus *l.* 16. §. 2. *h. t.* putat, non immerito. movet illum: quod licet pœna non transeat ad heredem: attamen quod est turpiter aut scelere quæsitum, non debet ad heredis compendium pertinere. sensus Ulpiani est: quod ut heres non debet pœnam subire ex scelere quod non ipse, sed defunctus admisit: ita non debet facere lucrum ex scelere, quod etsi non ipse, tamen defunctus admisit. & additur ab Ulpiano, ita rescriptum esse. cæterum ait Gajus *l.* 19. *h. t.* quod Proconsul in heredem eatenus pollicetur actionem, quatenus ad eum pervenit, intelligendum esse, ad perpetuo dandam actionem pertinere. Illud quæsitum est, *Pervenisse* quomodo accipiendum sit. & quidem videtur pervenisse ad heredem id, quo ad eum locupletior venit hereditas, sed finge, eum, quod pervenit, consumpsisse. quid dicemus, jam desinere eo nomine teneri; an sufficere, semel pervenisse? Hoc placet Paulo *l.* 17. *h. t.* & optime: quia quo momento pervenit, nata est actio, & perpetua *d. l.* 19. quæ non tollitur consumptione rei, sed demum modis ad tollendam actionem comparatis: inter quos non est consumptio. Eodem modo si heres mortuus sit, consumpto eo quod ad eum pervenit ex vi aut metu alii illato a defuncto, nec interim ad secundum heredem pervenerit aliquid, ait Paulus *d. l.* 17. etiam eum heredem teneri. sufficere enim, semel pervenisse ad priorem heredem: nam actionem adversus eum natam propter id quod ad eum semel pervenit, factam esse hereditariam; ideoque tamquam jam perpetuam, recte ad ejus heredem transire. Sic, si consumpserit heres quod pervenit. quid, si naturaliter interierit? idem dicendum: propter *l.* 127. *D. de reg. jur.* Nec obstat *l.* 18. *h. t.* Non est enim accipienda de herede ejus qui vim aut metum intulerit: (nam is defunctum repræsentat: adversus quem integra fuit persecutio eorum quæ vi aut furto sint ablata, etiamsi postea interciderint *l.* 1. *C. h. t.*) sed de bonæ fidei possessore ad quem res per metum ablata pervenerit; si apud eum naturaliter defierit: ut in anterioribus dixi ex *l.* 14. §. 5. *h. t.*

Satis de actione Quod metus causa. Nisi addendum: quod cum ea etiam alia concurrunt judicia: in quibus actio de dolo *l.* 14. §. 13. *h. t.* Præterea interdictum Unde vi, & Quod vi aut clam *l.* 9. *d. t.* item Constitutio Divi Marci *l.* 13. *eod. tit.* An & furti actio? negat Ulpianus *d. l.* 14. §. 12.

TITULUS III.

De dolo malo.

SECUNDA causa petendæ in integrum restitutionis est calliditas. sic observat Ulpianus in *l.* 1. *D. de in integr. restit.* eam causam præsens Titulus vocat dolum malum. est vero vel hæc summæ æquitatis: & tamen de ea sero propositum a Prætore fuit Edictum. nisi enim nos fallit Cicero *lib.* 3. *De officiis cap.* 14. *& lib.* 3. *De natura Deorum cap.* 30. auctor hujus Edicti fuit ejus familiaris & Collega, C. Aquilius Gallus: nam hunc protulisse judicium de dolo malo, sive de dolo malo formulas, id est, actionem & exceptionem doli mali, memoriæ prodidit. quin ait, ante hunc Prætorem vix fuisse, ut dolus malus jure civili vindicaretur: excepto eo qui in tutela esset a tutore admissus: nam adversus hunc Lege Duodecim Tabularum esse cautum accusatione suspecti tutoris. refert tamen, minorum quoque circumscriptionem Lege Lætoria coërceri judicio publico. præterea sine Lege corrigi dolum judiciis, in quibus agitur ex fide bona, aut simili formula. in cæteris causis quæ erant stricti juris si admissus esse diceretur dolus malus, is negligebatur jure civili, nisi is qui læsus esset, dolum malum abesse abfuturumque esse, stipulatus esset, sic enim habebat actionem ex stipulatu ad id quod ejus interesset, dolum malum non intervenisse. Optimo igitur jure visa est Ulpiano *l.* 1. *h. t.* laudanda Prætoris humanitas: Edicto adversus varios & dolosos qui aliis offuerunt calliditate quadam subvenientis, ne vel illis malitia sua sit lucrosa, vel istis simplicitas damnosa. Sed hæc cæteraque ad intellectum hujus Edicti pertinentia, nuper ex professo tractavi singulari libro *De forma emendandi doli mali in contrahendis negotiis admissi:* ideoque nunc contentus ero, indicasse locum, unde peti interpretatio possit.

TITULUS IV.

De minoribus viginti quinque annis.

SEQUITUR tertia causa petendæ in integrum restitutionis, ætas: de qua sic Prætor. *Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quæque res erit, animadvertam.* Hæc verba exhibet Ulpianus *l.* 1. §. 1. *h. t.* Prætor tamen & de tempore petendæ in integrum restitutionis edixit. id tempus fuit annus utilis, numerandus ex quo major factus sit: ut docet Justinianus *l. ult. C. de tempor. in integr. rest.* Hoc Edictum. Quæ ratio? accipe ab Ulpiano *l.* 1. *h. t.* verba. *Hoc Edictum Prætor naturalem æquitatem secutus proposuit: quo tutelam minorum suscepit. nam cum inter omnes constet, fragile esse & infirmum hujusmodi ætatium consilium, & multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum: auxilium eis Prætor hoc Edicto pollicitus est, & adversus captiones opitulationem.* Ulpianus cum ait Prætorem in hoc Edicto esse sequutum æquitatem naturalem: sine

fine dubio intelligit eam quæ excedit modum Legis Lætoriæ: (teste Cicerone, *De Offic. lib.* 3. *cap.* 15.) succurrentis minoribus circumscriptis: cum Prætor succurrat lapsis fragilitate consilii. recte igitur Ulpianus hanc æquitatem non civilem, sed naturalem, vocat: quod similibus exemplis illustravi, *lib. Ad Edictum de pact. & transact. c.* 1. *ad fin.*

Ait igitur Prætor, *Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum erit.* Et apparet, eum polliceri opem minoribus viginti quinque annis; non majoribus: atque, ut Ulpiano videtur *d. l.* 1. §. 2. optima ratione. ea ratio est, *quod post hoc tempus compleri virilem vigorem constat.* Ita judicavit Lex Lætoria (quod dudum animadvertit Brissonius *lib.* 3. *Select. antiq. c.* 2.) ejusque Legis exemplum arripuit Prætor. Sed in primis notandum: quod in §. 3. *d. l.* 1. mox subjicit Ulpianus, *Et ideo hodie in hanc usque ætatem adolescentes curatorum auxilio reguntur; nec ante rei suæ administratio eis committi debebit, quamvis bene rem suam gerentibus.* Id ut intelligatur: sciendum est, quod Lex Duodecim Tabularum cum infirmæ ætati prospexit; tantum pupillis dedit tutores. hisque pubertas adferebat finem. inde pupilli dicebantur venire in suam tutelam: nec eis dabatur curator, etsi minoribus. quod ne opus quidem putabatur, ob paupertatem seculi: quo integri erant adolescentium mores, & honesta habebatur parcimonia. postea crescentibus publicis privatisque opibus, invaluit luxuria; periere mores boni. ea propter (quod res suadebat) restituendæ disciplinæ lata est Lex Lætoria: quæ præcepit, curatores dari adolescentibus lascivis, aut dementibus. inde si quis a Prætore postularet, alicui dari curatorem: is debebat ejus lasciviam aut dementiam probare. alioquin Lex non sinebat dari curatorem. id jus perduravit usque ad D. Marcum: qui primus cavit, ut deinceps omnes adulti curatores acciperent, non redditis causis. testis Capitolinus, in *vita Marci Antonini c.* x., his verbis. *De curatoribus vero, cum ante non nisi ex Lege Lætoria vel propter lasciviam vel propter dementiam darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis causis.* Unde apparet, *Hodie* apud Ulpianum *d.* §. 3. (nam huc redeo) sonare, *Hodie* post Divum Marcum: & esse sensum: quia D. Marci Constitutione omnibus adultis dantur curatores: ideo eos hodie usque ad legitimam ætatem regi curatorum auxilio; nec his ante liberari, quamvis rem suam bene gerant. Illud quæritur in *l.* 2. *h. t.* an non per liberos suos rem suam maturius a curatoribus recipiant: eo quod Legibus (id est, Lege Julia & Papia, quam indicat loci Inscriptio) cavetur; ut singuli anni per singulos liberos remittantur. Sed negat Ulpianus: causatus, *Quod Legibus cavetur*, ut singuli anni per singulos liberos remittantur, *ad honores pertinere, Divus Severus ait, non ad rem suam recipiendam.* Hoc igitur quia in honoribus singulari jure placuit ex interpretatione D. Severi: ait Ulpianus, in proposito ad consequentias trahendum non esse.

Sit ita, dicat aliquis, quamdiu non intervenit aliquod Consulum, Præsidumve, decretum, minori ætatis veniam indulgentium. at quid, si hoc intervenit? nil mutat Ulpianus *l.* 3. *h. t.* imo ait, Severum & Antoninum id jus sibi reservasse, ipsosque minoribus perraro rerum suarum administrationem extra ordinem indulsisse: & hujusmodi Consulum decreta esse quasi ambitiosa interpretatos: hoc est, ut Rævardus *lib.* 5. *Var. c.* 6. explicat, contra jus & æquum in alicujus favorem interposita. Fornerius *lib.* 1. *Select. c.* 17. ait, gratiosa, quæ causa vacant & colore quæsito sunt conflata. Ut ut erit: non potest Magistratus, Consul, verbi gratia, quia legibus servire eum oportet, minoribus dare veniam ætatis. soli id jus est Principi, legibus soluto. is quoque hanc non aliis dat, utique post formam a Constantino positam *l.* 2. *pr.* & §. 1. *C. de his qui ven. ætat.* quam masculis vicesimum, fœminis octavum & decimum, annum egressis; ac ne tum quidem, nisi probaverint se aptos & frugi masculi præsentes, fœminæ per procuratorem. Est porro effectus impetratæ ætatis veniæ: ut minor deinde pro majore habeatur: & a curatore sua bona recipiat. Huc it Paulus *l.* 21. *D. de verb. sign.* quæ est ex libro ejus XI. Ad Edictum, in quo occasione hujus Edicti, etiam egit de venia ætatis, minori a Principe concedi solita. verba Pauli: *Princeps bona concedendo videtur etiam obligationes cedere.* Paulus (ut ostendi *lib. De pactis & transact. c.* 20.) vult, quod Princeps, concessa ætatis venia, minori concedit bona, id est, jus bona sua administrandi; nec minus obligationes, id est, jus se obligandi. Sic fuit usque ad Constantinum. is in *d. l.* 2. §. 1. hoc mutavit in fœminis: jubens, eas habere jus omne quod habent mares; modo ne prædia alienent sine decreto. Justinianus *l.* 3. *C. de his qui ven. ætat.* hoc amplius statuit de hypotheca: & quod ille in fœminis, ipse in maribus quoque, observari jussit. Est igitur jus impetratæ ætatis veniæ; ut minores pro majoribus habeantur; eoque careant in integrum restitutione: ne quis principali auctoritate circumscriptus intelligatur *l* 1. *C. d. t.*

Sed apparet, Prætorem subvenire minori viginti quinque annis. Restat, unde eum æstimemus: utrum ex negotii fine, an ex initio. Ulpianus *l.* 3. §. 1. & 2. *h. t.* eam quæstionem exequitur tribus exemplis: quæ, ut merentur, ordine explicabo. Primum tale est: Minor vendidit. major implevit venditionem. sentit, se læsum. an potest restitui? quæstio in eo vertitur, utrum initium spectemus, an finem? hoc mavult Ulpianus *d.* §. 1: præfatus, quod major implendo contractum eum approbavit: & est constitutum, si minor contrahit, major ratum habet: perinde esse, ac si major contraxisset; eoque cessare Edictum. Inde quæsitum fuit, (quod est secundum exemplum *d.* §. 1.) si minor annis viginti quinque, forte agens annos viginti quatuor, judicium tutelæ heredi tutoris dictaverit; isque absolutus sit, illo effecto jam majore viginti quinque annis: an ei sit in integrum restitutio adversus rem judicatam? ait Ulpianus, Celsum a Flavio Respecto Prætore consultum, existimasse, non facile in integrum restitui, id est, non oportere in integrum restitui, hunc quondam minorem, cum lis inchoaretur contestatione: si non æque fuit minor, cum lis sententia finiretur. opinor; quia restitutio minori non datur, nisi læso. fuit autem læsus; non cum dictaret judicium; sed cum acciperet sententiam. tum vero erat major: cui Prætor adversus rem judicatam non concedit in integrum restitutionem: etsi minori læso adversus eam non deneget. Utrumque clare Alexander, si prudenter accipiatur *l.* 1. *C. Si adversus rem judic.* in qua Antonius Faber, *Rationalib. ad d. l.* 3. §. 1. pro, *tempore judicii*, legit, *tempore judicati:* nulla necessitate. nam *tempus judicii* esse, *tempus sententiæ*, ex sequentibus ejusdem loci intelligitur: & *judicium* aliquando pro sententia dici, compluribus exemplis ostendi, *De fœnor. & usur. lib.* 3. *c.* 15. Est autem hoc in primis verum: si judicium moram acceperit nullo adversarii dolo. is si intervenerit; scribit Ulpianus. *Celsus igitur Respecto* sua-

suasit, non facile hunc quondam minorem in integrum restitui: sed si ei probaretur, calliditate adversarii id actum, ut majore eo facto liberaretur. neque enim extremo (inquit) judicii die videtur solum deceptus hic minor, sed totum obstructum: ut majore eo facto liberaretur. Obscura sunt Ulpiani verba, Goveanus etiam corrupta putat, *lib.* I. *Var. lect. c.* 12 Primum ait, Ulpianum *Sed si* dixisse pro *Nisi*. Ego malim esse orationem, membro defectam, Anantapodoton appellant. non laudo. interim apud Veteres aliquando occurrit. ipse duo annotavi exempla, *lib. De pact. & transact. c.* 22. plura dedere ibi adducti a me Gulielmus Budæus, & Franciscus Duarenus, viri eruditissimi. Deinde legit Goveanus, *Sed toto hoc structum:* idque exponit, Toto judicio id actum & cogitatum. Sed ego Goveani emendatione non utor: satis justo sensu receptæ lectionis; *Neque enim extremo (inquit) judicii die videtur solum deceptus hic minor: sed totum obstructum* [judicium], *ut majore eo facto liberaretur.* Judicium obstructum Ulpiano est clausum, impeditum, ut in hoc Justini *lib.* 24. *c.* 7. *Forsitan & auxilia accessura, & vias quæ tunc pateant, obstructum iri.* Nec alio sensu Ovidius *lib.* 8. *Metamorph. fab.* I. *vers.* 117.

. . . Obstruximus orbem
Terrarum nobis, ut Crete sola pateret.

Eodem modo Tertullianus *Apologetico c.* 4. *Legum*, inquit, *obstruitur auctoritas.* Et c. I. ibidem, *Obstruit defensioni.* Non minus obscurum est exemplum tertium, ipsum in § 2. *d. l.* 3. hunc in modum propositum. Minor annis viginti quinque miscuerat se paternæ hereditati; majorque factus aliquid exegerat a debitoribus paternis. mox petebat restitui in integrum, quo magis abstineret paterna hereditate. contra dicebatur ei, quasi major factus comprobasset quod minori sibi placuit. Quid Ulpianus? putavimus tamen, inquit, restituendum in integrum, inspecto initio. Atqui oportet inspici finem. nam minor, si se immiscuit patris hereditati, & major factus aliquid exigit a paternis debitoribus, (quod non potest facere citra nomen & jus heredis) æque vult heres patris haberi ejus debiti exactione, atque id minor voluit immixtione. quod si est: quid ni videtur jam major, debitum hereditarium exigens, immixtionem quam minor fecit, approbare? certe qua fronte potest Ulpianus jam majori indulgere restitutionem, inspecto initio: cum oporteat eam negari, inspecto fine? Induxi tenebras. porro lucem faciam. sic vero una erit deliberatio: an potuerit a majore effecto hereditarium debitum alio exigi consilio, quam retinendæ hereditatis a minore immixtione adquisitæ. Et puto, potuisse. quid enim, si deliberanti de petenda in integrum restitutione ob ætatem aliquid fuerit metus; ne quid de hereditate decedat, cessante administratione; idque ejus negligentiæ imputetur? potuisse hoc metui, non est quod negetur. proinde quod potuit fieri, id factum esse, humanissime existimavit Ulpianus. & ipse probo: ratus, in dubiis benigniorem sequi sententiam, non minus justius esse, quam tutius *l.* 56. *& l.* 192. § I. *D. de regul. juris.* Exposui *d. l.* 3. § I. & 2.

Sequitur in § 3. alia dubitatio, utrum minor sit, an major. Nimirum aliquis petit, se restitui: quia dicit, se læsum esse lubrico minoris ætatis. adversarius negat, esse minorem: quod dicit, jam cœpisse postremum diem anni vigesimi quinti. utrum placet, majorem esse ob inchoatum diem ultimum: an minorem ob nondum finitum? hoc visum Ulpiano: causanti, tempus numerari a momento in momentum: id est, (ut Goveanus *lib.* I. *Var. lect. c.* X. interpretatur) ab hora ad horam. Jus certum. ratio quæritur: præsertim, quia aliter observatur in *l.* 6. *D. de usurp. & usucap.* quam ad hoc Edictum pertinere, bene animadvertit Jacobus Labittus, *Primo Indic. usu:* cum sit ex Ulpiani lib. XI. Ad Edictum. Sed nescio, an intersit: utrum quod civiliter æstimetur, an naturaliter. hoc fit in proposito Edicto: in quo Prætorem sequi naturalem æquitatem, Ulpianus docuit *l.* I. *h. t.* illud fit in usucapione: quam a Jure Civili, id est, Lege Duodecim Tabularum formam accepisse, Justinianus auctor est *pr. Inst. de usucapion.* Idemque *l.* 5. *D. Qui testam. fac. poss.* observatur in testamento: cujus forma similiter a Lege Duodecim Tabularum, id est, a Jure Civili proficiscitur.

Revertamur ad Ulpianum *d. l.* 3. §. 3. est ibi in *versic. Proinde* casus alius non minus dignus notatu. Proponitur aliquis natus die bissexto: id est, die intercalari: sed posteriore. dies ille vocatur bissextus; quia ubi intercalabatur dies, quod fit quarto quoque anno, in fastis bis ponitur sextus Kalend. Martii: qua de re Isidorus *lib.* 6. *Origin. c.* 17. *p.* 967. Censorinus *De die natali c.* 20. & Macrobius *lib.* I. *Saturn. c.* 12. Natus igitur quis est die bissexto, sed posteriore. deinde anno ætatis suæ vigesimo quinto ipso natali die, id est, sexto Kalendas Martii, eadem hora qua natus, aliquid cum eo est gestum. læsus petit restitui. an potest? quæstio est; an, quia est natus intercalari die, sit transeundum ad sequentem diem? sed ait Ulpianus, (quod & confirmatur *l.* 98. *D. de verb. sign.*) utrumque diem bissextum pro uno die haberi: adeo nihil referre; utrum sit priore die, an posteriore, natus; nec fieri transitum ad sequentem.

Incurrit hic & alia quæstio, utrum solis patribusfamiliarum, an etiam filiisfamiliarum succurri debeat? hanc quæstionem multis tractat Ulpianus in *d. l.* 3 § 4. *& seqq* ego paucis agam. Si Edicti verba consideremus: late patent. verum movet dubitationem: quod si quis dixerit, etiam filiofamilias in re peculiari subveniendum: possit metus esse, ne per eum etiam majori subveniatur, id est, patri ejus; idcirco quod contrahens cum filiofamilias, duos habet obligatos: id est, patrem de peculio jure Prætorio, & filiumfamilias jure civili in solidum. jam si filiusfamilias obligatione liberatur; tam videtur pater liberari, quam filius *l.* 43. *D. de solution* quod nequaquam fuit Prætori propositum. Prætor enim minoribus auxilium promisit, non majoribus. Tenes dubitationem. Quid Ulpianus? putat, patrem quidem, si conveniatur ex contractu filii, non restitui: sed filiumfamilas, si ipse conveniatur, restitui ex his causis, ex quibus ipsius interest. cæterum filii restitutionem non prodesse patri; ideoque eum posse nihilominus conveniri. Non obstat *d. l.* 43. quia loquitur de veris liberationibus quæ fiunt iure Civili: quales non sunt quæ jure Prætorio fiunt *l. ult. D. de duob. reis.* Hæc tamen fallunt *l.* I. & 2. *C. de filiof. minor.* Dixi de filiofamilias minore.

Porro de servo videndum: nam & de eo, si minor gesserit aliquid, quæri possit: quia nec hunc excipit Prætor. Sed verius est, ad servum non pertinere in integrum restitutionem. nam Prætor auxilium minori promittens, ipsum spectat; non alium per quem minor ad negotium accessit. porro servi restitutio non prodest servo: (quid enim proprium habet servus?) sed prodest domino: cui servus adquirit. is vero si major est: imputet sibi, quod minorem adhibuit, & per eum læsus est. quod si tamen servus minor ipse læsus sit: dicemus, vel ipsi esse succurrendum *d. l.* 3. §. *ult.*

§. *ult. l.* 4. *l.* 5. *h. t.* lato Prætoris sermone, & certa paritate rationis.

Non igitur refert, qualis sit minor, qui læsus postulet restitui. Quid, si intervenerit ejus tutor aut curator? Scio: non ait Prætor, quod cum tutore aut curatore gestum erit: sed quod cum minore gestum erit. Quid tamen refert, utrum sit aliquid cum minore gestum imprudenter, an cum ejus tutore aut curatore: certa Prætoris ratione; ne minor per causam ætatis lædatur. Accedit, quod non perdendi, sed juvandi, minoris causa tutor & curator comparatur. proinde si in integrum restitutio petatur, quod ab iis læsa esse dicitur res minoris, etsi nullo dolo: non debet restitutionem impedire, quod errarunt illi qui ejus bono dati erant. Sed præclare Modestinus, Nulla, infit, juris ratio aut æquitatis benignitas patitur, ut quæ salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem *l.* 25. *D. de legibus.* Igitur & hic convenit Edicti sententiæ, minorem restitui, etsi verba non patiantur. *l.* 2. *&* 3. *C. Si tut. vel cur. interv. l.* 29. *l.* 47. *l.* 49. *h. t.* Sic: si creditor sit secutus personam pupilli aut minoris. nam si curatorum personam secutus, cum ipsis contractum habuit, & ab ipsis stipulatus est, nulla opus est restitutione, quia adversus minorem nullam habet actionem *l.* 4. *C. d. t. Si tut. vel cur. interv.*

Finiam hanc partem; si addidero, quod respublica quoque solet pro minore haberi, & læsa in integrum restitui, exemplo minoris *l.* 4. *C. Ex quib. caus. major. l.* 3. *C. de jur. reipubl. lib.* XI. *tit.* 29.

Hactenus ostendi, quis sit minor cui a Prætore indulgetur in integrum restitutio. Sequens disputatio ostendet, hanc demum dari docenti, se lubrico ætatis & fragilitate consilii esse circumventum: eo quod aliquid sit cum eo gestum. sic enim sonant Edicti verba. *Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur:* & additur, *Uti quæque res erit, animadvertam.* Ulpianus porro *l.* 19. *D. de verb. signif.* ait, *Gestum* a Labeone quidem definiri rem sine verbis gestam: cæterum putat, in proposito latius patere ex mente Prætoris. ab eaque causa in *l.* 7. *h. t.* (quam cum *d. l.* 19. optime conjunxit Labittus, *Primo Indic. usu:* cum utraque sit ex lib. XI. Ad Edictum) Gestum, inquit, sic accipimus, qualiter qualiter: pari ratione, sive lædatur minor secundum verbi proprietatem, sive præter eam. sed primum ait Ulpianus *d. l.* 7. *Gesti* appellatione contineri *contractum.* quia procul dubio aliquid illo geritur cum minore: & sunt in §. 1. exempla: si emit, si vendidit, si societatem coiit, si mutuam pecuniam accepit, & captus est. idem de interventionibus dicitur ibidem §. 3 & de judiciis §. 4. quibus quasi contrahitur *l.* 3. §. 11. *D. de peculio;* & in dote *l.* 9. §. 1. Illud obscurius: quod Ulpianus, *d. l.* 7. addit, Gestum videri, sive contractum sit, *sive quid aliud contigit:* id est, quid aliud, præter contractum. Est vero tale; si ipse quid egit minor, quo noceret sibi. Fac, per luxuriam perdidit pecuniam quam ex debitoris solutione accepit sine curatoris consensu. Erat dubitatio propter Edicti verba, *Quod cum minore gestum erit:* quibus non convenit præsens casus: in quo nihil est gestum cum minore; etsi pecuniæ perditione aliquid est a minore gestum. Placuit tamen, vel in hac specie Prætoris mentem verborum subtilitati præferre; & minori, si pecuniam, ei a debitore sine curatoris consensu solutam, malo more perdidit, perinde subvenire; ac si aliquid cum eo gestum esset. sic ad rem curiose Ulpianus *d. l.* 7. §. 2. *h. t.* Ab eodem fonte est: quod in integrum restitutione adjuvatur minor, si temere se immiscuerit hereditati patris damnosæ, aut extranei hereditatem damnosam adierit *l.* 57. §. 1. *D. de adq. hered.* etsi nec hic sit quidquam cum minore gestum: sed ab illo aliquid. in summa enim quid interest? Idem putemus: si aut legatum repudiavit, aut hereditatem. est enim & hic aliquid ab illo, nihil cum illo, gestum. tamen subveniendum est *l.* 7. §. 7. *h. t.* De delictis videamus: an vel illa sub gesto contineantur? prima inspectio est, quid juris sit; si minor ex delicto actor sit, & quid omiserit? placet autem, quod Tryphoninus *l.* 37. *h. t.* scribit, auxilium in integrum restitutionis executionibus pœnarum paratum non esse; ideoque injuriarum judicium semel omissum, repeti non posse. & est optima ratio: quod injuriarum judicium tantum pergit ad ultionem: cum Prætor non ad hanc intendat; sed ad conservationem patrimonii, juvenili facilitate perituri. altera inspectio est: si ipse deliquerit minor. ait vero Ulpianus *l.* 9. §. 2. *h. t.* minori in delictis non succurri. Tryphoninus *d. l.* 37. §. 1. ait, ne mereri quidem, utique in atrocioribus. qua ratione? nimirum, quia malorum mores infirmitas animi non excusat *l.* 1. *C. Si advers. delict.* quid, si delictum non ex animo, sed extra venit? noxia non committitur, etsi pœnæ causa pecuniæ damnum irrogatur *d. l.* 1. Ex animo venit dolus, furtum, adulterium *d. l.* 9. §. 2. *& d. l.* 37. §. 1. injuria, seu contumelia: quam Ulpianus *d. l.* 9. §. 2. dixit *damnum injuria*, paulo insolentius. Extra venit quod magis ex imprudentia quam ex malis moribus, id est, proposito & voluntate delinquendi, proficiscitur. pone: mater minor liberis impuberibus (ex præscripto D. Severi quod est in *l.* 2. §. 2. *D. Qui pet. tut.*) non petiit tutores. licet constet, in delictis neminem ætate excusari: matri tamen quæ filiis tutorem non petiit, lubrico ætatis lapsa, eorum successionem minime denegari convenit: cum hoc in majoribus matribus tantum obtineat *l.* 2. *C. Si advers. delict.* Oportet igitur (nam eo redeo) aliquid cum minore, vel a minore, esse gestum; ut ex hoc Edicto restituatur. quod si læsus ab aliquo sit minor; cum ipse nihil gessit; cessant Prætoris partes. sed quod non potest Prætor; reducet in pristinum statum Princeps. exemplum *l.* 11. §. 2. *h. t.*

Tempus est, ut de ipsa in integrum restitutione, ejusque forma, & quæ ei consequentia sunt, tractemus. Huc spectant sequentia Edicti verba: *Uti quæque res erit, animadvertam.* Obscura sunt hæc verba. sed dicam, quid mihi succurrat. *Animadvertere* est, animum ad rem vertere, id est, rem animo cognoscere. ea porro cognitio, sive animadversio, quia non alia causa fit a Prætore, quam ut decernat; an miramur, animadversionem hic pro mixto imperio, seu toto jurisdicundi officio, accipi a Prætore. sit hoc in Edicto De aleatoribus, & Edicto De injuriis, auctore Ulpiano *l.* 1. *pr. &* §. 3. *D. de aleator. & l.* 15. §. 25. *&* §. 28. *D. de injur.* quid, si pari modo dicitur, *Cognitionem* impetrare *l.* 39. *D. de eviction. & l.* 3. §. 9. *h. t.* pro impetrare restitutionem ex decreto Prætoris, causa cognita? Promittit igitur Prætor, animadvertere, id est, causa cognita, decernere, sive jus dicere; si quid cum minore gestum erit. quo modo? *Uti quæque res erit.* Sic loquitur Prætor. est vero ejus sensus: Quod cum minore gestum erit, cognoscam; ac si eo læsus erit infirmitate consilii, prout mihi æquum & bonum videbitur, decernam. Is sensus. Paulus *l.* 24. §. *ult. h. t.* sic exprimit: *Ex hoc Edicto nulla propria actio vel cautio proficiscitur: totum enim hoc pendet*

ex Prætoris cognitione. Paulus significat, quod Prætor promittens, minorem si læsus sit, in integrum restituere, se non adstringit ad unam restitutionis formam: sed constituit, varie jus dicere: prout, minoris utilitati conveniet. Et est argumentum Paulo: quod prætor non pollicetur propriam actionem vel cautionem, id est, ut mihi videtur, non certum atque uniforme auxilium: non enim dicit, actionem dabo, ut alias: non etiam, caveri jubebo, ut in Edicto De damno infecto: sed ait, animadvertam, uti quæque res erit. reservat igitur sibi liberam restitutionis formam; prout ipsi videbitur. Inde fit: ut minori aliquando subveniatur Prætoria cognitione, nulla data actione, aut Judice: aliquando ei, causa cognita, detur Judex & actio utilis in personam ejus quocum gessit aliquid: aliquando etiam actio utilis in rem adversus possessorem, non modo malæ, sed etiam bonæ fidei; licet cum eo non sit contractum. Ne auctoritas nostræ desit interpretationi; adducam *l.* 13. §. 1. *h. t.* ubi rem a minore traditam accepit Titius ex causa emptionis; isque eam mox vendidit & tradidit alii. minor petit restitui in integrum. dicitur adjuvari vel cognitione Prætoria, (ut & fit *l.* 39 *D. de eviction.*) vel actione utili, modo in personam rescissa liberatione, modo in rem rescissa alienatione: prout Prætori æquius videatur. Id vero est, opinor, quod dixit Paulus *d. l.* 24 §. *ult Totum hoc pendere ex Prætoris cognitione.* Est porro his consequens; ut minor petat in integrum restitui, non de plano per libellum, sed pro tribunali, considente Prætore, & adversariis adversus quos petat restitui, advocatis: ut observari, ubi causæ cognitio fit, supra dictum sub Titulo De in integrum restitutione; & in proposito liquet in *l.* 29 §. 2 *&* *l.* 13. *h. t.*

Interim in causæ cognitione versantur multa, obiter exponenda. Primum est; an qui postulat, se restitui ob ætatem, probaverit, se minorem esse, ut in antecessum demonstravi. Alterum; an sit eo quod gestum est, læsus lubrico ætatis. Non id palam indicatur Prætoris verbis: sed congruit ejus menti; ne semper, nec passim, rescindat cum minore gestum; sed ut totum redigat ad bonum & æquum: ne, dum vult consulere minoris imbecillitati, eum incommodo afficiat. nam si eum indistincte juvet; nemo cum eo contrahet; itaque futurum erit perinde ac si quodammodo ei commercio interdicatur. proinde, nisi manifesta sit circumscriptio; aut tam, id est, valde, negligenter in ea causa versatus sit, Prætor interponere se non debet *l.* 24. §. 1. *h. t.* finge: fato læsus est, sobrie rem suam administrans: cur restituetur ob ætatem qui fecit, quod faceret, si esset major? non igitur eventus indulget damni restitutionem, sed inconsulta facilitas. Sic optime Ulpianus *l.* 11. §. 3. §. 4. *&* 5. *h. t.* & allatis exemplis pulcherrimis. Nec minus probo sic concludentem *l.* 44. *eod. tit. Non omnia quæ minores viginti quinque annis gerunt, irrita sunt: sed ea tantum quæ causa cognita ejusmodi deprehensa sunt: vel ab aliis circumventi, vel sua facilitate decepti, aut quod habuerunt, amiserint: aut quod adquirere emolumentum potuerunt, omiserint: aut oneri quod non suscipere licuit, se obligaverint.* Possent hæc sufficere; nisi e re esset, notari, proniores fuisse Veteres in adjuvando minore ob acceptum damnum, quam ob omissum lucrum. Adeo fuere qui existimarent, sufficere, minorem levari damno quo sit affectus: non esse opus, ei subveniri propter omissum lucrum. nam damnum (quod a demendo, & quasi deminutione patrimonii dictum *l.* 3. *D. de damn. infect.*) demum videri, cum minor amisit quod habuit: at cum omisit lucrum, non esse quidem locupletiorem factum; sed interim nihil de bonis suis demisisse, eoque proprie non esse læsum. sic illi. Aliis contra sedebat, convenire benignitati Prætoris, minori omni modo prospicientis, ei non minus subvenire propter neglectum lucrum, quam propter acceptum damnum: sapientibus, non minus lucri, cujus habeant occasionem, studiosis, quam a damno, si immineat, alienis. Atque hæc sententia, ut humanior atque utilior, post multas variationes tandem recepta est: si fides Ulpiano *l.* 7. § 6. *D. h. t.* nam hoc indigitat: cum sic scribit, *Hodie certo jure utimur, ut & in lucro minoribus succurratur.* Et adfert exempla §. 7. *&* 8.

Summa est: quod in integrum restitutione minoris omnia in eum reponuntur statum, in quo erant ante, quam esset cum illo gestum. proinde debet res perinde haberi, ac si nil esset cum minore gestum. Quod si est: oportet restitui ipsum quod est gestum, & præterea, quidquid ex eo sequutum est. Hoc intelligitur ex *l* 9. *h. t.* proponitur ibi minor esse damnatus sententia Præsidis vel Procuratoris Cæsaris. deinde ex causa judicati capta & distracta sunt ejus pignora. mox idem minor petit in integrum restitutionem adversus sententiam. pro certo ponitur, (ut est certum) quod pecunia a minore soluta ex causa judicati, debet ei restitui. illud quæritur, an etiam revocari possint distracta corpora? & placet, revocari: modo intersit minoris, revocari: id est, ut ait Ulpianus, si grande damnum sit minoris. nam huc respicit in integrum restitutio, ut omnis utilitas quam amisit, aut omne damnum quod accepit minor, ei Prætoris indulgentia reparetur.

Cæterum, ut æquum est, Prætorem minori consulere; ita nec debet adversarium negligere. bene Paulus *l* 24. §. 5. *h. t.* restitutio, inquit, ita facienda est, ut unusquisque integrum jus suum recipiat. sic foret; si nil esset cum minore gestum. nec aliud congruit æquitati Prætoris, quam utriusque causam in hunc statum reducere. prospiciat igitur minori Prætor, ne lubrico ætatis accipiat damnum. qua vero fronte sinat, eum facere lucrum cum aliena injuria? sed apparet, ut vera sit in integrum restitutio, oportere omnia pro infectis esse. Hoc vult Antoninus *l. unic. C. de reputat. quæ fiunt in judic. in integr. rest.* Tatiano cuidam sic rescribens: *Qui restituitur in integrum, sicut in damno morari non debet, ita nec in lucro.* Et inde refert: quod minor *ideo, quidquid ad eum pervenit, vel ex emptione, vel ex venditione, vel ex alio contractu, hoc debet restituere* Tum subjicit §. 1. *Sed & si intercessor minor viginti quinque annis intervenerit, in veterem debitorem debet restitui actio.* Non minus verum est, quod in § 2. addit porro: *Cum minor adiit hereditatem, & restituitur: mox quidquid ad eum ex hereditate pervenit, debet præstare: verum & si quid dolo ejus factum est, hoc eum præstare convenit.* Sic Antoninus. & probo; quod ait, a minore si restituatur, præstari, quidquid ad eum ex hereditate pervenit. nam cætera adversario non præstari. fac, quid legatis esse expensum: fac, servos ad libertatem adita hereditate pervenisse. an tenetur aut legata refundere, aut pretia manumissorum? non putat Ulpianus *l.* 22. *h. t.* & recte: quia servi ex defuncti voluntate ipso jure sunt adita hereditate manumissi: porro soluta legata jure debebantur. ita ex his nihil ad eum pervenit. Eodem modo Papinianus *l.* 31. *h. t.* minore adversus aditionem hereditatis restituto, ait servos ex fideicommisso manumissos, retinere libertatem: & si quidam ex creditoribus pecuniam suam a minore accepissent ante restitutionem: recte factam esse solutionem: ideoque

que contra eos qui acceperunt, cæterorum querelam, ut pecunia communicetur, non admitti. Sed nimis liquet, postulata restitutione, quidquid ad minorem pervenit, ab eo restitui adversario. Idem esse, ait Antoninus *d. l. unic.* si quid factum est ejus dolo, quo minus perveniret. non enim est Prætori negotium, improbitati & malitiæ indulgere; sed ætatis minoris lubrico & consilii infirmitati subvenire. Atque hæc procedunt maxime in his quæ pendent ab uno utriusque actu, & quasi cohærent, nec facile separantur: ut in emptione & venditione, & similibus. sed aliter est in separatis: qualis casus est *l.* 28. *b. t.* Minor egit actione tutelæ directa: tutor contraria. ille, ut ratio redderetur: hic ut impensas reciperet. minor obtinuit minus, quam sibi deberi existimabat. petit restitui in integrum. an restituendus quoque tutor? negat Modestinus: quia separata est utraque actio, nec altera cum altera quidquam habet commune. Potest enim esse directa tutelæ actio, ut non sit contraria. vice quoque versa potest institui contraria, ut non agatur directa. Nec dissimile est, quod traditum *l.* 29. §. 1. *d. t.* Ex superioribus profluit alia quæstio *l.* 41. *b. t.* cujus variat lectio. Florentiæ sic editur. *Si judex circumvento in venditione adulescenti jussit fundum restitui, eumque pretium emptori reddere, & hic nolit hac in integrum restitutione: pœnitentia acta exceptionem utilem adversus petentem pretium, quasi ex causa judicati adulescens habere poterit: quia unicuique licet contemnere hæc quæ pro se introducta sunt. nec queri poterit venditor, si restitutus fuerit in eam causam in qua se ipse constituit: & quam mutare non potuisset, si minor auxilium Prætoris non implorasset.* Sic Florentiæ. apud Haloandrum est, *& hic nolit uti hac in integrum restitutione.* Russardus pro, *venditor*, quoque habet, *emptor:* quamquam Haloander retinet *venditor*, ut est in editione Florentina. sed, res postulat, *emptor*. Species: Minor vendidit fundum certo pretio. is minor petit restitui in integrum. Prætor suo decreto jussit, minori ab emptore restitui fundum; & a minore vice versa pretium restitui emptori; sicut in integrum restitutione moris est. postea adolescentem pœnituit impetratæ restitutionis. igitur non vult ea uti. ejus adversarius agit actione rei judicatæ, ut sibi pretium restituatur: paratus ei fundum, ut jussus, restituere. quæritur: an minor adversus eum possit uti utili exceptione, id est, exceptione in factum? prima facie non videtur: quasi adversario sit jus quæsitum ex decreto Prætoris, utrumque in integrum restituentis. Ait tamen Julianus, quod adolescens exceptionem utilem adversus petentem pretium, quasi ex causa judicati, habere poterit. & pro ratione addit: quia unicuique licet contemnere hæc quæ pro se introducta sunt: nec queri poterit emptor, (sic dixi legendum) si restitutus fuerit in eamdem causam in quam se ipse constituerat, & quam mutare non potuisset; si minor non impetrasset Prætoris auxilium.

Item quæritur, si minor adversus minorem restitui desiderat, an sit audiendus? Ulpianus *l.* 11. §. 6. *b. t.* putat, inspiciendum a Prætore, quis captus sit. proinde si ambo capti sunt, verbi gratia, minor minori pecuniam dedit, & ille perdidit: melior, inquit, est causa ejus qui accepit, & dilapidavit, vel perdidit. Plane in §. 7. censet Ulpianus, si minor annis cum filiofamilias majore contraxit: posse in integrum restitui; ut magis ætatis, quam Senatusconsulti, ratio habeatur. quid, si apud minorem mulier pro alio intercesserit? si audimus Gajum *l.* 12. *b. t.* non est ei actio in mulierem danda: sed perinde atque cæteri, per exceptionem removeri debet: scilicet, quia communi jure ei actio in priorem debitorem restituitur. Hæc si solvendo sit prior debitor: alioquin mulier non utetur Senatusconsulti auxilio.

Non prætermittam hic *l.* 13. *b. t.* quia meretur exponi quod tractat. Ait ibi Ulpianus, in causæ cognitione etiam versari, utrum soli minori succurrendum sit, an etiam his qui pro eo sint obligati, puta, fidejussoribus aut mandatoribus. primum pro certo ponit, quod minor captus, nec creditori, nec fidejussori, tenetur: sed perpendendum est Prætori, utri potius subveniat. Sic vero apparet, quod Ulpianus *l.* 3. §. 4. *b. t.* ait, restitutionis auxilium solere interdum minoris fidejussori prodesse. at quando ei prosit, hoc quæritur? Fac, mandatorem esse; putat Ulpianus *d. l.* 13. facilius dici, non debere ei subveniri: scilicet, quod hic fuit velut adfirmator & suasor; ut cum minore contraheretur. Idem tamen censet in fidejussore: si, cum scirem minorem, & ei non haberem fidem; tu pro eo fidejusseris: non enim esse æquum, fidejussori subveniri in necem meam; sed potius denegandam ipsi fore actionem. Paulus *lib.* 1. *Sentent. tit.* 9. §. 6. id sic exprimit: *Qui sciens prudensque se pro minore obligavit, si id consulto consilio fecit, licet minori succurratur, ipsi tamen non succurretur.* Cæterum non iniquum fuerit, sicut minori, sic fidejussori, subveniri: modo minor non in re, sed dolo creditoris, circumventus dicatur *l.* 2. *C. de fidejussorib. min.* sic enim exceptio non cum minoris persona, sed cum re, cohæret. idemque foret, si major læsus esset dolo creditoris *l.* 7. §. 1. *D. de except.* Sed nostra quæstio est: si minor, sine dolo creditoris, in re sit circumscriptus lubrico ætatis. tum enim personæ favor demum locum facit in integrum restitutioni: ideoque exceptio cum persona cohæret *d. l.* 7. §. 1. nec videtur porrigi ad fidejussorem: cujus non idem favor est. quin potest ei imputari, cur fidejusserit; si scivit, minorem esse pro quo intervenit: aut cur non inquisiverit in personam ejus, si nescivit. utique potuit inquirere: & si non fecit, cum posset, ejus culpa est: quam æquum est magis ei, quam creditori, nocere. hunc certe lædi fidejussoris imprudentia, non oportet *l.* 1. & 2. *C. de fidej. minor.* At enim obstant *l.* 51. *D. de procurat. l.* 86. *D. de adq. bered. l.* 2. §. *fin. D. de admin. tut.* Sed videamus; ne in his sit quid speciale, ad superiorem regulam non pertinens. Habuit sane illa locum, fidejussore simpliciter interveniente pro minore, qualis qualis sit. at in proposito fidejussor pro minore intervenit, non simpliciter, sed qua tali: id est, pro minore certam assumente personam, verbi gratia, defensoris aut heredis. hanc qualitatem quamdiu retinet minor; æquum est, teneri fidejussorem qui in eam consensit. eam si deponit minor, impetrata in integrum restitutione: sicut minori subvenitur, ita ejus fidejussorem adjuvari oportet: quia fidejussit pro minore, non tamquam minore, sed tamquam defensore aut herede. talis autem defensor aut heres esse desiit in integrum restitutus. igitur desiit quoque esse causa fidejussionis, unice factæ, ut minor esset aut heres, aut alienæ litis defensor. nec restat; nisi, ut æque in integrum restituatur fidejussor, ac restitutus est minor: siquidem stipulatio ex hujusmodi causa intelligitur interponi propter ipsam rem propter quam quis convenitur, & idcirco caret effectu: si ea sit rei persona cum qua agi nequeat, qualis est servus *l.* 9. *l.* 13. *D. Si quis cautionib. in judic. sist.* aut si talis sit, ut adversus eam jam amplius dirigi non possit: ut evenit in tutore, finita tutela *l.* 15. *D. eod. tit.*

Non minus elegans est sequens Ulpiani observatio in *l. 16. h. t. In causæ cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. Nam si communi auxilio & mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium.* Et est exemplum Ulpiani clarum & certum: *Ut puta, cum pupillo contractum est sine tutoris auctoritate.* Est enim pupillus ipso jure tutus: solo obligatus naturæ jure ex quo jure civili non est petitio. Non peccabo: si huic exemplo subjiciam aliud consimile ex *l. 25. D. de fidejussoribus* quæ desumpta est ex eodem Ulpiani lib. XI. Ad Edictum; ex quo est *d. l.* 16. eique olim cohæsit. Verba *l.* 25. *Marcellus scribit: si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, prodigove, vel furioso fidejusserit: magis esse, ut ei non subveniatur: quoniam his mandati actio non competit.* Ita passim legitur. sed incidit Antonio Contio, V. CL. *lib.* 2. *Var. lect. c.* 3. reponere: *Ut his non subveniatur, quoniam ei mandati actio non competit.* Optimo, opinor, sensu qui ante erat nullus. is sane locus pertinet ad Edictum de restitutione minorum, & est conjungendus cum fine principii *d. l.* 16. ita non quæritur de restitutione fidejussoris qui intervenit pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, aut pro prodigo, furiosove, similiter obligatis sine consensu curatoris: sed quæritur de restitutione pupilli, prodigi, aut furiosi: & est utriusque & Marcelli & Ulpiani sensus: Si quis fidejusserit pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, aut pro prodigo, furiosove: non est his, id est, pupillo, prodigo, aut furioso, necessaria in integrum restitutio: quia satis muniti sunt jure communi; cum huic, id est, fidejussori, adversus ipsos nulla jure civili competat mandati actio. Hic Ulpiani sensus, & solus, non alius. Ita non oportet eo ex loco ulterius quæri, (quod a plerisque fieri video) an talis fidejussor jure civili obligatus intelligatur. nam de hoc in proposito neque Ulpianus cogitavit, neque Marcellus. Quid igitur est? ei qui hoc scire volet, suadeam, ire ad alia Pandectarum capita in quibus ea quæstio tractatur. ex hoc enim loco non discet: quia in hoc non est actum. Superiori quæstioni affinis est illa, an minor viginti quinque annis, si contrahat sine curatoris consensu, opus habeat in integrum restitutione? proponitur ea in *l. 3. C. h. t.* & est una dubitatio, utrum sit ipso jure tutus, an non. Sed hanc ex professo expedivi *lib. Ad Edict. De pact. & transact. c.* 20. Ne prætermittendum quidem foret exemplum §. 1. *d. l.* 16. nisi id exposuissem *lib. De form. emend. dol. mal. c.* 7. in quo etiam, quod est dignissimum observatu, indicavi, *l. 5. C. h. t.* esse partem *l. 5. C. de rescind. vend.* monstrante legis utriusque cum tenore, tum Inscriptione quæ est *Impp. Diocletiani & Maximiani ad Rufum.*

Volui discedere a *d. l.* 16. sed retinet me duplex scrupulus in his verbis *pr. d. l. In causæ cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere, citra in integrum restitutionem.* Prior difficultas est, quod non satis eis conveniunt sequentia. *Nam si communi auxilio, & mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium: ut puta, cum pupillo contractum est sine tutoris auctoritate, nec locupletior factus est.* Quæ enim hic est actio propter quam deneganda sit in integrum restitutio? Altera difficultas est: quod in §. 2. *d. loci* occurrit exemplum: in quo datur in integrum restitutio, etsi alia competat actio. idemque evenit *l. 1. l. 3. & l. 5. C. Si tut. vel cur. interven.* Ut igitur uterque eximatur scrupulus: dicendum est, quod in *d. l.* 16. *pr.* sub actionis appellatione continetur jus id quod gestum sit, dicendi nullum. & est sensus: Quoties quis ita est munitus ipso jure: ut possit id quod gestum est, nullum dicere: tum Prætor ei non accommodat hoc extraordinarium in integrum restitutionis auxilium: propterea quod non est opus restitutione qua nullum fiat negotium, quod est nullum, & quidem ipso jure. tale exemplum est: si pupillus se obligaverit sine tutoris auctoritate, nec sit locupletior factus: aut si minor in contrahenda societate sit dolo malo circumventus. quid enim restituatur; ubi quod restituatur, non est? Cæterum si ipso jure civili teneat gestum cum minore: tum est in integrum restitutione opus: nec ea impeditur eo quod minori etiam alia competit jure civili actio: quia non est minor sic ipso jure munitus; sed alia actione, in integrum restitutioni accedente: ut est incerti condictio §. 2. *d. l.* 16: & sunt aliæ actiones in *d. l. 3. & 5.* Sic accipiendum quod in *d. l.* 16. § 3. generaliter subjicit Ulpianus, *Et generaliter probandum est, ubi contractus non valet, pro certo Prætorem interponere se non debere.*

Res finem non inveniet, si velim omnes enumerare casus, in quibus cesset in integrum restitutio. cum enim generaliter dicat Prætor, *Uti quæque res erit, animadvertam:* apparet, non aliter ab eo dari, quam si justa causa esse videatur. Si tamen molestus non ero; addam causas paucas & elegantes. Prima deliberatio erit: an possit minor, post impetratam a Principe ætatis veniam, rem suam minus idoneë gerens, petere in integrum restitutionem. quæstio est, an sit justa causa? sed negat Aurelianus, atque optima ratione; ne hi qui cum eo contrahunt, Principali auctoritate circumscripti esse videantur *l. 1. C. de his qui ven. ætat. impetr.* Similis causa denegandæ in integrum restitutionis est; si major ratum habuerit quod minor gessit. quid enim interest, utrum major gerat, an quod minor gessit. major approbet? sed Ulpianus *l. 3. §. 1. h. t.* ait, placere, & esse constitutum, si quis major factus comprobaverit, quod minor gesserat, cessare restitutionem. eodemque spectat *l. 1. & 2. C. Si maj. fact. rat. hab.* Similis casus est: si minor alterius circumveniendi causa, se majorem dixerit: sciens, se minorem esse. Atqui est minor. Sed nequam; non simplex; sed improbe callidus. ita malitia supplet ætatem: certo, quod publica jura minoribus, errantibus, non etiam fallentibus, subveniunt *l. 2. C. Si min. se maj. dix.* Non idem rigor servatur adversus minorem qui majorem ætatem probavit, id est, putavit se probare, tabulis professionum suarum sibi oblatis: cum nesciret, falsas esse *l. 1. C. d. t.* Non enim fecit se restitutione indignum qui noluit alium decipere, ipse deceptus oblatis professionum suarum tabulis quas putabat veras esse. Professionem intellige natalis: sic enim vocatur *l. 6. C. de fid. instr.* dicitur & simpliciter professio *l. 14. C. de probat.* inde hic tabulæ professionum. Solent autem parentes vetere more (quem revocasse, & ampliasse Antoninum Philosophum, ostendit Lipsius *Excurs. A. ad lib. 5. Annal. Taciti*) apud acta profiteri natos sibi liberos, quo de eorum natalibus, quoties opus esset, constaret. Hæ professiones sæpe erant veræ; aliquando falsæ *l. 29. §. 1. D. eod. tit.* etiam diversæ *l. 13. D. eod. tit.* quippe cum non modo patris, sed etiam matris, & avi, professio reciperetur *l. 16. D. d. t.* ne omnes quidem fiebant in publico tabulario. erant & domesticæ. liquet ex Apulejo *Apolog.* ab eaque causa facile ementitæ *d. l.* 14. Superioribus addendum ex *l. 3. C. si min. se major. dix.* si non minoris dolus reperiatur, sed adversarii injuria vel circumventione fuerit factum, ut se majo-

jorem diceret, durare restitutionis beneficium. Quid, si in instrumento per sacramenti religionem asseveravit, se majorem esse? est restitutionis beneficio exclusus: nisi palam & evidenter ex instrumentorum probatione, non per testium depositionem, se minorem fuisse ostenderit. id autem tum in primis verum est: si in instrumento juravit, cum crederet, se esse majorem, ab adversario deceptus: ipse non cogitans dolum. atque hoc; si simplex sit jusjurandum, constans intra verba. nam si corporaliter sit præstitum: negat *d. l.* 3. Justinianus, ullum superesse auxilium.

Hoc loco quoque videndum; an in integrum restitutio permittenda sit minori adversus eos, adversus quos cessat de dolo actio. tales enumerantur *l.* 11. §. 1. *D. de dolo malo.* Sed putat Gajus *l.* 27. §. *ult. b. t.* etiam adversus eos præstari. Quæ tamen ibidem additur clausula, *Nisi quædam personæ speciali lege fuerint exceptæ*, ea clausula non est Gaji; sed Triboniani, ab eo adjecta ex *l. ult. C. Qui & adversus quos.* a qua tamen excipienda species *l. ult.* §. 1. *C. de bon. quæ liberis.*

Fuit & alia causa denegandæ in integrum restitutionis, si sæpius petatur. sed hanc attigi supra Tit. 1. hujus libri *De in integr. restit.*

Titulus V.

De capite minutis.

Succedit quarta causa petendæ in integrum restitutionis, capitis minutio. Ea a Gajo definitur status mutatio *l.* 1. *D. b. t.* Minuere enim est mutare. hoc sensu Paulus *l.* 17. *D. de oper. libert.* dixit, *Vitæ institutum minui* pro mutari. id intelligitur conjunctione *l.* 16. §. 1. *& l.* 50. *D. eod. tit.* Status hic notat conditionem quam homo habet a familia, civitate, aut libertate. adeo strictior hic, quam sub Titulo *De statu hominum*, est status significatio. argumentum ei rei: quod Senatorem, cum ordine movetur, negamus capite minui, quasi dignitatem mutet, non statum §. 5. *Inst. b. t.* idem dicimus de servo, cum manumittitur: nam eum quoque negamus amittere caput, id est, statum: quia numquam habuit caput: id est, numquam habuit jus aliquod vel a libertate, vel a civitate, vel a familia. imo hodie, id est, ex manumissione, demum caput, seu statum, habere incipit *l.* 3. §. 1. *l.* 4. *b. t.*

Ex hac verbi notatione trifariam dividitur capitis minutio. Paulum audi *l. ult. b. t. Capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima. tria enim sunt quæ babemus, libertatem, civitatem, familiam. igitur cum bæc omnia amittimus, boc est, libertatem, & civitatem, & familiam, maximam esse capitis deminutionem constat. cum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem. cum & libertas & civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat.* Sic Paulus: etiam Justinianus *b. t. Instit.* nec aliter Ausonius his verbis *Edyll.* xi. *Triplex libertas, capitisque minutio triplex.* Ulpianus tamen *l.* 1. §. 4. *D. de suis & legitim. bered.* capitis minutionem facit duplicem, magnam, & minorem. Sed nulla in re pugna est: aliqua licet sit in verbis. quæ enim Ulpiano duplex est divisio, optime potest fieri triplex: & quæ Paulo est triplex, facile fit duplex. quo modo? Capitis deminutio aut magna est, aut minor *d. l.* 1. §. 4. magna, cum publica amittitur libertas, sive naturalis, sive civilis: minor, quoties familiæ jus mutatur, salva publica libertate, & naturali & civili. Hanc indicavit Ulpianus *l.* 1. §. 8. *D. Ad Senatusc. Tertyll.* quamquam omnes libri habent: *Capitis minutio salvo statu contingens liberis nihil nocet ad legitimam bereditatem.* Nullo plane sensu. cum enim omnis capitis minutio sit status mutatio; an potest ulla contingere, salvo statu? non potest. quo modo igitur ait Ulpianus, aliquam contingere salvo statu? Si quid intelligo; deest Ulpiano verbum, quod sic restituo: *Capitis minutio salvo statu c. contingens.* & explico, *Capitis minutio salvo statu* civitatis *contingens.* Sic conjeci *lib.* 2. *Observ. c.* 21. est & sensus optimus: nam capitis minutio salvo statu civitatis contingens, solam mutat familiam; nec est alia, quam minor: cui ab Ulpiano in fine *d.* §. 8. mox opponitur *magna capitis minutio*, quæ *vel civitatem adimit, ut puta, si deportetur.* Ea forma in *l.* 2. *b. t.* ipse sic ait, *Pertinet boc Edictum ad eas capitis deminutiones quæ salva civitate contingunt.* Id est, quæ sunt ex genere capitis deminutionis minoris. Eoque modo etiam loquitur Paulus *l.* 5. §. 2. *b. t.* Sit igitur, ut dixi, capitis deminutio duplex: magna, vel minor. hæc accidit salvo statu civitatis: illa civitatis amissione. altera tollit privata familiæ, altera publica jura: auctore Paulo *d. l.* 5. §. 2. *& l.* 7. *b. t.* Idem firmat Callistratus *l.* 5. § 3. *D. de extraord. cognit.* primum ait, *Consumi existimationem, quotiens magna capitis minutio intervenit.* cum autem quæri posset, quæ sit magna: deinde addit, *id est, cum libertas adimitur:* appellatione libertatis non privata, sed publica civitatis, jura significans. hoc quoque (cum possit obscurum videri, duplice ea libertate, alia naturali, alia civili) utriusque exemplo illustrat. unum est; *Veluti, cum aqua & igni interdicitur, quæ* [capitis minutio] *in persona deportatorum venit.* alterum est; *vel cum plebejus in opus metalli vel in metallum datur.* posterius exemplum manifestum est: datione enim in metallum, vel in opus metalli, utraque tollitur libertas, tam naturalis, quam civilis: quippe cum ea contingat pœnæ servitus. prius obscuriorem habet rationem: deportato libertatem retinente, etsi amittat civitatem. nec hoc confundit Callistratum: & merito. nam qui civitatem amittit, ut deportatus, is quidem Jure Gentium liber est: retinet enim quæ Juris Gentium sunt. cæterum amittit quæ sunt Juris Civilis *l.* 15. *D. de interdict. & releg.* nec ideo est Jure Civili liber; quod sit liber Jure Gentium. Hoc voluit Callistratus: & ante observavit Livius *lib.* 45. *c.* 15. Verba Livii. *Omnibus quinque & triginta tribubus emovere: id est, libertatem civitatemque eripere.* Cicero quoque, *Pro Cæcina cap.* 33. *Si*, inquit, *semel civitas adimi potest, retineri libertas non potest, qui enim potest Jure Quiritium liber esse qui in numero Quiritium non est.* Est igitur duplex capitis minutio, magna & minor: ut est duplex libertas, una publica civitatis, altera privata familiæ. Imo est triplex capitis minutio, maxima, media, minima. ac, ne de Justiniano & Paulo dicam iterum, sic clare Ulpianus in *Fragm. tit.* xi. §. 10. *& l.* 63. §. 10. *D. Pro socio*, atque exemplo libertatis triplicis, ut ex Ausonio dixi. Sed nullum periculum. cum enim triplex esse dicitur capitis minutio: maxima mutatur naturæ, minore civitatis, minima familiæ, status. ita cum tres sint gradus libertatis, tres sunt species capitis deminutionis. cum vero duplicem eam facimus, aliam magnam, aliam minorem: hæc pertinet ad privata familiæ, illa ad publica civitatis, jura partim civilia, partim

tim naturalia. Sed de his plura *d. lib.* 2. *Observ. c.* 21.

Dixi, quid sit capitis deminutio, & quotuplex. Sequens disputatio tradet, quis sit cujusque effectus. est autem varius. nam maxima & media comparantur morti *l.* 63. §. 10. *D. Pro socio.* §. 1. *Inst. Quib. mod. jus patr. pot. solv.* igitur utramvis quis patiatur; extinguitur ejus jus, cum publicum, tum privatum, nec minus naturale, quam civile: sicut fieret, si mortuus esset. sed neque potest ille penitus conveniri. dabitur plane actio utilis in eos ad quos bona ejus pervenerint *l.* 2. *l.* 7. §. 2. & 3. *h. t.* si præsertim quæ acciderint ante utramque capitis deminutionem. quid, si postea acciderint? & quidem post maximam capitis deminutionem, nil opus admoneri: cum constet, hanc passum, fieri servum. at passus mediam capitis deminutionem, quia liber manet, ut amittat civitatem, perdit quidem civilia jura, sed gentium jure fruitur: emit, vendit, locat, conducit, fœnus exercet, & cætera similia, & postea quæsita pignori dare potest, nisi in fraudem fisci qui ei mortuo successurus est, ea obliget *l.* 15. *D. de interdict. & releg.* Eadem ratione ait Paulus *l.* 22. §. 5. *D. Mandati*, eum cujus bona publicata sunt, posse alicui mandare, ut ea emat; & si emerit, utilem fore mandati actionem, si non præstet fidem: idque receptum esse ideo: quia publicatis bonis, quidquid postea adquiritur, non sequitur fiscum, nisi post ejus mortem. Sic in maxima & media capitis deminutione. Quid in minima? negat Paulus *l.* 5. §. 2. *h. t.* hac interverti jura publica: nam manere Magistratum, vel Senatorem, vel Judicem. qua ratione? duplice: una est, quod absurdum fuerit, jura publica pendere a negotiis privatorum: altera est, quod ad munera publica omnes cives teneantur; sive hujus, sive illius, familiæ sint; ac sive sint patresfamiliarum, sive sint filiifamiliarum. igitur hoc plus ait Ulpianus, nec cætera officia quæ publica sunt, in eo finiri minima capitis minutione, sed tantum privata hominis & familiæ ejus, non civitatis, jura *l.* 6. *h. t.* ita recte Paulus *l.* 7. Tutelas, inquit, etiam non amittit capitis minutio. Nec tamen hoc de omni tutela accipit; sed de hac dumtaxat quæ a patre, aut a Magistratu datur. nam in legitima quæ agnatis proximis defertur ex Lege Duodecim Tabularum, aliter jus esse, existimat in *d. l.* 7. quæ est corrupta, & a Cujacio *lib.* 9. *Observ. c.* 17. & *ad Ulpianum tit.* XI. sic restituitur: *Exceptis his quæ I. A. P. P. deferuntur:* Sigla sic exponit Cujacius: *Exceptis his quæ jure agnationis proximis potissimum deferuntur.* addit, *potissimum*, propter fœminas: quibus tutela non defertur, etsi sint agnatæ. *l.* 73. *D. de reg. jur.* & *l.* 1. §. 1. *D. de legitim. tutor.* Sic Cujacius. Eodem sensu, sed minore molimine, conjicit Jacobus Gothofredus ad *Tabul.* v. *Leg.* XII. *Tabb. lib.* 3. *p.* 96. Exceptis his quæ in *jure antiquo* personis positis deferuntur. ac *per jus antiquum*, intelligit jus Duodecim Tabularum Nec potest negari, quod utroque modo in *d. l.* 7. belle procedit sequens Pauli illatio: Igitur testamento dati tutores, minima capitis deminutione tutores esse non desinunt: sicut nec a Magistratu dati ex Lege Atilia, aut ex Senatusconsulto: (cujus Ulpianum meminisse. *tit.* XI. §. *Hoc amplius* bene animadvertit Cujacius) sed soli legitimi ex Lege Duodecim Tabularum constituti. Hoc tam varie: quia Lex Duodecim Tabularum legitimos tutores vocans, illos civiliter designat: Senatusconsultum naturaliter. civilis appellatio est, agnati: naturalis, pater, mater, filius. fit etiam naturalis designatio, cum Magistratus ex Lege Atilia, aut pater in testamento, Titium aut Gajum appellat proprio nomine. at agnati nomen, mutata familia, perimitur. contra filius & pater, item Titius & Gajus, esse non desinunt.

In hereditatibus eadem aut similis distinctio, auctore Paulo *d. l.* 7. nam aliæ suis & agnatis deferuntur: aliæ cognatis. suorum & agnatorum est civile nomen, veniens ex Lege Duodecim Tabularum. cognatorum nomen est sanguinis, id est, naturale, veniens ex Edicto Prætoris. alterum igitur vel minima capitis deminutione tollitur: alterum non tollitur. Huc spectat illud Pomponii *l.* 8. *D. de reg. jur. Jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt.* Pomponio jus sanguinis est jus cognationis: jus civile est minima capitis deminutio, ut in *l.* 2. *D. Unde cognati.* ita sensus Pomponii, Hereditates quæ jure civili suis & agnatis deferuntur, amitti emancipatione, id est, minima capitis deminutione, seu jure civili: sed bonorum possessiones quæ cognatis jure sanguinis deferuntur, non æque: qui enim non admittuntur ut legitimi, adhuc admitti ut cognatos: quia cognationis nomen est nomen juris naturæ, quod minima capitis deminutione, id est, jure civili, non dirimitur. Hoc apparebit ex collatione *l.* 5. *D. eod. tit. l.* 5. *D. Si tab. testam. nul. extab. l.* 4. *D. de suis & legitim.* quæ omnes sunt ex eodem Pomponii *lib.* 4. *Ad Sabinum.*

Non alia fuit differentia in usufructu, habitatione, & annuo relicto. Observavit eam Modestinus *l.* 10. *h. t.* indicante Inscriptione: quæ est ex *lib.* 8. *Differentiarum:* etsi nulla hodie sit ea in lege mentio ususfructus: antiquo ususfructus jure a Justiniano in *l.* 16. *C. de usufructu* mutato. hac enim, opinor, ratione Tribonianus in *d. l.* 10. omissa una differentiæ parte, tantum posuit alteram: ut pridem observavi *lib.* 2. *De usufructu c.* 7.

Ne obligationes quidem superiore caruerunt distinctione. voluere Veteres, has quæ civilem habent præstationem, minima capitis deminutione, id est, jure civili, perire; illas quæ habent naturalem, non æque. Sic Gajus *l.* 8. *h. t.* & ei exemplum in dote: quam confirmat habere naturalem præstationem, conceptam quippe in bonum & æquum; ideoque durare post capitis deminutionem. quem in finem? ut quandoque, id est, quandocumque, emancipata agat. ita subjicit Paulus *l.* 9. *h. t.* An idem in cæteris bonæ fidei contractibus? Non putat Cujacius *lib.* 22. *Observ. c.* 14. Mihi placet, Gaji regulam exemplo dotis non restringi, sed illustrari: quia & cæteri bonæ fidei contractus in bonum & æquum concipiuntur; nec minus habent naturalem præstationem. Civilis obligationis exemplum in stipulatione: est enim illa, ut alibi dixi, contractus juris civilis, quatenus formam accepit a jure civili, ideoque tollitur jure civili: quamquam ita, ut quæ in ea fuit naturæ vis, (nam originem habet a jure gentium) in ea maneat post capitis deminutionem *l.* 2. § 2. *h. t.* Igitur adfert, inquiet aliquis, capitis minutio alterius causæ præjudicium? Et ita est: sed ut manet naturalis æquitas post capitis deminutionem; sic Prætori pro sua humanitate visum, ei qui suam actionem nullo suo vitio, sola juris scrupulositate amisit, actionem utilem restituere *l.* 1. & 2. *D. de in integr. restit.* Extat hanc in rem sequens Edictum. *Qui quæve, posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutæve esse dicentur, in eos easve perinde quasi id factum non sit, judicium dabo.* Hæc verba debemus Ulpiano *l.* 2. §. 1. *h. t.* Sed desiderantur aliqua. non minus enim in hac, quam in cæteris causis petendæ in integrum

grum restitutionis, positum a Prætore fuit tempus anni utilis. Deinde ubi hic vestigium causæ cognitionis? Modestinus tamen *l.* 3. *D. de in integr restit.* Omnes, inquit, in integrum restitutiones, causa cognita, promittuntur. Quid, si igitur Edictum sic restituam? *Qui quæve, posteaquam quid cum bis actum contractumve sit, capite deminuti deminutæve esse dicentur, in eos easve per inde quasi id factum non sit, intra annum, quo primum experiundi potestas erit, causa cognita, judicium dabo.* Hoc Edictum (ut Ulpianus observat *l.* 2. *b. t.*) pertinet ad eas capitis deminutiones quæ salva civitate contingunt: id est, quæ pertinent ad species minimæ capitis deminutionis. cæterum sive amissione civitatis, sive libertatis amissione, contingat capitis deminutio, (his verbis maxima & media capitis deminutio describitur) cessabit Edictum: quia alterutram passi, non possunt hi penitus conveniri. dabitur plane actio in eos, ad quos bona pervenerunt eorum. sic Ulpianus. idemque Paulus, & aliquanto plenius *l.* 7. §. 2. *&* 3. *b. t.*

Ait Prætor, *Posteaquam.* Igitur debet obligatio præcessisse capitis deminutionem. quid si secuta sit? Ulpianus *d. l.* 2. §. 2. sic scribit: Hi qui capite minuuntur, ex his causis quæ capitis deminutionem præcesserunt, manent obligati naturaliter: cæterum si postea, imputare quis sibi debebit, cur contraxerit, quantum ad verba Edicti pertinet. sed interdum, si contrahatur cum his post capitis deminutionem, danda est actio: & quidem si adrogatus sit, nullus labor; nam perinde obligatur, ut filiusfamilias. Sic Ulpianus: ad quem addi potest Cujacius *lib.* 7. *Observ. c.* 11.

Deinde ait Prætor, *Actum, contractumve.* Quid sit, *actum*, quid *contractum*, tractat Labeo apud Ulpianum *l.* 19. *D de verb. signif.* Illud quæsitum fuit, an sub his verbis etiam delicta in hoc Edicto comprehendantur. Sed negat Ulpianus *l.* 2. §. 3. *b. t.* nemo, inquiens, delictis exuitur, quamvis capite minutus sit. Similiter fuit dubitatum, an jus testandi pertineat ad hoc Edictum. proposita illa quæstio est in *l.* 20. *D. de verb. signif.* est enim ex Ulpiani lib. 12 Ad Edictum, ex quo est etiam *l.* 2. *b. t.* ubi & præsens Edictum.

Porro ait Prætor, *Judicium dabo.* Hoc judicium est restitutorium, ideoque utile: directo quod ante competebat, juris subtilitate extincto. est autem perpetuum, & datur heredibus, nec minus adversus heredes *d. l.* 2. §. *ult.* Plane interdum non restituitur creditori actio: ut, si sit justa causa, cur non restituatur. non enim simpliciter promittit Prætor eam restituere: sed causa cognita; ut supra monui in conceptione Edicti. & est exemplum in *l.* 2. §. 4. *b. t.* Simile in *l.* 11. *D. de judiciis* nam hæc quoque est ex Ulpiani lib. 12. Ad Edictum; ideoque huc bene revocatur.

Titulus VI.

Ex quibus causis majores viginti quinque annis in integrum restituuntur.

Ex causis petendæ in integrum restitutionis ab Ulpiano & Paulo enumeratis *l.* 1. *&* 2. *D. de in integr. rest.* sequitur quinta, quæ est absentia. de qua in *l.* 1. §. 1. *b. t.* extat Edictum, sed affectum, & ita restituendum. *Si cujus quid de bonis deminutum erit, cum is metu, aut sine dolo malo, reipublicæ causa abesset: inve vinculis, servitute, bostiumque potestate esset,* posteave: *sive cujus actionis eorum cui dies exisse dicetur. Item, si quis quid usu suum fecisset, aut quod non utendo amissum sit consecutus, actioneve qua solutus ob id quod dies ejus exierit, cum absens non defenderetur: inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret, aut cum eum invitum in jus vocari non liceret, neque defenderetur: cumve Magistratus de ea re appellatus esset, sive cui* per Magistratus *sine dolo ipsius actio exempta esse dicetur: earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit. Item si qua alia mibi justa causa esse videbitur, in integrum restituam: quod ejus per Leges, Plebiscita, Senatusconsulta, Edicta, Decreta Principum licebit.* Sic restituendum fuisse Edictum, in sequentibus ostendetur. Interim causam videamus. eam Ulpianus *l.* 1. *b. t.* dicit esse justissimam: læsum enim jus per id tempus quo quis reipublicæ operam dabat, vel adverso casu laborabat, corrigi. nec non & adversus eos succurri: ne vel obsit, vel prosit quod evenit.

Principio ait Prætor: *Si cujus quid de bonis deminutum erit, cum is metu, aut sine dolo malo reipublicæ causa abesset, inve vinculis, servitute, aut bostium potestate esset.* Florentiæ desunt verba, *Deminutum erit.* sed extant in Accursii exemplari; etiam in Basilicis: ut observat Cujacius *lib.* 24. *Observ. c.* 40. præterea agnoscit illa Alexander *l.* 2. *C. de restitut. milit.* puto, verissime: alioquin nullo Edicti sensu. Vix opus moneri, verbum, *Cujus*, in Edicto valere, *Alicujus.* Illud non silebo, quod Prætor absentibus restitutionem non pollicetur statim, sed demum, si quid de eorum bonis deminutum erit: ac nec sic aliter, quam cum is metu, aut sine dolo malo reipublicæ causa abesset: inve vinculis, servitute, hostiumque potestate esset. Primum adjuvat Prætor hos, *qui metus causa absuissent;* scilicet, si non supervacuo timore absuissent *l.* 2. §. 1. *b. t.* Ulpianus *l.* 3. sic ait, *Metus causa abesse videtur, qui justo timore mortis vel cruciatus corporis conterritus abest: & boc ex effectu* (melius Florentiæ est, *ex affectu:* nam metus est motus animi; ut ex Frontone dixi *Tit.* 2. *bujus libri) ejus intelligitur. sed non sufficit, quolibet terrore adductum timuisse. sed bujus rei disquisitio judicis est.*

Deinde adjuvat Prætor eos, *qui sine dolo malo reipublicæ causa affuissent.* Abesse reipublicæ causa puta, qui ab Urbe Roma absunt ejus Urbis gratia. Paulus *l.* 35. §. 3. *b. t.* dicit, qui reipublicæ gratia extra Urbem aberit. nam Roma proprie dicitur Urbs; atque ejus respublica. ideo placet, eos qui Romæ operam dant reipublicæ, ut sunt Magistratus, reipublicæ causa non abesse *l.* 5. §. 1. *&* *l.* 6. *b. t.* Milites plane qui Romæ militant, pro reipublicæ causa absentibus habentur *l.* 7. non tamen ex hoc Edicto; sed ex Constitutione D. Pii *l.* 35. §. 4. *b. t.* Illud quæri potest, ex quo tempore quis incipiat, & quo tempore desinat, ab Urbe abesse. id vero Modestinus lib. 9. Regularum sic definivit *l.* 32. *b. t. Abesse reipublicæ causa intelligitur & is qui ab Urbe profectus est, licet nondum provinciam accesserit; sed & is qui excesserit, donec in Urbem revertatur.* Ita legit Jacobus Cujacius *lib.* 12. *Observ. c.* 32. & res postulat: cum vulgo edatur, *provincia excesserit.* Sed non sufficit, quem abesse ab Urbe; nisi absit reipublicæ causa: id est, ob munus publicum, sive reipublicæ administrandæ causa. Non opus exemplis. occurrunt complura in *l.* 32. *& seqq. b. t.* Plus vult Prætor, eum abesse sine dolo malo: monetque Ulpianus *l.* 5. *b. t.* quod adjectio, *Doli mali*, tantum refertur ad absentes reipublicæ cau-

sa; non ad eum qui metus causa absit. & causatur: quoniam nullus metus est, si dolus intercedit. cæterum occupandæ erant cavillationes eorum, qui sui commodi causa absentes, prætendunt causam reipublicæ. Callistratus *l.* 4. *b. t.* id declarat exemplis: ut solent Jurisconsulti. Primum ait, se accepisse, Dolum malum pertinere eo; ut qui potest reverti, neque reverteretur, in eo quod per id tempus adversus eum factum est, non adjuvetur. Hoc primum exemplum. Alterum; veluti, si alterius grandis commodi captandi gratia id egerit, ut reipublicæ causa abesset, [&] revocatur ab isto privilegio. imo *l.* 5. addit Ulpianus, & qui data opera & sine lucro hoc affectaverit, vel qui maturius profectus est, vel litis gratia cœpit reipublicæ causa abesse. Ita illi: nec mihi tempero; ne putem, pleraque respicere ad legationes liberas, a Senatu impetrari solitas aut privati ornamenti, aut privatæ rei gratia. De talibus legationibus more suo complura erudite attulit Gulielmus Budæus, V. CL. *Annot. reliq. ad Pand. p.* 119. *& seqq.* Sane huc pertinet hoc Ulpiani *l.* 14. *D. de legationib. Qui libera legatione abest, non videtur reipublicæ causa abesse:* & hæc adfertur ratio: *Hic enim non publici commodi causa, sed sui abest.* Sic verissime legit D. Budæus. Sit igitur hæc summa, quæ est Ulpiani *l.* 36. *b t Reipublicæ causa abesse eos solos intelligimus, qui non sui commodi causa, sed coacti absunt.* Nempe, qui sui commodi causa absunt, ut in libera legatione, volentes absunt; non inviti absunt. non enim tenentur talem legationem impetrare a Senatu: sed si volunt, petunt: si nolunt, nemo cogit eos petere. at qui reipublicæ causa absunt in legatione, illi coacti absunt: quia necessario absunt, non volentes ob suum commodum; sed adstricti jure civitatis ad obeunda munera publica: etsi non utique sint coacti; cum possint cogi multa dicta, & pignoribus captis. Finiam, si adjecero hoc ex *l.* 38. §. 1. *b. t.* Tamdiu reipublicæ causa abesse quis videtur, quamdiu officio alicui præest. quod si finitum fuerit officium, jam desinit abesse reipublicæ causa. sed ad revertendum illi tempora computabimus statim, atque desiit reipublicæ causa abesse, ea quibus reverti in Urbem potuit: & erit moderatum, tempora ei dare quæ Lex revertentibus præstitit. quare, si quo deflexerit suæ rei causa, non dubitabimus, id tempus ei non proficere: habitaque dinumeratione temporis quo reverti potuit, statim eum dicemus desisse reipublicæ causa abesse. Plane, si infirmitate impeditus, continuare iter non potuit, habebitur ratio humanitatis: sicuti haberi solet & hiemis, & navigationis, & cæterorum quæ casu contingunt.

Ut initio dixi, etiam *ei qui in vinculis fuisset*, hoc Edicto succurritur. Quid autem sit, in vinculis esse, pluribus exponit Callistratus *l.* 9. *b. t.* primum animadvertit, a Prætore dici, *Qui in vinculis* fuisset; non in custodia. itaque Edicti verba non solum pertinere ad eum qui publica custodia, quam Labeo putat solam vocari custodiam, jure coërcetur: sed ad eum quoque qui a latronibus aut prædonibus vel potentiore vi oppressus, sine jure vinculis coërcebatur. ac facit huic interpretationi: quod alibi Venulejus, *Vinculorum*, inquit, *appellatione vel privata, vel publica vincula significant: custodiæ vero tantum publicam custodiam l.* 224. *D. de verb. signif.* Non ad hoc subsistit Callistratus: præterea quærit, quid vinculorum appellatione contineatur? ait autem, latius accipi: nam placere, etiam inclusos veluti lautumiis, (de quibus infra sub Titulo *De aleatoribus*) vinctorum numero haberi: non ex proprietate vocabuli, (quam in interpretatione Legis Æliæ Sentiæ recte sequutus est Ulpianus *l.* 216. *D. d. t.*) sed ex mente Prætoris. & hanc adfert rationem Callistratus: quia nihil interest, parietibus, an compedibus, teneatur. quod unice intendit, & prævenire voluit Prætor. Ulpianus *l.* 10. *sequente* amplius ait, in eadem causa esse qui a militibus, statoribusque, vel a municipalibus ministeriis (id est, ministris, ut alibi sæpe) adservantur: si probentur rei suæ superesse non potuisse. imo ait, in vinculis accipi eos qui ita alligati sunt, ut, sine dedecore in publico parere non possint.

Sed redeo ad Edictum. eo succurritur quoque ei *qui in servitute fuerit.* Et observat Callistratus *l.* 11. *b. t.* ita jus esse, sive bona fide serviat homo liber, sive detentus sit. quod ut intelligatur, monendum est, aliud esse, in servitute esse; aliud, servum esse: sicut aliud est, in libertate esse; aliud, liberum esse: item aliud, esse in possessione, aliud possidere. Prætor autem non loquitur de servo: (is nihil potest habere, nec amittere quidquam) sed de homine libero, qui potest habere aliquid, & dum in servitute est, idem potest amittere, eo quod de facto impeditur jus suum exequi. Sit igitur hic Callistrati sensus: quod hoc Edicto etiam succurritur homini libero qui fuit in servitute; sive alii servivit bona fide, sive ab alio vi detentus fuit quasi servus. nempe ut, quod amisit destitutus agendi facultate, dum in servitute fuit, per in integrum restitutionem recipiat hoc Edicto. Plane ait Ulpianus *l.* 12. *b t.* quod is qui de statu suo litigat, hoc Edicto non continetur, ex quo lis inchoata est; id est, ex quo lis est ordinata; quia inde, etsi servus sit, pro libero habetur, ac potest agere, cum adversus alios, tum adversus dominum *l* 24. *D. & l.* 14. *C. de liberal. caus.* & si non fuit sua libertate usus, & damnum passus; non prodest ei hoc Edictum. cæterum, quamdiu lis cœpta non est, tamdiu est in servitute, & hoc Edicto continetur. De eo quæsitum fuit, si quis servus domini testamento liber & heres institutus, aliquid gessit post factum quidem testamentum. sed ante mortem domini. Hæc quæstio proponitur *l.* 13. *b. t.* in qua ait Paulus, Labeonem recte existimasse, eum qui liber & heres institutus sit, Edicto non contineri, antequam heres est, id est, ante domini mortem. primum, quia ante nondum liber, ante non habuit bona. deinde loquutus Prætor fuit de hominibus liberis: non etiam de servis. aliud in filiofamilias putat Paulus, utique si habeat castrense peculium *d. l.* 13. §. 1. sub quo & quasi castrense intelligi potest. præter hæc enim jure Pandectarum nec filiusfamilias magis proprium habebar, quam servus.

Ut supra dixi, hac parte Edicti etiam subvenitur *ei qui in bostium potestate fuit.* Talem vero Callistratus *l.* 14. *b. t.* interpretatur ab hostibus captum. an & transfugas? minime. Transfugis, inquit Callistratus, nullum credendum est beneficium tribui, quibus negatum est postliminium. cæterum putat Callistratus, non valde opus fuisse hac Edicti clausula: quin potuisse eos qui in hostium potestate essent, illa contineri Edicti parte qua Prætor loquitur de his qui in servitute fuerint. Sic Callistratus. an vere, nescio. nisi placet, eum qui in servitute est, non utique esse servum. at servum etiam in servitute esse, vix negari posse. utcumque erit: quid novum, dubitationis tollendæ gratia, aliquando in Edictis poni alioquin non necessaria? *l.* 1. §. 7. *D. de Ædilit. Edict.*

Deinde in Edicto subjecit Prætor, *Posteave.* Hæc vox deest in Florentino exemplari: sed servarunt eam editiones pleræque aliæ; atque eo verius:

rius: quia eam vocem tamquam Edicti interpretatur Ulpianus *l.* 15. §. 3. *h. t.* quærit certe, quomodo sit accipiendum, quod simpliciter Prætor edixit, *Postea've.* nam si inchoata sit bonæ fidei possessoris detentatio (de quo verbo D. Dukerus, vir doctus *Not. ad Opusc. De Latin. Vet. Jurisc. p.* 436.) ante absentiam, finita autem reverso; potest dubitari, an & quamdiu locum habeat restitutionis auxilium. ea quæstio est propter verbum, *Posteave:* quo simpliciter usus est Prætor. sed putat Ulpianus, esse temperandam verbi latitudinem; ut absurditate careat: & adjuvandum absentem, postquam reversus est, non quandoque, (id est, non quandocumque) sed ita demum, si intra modicum tempus, quam rediit, hoc contigit, id est, dum hospitium quis conducit, sarcinulas componit, quærit advocatum. nam (id est, plane, cæterum: ut alibi sæpius) eum qui differt *restitutionem*, non esse audiendum, Neratius scribit. Et est ratio, quam in *l.* 16. *h. t.* subjicit Paulus: quod non negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis. totumque illud arbitrio Judicis temperabitur: id est, ut ita demum restituat, si non negligentia, sed temporis angustia non potuerunt litem contestari.

Sequitur in Edicto: *Sive cujus actionis eorum cui dies exisse dicetur.* Ex his verbis apparet, quod Prætor ex superioribus causis in integrum restitutionem promittit non modo, si alicujus quid de bonis (id est, de ejus dominio aut quasi dominio) usucapione sit deminutum: sed etiam si cujus actionis dies exierit, id est, si cujus debitor liberatus sit eo, quod ejus actio sua die non sit instituta. Imp. Alexander utrumque (etsi tantum attingit casum absentiæ, quia de hoc solo, ut quidem mihi videtur, erat consultus) in *l.* 2. *C. de restit. milit.* sic exprimit. *Si quid de bonis eorum qui reipublicæ causa absentes sunt, deminutum est, actioneve qua competente eis aliquis liberatus fuit, in integrum restitutio perpetua jurisdictione intra annum utilem permittitur.* Illud miror: quod uterque, & Prætor, & Alexander, a bonis separat obligationes: cum hæ æque sint in absentis bonis, ac dominia & quasi dominia; nec minus quid de bonis deminuatur, ubi dies actionis in personam exit, & tempore liberatur debitor, quam cum quid usucapitur, & præsenti dominium adquiritur. Sed minime insolens est, quæ eodem redeunt, a Veteribus separari plenioris intellectus gratia.

Æque mirere: quod Edicti verba tantum de restituendo damno loquuntur; non etiam de restituendo lucro. sic enim sonant: *Si cujus quid de bonis deminutum erit, sive cujus actionis dies exisse dicetur.* & tamen Veteres hanc indulgent restitutionem non modo propter damnum, si quod incidit, sed etiam ob lucrum, si quod periit: nec curant, quod magis sic nihil adquiritur, quam quid de bonis deminuitur: Edicti verba spectantibus. Sed mihi videntur Veteres credidisse, non alienum esse a benignitate Prætoris; ut absenti, verbi gratia, æque in lucro atque in damno succurratur: certa ejus mente, omni modo providere, ne cui ulla via obsit, quod absuit reipublicæ causa. Præit Paulus *l.* 27. *h. t.* verba Pauli. *Et sive quid amiserit, vel lucratus non sit, restitutio facienda est: etiamsi non ex bonis quid amissum est.* Sic Paulus; &, ut videtur, infinite. Non tamen hoc voluit Paulus. Quo argumento? claro & certo ex *l.* 18. *h. t.* conjungenda cum *d. l.* 27. sicut ei cohæsit olim; cum utraque sit ex eodem libro XII. Ad Edictum. Quid ibi? sic ait: *Sciendum est, quod in his casibus restitutionis auxilium majoribus damus in quibus rei duntaxat persequendæ gratia queruntur: non cum & lucri faciendi ex alterius pœna vel damno auxilium sibi impertiri desiderant.* Pauli sensus est, Quod modo dictum, Prætorem majoribus auxilium ferre non solum, ne damnum habeant ob casus in Edicto expressos; sed etiam, ne perdant lucrum quod habuissent, nisi tales extitissent casus: non in omni lucro procedere; sed duntaxat, si id sine alicujus pœna aut damno petant magis rei suæ persequendæ gratia: qualis est casus in *l.* 17. §. 1. *h. t.* cæterum si sperent, lucrum habere demum ex alterius pœna aut damno; in hoc eos restitui, non placere. Sic censeo. & exemplum lucri quod petatur ex alterius pœna, est in *l.* 37. *D. de minoribus:* ejus vero quod sit ex alterius damno, est quod accipitur ex usucapione. Scio: inventa hæc est bono publico. sed nihilominus conjuncta cum damno negligentis inquirere in res suas. hanc igitur si inchoaverit bonæ fidei possessor, sed non potuerit implere propter superiores causas, non est in integrum restitutio: quia ut lucrum facere possit, impleta usucapione; tamen non petit a Prætore auxilium sine damno domini. Papinianus *l.* 20. *h. t.* sic effatur: *Nec utilem actionem ei tribui oportet: cum sit iniquissimum, auferre domino quod usus non abstulit. neque enim intelligitur amissum quod ablatum alteri non est.*

Antequam discedam a priore Edicti parte, qua Prætor absenti subvenit adversus præsentem, non debui omittere, quod tam late patent Edicti verba: ut ei qui coactus absit ex causis Edicto expressis, in integrum restitutionem indulgeant sine exceptione, sive habuit procuratorem, sive non habuit: non enim distinguunt. Idque observavit, nisi fallor, Ulpianus *l.* 26. §. 9. *h. t.* & recte: nam si rem spectamus: quid imputetur ei qui non reliquit procuratorem: cum non suo abest arbitrio, sed coactus, præter opinionem; eoque non potuit de procuratore deliberare, aut non habuit ejus constituendi facultatem. Longe aliter se res habet; si voluntaria, aut prævisa sit absentia: qualis est quæ studiorum causa, aut a relegato, suscipitur. licet enim vel has ob causas restitutio fiat ex generali Edicti clausula, de qua postea: tamen potest læso utraque objici in specie; cur sciens se absuturum, & habens tempus ad ordinandas res suas, domi non reliquerit procuratorem, per quem eas tueretur. Si tamen hi reliquerint procuratorem, & is non egerit, vel sit mortuus; dum alter studiorum, alter relegationis, causa abest: ne sic quidem fuerit iniquum, audiri illos: quibus jam nil potest imputari, quod neque per se, neque per procuratorem, defenduntur: atque ita quoque Ulpianus *d. l.* 26. §. 1. & *l.* 28. *h. t.*

Exposita est prima Edicti pars: sequitur altera in hæc verba. *Item, si quis quid usu suum fecisset, aut quod non utendo amissum sit* (ita legendum, *non amisit:* ut liquet ex *l.* 21. *h. t.*) *consecutus: actioneve qua solutus ob id quod dies ejus exierit, cum absens non defenderetur: inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret, aut cum eum invitum in jus vocari non liceret, neque defenderetur: cumve Magistratus de ea re appellatus esset, sive cui per Magistratus* (sic scripsi ex *l.* 26 §. 4. *h. t.* cum passim edatur, *pro Magistratu*) *sine dolo ipsius actio exempta esse dicetur.* Hanc clausulam Prætor inseruit, ut quemadmodum succurrit suprascriptis personis, ne capiantur, ita & adversus ipsas succurrit, ne capiant *d. l.* 21. Et erit notandum; quod plus Prætor expressit, cum adversus eos restituit, quam cum ipsis subvenit. nam hic non certas personas enumeravit, adversus quas subvenit, ut supra, sed adjecit clausulam qua omnes qui absentes non defenduntur, complexus est *d. l.* 21. §. 1. Erat vero æquitatis, ne ab-

absentia qualiscumque, sive justa, sive injusta, alicui prosit cum aliena injuria: & contra, ne in integrum restitutio læso concedatur propter absentiam aliam, quam probabilem aut necessariam. Interim ut in superiore, sic in hac, parte duo desiderantur. primum adversarii absentia, vel ut in vinculis fuerit, vel contumax, vel Magistratus. deinde ut eas ob causas ex bonis quid exierit.

Fit igitur hac parte restitutio primum, si reipublicæ causa absens, usucapiebat rem meam; nec ego poteram agere; quia nemo erat ejus defensor. fit deinde, si præsens non utendo amisi usumfructum, verbi gratia, & absens non defendebatur. tertio fit, si absens qua temporali actione sit liberatus, dum nemo vult eum defendere. addit Ulpianus *d. l.* 21. §. 2. quod hæc restitutio, quatenus ad usucapionem, obtinet; sive per se, sive per subjectas sibi personas, qui absentes sunt, usucapiebant. unum exigitur eo in casu & in cæteris; ut non sit defensor. nam (ut ait Paulus *l.* 39. *h. t.* respicit enim ad hanc partem) *is qui reipublicæ causa abfuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens restitui non auditur.* Inde quæsitum fuit, quis dicatur defendere? vix opus erat moneri, quod si sit procurator habens mandatum, videtur defendere *d. l.* 21. §. 2. subjicit igitur Ulpianus §. sequente, etiam defendi eum cujus defensor se ingerit, id est, se sponte sine mandato offert defensioni. amplius, inquit, defendi, si qui requisitus ab actore, non est defensioni defuturus: plenaque defensio accipitur, si & judicium non detrectetur, & judicatum solvi satisdetur. Ergo non aliter locum habebit hoc Edictum, quam si amici ejus interrogati fuerint, an defendant, aut si nemo sit qui interrogari potest: oportetque ea testatione complecti *l.* 22. *h. t.* Aliquis dicat: quid opus restitutione hac in parte? nam si absens non defendatur, potest peti missio in bona ex primo decreto; &, si latitet, etiam ex secundo. Sed huic scrupulo dupliciter respondet Ulpianus *d. l.* 21. §. 2. *versic. Cæterum.* Primum ait, in hoc Edicto non utique quæri de latitante, sed de absente, quamvis justa ex causa. deinde ait; quod creditor adversus absentem facile quidem impetrat decretum primum; sed non æque facile impetrat secundum. quin ex primo decreto solam accipit custodiam, seu detentionem: per quam non fit securus creditor; cum per eam non interpelletur usucapio. Nec hoc omittendum credidit Paulus *d. l.* 22. §. 2. Labeonem censere, hac parte Edictum etiam ad furiosos, & infantes, & civitates, si non defendantur, pertinere.

Satis de restitutione quæ fit, si absens non defendatur. at non hoc fine substitit Prætor. præterea promisit restitutionem, *Si quis cum in vinculis esset*, præsentem usucapione, verbi gratia, læsit. scripsit ad hunc articulum Ulpianus *l.* 23. *pr.* §. 1. 2. 3. *h. t.* & addi potest Cujacius *lib.* 22. *Observ. c.* 17.

Porro ait Prætor, *Secumve agendi potestatem non fecerit.* Hæc verba eo pertinent; ut intelligamus, restitutionem hac Edicti parte etiam concedi adversus eum qui præsens non faceret secum agendi potestatem, quo facilius usucapio impleretur, vel dies actionis temporalis exiret, si non haberet defensorem. ita Ulpianus *d. l.* 23. §. 4. ubi tamen observandus est versus, *Nec enim sufficit semper.* Nam hoc versu Ulpianus tacite occurrit objectioni quam facere poterat aliquis: arbitratus, non esse causam, cur hic sit restitutioni locus: posse enim actori consuli Edicto quibus ex causis in possessionem eatur; de quo *l.* 7. §. 1. *D. Quib. ex caus. in poss. eat.* Sed respondet Ulpianus, id Edictum loqui de latitante: & facile incidere causas; cur quis non videatur latitare. præterea, si latitet, posse fieri, ne Edictum procedat, exempla sunt in *d. l.* 23. §. *ult. l.* 24. *l.* 25. *l.* 26. *pr. h. t.*

Sequitur in Edicto: *Aut cum eum invitum in jus vocare non liceret, neque defenderetur, cum Magistratus de ea re appellatus esset.* Ad hæc verba Ulpianus *l.* 26. §. 2. & 3. *h. t.*

Pergit Prætor: *Sive cui per Magistratus* (ita legendum, non, *pro Magistratu*, ut modo dixi ex *d. l.* 26. §. 4.) *sine dolo ipsius actio exempta esse dicetur.* Hoc quo, vide *d. l.* 26. §. 4. & *seqq.*

Sequitur tertia Edicti pars. *Item, si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam.* Hæc clausula (inquit Ulpianus *l.* 26. §. 9. *h. t.*) Edicto inserta necessario est: & præfatur, quod potuerunt multi intervenire casus qui deferant, id est, qui possint deferre) restitutionis auxilium: nec in priore aut posteriore Edicti parte (ad utramque enim hæc pertinet clausula) singulatim potuerunt enumerari. igitur placet ei, quoties æquitas suggerit restitutionem, ad hanc clausulam descendere. res exemplis aliquot fiet clarior. Unum tale est: Aliquis cum fungeretur legatione pro civitate, læsus est absentia. is reversus, petit a Prætore restitui: quod dicit, se abfuisse reipublicæ causa. an recte? poterat dubitari: quia est una Populi Romani respublica: cæteræ civitates privatorum loco habentur *l.* 16. *D. de verb. sign.* Atqui dicitur quoque respublica civitatis, & simpliciter respublica quæ est civitatis aut municipii. non opus exemplis: occurrunt passim. Hoc tamen abusive fieri, Ulpianus auctor est *l.* 15. *d. t.* Nihilominus si quis abfuerit a sua civitate legatus: putat Ulpianus *d. l.* 26. §. 9. æquissimum esse, eum restitui: non ex priore Edicti parte: sed ex generali clausula, *Item, si quæ mihi alia justa causa esse videbitur.* Nam licet proprie non abfuerit reipublicæ, id est, Urbis Romæ, causa: est tamen eadem ratio quæ foret; si ab Urbe Roma ejus causa abfuisset. itaque addit Ulpianus, (quo forte & respicit Paulus *l.* 8. *h. t.*) etiam sæpissime esse constitutum, adjuvari eum debere, atque indistincte, sive habuit procuratorem, sive non. de quo in antecessum dixi. Simile putat Ulpianus *d.* §. 9. si quis testimonii causa sit evocatus ex qualibet provincia, vel in Urbem, id est, Romam, vel ad Principem. etsi enim nec hic absit reipublicæ causa, tamen æque coactus abest, ac si reipublicæ causa abesset. ideoque non minor fuerit æquitas eum restituendi, quam futura esset, si reipublicæ causa abfuisset. Idem dicit Ulpianus *d. loc.* de his qui cognitionis gratia, vel appellationis, sunt peregrinati: & generaliter, quotiescumque quis ex necessitate, non ex voluntate abfuit, oportere ei subveniri. imo Ulpianus *l.* 28. *h. t.* latius porrigit indulgentiam Prætoris. quid enim, si quis studiorum causa absens & læsus sit, forte mortuo procuratore? an poterit restitui? non potest videri ex necessitate abfuisse. contra abfuit ex voluntate. interim abfuit ex causa maxime probabili. putat igitur Ulpianus, adhuc deliberare debere Prætorem, an ei subvenire debeat, ne decipiatur per justissimam absentiæ causam. Est & alius casus §. 1. *d. l.* 28. Aliquis fuit sub fidejussorum datione; & est propterea captus seu læsus, quod de loco recedere non potest: id est, promisit, se de loco quo est jussus sisti, non decessurum. is eo nomine dedit fidejussorem; & uterque se obligavit ad pœnam certam. quæritur, an ei danda sit in integrum restitutio? forte dices: non est sub custodia; nec magis est in vinculis. quid, si tamen non potest de-

decedere de loco, ob metum pœnæ? putat igitur Ulpianus, deficere quidem verba primæ & secundæ partis Edicti; sed non deficere generalem clausulam, *Item si qua mibi alia justa causa esse videbitur.* proinde, inquit, & restituetur, & adversus eum restituetur. Longius res abiret: si exequerer omnia. sunt enim plura *l.* 26. §. 1. & alibi sub hoc Titulo, item *l.* 1. §. 9. *D. de itin. act. priv.* Non silebo tamen, quod solet quæri, & anxie: an huc pertineat querela dicentis, se rem suam præscriptione decem, viginti, aut triginta, annorum amisisse probabili errore seu justa ignorantia. Hoc a multis seculis sedet Interpretibus plerisque magni nominis. at mihi videtur a ratione juris plane alienum. Primum ait Justinianus in fine *l. ult. C. de præscript. long. temp.* præscriptionem longi temporis procedere, nulla scientia vel ignorantia exspectanda. at si in integrum restitutio adversus eam præscriptionem daretur ex causa ignorantiæ: utique in ea, ut procederet, aut adesse scientiam, aut non adesse ignorantiam oporteret. Accedit, quod idem Imperator *l. unic. C. de usuc. transform.* ait, fuisse olim jus impletæ usucapionis, ut dominis ad res suas nullus servaretur regressus, etsi nescientibus: idemque hodie custodiri, transformata usucapione, & ampliato temporis spatio. Insuper constituere Honorius & Theodosius *l.* 3. *C. de præscr. trig. vel quadr. ann.* longissimi temporis præscriptionem (nam de ea agunt) sine distinctione nocere omnibus: dumtaxat excepta pupillari ætate: ita nec militiam excusare, nec absentiam, nec sexus fragilitatem. qui igitur excusabit ignorantia? Ut hæc mittam: quis ignorat, usucapionem, præscriptionemque non esse inventam adversus scientes, sed contra ignorantes & imprudentes: scientibus & intelligentibus numquam passuris, res suas ab aliis possideri, & usucapi proinde, si quis sustineat, ignoranti succurrere adversus usucapionem, præscriptionemve: quid futurum erit; nisi ut enervetur jus usucapionis, præscriptionisve, magno cum reipublicæ detrimento: cujus interest, certa esse rerum dominia, & aliquando litibus adferri finem: ideoque unumquemque in res suas inquirere, aut alioquin eas, non minus sua negligentia, quam sua voluntate, amittere. At enim est generalis hujus Edicti clausula: sua latitudine tam justam ignorantiam, quam justam absentiam complexa: pari præsertim utriusque ratione. Sed videamus, ne hæc comparatio non ex vero ducat colorem. nam absentem facile excusat necessaria aut probabilis causa: at ignorantia proficiscens a negligentia in res suas non inquirentis, quam meretur veniam? plane nullam. Nisi ex *l.* 1. §. 9 *D. de itin. act. priv. & l.* 35. *D. de serv. rustic. præd.* potest dici, quod impedito uti servitute non currit præscriptio: certe oportet eum restitui ex generali hujus Edicti clausula. At ea loca loquuntur de justo & inevitabili impedimento quod natura adferat: præsens autem quæstio est de ignorantia cui causam præbuit negligentia, diligente inquisitione evitabilis, & in jure quod vigilantibus scribitur, numquam probabilis. Ejusdem farinæ est: quod ex *l.* 1. §. 2. *C. de annal. except.* dicitur, non valenti agere non currere præscriptionem. Nam ea lex loquitur de impedimento non facti, sed juris. Illud vix dignum refutari, quod hic præterea jactatur de æquitate adversus rigorem Juris observanda. Non enim bonus & sapiens Jurisconsultus, quam in republica vocamus æquitatem, umquam æstimat opportunitate hujus aut illius privati hominis; sed communi civitatis utilitate. Tryphoninus *l.* 31. *D. Depositi* dicit, non ex mero jure gentium, sed ex præceptis civilibus & prætoriis. Verum justus error in *l.* 2. *D. de in integr. restit.* numeratur inter causas petendæ in integrum restitutionis. Non inficior. sed is justus error non est qualis qualis, sed qui potest merito cadere in hominem constantissimum. est ejus exemplum §. 33. *Inst. de actionib. & tit. D. Quod fals. tut. gest. erit.* qualis error non est ille quo de nostra est disputatio.

Vidimus causas ex quibus hæc in integrum restitutio majoribus a Prætore promittitur. porro quid restituatur, disputemus. Ait Prætor: *Earum rerum actionem restituam.* Igitur restituitur a Prætore actio, Juris Civilis subtilitate amissa. fit autem ea restitutio non directo, sed adhibita fictione: ut solent Prætores, Juris duritiem colore aut fictione emollire. hunc morem pluribus demonstravi *lib.* 3. *Probabil. c ult.* & supra hoc Opere in expositione Juris scripti *Tit.* 1. *lib.* 1. *pag.* 9. In præsentia eum attingit Justinianus §. 5. *Inst. de action.* ait enim, quod re præsentis usucapta ab absente qui domi non reliquerat defensorem, non potest quondam dominus Jure Civili vindicare rem: cujus dominus, etsi nulla sua culpa, usucapione esse desiit. sed hoc cum durum atque iniquum esset, rescindit, id est, negligit, Prætor usucapionem, tamquam nondum impletam; eoque colore patitur, rem usucaptam, quasi in bonis veteris domini mansisset, ab eo peti actione in rem, quam Jure Civili non habebat. inde ea actio dicitur rescissoria: quia rescissa usucapione datur *l.* 28. §. *pen. & ult. h. t.* dicitur etiam utilis *l.* 20. *d. t. & l. ult. C. eod. tit.* quia directa per usucapionem extincta Jure Civili, non potest a Prætore dari; ne faciat adversus leges: quod nolle se profitetur versu ultimo hujus Edicti, & notatur *l.* 28. §. 2. *h. t.* Nil tamen vetat, a Prætore concedi utilem, usucapione, ut dixi, rescissa hoc colore, quasi nondum fuerit impleta. Simile accidit, si exierit dies personalis actionis: non enim potest hac quæ extincta sit, agi Civili Jure. sed si petam restitui: fingit Prætor, non exiisse diem qui jam exiit. ita cum non possum Jure Civili agere actione directa, Prætor utilem mihi indulget Jure Prætorio: hoc colore, quasi dies nondum exierit. Inde quæsitum fuit, utrum hic sit duplex judicium, unum rescindens, alterum rescissorium, an simplex. quæstio ea nata est ab ignorantia antiqui Juris: quo in omnibus speciebus juris ordinarii quodammodo videbatur duplex esse judicium. unum in jure, alterum in judicio, vertebatur. sed nihilominus una actio, unumque judicium, dicebatur. in jure postulabatur actio & Judex: deinde de facto apud Judicem disceptabatur. Sic olim jus fuit, etiam hoc in casu. donec ipsi Magistratus extra ordinem intervenere ex *l.* 2. *C. de pedan. judicib.* inde simplex esse cœpit agendi forma, hoc fere exemplo: Cum abessem reipublicæ causa, usucapta a præsente est res mea. reversus peto restitui in integrum: id est, rescissa usucapione, mihi indulgeri utilem rei vindicationem. judicat Magistratus, an abfuerim reipublicæ causa, & an ea re læsus sim.

Quidquid est: restituitur a Prætore amissa actio. imo interdum instituitur nova quæ ante non fuit. finge: (quod est exemplum *l.* 17. §. *ult. h. t.*) relictum alicui est legatum in annos singulos quibus fuerit in Italia. ille per aliquot annos ab Italia abfuit reipublicæ causa. non debentur illi annua, deficiente legati conditione. an potest restitui in integrum? non videtur subtili jure. nam Edictum loquitur de restituenda actione quæ exiit, at hic nulla fuit, deficiente conditione, cum non fuerit in Italia. obtinuit tamen, eum restitui, perinde quasi in Italia fuisset. quod si est; datur

nova quasi ex mente Prætoris; cum non fuerit vetus. & recte: quid enim interest, utrum absentia reipublicæ causa illi abstulerit actionem quæ erat; an impediverit, ne nascatur nova: uno Prætoris proposito, ne quid damni habeat absens.

Restituit igitur Prætor ei qui non possidet, actionem. An & ei qui possidet, exceptionem? at de ea nihil edixit Prætor. tantum meminit actionis. sic enim loquitur, *Earum rerum actionem restituam.* Interim sub actione sæpe continetur exceptio: & cui damus actionem, ei multo magis damus exceptionem *l.* 156. §. 1. *D. de reg. juris.* id in proposito fieri, observat Ulpianus *l.* 28. §. 5. *b. t.* species talis est. Cum abessem reipublicæ causa, tu usucepisti fundum meum. reversus recepi possessionem sine vitio, ut potest fieri justa ex causa. tu eum vindicas jure dominii. an possum te removere exceptione, Extra quam si eum usucepisti, cum abessem reipublicæ causa. Dubitatio est, quod Prætor nihil dixit de exceptione. Ait tamen Ulpianus, quod exemplo rescissoriæ actionis etiam mihi competit exceptio. id vero significat, quod ea exceptio mihi demum competit, impetrata in integrum restitutione, causa cognita. quomodo de minore dicitur *l.* 9. §. 4. *D. de jurejurando.* & tamen observandum, quod isto in loco non disputatur de exceptione minoris, etsi appelletur exceptio: sed de replicatione: atque ea ibi est temporalis; cum in proposita specie exceptio, etsi rescissoria, sit perpetua: scilicet, quia actor in sua potestate habet, quando suo jure utatur. is autem cum quo agitur, non habet potestatem, quando conveniatur *l.* 5. §. *ult. D. de dol. mal. & met. exc.* Non obstat: quod in *l. ult. C. b. t.* sic scribitur: *Exemplo utilis actionis quæ in integrum restitutis datur, cum exceptionis annuæ (quæ huic objici solet) objectu res vindicare non probiberis.* Est enim ejus loci sensus, quod actio in rem utilis, sive rescissoria, a læso debet peti intra annum, & si deinde petatur, peti sero: quia potest ei objici exceptio annua; id est, exceptio, Extra quam si in integrum restitutio ex forma hujus Edicti, ut oportuit, non est intra annum petita.

Ait igitur Prætor, *Restituam.* Utrum in personam tantum, an etiam in rem? & puto, in rem quoque: Prætore omni modo agente; ne damnum faceret absentia reipublicæ causa. ut vero id obtineat salva ratione juris: fingit, nondum impletam esse usucapionem quæ re vera impleta est; eoque colore, quasi domino, qui non est dominus, Jure Prætorio concedit actionem in rem utilem adversus qualemcumque possessorem: sicut ante usucapionem habebat directam Jure civili. §. 3. & 5. *Inst. de action.* exemplum in *l.* 17. *b. t.* est & aliud *l.* 30. *pr.* & §. 1. *d. t.* Hoc quoque est consequens verbo, *Restituam:* ut Prætor, læsum reponens in eo statu in quo fuit, antequam læderetur, ei non concedat plus, quam tum habuit, monstrantibus exemplis *l.* 26. §. 7. & 8. *item l.* 41. *b. t.*

Vice quoque versa ei non concedit minus. tantum enim vult, omnem ejus causam redintegrari. proinde restitui fructus totius temporis: quo læsus non potuit experiri *l.* 28. §. *ult.* & *l.* 29. *b. t.*

Porro ait Prætor, *Earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit, restituam.* Significat autem annum utilem. atque is ita nominatur *l.* 2. *C. de restit. milit.* Qua ratione, cum sit rei persecutoria? Sed videtur ideo dari intra annum: quia datur ad rescissionem Juris Civilis *l.* 35. *D. de oblig. & act.* una exceptio *l.* 31. *b. t.*

Datur igitur hæc actio intra annum. de cujus computatione agit Ulpianus in *l.* 28. §. 3. *b. t.* cæterum est annus utilis a Justiniano conversus in quadriennium continuum *l. ult. C. de temp. in integr. rest.*

Postrema Edicti clausula est, *Quod ejus per Leges, Plebiscita, Senatusconsulta, Edicta, Decreta Principum, licebit.* Ad hanc clausulam Ulpianus *l.* 28. §. 2. *b. t.* verbum autem, *Quod,* est, quoad, vel hactenus, vel eo usque dum licebit: ut in *l.* 13. *D. de exception.*

TITULUS VII.

De alienatione judicii mutandi causa facta.

Expositis quinque causis in integrum restitutionis de sex quas collegit Paulus *lib.* 1. *Sentent. tit.* 7. ex eoque & Ulpiano enumeravit Tribonianus *l.* 1. & 2. *D. de in integr. restit.* merito exspectes sextam quæ est justus error: nisi ejus exemplum a Veteribus hoc loco explicitum, Tribonianus in compositione Pandectarum transtulisset in Tit. VI. lib. XXVII: ut jam monui *d. Tit. De in integr. restit.* Ibidem adduxi etiam aliud exemplum justi erroris ex §. 33. *Inst. de actionib.* Sed hoc utrum proprio Edicto complexus fuerit Prætor, an Edicto antecedentis Tituli sub clausula, *Item si qua alia mibi justa causa esse videbitur*, reliqui in medio: non assuetus dicere plus, quam scio. Edictum certe de eo speciale non extat.

Igitur quo ducit ordo Pandectarum, pergo ad Titulum *De alienatione judicii mutandi causa facta:* qui a Veteribus, suadente juris similitudine, subjectus fuit superioribus causis in integrum restitutionis. Id conjicio ex Inscriptionibus Fragmentorum Gaji, Ulpiani, & Pauli sub hoc Titulo. & juvat, quod ex ea quoque causa in integrum restitutio fieri dicitur *l.* 3 §. 4. *D. & l. unic. C. b. t.* Interim hujus in *d. l.* 1 & 2. neque vola, neque vestigium est: neque magis in propatulo est ratio. Nisi illa est; quod forma hujus in integrum restitutionis non per omnia est eadem superioribus. nam cum in illis passim rescindatur gestum aut contractum; eoque redintegretur actio juris subtilitate amissa: hac nostra neque alienatio judicii mutandi causa facta rescinditur, neque actio amissa restituitur. tantum ei cui alienatio a possessore facta sit mutandi judicii causa, si agere volet, ex ea negatur actio. contra hic qui ea læsus est, retinet directam rei vindicationem adversus novum possessorem; sicut adversus veterem eam habuit ante alienationem. Proponitur tamen ei hoc Edicto adversus alienantem nova in factum actio ad id quod ejus interest, talem alienationem judicii mutandi causa non esse factam, nisi pristinam judicii causam arbitratu Judicis restituat. in quo potest videri imago restitutionis; etsi magis sic instituatur nova, quam restituitur vetus actio. Sed hoc & alibi observatur in prioribus. Fuit autem ad hujus introductionem in primis necessaria Prætoris auctoritas: quando is cujus res alienata est judicii mutandi causa, de ea non alienanda cum ejus possessore nihil contraxit. ipsa quoque alienatio neque prohibebatur Jure Civili, neque pro delicto habebatur. interea non oportebat impunitam esse alienationem qua lædi videbatur dominus. placuit igitur Prætori, ne ejus causa ex alieno facto fiat deterior, tam negare effectum alienationis, quam indulgere in factum actionem adversus alienantem ad id quod interest, eam alienationem non esse factam, nisi pristinam judicii

cii caussam restituat arbitratu Judicis: id est, nisi in se suscipiat utilem in rem actionem, perinde ac si possideret *l.* 1. *l.* 3. §. *fin. l.* 8. *b. t.*

Nunc venio ad Edictum: cujus rationem exponit Gajus *l.* 1. *b. t.* sed non adscribit verba; ne summam quidem, saltem integram. Quantum enim liquet, fuerunt duo Edicti Capita. Prius conceptum fuit in hæc verba: *Ne qua alienatio judicii mutandi causa fiat.* extant hæc in *l. ult. b. t.* quam, ut editur, adscribam integram. verba. *Si quis judicii communi dividundo evitandi causa rem alienaverit, ex Lege Licinia interdicitur ei, ne communi dividundo judicio experiatur, verbi gratia, ut potentior emptor per licitationem vilius eam acccipiat, & per boc iterum ipse recipiat. Sed ipse quidem, qui partem alienaverit, communi dividundo judicio si agere velit, non audietur. is vero qui emit, si experiri velit, ex ea parte Edicti vetatur, qua cavetur, Ne qua alienatio judicii mutandi causa fiat.* Male cohærere hæc verba, olim animadvertit Gulielmus Ranchinus, Vir doctus, *lib.* 3. *Var. lect. c.* 15. atque ea sic reducit in ordinem. *Si quis judicii communi dividundo evitandi causa rem alienaverit, verbi gratia, ut potentior emptor per licitationem vilius eam accipiat, & per boc iterum ipse recipiat, ex Lege Licinia ei interdicitur, ne communi dividundo judicio experiatur. Sed ipse quidem qui partem alienaverit, communi dividundo,* & reliqua. Sic Ranchinus: & aptius, quam Marcianus. Tamen, si me audies, nihil mutandum. est enim Synchusis explicatione adjuvanda sine correctione: cum in receptam lectionem, etsi duram, omnes consentiant libri, & sit hujusmodi Synchusis Veteribus satis frequens: ut antehac notavi *lib* 2 *Observ. c.* 26.

Alterum Edicti caput sic confingo. *Si qua alienatio judicii mutandi causa dolo malo facta esse dicetur, neque pristina judicii causa restituetur, adversus eum qui alienationem fecerit; ei ad quem ea res pertinebit, quanti ejus intersit, alium adversarium non babuisse, intra annum quo primum experiundi potestas erit, in factum actionem dabo.* Prima verba sum mutuatus ex *l.* 8. §. 1. *b. t.* expuncta ibi syllaba, *ve*, in *quæve*, supervacua. Sequentia verba, *Dolo malo* extant in §. 3. *l.* 4. & indicat eorum sensum hoc Gaji *l.* 1. *Idque data opera in fraudem nostram.* Illa, *Neque pristina judicii causa arbitrio Judicis restituetur*, probat Paulus *d l* 8. & Gajus *l.* 3. §. *ult.* Porro *Anni* meminit Ulpianus *l.* 6. Cætera verba, *In factum actionem dabo*, item, *Ei ad quem ea res pertinebit*, & *Quanti ejus intersit, alium adversarium non babuisse*, clarent ex *l.* 1. *l.* 3. § 4. *& 5. item l.* 4. §. 5. *& 6. b. t.*

Hactenus de Conceptione Edicti: sequitur interpretatio. Priore capite cautum fuit: *Ne qua alienatio judicii mutandi causa fiat.* Scilicet, ne hoc modo alicujus causa fiat deterior ex alieno facto *l.* 1. *b. t.* Et est observandum, quod Prætor non minatur, se alienationem judicii mutandi causa factam, non habiturum ratam: nam aliter consuluit in Edicto Quod metus causa: in quo dixit, Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo. at in proposito dumtaxat dixit, Ne qua alienatio judicii mutandi causa fiat. Igitur alienationem fieri vetat. factam non rescindit. is tamen qui emit, si experiri velit, hac Edicti parte vetatur *l. ult. b. t.* non solito Prætore, auxilium accommodare ei a quo spernitur *l.* 37. §. 1. *in fin. D de minorib. l.* 13. §. 12. *D. de damn. infect.* Prohibet igitur Prætor, *Ne qua alienatio fiat.* Est autem alienatio, omnis actus per quem dominium transfertur *l.* 1. *C. de fundo dotali.* Ea vero ut fiat, duo desiderantur: unum est, ut dominium a domino abeat: alterum, ut ad alium veniat. alterutro deficiente, non fit alienatio: nec erit Edicto locus. pone, rem venditam, nondum traditam. quia adhuc manet in dominio venditoris, alienata non proprie dicitur: vendita recte dicitur *l.* 67. *D. de verb. signif.* nam ut commode præcipit Paulus, obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum faciat; sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid *l.* 3. *D. de oblig. & act.* sit igitur ita, ut dixi, quod traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur *l.* 20. *C. de pactis.* non est dubium, quin inservientibus subtilitati Capitis, alienationem judicii mutandi causa prohibentis, non sit ei locus, nisi amisso translatoque rei dominio. Sed non substitere Veteres intra hasce angustias: intellecto Prætoris consilio, omni modo prospicere; ne alicujus causa specie alienationis deterior fiat ex alieno facto. Nolo mihi credi: sit fides Paulo *l.* 8. §. 2. *D. b. t.* sic scribenti: *Alienare intelligitur etiam qui alienam rem vendidit.* Ex sermonis forma est conjicere, Paulum in Edicti explicatione, postquam docuerat, *alienare* proprie esse, rem suam alteri tradentis ex causa ad dominii translationem idonea, venditione, verbi gratia: mox quæsivisse, an etiam alienare intelligi debeat qui ex causa ad dominii translationem habili rem alienam transferat. Erat hæc dubitatio, verbi proprietatem retinentibus, minime vana: explorato, rei dominium, etsi potuisset transire a domino tradita, hoc tamen in casu non transferri. Sed mihi videtur Paulus magis de Prætoris fine, quam de verbi subtilitate, sollicitus animadvertisse, translata a non domino rei alienæ possessione judicii mutandi causa, adversario æque noceri, ac ei noceretur, si dominium judicii mutandi causa in alium transiisset. ac proinde, quod conveniebat Prætoris providentiæ, interpretatus est, alienare esse, etiam transferre possessionem ex causa ex qua dominium, si a domino traderetur, transiturum foret. Nec tantum Paulo illa placuit æquitas: sed etiam Pedio apud Ulpianum *l.* 4. §. 2. *D. b. t.* interpretanti, *Non solum ad dominii translationem boc Edictum pertinere: verum ad possessionis quoque.* Sic Pedius: nec sine causa sane optima ea causa est: *Alioquin, cum quo in rem agebatur, si possessione cesserit, non tenebitur.* Sensus Pedii: Si alicui contra placeat, vim Edicti ejus verbis metiri; nec interim ad ejus finem penetrare, is longe errabit: palam effecturus, ut vix usum habeat Edictum, quod a Prætore utile ac necessarium existimatum est. Ain' vero? experiamur, si vacat. quid egit Prætor? nisi ut dominum, rem suam vindicaturum a non domino, adjuvaret, ne possessio judicii mutandi causa cum domini injuria in potentiorem transferatur? hoc vero an impetrabit: si Edictum non haberet usum adversus possessorem rei alienæ qui solus convenitur rei vindicatione, & potest possessionem tradere alii; dominium alii cedere non potest.

Superiori dubitationi affinis est sequens, servo judicii mutandi causa manumisso. nam ne manumissione quidem proprie fit alienatio, etsi dominus ea amittat servi dominium, cum non transferatur in alium. manumisso tamen servo res eodem redit, quo veniret, si dominium esset translatum. dicamus igitur, vel hic alienationem fieri ex mente Prætoris; licet resistat verbi proprietas *l.* 3. §. 1. *b. t.* Incurrit hic & illa inspectio, an alienari videantur jura prædiorum? & putat Ulpianus *l.* 4. §. 4. *b. t.* Atqui non possunt tradi; cum sint incorporalia *l.* 43 §. 1. *D. de adq. rer. dom.* Admittunt tamen quasi traditionem *l. ult. D. de servitut.* quid ni igitur quasi alienentur? id vero sufficit: quia vel hoc modo, quod noluit Præ-

Prætor, poteſt deterior fieri adverſarii conditio. Caderet & circa legata, heredisque inſtitutionem, dubitatio: niſi eam occupaſſet Paulus *l.* 8. §. 3. *h. t.* ſic ſcribens: *Heredem inſtituendo, vel legando, ſi quis alienet, huic Edicto locus non erit.* Recte: nam quia talis alienatio eſt prope necesſaria, domino res ſuas utique morte relicturo: quid iniquum eſt, ei indulgeri ſolatii loco, ut in amicum quem ſua benevolentia non indignum arbitretur, transferat rem quam ipſe retinere nequit; nec idcirco credatur litem potius, quam rem transferre? nemine cum ratione futuras lites metuente, ubi nulla erit.

Prohibuit igitur Prætor, alienationem judicii mutandi cauſa fieri: & ut generalis eſt ejus ſermo; ita non refert, utrum ab actore an a reo, fiat alienatio, modo ea durior aut moleſtior objiciatur adverſarius. utrique certe parti peræque occurri, paritati rationis convenit. Exempla alienationis a reo factæ ſunt complura *h. t.* eſt & factæ ab actore aliquod in *l.* 11. *h. t.* quæ eſt non indigna hic tractari. Proponitur Titius poſſeſſiones, id eſt, fundos, donaſſe militi. is miles poſtulabat ſuo nomine litigare de poſſeſſionibus: id eſt, conſulebat Prudentes; an poſſet, ſicut volebat, eas ſuo nomine vindicare utilibus forte actionibus: ut in *l. ult. C. de hered. vel act. vend.* Ait Ulpianus, eſſe reſponſum, ſi donatio judicii mutandi cauſa fuerit facta, priorem dominum experiri oportere. Ulpianus ſignificat, putaſſe eos qui conſulti fuerant, Edicto locum esſe, actore alienationem judicii mutandi cauſa faciente: ideoque fore prudentiæ, ſi ita ſe comparent Titius & miles, ne miles ſuo experiatur nomine: ſed prior dominus poſſeſſiones vindicet perinde, quaſi alienatio non eſſet facta: quia hoc modo creditur rem, illo litem tranſtuliſſe: altero offenditur Edictum, altero non. quin reſtituta poſſeſſori priſtina judicii cauſa, ei nihil relinquitur de quo queratur; cum jam ejus nihil interſit. Sic cenſeo; & obſervo, hoc reſponſum eſſe ex libris Opinionum Ulpiani: in quibus ille, quod & ſupra ſub Titulo *De procuratoribus* notavi, ſcripſit conſilia, ſive remedia, prudentiæ pro molliendo Juris rigore inventa, quæ a Modeſtino Eurematica appellantur. Hoc vero reſponſo, ſive conſilio, ſive remedio, duo efficiuntur: unum eſt, ut ſic poſſit prior dominus utiliter agere rei vindicatione: qua miles priore hujus Edicti Capite agere impeditur. alterum eſt, quod eo modo fit; ut prior dominus evitet pœnam actionis in factum: qua, alienatione facta judicii mutandi cauſa; tenetur ſecundo Edicti Capite: niſi adverſario cujus cauſam fecerat deteriorem, priſtinam judicii cauſam reſtituat *l.* 3. §. *ult. h. t.*

Vetat igitur Prætor, alienationem judicii mutandi cauſa tam ab actore, quam a reo, fieri. Nec magis refert ejus, qualia mutentur judicia: nam nec illa diſtinguit, utrum ſint in rem actiones, an ſint in perſonam, dum ſint in rem ſcriptæ, qualis eſt actio ad exhibendum *l.* 8. *h. t.* aut actiones mixtæ tam in rem, quam in perſonam, qualis eſt actio communi dividundo *l. ult. h. t. l.* 24. §. 1. *D. Commun. divid.* De actione mere perſonali dubitatur. ac movet hinc, quod debitor invito creditore non poteſt alium debitorem ſuo loco ſubſtituere. inde movet, quod creditori jus eſt, nomen alii cedere invito debitore *l.* 1. *C. de novat.* & Edictum vim ſuam æque exſerit, conſtituto duriore actore, quam duriore reo. Non igitur in mora eſt ratio, quo minus Edictum ex parte actoris pertingat ad perſonales creditores: eique cui ceſſa ſit talis actio, ea ex hoc Capite denegetur. Sed id viſum Jacobo Cujacio, V. Cl. *lib.* 10. *Obſerv. c.* 3. Nec me vexat, quod in *l. unic. C. Ne lic. potent. patroc. litig. præſt. & l. pen. & ult. C. Mandat.* alia poſita ſunt remedia ad coërcendas nominum ceſſiones fraudulentas. Nam hæc ſunt poſteriorum temporum; nec impediunt, quo minus etiam Prætor adverſus eas ſuo modo ante conſuluerit.

Nondum abſolvi omnia: cum enim ait Prætor, *Ne qua alienatio fiat judicii mutandi cauſa:* adhuc ambigi poſſit, utrum ea verba de præſente, an de futuro, accipiantur? non enim vel hic diſtinguit Prætor. Sed mihi placet, de futuro accipere: quia præſertim Paulus *l.* 8. § 1. *h. t.* ad hæc verba ſecundi Capitis, *Quæ alienatio judicii mutandi cauſa facta erit*, ſic ſcribit, *Id eſt, futuri judicii cauſa, non ejus quod jam ſit.* Videlicet, nihil opus erat proſpicere judicio jam cœpto: quando res inde incipit eſſe litigioſa; ejusque alienatione non mutatur judicium: quin perinde procedit, ac ſi res alienata non fuiſſet. quid, ſi interdicta quoque ejus alienatio fuerit? ita Papinianus *l.* 13 *D. Famil. erciſc.* & exceptioni locum facit Ulpianus *l.* 1. § 1. *D. de litig.* Similis aut major quæſtio eſt, quando potiſſimum videatur alienatio fieri judicii mutandi cauſa? Sed puto, tum fieri; ſi quis alienando rem alium nobis ſubſtituit adverſarium, idque data opera in fraudem noſtram. pone, oppoſitum alterius provinciæ hominem, aut potentiorem adverſarium, aut alium qui vexaturus ſit adverſarium. nam ſi cum eo qui alterius provinciæ eſt, experiar; in illius provincia experiri debeo; & potentioribus pares eſſe non posſumus *l.* 1. *l.* 2. *l.* 3. *h. t.* Sic liquet injuria, & dolus malus. Atqui Prætor ait, *Ne qua alienatio fiat judicii mutandi cauſa:* nec hoc Capite vel minimam doli mali facit mentionem. Sed viſum fuit Veteribus, perinde accipere Edictum, ac ſi doli mali meminiſſet: atque eo verius, quia in ſecundo Capite illum palam deſiderat: ut diſcimus ex *l.* 1 *& l.* 4. §. 3. *h. t.* quid, ſi intendentibus ad Prætoris mentem, non agit; ne alienatio fiat, cum erit judicium: ſed ne ideo fiat alienatio, ut judicium mutetur? improbat enim propoſitum alienandi non idcirco, ne res, ſed ne lis, transferatur eum in finem, ut moleſtior objiceretur adverſarius. ita non alienationes inhibet Prætor, ſed vexationes, prætextu alienationis cogitatas. Res loquitur: & explicandus hinc Ulpianus *l.* 4. §. 1. *h. t.* verba Ulpiani. *Itemque fieri poteſt, ut ſine dolo quidem malo deſierit poſſidere, verum judicii mutandi cauſa id fiat. ſunt & alia complura talia. poteſt autem aliquis dolo malo deſinere poſſidere, nec tamen judicii mutandi cauſa id feciſſe, nec hoc Edicto teneri. neque enim alienat, qui dumtaxat omittit posſeſſionem. non tamen ejus factum improbat Prætor: qui tanti habuit re carere, ne propter eam ſæpius litigaret. hæc enim verecunda cogitatio ejus qui lites execratur, non eſt vituperanda: ſed ejus dumtaxat qui cum rem habere vult, litem ad alium transfert, ut moleſtum adverſarium pro ſe ſubjiciat.* Satis obscura ſunt hæc verba & forte mutila illa: *Sunt & alia complura talia:* niſi mutarunt locum; aut ad ſequentia ſpectant. Utcumque erit: videtur eſſe Ulpiani ſenſus, Prætorem poſtulare, ut duo concurrant: primum, ut alienatio facta ſit judicii mutandi cauſa: deinde, ut ſit facta dolo malo: nec ei ſufficere alterutrum. fieri enim poſſe; ut quis habeat propoſitum mutandi judicii, quamvis nil agat dolo malo: & viciſſim fieri poſſe, ut agat dolo malo; licet non habeat animum mutandi judicii. Sit exemplum prioris caſus: ſi quis videns, ſibi fore rem cum pluribus, alicui cedat poſſeſſione, ne ſæpius debeat litigare. hæc verecunda cogitatio ejus qui lites execratur, non eſt

vitu-

vituperanda. præterea inviti non compellimur, in rem actionem pati *l. ult. D. de rei vindic.* ita non alienat, qui dumtaxat omittit possessionem, auctore Ulpiano *l.* 119. *D. de reg. jur.* quæ est conjungenda cum *d. l.* 4. §. 1. Simile exemplum est, si quis ob valetudinem, aut ætatem, aut occupationes necessarias, litem in alium transtulerit. vult enim ille mutare judicium, substituto procuratore; sed nil agit dolo malo. ita non est in ea causa, ut hoc Edicto teneatur. cæterum, id est, alioquin, interdictum erit per procuratorem litigare *d. l.* 4. §. 3. Posterioris casus exemplum sit: si sciens, alium esse dominum rei quam possidet, deinde eam alii donat aut vendit. desinit is procul dubio possidere dolo malo; non tamen hoc agit, ut domino durior aut molestior objiciatur adversarius. igitur facit quidem alienationem dolo malo, sed non facit eam judicii mutandi causa. Non igitur locum habet Edictum Prætoris; tantum volentis, coërcere cogitationem ejus, qui cum rem habere vult, litem ad alium transfert, ut molestum adversarium pro se subjiciat.

Non minus æquum est, etiam si facta dolo malo sit alienatio, & fuerit animus mutandi judicii, cessare Edictum; si injuria alienatione cogitata, non habuerit effectum. Poterat quidem alicui hærere scrupulus, propter Edicti verba priore Capite magis ad alienandi consilium, quam ad exitum, respicientia. Sed Veteribus sedit, hanc litem Prætoris mente, non ejus verbis, æstimare: ac proinde non punire propositum, nisi habeat effectum; cum alioquin nihil intersit: suadente præsertim æquitate secundi Capitis. Sit thema ex *l.* 3. §. *ult. h. t.* Aliquis alienationem fecit judicii mutandi causa. is conventus actione in factum ex secundo Capite hujus Edicti, & est paratus suscipere utilem in rem actionem, perinde ac si adhuc possideret. an tenetur hoc Edicto? ait Gajus, denegandam esse ex hoc Edicto contra eum actionem: causatus, quod ejus nihil intersit; cum sic se liti offert, perinde ac si adhuc possideret. hæc porro actio datur ad id quod intersit; nisi pristina judicii causa restituatur. id si fit; nulla est injuria, & merito cessat Judicis arbitrium Aliud exemplum *l.* 8. §. 4. *h. t.* Aliquis alienavit: mox recepit. an tenetur hoc Edicto? Negat Paulus: & recte. quia res non habuit effectum. ac potest dici, quod in levioribus solet, quid obfuit conatus, cum injuria nullum habuerit effectum *l.* 1. §. 2. *D. Quod quisq. jur. in al. stat.* Simile in *d. l.* 8. § *ult.* Si quis venditori suo redhibet: quia redhibito homine, ob vitium aut morbum, omnia retro aguntur, perinde ac si neque emptio neque venditio intercessisset *l.* 60. *D. de Ædilit. Edict.* & ideo non videtur judicii mutandi causa alienare qui redhibet, usus concesso jure: nisi forte propter hoc ipsum redhibeat, non redhibiturus alias *d. l.* 8. §. *ult.* & *l* 9 tum enim Edictum offendit, & a Prætore coërcetur. Nam (id est, præterea) & si obligatus solvero quod a me petere velles, huic Edicto locus non erit *l.* 10. *h. t.* quia feci, quod nisi fecissem, Prætor me cogeret facere. ita nil alieno judicii mutandi causa, certe non dolo malo.

Secundo Edicti Capite promittitur a Prætore actio in factum: si quæ alienatio judicii mutandi causa dolo malo facta esse dicetur. quid autem his indigitetur verbis, ex antecedentibus liquet. Datur porro hæc actio a Prætore ei ad quem ea res pertinebit. Nimirum cum pro fundamento habeat alienationem dolo malo factam judicii mutandi causa, nascitur ex delicto, eoque ex obligatione, & est in personam; nec miramur, dari ei ad quem ea res pertinet, id est, ei cujus interest, alienationem judicii mutandi causa non esse factam dolo malo. Quin ex eodem principio sequitur, dari adversus eum qui eam alienationem judicii mutandi causa fecit dolo malo: adversus alium non dari. Sed hoc convenit non minus Edicti verbis, quam naturæ actionis in personam §. 1. *Inst. de actionib.* Inde dubitatum fuit, si tutor pupilli, vel agnatus furiosi, id est, curator furiosi, rem alienaverit judicii mutandi causa, an adversus pupillum aut furiosum detur ex hoc Edicto actio? & quantum ad verba attinet, non datur. concepta enim est adversus eum qui alienationem fecit dolo malo. is vero non cadit in pupillum, nec in furiosum. ex mente tamen Prætoris datur adversus eos utilis actio *l.* 10. §. 1. *h. t.* puto, cum temperamento quod est in *l.* 1. 3. & 5. *D. Quand. ex fact. tut.*

Non magis laborandum, ad quid hæc detur actio. ait enim Prætor, dari tanti, quanti actoris intersit, alium adversarium non habuisse *l.* 1. *h. t.* competit igitur hæc actio ad id quod interest; ideoque (ut Ulpianus ait *l.* 4. §. 5. *h. t.*) si res non fuit petitoris, aut si is qui alienatus est, sine culpa decessit, judicium cessat: nisi si quid actoris præterea intersit. Non debeo præterire: quod non simpliciter hæc promittitur actio: sed si pristina judicii causa non restituatur arbitratu Judicis *l.* 8 *h. t.* Est igitur arbitraria. in qua si pareat, alienationem a reo esse dolo malo factam judicii mutandi causa: duplex est officium Judicis; primum, jubere pristinam judicii causam a reo restitui, id est, ab eo perinde suscipi utilem in rem actionem, ac si nulla alienatio intervenisset. huic jussui si pareatur; liberatur reus. sin minus; deinde convenit officio Judicis, eum condemnare tanti, quanti actoris interfuit, litem non fuisse translatam. idque adeo verum est, ut etiam teneatur is qui rem exhibeat, nisi pristinam judicii causam arbitratu Judicis restituat *d. l.* 8. non enim sufficit, exhibere, sed oportet restituere. nempe est plus in restitutione, quam in exhibitione: nam exhibere est, præbere præsentiam corporis: restituere est, etiam possessorem facere, fructusque reddere: pleraque præterea restitutionis verbo continentur. ita Gajus *l.* 22. *D. de verb. sign.* & quod observandum lib. 4. Ad Edictum provinciale, ex quo *l* 1. *l.* 3. & aliæ sub hoc Titulo.

Ex his liquet, quod hæc actio non est pœnalis, sed rei persecutoria: utique ex parte actoris, persequentis quod sibi abest: quare heredi quidem dabitur; in heredem autem vel similem, vel post annum non dabitur, nisi quatenus pervenit: quia est quidem ex actoris parte rei persecutoria: verum ex parte rei est ex delicto, id est, pœnalis *l.* 4. §. *ult l.* 5. *l.* 6. & 7. *h t.* quod & in actione de dolo observatur *l.* 26. & *seqq D. de dolo malo:* quæ æque est rei persecutoria, & perinde ex delicto nascitur.

Præter actionem in factum, qua a Prætore induci sui generis in integrum restitutionem, initio Tituli indicavi, etiam veteri domino adversus novum possessorem Jure Civili competit directa in rem actio. utriusque meminerunt Diocletianus & Maximianus *l. unic. C. h. t.* quin insuper monent, esse electionem domini cujus res alienata sit, utra uti malit. verba Imperatorum. *Cum in rem actionem possessio pariat adversario; alienatione etiam judicii mutandi causa celebrata, in integrum restitutio Edicto perpetuo permittatur: intelligis, si rem, ne secum ageretur, qui possidebat, venumdedit, & emptori tradidit, quem elegeris, conveniendi tibi tributam esse jure facultatem.* Hæc vulgata lectio: sed vitiosa. scribe: *Cum in rem actioni possessio*

sessio pariat adversarium. Ita est in quibusdam libris manuscriptis, & olim legisse videntur Græci, ut pridem notavi *lib. sing. Ad Edict. De pact. & transact. c.* 13. utique sic sensus verus: Cum domino cujus est in rem actio, alterius possessio offerat adversarium. nam possessio non est causa actionis in rem: sed dominium. hoc producit in rem actionem. illa domino, eam habenti, tantum parit adversarium.

Tenes Edictum. An necessarium? nam si dominus cujus res dolo malo alienata sit judicii mutandi causa, adversus alienantem, etsi desierit dolo malo possidere, ultro habet utilem in rem actionem, perinde ac si adhuc possideret: quid opus fuit, adversus eum proponere actionem in factum, nisi in se suscipiat utilem in rem actionem? Ut tollatur difficultas: consideremus tempus introducti utriusque remedii. Mea sententia, vetustius utili in rem actione est hoc Edictum: sive fuit tralatitium, cum a Juliano insereretur Edicto perpetuo, sive ab eo (quod non credo) tum primum fuit compositum. utrumvis tamen placeat, fuit hujus Edicti, cum inveniretur, necessaria severitas: nondum cognito usu utilis in rem actionis adversus desinentem dolo malo possidere. nam hæc inducta primum fuit tempore Hadriani, & quidem, post Edictum perpetuum a Juliano compositum, Senatusconsulto de petitione hereditatis quod est in *l.* 20. §. 6. *D. de petit. hered.* deinde per consequentiam ejus Senatusconsulti obtinuit, ut etiam in singulari in rem actione is qui dolo desiit possidere, perinde ac si adhuc possideret, utili in rem actione teneretur. sic clare Ulpianus *l.* 27. §. 3. *D. de rei vindic.* & apparet causa, cur nostra in factum actio a Juliano in Edicto perpetuo non fuerit omissa pro supervacua; & contra pro necessaria ei sit inserta. Imo quid ni, postquam invaluit utilis in rem actio, adhuc usum habeat actio in factum: si quando possit alicujus interesse, ea experiri, propter alienationem judicii mutandi causa factam? occurrit talis casus in *l.* 4. *h. t.* si res fuerint usucaptæ ab eo cui alienatæ sint judicii mutandi causa. non enim possunt ab eo in cujus fraudem sint alienatæ, actione directa vindicari post impletam ab emptore usucapionem. est igitur causa, cur læso competat in factum actio. Dedi unum casum: sed ne solus sit, accipe alterum ex *l.* 11. *h. t.* quam exposui supra. Ecce: tu eras fundum a me vindicaturus: sed quo habeam molestiorem adversarium, militi donas eum fundum: & quia non potes vacuum tradere a me possessum; cedis militi rei vindicationem quam adversus me habes jure dominii. ita potest is (nisi obstaret hoc Edictum) adversus me experiri, tamquam tuus procurator, directa rei vindicatione, nec minus utili suo nomine *l. ult. C. de hered. vel act. vend.* interest mea, neutrum fieri a milite interim non habeo rei vindicationem; qui non sum dominus: & si sim, ipse possideo, eoque exercere eam non possum *l.* 1. §. 6. *D. Uti possidetis.* necessaria igitur mihi vel ea in specie ex hoc Edicto est in factum actio: nisi a te mihi pristina judicii causa restituatur.

TITULUS VIII.

De receptis. qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant.

RUBRICA variat in editis codicibus. Florentiæ est, *De receptis. qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant.* In vulgato Accursii exemplari extat, *De receptis arbitris, & qui arbitrium recipiunt, ut sententiam dicant.* Scribo: *De receptis arbitrIs. & qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant.* Ejus scripturæ vis est: *De receptis arbitriis,* & reliqua: geminata litera, I, majuscula. Sic apta fit locutio, quæ ante non erat. nam arbiter non recipitur a litigantibus, sed arbitrium recipitur ab arbitro: monstrante Rubrica, & *l.* 3. §. 1. *h. t.* arbiter sumitur a litigantibus *l.* 21. *l.* 33. *l.* 50. *h. t.* dicitur quoque fieri *l.* 51. *d. t.* & quasi vir bonus inter eos eligi disceptator. *l.* 3. §. 1. at sumptus, electus, factus, arbiter recipit arbitrium: id est, promittit arbitrium. recipere enim est, promittere. etiam dicitur arbiter in se recipere arbitrium; cum Judicis partes suscipit, finemque se controversiis sententia sua impositurum pollicetur *d. l.* 3. §. 1. & 2. *l.* 13. §. 2. *l.* 21. §. 9. *h. t.* Legendum igitur, geminata litera, *De receptis arbitriis.* Recepta hæc arbitria etiam simpliciter Recepta dicuntur, & cum Compromissis confunduntur *l.* 14. *C. de judiciis;* etsi inter Recepta & Compromissa alioquin sit differentia. Receptum enim proprie est arbitri, suscipientis partes Judicis, & pollicentis, sententia sua finem imponere controversiis *d. l.* 13. §. 2. Compromissum contra est, conventio qua uterque litigator promittit, se pariturum arbitri sententiæ: sin minus, daturum pœnam *l.* 1. *C. h. t. cum similibus.* Hanc verborum proprietatem miscuit Imp. Justinianus in *d. l.* 14. sequentibus verbis: *qui ex recepto, id est, compromisso, quod judicium imitatur, causas dirimendas suscipiunt.* Nisi illa, *id est, compromisso,* sunt Interpretis. quod magis puto: quia abhorrent ab usu loquendi Veterum, quem Tribonianum ignorasse, mihi non est verisimile. Quidquid est: sive legas, *De receptis. qui arbitrium &c.* sive *De receptis arbitriis, & qui arbitrium,* &c. parum refert: cum eodem redeat sensus. Quamquam malim, *De receptis. qui arbitrium.* &c. quomodo legitur Florentiæ. Sic præmittitur genus, cujus una species hoc Titulo, altera sequente, exponitur. Est in Codice quoque Titulus, *De receptis arbitris:* sed errore consimili ei quem expunximus. Additur in Rubrica Pandectarum, *Qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant:* quia hic est compromissi & recepti finis. quem ut obtineant litigatores; solet arbiter a Prætore extra ordinem cogi, sententiam dicere. Erat vero hoc Prætoris auxilium necessarium: quia ex recepto arbitri quod jure civili nudo censetur pacto, nulla nascebatur actio inter arbitrum & litigatores: licet æquum esset, ab eo qui receperat arbitrium, sententiam dici inter eos qui compromiserant. Hæc ratio & sententia Tituli. ex qua apparet, eum cum superioribus conjungi bene. Quomodo? postquam Prætor dixit de personis quæ pro se, vel pro aliis, in jure postulent: deinde subjicit causas Prætoriæ cognitionis. in his primas dedit restitutioni in integrum, secundas receptis.

Edictum tale fuit. *Qui arbitrium pecunia compromissa receperit, eum sententiam dicere cogam.* Hæc verba facile colliguntur ex *l.* 3 §. 2. *l* 11. §. 2. *l.* 15. *h. t.* Ejus Edicti æquitatem commendat Ulpianus *d. l.* 3. §. 1. sed quia pluribus verbis: sufficerit, indicasse locum, unde petatur. Interim sumam interpretandi initium a personis arbitrantium: ducem sequutus Ulpianum §. 3. *d. l.* 1. Ait igitur Prætor, *Qui.* Pronunciatio sermonis in sexu masculino plerumque ad utrumque sexum porrigitur *l.* 195. *D. de verb. sign.* in hoc vero Edicto. *Qui* tantum masculos complectitur,

tur, non etiam fœminas, utique post Constitutionem Justiniani *l. ult. C. h. t.* nam ante an admissæ ad compromissa fuerint etiam fœminæ, aliqua est Cujacii deliberatio *lib.* 13. *Observ. c.* 23. quam, si lubet, vide. Ait igitur Prætor, *Qui:* nec addit verbum. qualiscumque igitur sit dignitatis aut conditionis qui receperit arbitrium, eum Prætor cogit officio quod suscepit, perfungi, etsi Consularis sit. quid, si positus sit in magistratu aut potestate pari aut majore? ne hic quidem excipitur Edicti verbis, sed excluditur ejus sententia. nec opus fuit, addere exceptionem ultro certam. itane? non potuit Prætor cogitare de cogendo eo in quem non habet imperium: ut evenit in majore aut pari potestate *l.* 3. §. 3. *l.* 4. *D. h. t.* qualis Consul est Prætori: ut intelligimus ex Cicerone *lib.* 9. *Ad Attic. Epist.* 9. & A. Gellio *lib.* 13. *Noct. Attic. c.* 15. Inferior tamen Magistratus, si receperit arbitrium, cur minus cogatur, causa non est *d. l.* 4. Idem dicam de Judice: nisi arbiter fiat ea in causa in qua Judex est. tum enim ne arbitrium recipiat, inve se compromitti jubeat, dicitur prohiberi Lege Julia *l.* 9. §. 2. *h. t.* eamque esse Juliam privatorum judiciorum, bene observavit Vir Cl. Barnabas Brissonius *lib.* 4. *Select. Antiq. c.* 7. Idem de Prætore legitur *l.* 4. *D. de tut. & cur. dat. ab his.* etsi hujus Inscriptio sit ex Ulpiani *lib.* 9. *Ad. Leg. Jul. & Pap.* Ait igitur Prætor, *Qui:* nec dubium est, quin ea voce complectatur patremfamilias qui arbitrium receperit. An etiam filiumfamilias? non resistit Ulpianus *l.* 5. *h. t.* imo Gajus *l.* 6. addit, filiumfamilias etiam de re patris recte arbitrum fieri. Atqui constat, si quis de re sua fiat arbiter, non valere: quia sibi imperare, aut se prohibere, nemo potest *l. pen. h. t.* id vero in patre & filio usu venit: quando vox patris est vox filii; & contra vox filii est vox patris §. 4. *Inst. de inutilib. stipul.* Sed hoc domi observatur in privatis causis. in publicis vero filiusfamilias loco patrisfamilias habetur *l.* 9. *D. de his qui sunt sui vel alien. jur.* est igitur in his alius filius, alius pater. id posset multis declarari; sed omnium instar erit exemplum ex *l.* 77. *D. de judic.* ait ibi Africanus, quod in privatis negotiis pater filium, vel filius patrem, potest Judicem habere: (si quidem ab adversario non rejiciatur tamquam suspectus) & in *l.* 78. mox subjicitur ex Paulo, Quippe judicare munus publicum est. at si Judex fieri potest: quid ni fiat arbiter? compromissis hodie ad similitudinem judiciorum redactis *l.* 1. *h. t.* Ab eodem principio porro legitur apud Ulpianum *l.* 7. *h. t.* parvi referre, ingenuus quis, an libertinus, sit: integræ famæ sit arbiter, an ignominiosus. Nec tamen quod de ignominioso dicitur, est sine difficultate: eo quod non potest Judex dari *l.* 12. § 2. *D. de judic.* Putemus tamen, esse partium electioni datum, ut ignominiosus a compromisso non excludatur, etsi ad judicia non admittatur a dignitatibus arcendus. At Ulpianus *d. l.* 7. servum removet ab arbitriis: cum possit in servo eadem videri ratio quæ est in ignominioso. nam ut servi non minus a judiciis repellantur quam a cæteris publicis muneribus: quid ni tamen vel servorum respectu in privatis arbitriis prævaleat litigatorum voluntas? Sed creditum fuit, non esse quidem a ratione alienum, homines liberos ex suo consensu ab hominibus liberis, quamvis infamibus, juberi aut prohiberi: verum homines liberos a servis juberi aut prohiberi, non visum fuit pati respectum libertatis. est igitur vel in infami persona alia compromissi, alia judicii, ratio: in servo non æque. nec resistam; si quis sic disputet: Judex esse potest, ergo arbiter. non contra, Judex esse non potest: ergo nec arbiter. Demus hæc: si unus sumptus sit arbiter servus. at quid, si compromissum sit in servum & Titium? ait Julianus *d. l.* 7. §. 1. nec Titium cogendum sententiam dicere: & præfatur, quod cum servo recepit arbitrium: non recepturus; si scivisset, servum esse. ego addo, quod fortasse nec compromissum foret in Titium: si innotuisset persona servi. quid, si tamen sententiam dixerit Titius? nulla est; & ideo non committetur pœna: quia non, ut recepit, dixit sententiam. *d. l.* 7. §. 1. nisi si ita compromissum sit, Ut vel alterutrius sententia valeat: nam tum magis est, ut Titius cogendus sit *l.* 8. *h. t.*

Similis quæstio fuit, an valeat compromissum in pupillum, furiosum, mutum, aut surdum. causa quærendi; quod Prætor sine distinctione ait, *Qui arbitrium receperit.* sed non placet Ulpiano, valere *l.* 9. §. 1. *h. t.* quia ut generaliter loquatur Prætor, Qui arbitrium receperit: utique non alium intellexit, quam cujus arbitrium sit, id est, qui sit ad arbitrandum idoneus. De minore quam quinque & viginti annis videamus. Callistratus *l.* 41. *h. t.* ait, Nemini licere, minorem viginti annis eligere compromissarium judicem, ideoque ex ejus sententia nullo modo committi pœnam. & pro ratione addit: Cum Lege Julia cautum sit, ne minor viginti annis judicare cogatur. Olim allegebantur Judices anno quinto & vicesimo. Sed Suetonius in vita *Augusti c.* 32. auctor est: quod Augustus *Judices a vicesimo ætatis anno adlegit: id est, quinquennio maturius, quam solebant.* Passim editur *a tricesimo:* sed Casaubonus in *Notis*, & ante Cujacius *lib.* 21. *Observ. c.* 32. vere emendarunt, *a vicesimo.* cæterum etsi minor ab anno vicesimo possit arbiter legi: ait tamen Callistratus *d. l.* 41. multos dixisse, majori viginti annis, si sit minor annis viginti quinque, esse ex hac causa succurrendum, si temere auditorium receperit.

Deinde ait Prætor, *Qui arbitrium receperit.* Cogit igitur Prætor, sententiam dicere eum, qui arbitrium receperit. quid autem sit Arbitrium recipere, Ulpianus *l.* 13. §. 2. *h. t.* sic exponit: Recepisse arbitrium videtur (ut Pedius lib. 9. dicit) qui Judicis partes suscepit, finemque se sua sententia controversiis impositurum pollicetur. quod si, inquit, hactenus intervenit, ut experiretur, an consilio suo vel auctoritate discuti litem paterentur: non videtur arbitrium suscepisse.

Non ad hæc subsistit Prætor: plus ait, qui arbitrium receperit, *pecunia compromissa.* Hæc verba indicant, arbitrum, ut receperit arbitrium, non cogi sententiam dicere, nisi intervenerit compromissum *l.* XI. §. 1. *h. t.* non enim simpliciter ait Prætor, eum qui arbitrium receperit, cogam: sed eum qui arbitrium receperit, pecunia compromissa, cogam: id est, ubi compromissa erit pecunia. Merito: nam ex sententia arbitri neque judicati actio, neque exceptio datur. adeo elusorium foret arbitrium, non interveniente compromisso *l.* 1. *C. h. t.* Ait igitur Prætor, *compromissa pecunia.* Vulgata editio, ut & Norica habet, *compromissa pœna.* Sed malim, *compromissa pecunia;* ut est Florentiæ: cum præsertim *pecuniæ* verbum, tamquam sit Edicti, ab Ulpiano explicetur §. 2. *d. l.* XI. Verba Ulpiani *Quod ait Prætor*, Pecuniam compromissam: *accipere nos debere, non si utrimque pœna nummaria, sed si & alia res vice pœnæ, si quis arbitri sententiæ non steterit, promissa sit:* [& *ita*] *Pomponius scribit.* In his verbis, *Non si*, significat, Non utique si; sive, Non modo si. & sensus: Quod Prætor, ut cogatur arbiter sententiam dicere, verba spectantibus, vult compromissam esse pœnam nummariam, ni stetur arbi-

bitri sententiæ. tantum enim loquitur de compromissa pecunia: de alia re compromissa non loquitur. sed longius ivit Prætoris sententia: nam si alia quævis res sit compromissa vice pœnæ, etsi promissa non sit nummaria pœna, nec satisfactum Prætoris verbis; satisfactum utique est ejus menti: qui jubens compromitti pecuniam, ni stetur sententiæ arbitri, solum intendit; ut metu compromissæ pœnæ ab utroque litigatore arbitri sententiæ pareatur. id vero peræque obtinebit, sive nummaria, sive alia, pœna compromittatur. Cæterum ut nihil refert, qualis sit pœna; ita nec refert, quanta, id est, major re principali, an minor, sit. nam ne hanc quidem distinguit Prætor *l.* 32. *b. t.* nec magis, utrum sit certa, an incerta, ut puta, quanti ea res erit *l.* 28. *b. t.* tantum enim jubet Prætor, compromitti pecuniam: eamque non minus promittit qui incertam promittit, quam qui certam. Est & huc deventum; ut, si qui simpliciter compromiserint, stare sententiæ, idem putetur: eo quod qui factum promittit, ni facit quod promisit, ad id quod interest; tenetur. Ita quamvis pœnæ non meminerit palam: tamen, quia videtur eam tacite promisisse, erit adversus eum incerti actio *l.* 27. §. *fin. b. t.*

Vult igitur Prætor, compromissam esse pecuniam. & erit pretium operæ, investigare, quæ dicatur compromissa? Verbum, *promittere*, solet referri & ad sponsum & ad nudam promissionem seu pollicitationem: auctore Ulpiano *l.* 19. §. 2. *D. de Ædilitio Edicto.* De stipulatione res certa: nam actionem parit Jure Civili. An & pactum nudum veniat promissi appellatione, quæri potest: quia inefficax est Jure Civili, etsi Jure Prætorio prosit ad exceptionem? Sed puto, etiam pactum eo nomine venire, quoties est eadem pacti vis quæ est stipulationis. Fieri hoc aliquando, notat Ulpianus *d. l.* XI. §. 3. & ponit tale exemplum: Ut puta si ambo debitores fuerunt, & pacti sunt, Ne petat quod sibi debetur, qui sententiæ arbitri non paruit. sensus exempli. Duo litigant de re certa. placet, iri ad arbitrum. compromittenda pecunia incidit utrique, se invicem sibi debere, aliam tamen rem, quam litigiosam: quod bene observat Accursius. hanc illi volunt habere vicem pœnæ. igitur paciscuntur, Ne qui non pareat sententiæ arbitri, petat quod sibi debetur. an valet compromissum? ait Ulpianus. atqui factum est nudo pacto. esto: sed non est sine effectu, propter exceptionem pacti, si victus non pareat sententiæ. ita non interest victoris, utrum ei solvatur pœna, an remittatur quod debet. Non minus elegans est exemplum sequens ex *d. l.* XI. §. 2. *vers. Quid ergo.* Compromissum est a duobus, re apud arbitrum deposita: hoc pacto, ut eam det uni; si ab altero non stetur ejus sententiæ. Dicit Ulpianus, cogendum esse arbitrum, sententiam dicere. nempe, quia non minor est effectus pacti hujus, quam est stipulationis; quid ni pœna æque pacto eo, ac stipulatione, compromittatur?

Ut igitur arbiter cogatur sententiam dicere, id est, ut valeat compromissum, oportet promitti pœnam, sed utrimque. Ulpianus *l.* 32. §. 18. inquit, invicem. Non enim ait Prætor, pecunia promissa; sed compromissa. ita plenum fit compromissum. &, quod addendum, quamquam alter rem, alter pecuniam, stipulanti promisit *d. l.* XI. §. 2. *in fin.* quod si alter promisit, alter non: negat Julianus, cogendum arbitrum, sententiam dicere. & probat Ulpianus *d. l.* XI. §. 4. quid, si ex altera parte stipulatio, ex altera nudum pactum, intervenit? is casus obscure a Pomponio propositus, ab Ulpiano *l.* 13. §. 1. *b. t.* bene tractatur his verbis. *Pomponius scribit, si de meis solis controversiis sit compromissum, & de te pœnam sim stipulatus: videndum, ne non sit compromissum. Sed cui rei moveatur, non video. nam si ideo, quia de unius controversiis solum compromissum est: nulla ratio est: licet enim & de una re compromittere. si vero ideo, quia ex altera duntaxat parte stipulatio intervenit: est ratio. quamquam si petitor quis stipulatus est, possit dici plenum esse compromissum: quia is, qui convenitur, tutus est veluti pacti exceptione; is qui convenit, si arbitrio non pareatur, habet stipulationem. Sed id verum esse, non puto: neque enim sufficit exceptionem habere, ut arbiter sententiam dicere cogatur.* Sic Ulpianus: & est egregia ejus observatio; quod intentioni Prætoris in proposito minime sufficit pacti exceptio: nulla pœna terrens volentem agere adversus arbitri sententiam: etsi elisura in judicio sit institutam actionem. non enim Prætor in Edicto spectat ad exitum instituendæ actionis, opponendæve ei exceptionis: sed ad pœnam qua acturus adversus arbitri sententiam inhibeatur, ne agat; eoque nec lite, nec exceptione, opus sit.

Igitur ut cogatur arbiter sententiam dicere, oportet compromissam esse pecuniam. Utrum pure, an in diem? non distinguit Prætor: & in utroque casu æque efficace promisso, satisfactum est ejus sententiæ. Non ita est, compromissa sub conditione pecunia. non enim tum arbiter cogitur sententiam dicere prius, quam conditio extiterit *l.* 11. §. *ult. b. t.* nec interest, utrum ab initio nullum sit compromissum, an pendeat, aut postea deficiat pœna. atqui id fit, compromisso soluto die, morte, acceptilatione, judicio, pacto *l.* 32. §. 3. *b. t.*

Deinde ait Prætor, *Eum sententiam dicere cogam.* optima ratione quam dat Ulpianus *l.* 3. §. 1. *b. t.* quam, si lubet, vide. Interim monebo: quod Prætor ait, *Cogam.* non ait, Judicium dabo. ipse igitur coget sine actione & Judice, mulctæ dictione & pignorum captione. est enim hæc ex remediis Prætoris *l.* 1. §. 3. *D. de inspic. ventr.* & nominatim indigitatur *l.* 32. §. 12. *D. b. t.* Edicit autem Prætor, *Cogam*, districte. sed rem Veteres perinde acceperunt, ac si addidisset, causa cognita. nimirum, quia non simpliciter Prætor dixit, Eum qui arbitrium receperit, sententiam dicere cogam: sed ait, Eum qui arbitrium receperit, compromissa pecunia, cogam sententiam dicere: id est, tum, si compromissa erit pecunia. ex uno autem exemplo conjecerunt Veteres, esse Prætoris animum, non alias cogere arbitrum, quam si sit justa cogendi causa: qualis est, si compromissa sit pecunia: inani sententia, quæ non sit habitura effectum. Proinde, sive compromissa non sit pecunia, sive alia sit consimilis causa, cur æquum sit, arbitrum non teneri necessitate dicendæ sententiæ: noluerunt Veteres, eum a Prætore cogi, sententiam dicere: certo, quoties Lege aliquid unum vel alterum introductum est, bonam esse occasionem, cætera quæ tendunt ad eamdem utilitatem, vel interpretatione, vel jurisdictione suppleri *l.* 12. & 13. *D. de legibus.* Ea ratione motus Ulpianus *l.* 15. *b. t.* interpretatione Edicti, sic scripsit: *Licet Prætor districte edicat, Sententiam se arbitrum dicere coacturum, attamen interdum rationem ejus habere debet, & excusationem recipere, causa cognita.* Utitur vero Ulpianus exemplis pluribus atque elegantibus; ut puta, si fuerit infamatus a litigatoribus; aut si inimicitiæ capitales inter eum & litigatores, aut alterum ex litigatoribus intercesserint; aut si ætas aut valetudo quæ postea contigit, id ei munus remittat, aut occupatio negotiorum propriorum vel profectio urgens, aut munus aliquod reipublicæ. & addit,

dit, Id Labeo. Subjicitur vero ex Paulo *l.* 16. *d. t.* Et si qua alia incommoditas ei post arbitrium incidat. sed in causa valetudinis, similibusve, causa cognita, differre cogitur. Similia *l.* 9. §. 3. 4. 5. *l.* 10. & 11. *h. t.* item *l.* 17. §. 1. 2. & *l.* 32. §. 1. & *seqq.* quæ omnia enarrare longum foret.

Sed in viam. apparet, arbitrum, si nihil sit quo excusetur a necessitate dicendæ sententiæ, a Prætore cogi, sententiam dicere. Est autem sententia, ultima Judicis pronuntiatio qua is liti finem imponit condemnatione vel absolutione rei. inde res judicata appellatur *l.* 1. *D. de re judicata.* Est etiam, ubi sententia ad interlocutiones porrigitur: sed his opponitur in Titulo Codicis, *De sententiis & interlocutionibus*, itemque in *l.* 14. & Titulo Digestorum, *De re judicata, & de effectu sententiarum, & de interlocutionibus.* Est igitur sententia proprie definitiva. eoque modo Paulus *l.* 19. §. 1. & 2. *h. t.* in hoc Edicto sententiam accipit: Sententiam inquiens, dicere eum qui ea mente quid pronunciat, ut secundum id discedere eos a tota controversia velit. Bene dicit, a tota controversia. ita, si de pluribus rebus sit arbitrium receptum, nisi omnes controversias finierit, non videtur dicta sententia *d.* §. 1. Idem; si incerta sit sententia: quia incerta non habetur pro sententia *l.* 21. §. 3. *h. t.* Quid, si iniqua sit? de hac nihil Prætor. igitur qualem arbiter dicat sententiam, ad Prætorem non pertinet: modo dicat, quod ipsi videtur *d. l.* 19. hoc enim animo aditur *l.* 76. *D. Pro socio.* in eoque differt a Judice. nam huic certa præscribitur formula, ab eo servanda *l.* 60. *D. de judiciis*; nisi convenerit inter litigatores, quid pronuncietur *l.* 26. *D. de re judicata.* at ea arbitro nulla ponitur, ne a litigantibus quidem: opinor, quia, arbitro pronunciante ex eorum consensu, non plus sunt habituri, quam si ipsi inter se paciscantur. certe actio aut exceptio rei judicatæ non nascitur ex ejus sententia, etsi utraque competat ex sententia Judicis. & ideo si sic compromissum sit, ut arbiter certam dicat sententiam; non valet arbitrium: in quo futura ejus sententiæ libera non sit facultas *l.* 17. §. 3. *l.* 19. *pr. h. t.* Vere igitur Ulpianus *l.* 27. §. 2. *h. t.* Stari, inquit, debet sententiæ arbitri quam de re dixerit: sive æqua, sive iniqua sit: & sibi imputet qui compromisit. nam & D. Pii Rescripto adjicitur, vel minus probabilem sententiam æquo animo ferre debet. Videndum tamen esse, putat Ulpianus *d. l.* 19. §. 2. an arbiter mutare sententiam possit. & alias quidem, inquit, est agitatum, si arbiter jussit dari, mox vetuit; utrum eo quod jussit, an eo quod vetuit, stari debeat. tum porro, & Sabinus, infit, putavit posse. At paulo imprudentius. sic mihi videtur; ac, nisi fallor, etiam Ulpiano, ne Cassium quidem fugit. non enim alio spectat quod subjicit; Cassius sententiam magistri sui bene excusat. sensus: Poterat eam rejicere, erat enim improbabilis; sed maluit retinere specie interpretationis: dicens, Sabinum non de ea sensisse sententia, quæ arbitrium finiat, id est, de sententia definitiva: sed de præparatione causæ, id est, de interlocutione: ut puta, si jusserit, litigatores Kalendis adesse, mox Idibus jubeat. nam mutare eum diem posse. cæterum, si condemnavit vel absolvit, (quando arbiter esse desierit) mutare sententiam non posse *d. l.* 19. §. 2. Sic Cassius: ejusque verecundiam laudat Ulpianus. ego omnibus qui ingenuas profitentur artes, si habeant occasionem, imitandam censeo; eamque, & similem Pauli modestiam, jam deprædicavi, *lib. Ad Edictum Prætoris, De pact. & transact. c.* 24. *ad fin.* Quid tamen, si arbiter de pluribus controversiis sumptus est, nihil sibi communibus: & de una sententiam dixit, de aliis nondum? numquid desiit esse arbiter? videamus igitur, an in prima controversia possit mutare sententiam de qua jam dixerat. Et multum interest, utrum comprehensum sit, ut de omnibus simul pronunciet, an non. nam si, ut omnes finiat, compromissum est; poterit mutare: nondum enim dixit sententiam. quod si separatim dicere placuit; quasi plura sunt compromissa, & ideo quantum ad illam controversiam pertinet, arbiter esse desiit *l.* 21. *h. t.* Igitur coacturus Prætor arbitrum dicere sententiam, imponit ei necessitatem aut condemnandi aut absolvendi reum. quod si neutrum facere possit arbiter: ait Ulpianus, si forte urgeatur a Prætore ad sententiam; æquissimum fore, si juret, sibi de causa nondum liquere, ei spatium ad pronunciandum dari *l.* 13. §. 4. *h. t.*

Exposito Prætoris Edicto, liceret mihi recedere ab hoc Titulo qui est De receptis, & qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant: nisi e re foret, exemplo Ulpiani *l.* 32. §. 15. *h. t.* pauca subjicere de officio arbitri, & de effectu sententiæ ab eo dictæ. Observat vero is, tractantibus de officio arbitri, omnem tractatum ex ipso compromisso sumendum, nec aliud illi licere, quam quod ibi, ut efficere possit, cautum est. non ergo, inquit, quodlibet statuere arbiter poterit, nec in re qualibet: nisi de qua re compromissum est, & quatenus compromissum est: & quidem (quod Paulus notat *l.* 46. *h. t.*) de his quæ ab initio inter litigatores fuere; non quæ postea supervenerunt. Quæ dixi, liquebunt exemplo uno aut altero. Igitur sit compromissum intra Kalendas, nisi est additum, licere arbitro diem proferre: non potest proferre *d. l.* 32. §. *ult.* solutioni tamen diem statuere potest: eo quod compromisso continetur solutio; ejusque pars est dies *l.* 21. §. 2. *h. t.* Vice versa, ita sumptus arbiter, ut & diem proferre possit: hoc facere potest, referre non potest *l.* 33. *h. t.* Referre porro esse anteferre, dudum observavit Jacobus Cujacius *lib.* 3. *Observ. c.* 7. Rursus pone ex *d. l.* 32. §. 16. & 17: arbiter jubet, alium adiri arbitrum, vel alium adjungi sibi. neutrum valet: quia sententia debet esse de re compromissa, de qua hæc non est. hoc eo magis: quia voluere litigantes fieri litium finem. at is sic propagatur. etiam possit arbitrium hoc modo transferri ad inimicos agentium. certe ad alios, quam illi voluere. optime igitur Ulpianus *l.* 45. *h. t. in compromissis*, inquit, *arbitrium personæ insertum, personam non transgreditur.* Rursus finge: (quæ est species *d. l.* 21. §. 4.) Arbiter vetat, pœnam ex compromisso exigi. an valet sententia? negat Ulpianus: & causatur, quia non de pœna est compromissum. Sed apparet, quod dixi, officium arbitri pendere a compromisso: ideoque rationis esse, eum id habere semper ob oculos: quando præsertim varie concipitur: aliquando de una re, aliquando de omnibus litibus. quamquam sive de omnibus, sive de una re, sit: nihil in id venit; nisi de quo actum est. sed est tutius, si quis de certa re compromissum facturus sit, de ea sola in compromisso exprimi. *d. l.* 21. §. 6. exemplum *l.* 43. *h. t.*

Præter hæc est officium arbitri; ne alias dicat sententiam, quam coram litigatoribus *l.* 27. §. 4. *h. t.* id est, utraque parte præsente *l.* 44. *d. t.* modo non minus animo, quam corpore, sint præsentes. itaque Ulpianus *d. l.* 27. §. 5. ait, eum coram dicere qui sapientibus dicit: cæterum coram furioso aut demente non dici. idemque esse, si coram pupillo dicatur: nisi præsens fuit tutor. plane, si unus defuerit ex litigatoribus, non valebit sententia; nisi in compromisso sit specialiter

expressum: ut vel uno vel utroque absente promatur. pœnam autem is qui defuit, committit: quia per eum factum est, quo minus arbitretur *d. l.* 27. § 4. Vix opus moneri, oportere arbitrum, aliquid pronunciaturum, jubere vel per nuncium vel per epistolam, litigatores adesse *l.* 49. §. 1. *h. t.* certo loco: de quo Ulpianus *l.* 21. §. 10. *&* 11. *h. t.* nec minus certo tempore pro ejus arbitrio. potest enim omni die pronuntiare: præterquam Dominico, excepto in *l.* 7. *C. de feriis:* ex qua interpolata est *l.* 36. *D. h. t.* adjecta clausula: *Nisi alia Lege eadem dies feriata in qua sententia dicta, est excepta:* ut monui supra sub Titulo, *De feriis.* Nec obstat *l.* 13. §. 3. *h. t.* his verbis. *Arbiter ex compromisso his diebus non cogitur sententiam dicere quibus Judex non cogetur: nisi dies compromissi exitura sit, nec proferri possit.* Nam aliud est, arbitrum non posse cogi, sententiam dicere: aliud, arbitrum posse sententiam dicere sua sponte. hoc potest agere omni feriato die, excepto Dominico. illud non potest cogi: sicut nec Judex; nisi exiturus sit compromissi dies, nec proferri possit *d. l.* 13. §. 3. Est, præter diem Dominicum, & alius casus quo arbiter, quo velit die, sententiam ferre nequeat. extat is in *l.* 32. §. 10. *h. t.*

At ut præsentes esse litigatores oportet: sic rationis est, nec absentem ex arbitris esse aliquem. *l.* 40. *D. h. t.* Consentire tamen eos, necesse non est: si major inveniatur pars cujus arbitrio stetur. at finge, duos esse, & dissentire. debet Prætor eos, si non consentiant, cogere, tertiam certam eligere personam cujus auctoritati pareatur. ut igitur necesse non sit, omnes consentire, at præsentes esse omnes oportet: quia in omnes compromissum est: & potuit unius præsentia reliquos trahere in suam sententiam. Sed de his plene in *l.* 17. §. 5. 6. 7. *& l.* 18. *h. t.*

Reliquum est, ut de effectu sententiæ dispiciamus. & est observandum: quod arbiter non est Judex; sed est similis Judici *l.* 1. *h. t.* vocaturque Judex ex compromisso *l.* 81. *D. de judiciis*, etiam Judex compromissarius *l.* 5. §. 1. *C. h. t.* ea propter interest inter utrumque. nam oportet stari sententiæ Judicis. contra æquum quidem est, pareri sententiæ arbitri: verum necessitas ei in foro nulla est. quin si jus quærimus; non est sententia *l.* 13. §. 5. *D. de his qui not. infam.* nec habet auctoritatem rei judicatæ, teste Paulo *lib.* 5. *Sentent. tit.* 5. § 1. sicut ipse non est Judex, licet Judicem imitetur: non concessa ei a legibus notione: sed ex privato litigatorum consensu *l.* 1. *C. h. t.* quo nemo Judex fieri potest *l.* 3. *C. de jurisdict.* ita nil mirum, ab ejus sententia non appellari; nec ex ea nasci actionem rei judicatæ *d. l.* 1. nec sequi infamiam *d. l.* 13. §. 5. primum non potest ab ea appellari: tantum recepta provocatione a sententia Judicis. At resistit hoc *l.* 23. *D. de appellationibus*, *Ex consensu litigantium circa compromissum a Præside provinciæ Judice dato, victus potest provocare.* Nisi pro, *circa compromissum*, quomodo editur, scribendum est, *citra compromissum.* sensus, Posse appellari a sententia Judicis, a Præside dati ex consensu litigatorum sine forma compromissi. cujusmodi Judicum exempla dedi *lib.* 1. *De jurisd. & imper. c.* 13. sed de talibus non agitur hoc Titulo. cæterum ut appellari a sententia arbitri compromissarii non possit, est casus in quo reperitur quædam veluti appellandi species: eo quod licet retractare de sententia arbitri. hunc casum observavit Paulus *l.* 32. §. 14. *D. h. t.* addens, illum deberi Rescripto Imp. Antonini. In hoc non est quidem appellatio: sed ejus quædam veluti imago indigitatur: effectum retractationis considerantibus. Non magis potest actio & exceptio rei judicatæ nasci ex arbitri sententia *l.* 1. *C. & l.* 2. *D. h. t.* tantum recepta exceptio pacti: monstrante *l.* 5. *C. h. t.* & ante *l.* 13. §. 1. *D. h. t.* primus ausus fuit Justinianus, arbitro sumpto cum sacramenti religione, indulgere actionem *l.* 4. *C. h. t.* (quam sustulit rursus in *Auth. Decernit*, mox sequente) & deinde in *d. l.* 5. in alio casu. sed illa nova. Veteribus una innotuit pœnæ petitio ex compromisso *d. l.* 1. id est, actione ex stipulatu. Atque hæc est sententiæ dictæ executio: quam in *l.* 32. §. 6. *&* 8. *D. h. t.* dicitur Prætor dare. Unde subit mirari hoc Javoleni *l.* 39. *D. h. t. Contumaciam litigatoris arbiter punire poterit, pecuniam eum adversario dari jubendo.* Ego sane mihi non tempero; ne putem, hæc verba, *Pecuniam eum adversario dari jubendo*, esse spuria. atque hoc, ut meretur, in sequentibus plenius demonstrabo. Interea non silebo, quod Modestinus lib. 6. Regularum scribit, cum ex compromisso petitur pœna, eum qui commisit, damnandum esse: nec interesse, an adversarii ejus intersuerit, arbitri sententiæ stari, nec ne *l.* 38. *h. t.*

Multo minus præteribo, quid sit, Non stare, aut non parere sententiæ arbitri. Et puto, si verbis jussit quid fieri arbiter, & non est factum; aut contra, si verbis vetuit quid fieri, & est factum; non esse paritum arbitri sententiæ. ac dubito; an huc pertineat hoc Pauli *l.* 121. *D. de Regul. jur.* (est enim ex *lib.* 13. *Ad Edictum*, ex quo complura sub hoc Titulo sunt ejus Fragmenta) *Qui non facit quod facere debet, videtur facere adversus ea, quia non facit. & qui facit quod facere non debet, non videtur facere id quod facere jussus est.* Quid, si arbiter ita pronuntiet, *Nihil videri Titium debere Sejo*; & ab eo petat ille? Nil fecit Sejus adversus sententiæ verba. non enim est vetitus, a Titio petere. tamen manifesta arbitri voluntate, non magis est paritum sententiæ arbitri, cum petiit Sejus contra ejus mentem, quam si petat contra verba. Sic Ulpianus *l.* 21. § 1. *D. h. t.* & pluribus *l.* 29. *d. t.* Primum ait, *Adversus sententiam arbitri fit, si petatur ab eo a quo arbiter peti vetuit.* idque, ut dixi, ultro certum est: quia sic non minus petitur adversus verba arbitri, quam adversus mentem. Sed finge, qui est sequens casus, peti ab ejus fidejussore? dices: nil fit adversus arbitri verba. atque ita est: non enim vetuit, peti a fidejussore, sed a reo. quid tamen interest rei, utrum ab ipso petatur, an a fidjussore; habituro, si solverit, regressum suum adversus reum? placuit igitur Ulpiano, in proposito non esse paritum sententiæ arbitri: quia ut nil directo petatur a reo, at vi ipsa ab eo peti intelligitur. Non idem esse, ait Ulpianus: si compromisi cum fidejussore, & prohibitus ab illo petere, peto a principali reo: nisi intersit fidejussoris, a reo non peti. Simile exemplum est in *l.* 37. *D. h. t.* Ecce: mutua lis est inter duos. in ea sumptus arbiter vetat, alterum ab altero petere. neuter petiit ab altero: sed ab altero petit heres alterius. an est paritum sententiæ arbitri? aliquis putet: quod nihil est dictum de herede: tantum est vetitum; ne alter petat ab altero. quod non est factum. ait tamen Celsus, committi pœnam: quasi sit factum adversus mentem arbitri; etsi non sit factum adversus verba. elegante ratione: quod arbiter, si tantum sensisset de litigatoribus, non etiam de heredibus; magis distulisset litem, quam sustulisset. quod non est probabile eum cogitasse: quia non deferendarum litium causa aditur ex compromisso arbiter; sed earum tollendarum gratia. Possit alicui videri obstare *l.* 27. §. 1. *h. t* Sed non obstat. Superioribus non importune adderetur exemplum *l.* 34. *h. t.* Verum hoc jam explicui, *De pact. & transact. c. ult.*

In-

Intellecto, quando non stetur arbitri sententiæ, possim ineptus videri, adhuc tractans, quando ei stetur. restare tamen de quo ambigatur, observat Celsus *l.* 23. §. 2. *D. h. t.* his verbis. *Nihil aliud est sententiæ stare, quam id agere, quantum in ipso sit, ut arbitri pareatur sententiæ.* Celsus ait, *Quantum in ipso sit:* credo, quia visum, hoc sufficere arbitro a cujus mente pendet vis sententiæ. & exemplum Celso in §. 1: Arbiter jussit, me tibi dare ante Kalendas. (sic speciem concipio ex tenore loci, & conjunctione ejus cum *pr.*) ego paratus sum dare. tu impeditus valetudine, aut alia justa causa, non potes accipere. an est paritum arbitri sententiæ? nam quod jussit arbiter, non dedi ante Kalendas, ut volui dare. similis dubitatio, si post Kalendas tu paratus sis accipere, ego non dem: quia non jussit arbiter dari post Kalendas: sed ante. Quid dicimus? Quod Celsus, duo esse arbitri præcepta: unum dari pecuniam: alterum, dari intra Kalendas. ita non committere me in pœnam, quod non dederim intra Kalendas: quoniam per me non steterit, ut darem: nec teneor ultra, quam quantum in me est. at me committere in eam partem, quod deinde non dem, cum jam possim. Ab eodem fonte idem Celsus *d. l.* 23. §. *fin.* Si, inquit, arbiter me tibi certa die pecuniam dare jusserit, tu accipere noluisti: posse defendi, ipso jure pœnam non committi. Eodem refero *l.* 21. §. 7. *&* 11. *D. h. t.*

Ostendi, si non stetur, aut non pareatur, arbitri sententiæ, esse pœnæ petitionem ex compromisso. Deinceps monendum, eam cessare aliquando justa ex causa: qualis in *l.* 31. *D. & l.* 3. *C. h. t.* quibus potest jungi *l.* 32. § 14 *D. h. t.* de quo supra. similis causa est: si arbiter non servavit formam compromissi. non enim valet sententia: quæ non est de compromisso; nec est, cur ei stetur proinde si agatur ex stipulatu: æquum est, actionem ex stipulatu repelli exceptione doli mali. exempla occurrunt *d. l.* 1. *C. item l.* 32. §. 15. *& seqq. l.* 50. *D. h. t.*

Est quoque ex hoc genere *l.* 39. *eod. tit.* cujus verba mihi suspecta seditionis, paulo diligentius excutienda erunt. sunt autem talia. *Non ex omnibus causis ex quibus arbitri paritum sententiæ non est, pœna ex compromisso committitur: sed ex his duntaxat quæ ad solutionem pecuniæ, aut operam præbendam pertinent. Idem contumaciam litigatoris arbiter punire poterit, pecuniam eum adversario dari jubendo: quo in numero haberi non oportet, si testium nomina ex sententia arbitri exhibita non sunt.* Sic Florentiæ. in Norica editione pro, *Idem contumaciam*, est, *Siquidem & contumaciam.* Mea sententia, melius. Quamquam nec sic ad integritudinem redit locus: nisi legatur. *Non ex omnibus causis ex quibus arbitri paritum sententiæ non est, pœna ex compromisso committitur: sed ex his duntaxat quæ ad solutionem pecuniæ aut operam præbendam pertinent. Siquidem & contumaciam litigatoris arbiter punire poterit: quo in numero haberi non oportet, si testium nomina ex sententia arbitri exhibita non sunt.* Ejeci verba importuna Jurisprudentiæ, *Pecuniam eum adversario dari jubendo.* Sic ad verum accedit sensus, ante falsus, non modo absurdus. Nec timeo addere, prima verba ad versum, *Siquidem*, esse Cassii: sequentia continere Javoleni ad eum Notas: juvante conjecturam inscriptione, *Javolenus lib.* 11. *ex Cassio.* Primis verbis quæ dixi Cassii esse, sic definitur: *Non ex omnibus causis ex quibus arbitri paritum sententiæ non est, pœna ex compromisso committitur.* Quæso, qua ratione? optima: quod non potest arbiter quodlibet statuere, nec in re qualibet, nisi de qua re compromissum est, & quatenus compromissum est: ut supra demonstratum. igitur ut intelligatur, quando committatur ex compromisso pœna, si non pareatur arbitri sententiæ: considerari vult Cassius, an quod jusserit aut vetuerit arbiter, sit ex causis de quibus est compromissum. talesque causas facit duas. unam ait pertinere ad solutionem pecuniæ; eique nullam subjicit rationem, ut non erat opus adjici: manifesto compromissi scopo, ut lis debiti solutione finiatur. alteram causam ait pertinere ad præbendam operam: id est, ut litigatores apud electum arbitrum faciant sui præsentiam. Huc redit sermo *l.* 2. *C. h. t.* & dicitur Cassio *præbere* vel *dare operam* is, qui vocatus adest. Sic utitur Ulpianus *l.* 21. §. 11. *D. h. t.* De convivis Plautus, *Cistellar.* 1. 1. *Omnibus relictis rebus mihi frequentem operam dedistis.* Eodem sensu Tacitus *lib.* 15. *Annal. c.* 52. *Prompte daturis operam qui a conjuratione integri essent.* Altera igitur causa (ex qua pœnam ex compromisso committi, ait Cassius) pertinet ad operam arbitro præbendam. estque hujus causæ ratio: quod vocatus ab arbitro litigator, si arbitro non præbet operam, id est, si vocatus non facit sui præsentiam, sive si non adest: ejus contumacia fit, ne sententiam dicere possit arbiter. Est igitur vel illa causa de compromisso; & contumax videtur placitæ pœnæ obnoxius *d. l.* 2. *C. & l.* 27. §. 4. *D. h. t.* Hæc porro ratio, ut erat digna adjici illustrandæ Cassii definitioni, ita ei subjicitur sequentibus Javoleni Notis: *Siquidem & contumaciam litigatoris arbiter punire poterit.* Ita legendum: non, ut Florentiæ, *Idem.* non enim præsenti convenit loco; etsi per illud, *Idem*, quis intelligat *eumdem Cassium*, ut a quibusdam fieri video. servato enim hoc verbo, semper repetitur dictum prius. quod non fuit Cassio propositum; nec est boni scriptoris. Malim igitur legere, *Siquidem &:* atque esse hæc non Cassii verba, sed Javoleni: posteriorem Cassii causam, annotata hac ratione, explicantis. Cum autem ait Javolenus, *Contumaciam litigatoris arbiter punire poterit:* est sensus; quod arbiter, jubens sibi operam dari a litigatoribus, in causa est, ut absentis contumacia ex compromisso puniatur, adversario pœnam actione ex stipulatu petente. Ita *punire* dicit Javolenus, pro facere, ut puniatur: pari loquendi forma, qua actor vel accusator dicitur condemnare reum, pro facere, ut reus condemnetur *l.* 6. §. 5. *D. de his qui not. infam. l.* 6 §. 2. *D. Ad Leg. Jul. de adult.* Extant complures tales locutiones passim apud Veteres Auctores: quas adferrem, nisi notæ essent. Utilius monebo, esse argumentum huic meæ interpretationi clarum & certum: quod contumaciam litigatoris ipse numquam punit arbiter, *pecuniam eum adversario dari jubendo:* (id est, pœna ei directo seu palam indicta) quod præfert conspurcatus locus. Quin, si rem spectamus, ne potest quidem eum sic punire: quia enim non est arbitro jus, absente litigatore, dicere sententiam; ac, si dixit, nulla est *d. l.* 27. §. 4: cedo, an ullo modo possit contumaciam litigatoris punire, *pecuniam eum adversario dari jubendo?* Accedit: quod his demum datur mulctæ dicendæ jus quibus publice judicium est, & non aliis: nisi hoc specialiter eis permissum est *l.* 2. §. *ult. de judiciis.* nihil vero ex his apparet in arbitro. is non habet jurisdictionem, sed notionem, atque ex compromisso, id est, ex privato litigatorum consensu. imo ob hoc oportet invicem promitti pœnam, ut metu ejus a placitis non recedatur *l.* 1. *C. h. t.* Quid igitur restat? ut (quod Clementi rescriptum *l.* 2. *C. d. t.*) *Si contra compromissum adversarius tuus apud electum arbitrum præsentiam sui facere detrectavit, placitæ pœnæ videatur obnoxius:* sive (ut ait Ul-

Ulpianus *l.* 27. §. 4. *D. h. t.) Si qui litigatorum defuerit, quia per eum factum est, quo minus arbitretur, pœna committatur.* Istæc res est. cæterum contumaciam litigatoris ab arbitro puniri directo, *pecuniam eum adversario dare jubendo*, neque Javoleno venit in mentem, neque jus fuit umquam: cum præsertim, commissa pœna, statim solvatur compromissum *l.* 34. §. 1. *D. h. t.* ideoque postrema ea verba. *Pecuniam eum adversario dari jubendo*, hactenus molestissima Jurisprudentiæ, reddidi veteri Sciolo, non advertenti, a Javoleno *punire* dici, pro facere, ut puniatur. Supersunt hæc Javoleni verba. *Quo in numero haberi non oportet, si testium nomina ex sententia arbitri exhibita non sunt.* Sensus: Quod in numero contumaciæ de qua dictum, non debet haberi, si a litigatore non pareatur sententiæ arbitri: jubentis, sibi edi testes quos ille professus sit se habere. nam si eos non edit: non probat suam intentionem. ita potest arbiter reum, prout res postulat, aut condemnare, aut absolvere.

TITULUS IX.

Nautæ, caupones, stabularii, ut recepta restituant.

JACOBUS Cujacius, V. CL. *lib.* 23. *Observ. c.* 16. putat, hunc Titulum esse alieni loci; nec magis ad superiora pertinere, quam alium quemvis. ut tamen subjiceretur Titulo De receptis, in causa fuisse *Recepti* verbum: cujus una species est allata superiore, altera hoc Titulo exponitur. ac simile quid supra contigisse sub Titulo De calumniatoribus.

Verba Prætoris sunt. *Nautæ, caupones, stabularii, quod cujusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos judicium dabo.* Utilitatem hujus Edicti summopere commendat Ulpianus *l.* 1. §. 1. *h. t.* ait enim, esse maximam. primum, quia necesse est plerumque sequi fidem nautarum, cauponum, & stabulariorum, & res eorum custodiæ committere. deinde est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant. (sic Florentiæ, *Ne quem.* male, propter *l. unic.* §. *ult. Furt. advers. naut. caup. stab.* melius apud Haloandrum, *Ne quædam.* ipse malim, *Ne quæ*) præterea, nisi hoc esset statutum, daretur eis materia coëundi cum furibus; cum ne nunc quidem abstineant hujusmodi fraudibus.

Qui sint igitur, qui teneantur, videndum est. Ait Prætor, *Nautæ.* Hoc verbum est generale: complectens universos qui navis navigandæ causa in nave sunt. sed in proposito Prætor nautam per excellentiam vocat eum, qui navem exercet. ita Ulpianus *l.* 1. §. 2. *h. t.* Est autem exercitor is ad quem obventiones & reditus omnes perveniunt, sive sit navis dominus, sive navem a domino vel ad tempus, vel in perpetuum conduxit per aversionem *l.* 1. §. 15. *D. de exerc. act.* id est, uno pretio *l. ult.* §. *ult. D. de leg. Rhod. de jact.* *l.* 36. *l.* 51. §. 1. *D. Locat.* Ille exercitor in *d. l.* 1. §. 3. *h. t.* etiam navicularius nominatur: solusque non immerito de recepto tenetur: quia æquum est, eum ex sua promissione teneri: at invitum aut ignorantem obligari per alium, per remigem, verbi gratia, vel mesonautam, perquam absurdum est. Videtur tamen Ulpiano nautæ appellatione etiam navis magister comprehendi *d. l.* 1. §. 2. *h. t.* id est, is cui ab exercitore mandata est totius navis cura *l.* 1. §. 1. *D. de exercit. act.* quia ei rei exercitoris voluntate præest. nec interest, utrum hic per se, an per alium, quid salvum fore recipiat. Quamquam (sic pergit Ulpianus *d. l.* 1. § 2.) si ipse exercitor alicui e nautis, id est, ut ego explico, alii cui e nautis, committi jussit, sine dubio debet obligari. & in §. 3. exemplum ponit in his qui ναυφύλακες, id est navium custodes dicuntur; item de his qui diætarii appellantur. sunt autem diætarii (ut putat Cujacius *lib.* 27. *Observ. c.* 31. & post eum Pancirollus, *Thes. var. lect. lib.* 1. *c.* 56.) sub quorum cura cubicula & cœnationes, ubi arcæ & merces deponuntur. nam ut in ædibus, sic in navibus, diætæ. Petronius *Satyric. c.* 115. *Tum vocum concursu facto, audimus murmur insolitum & sub* diæta magistri, *quasi cupientis exire belluæ gemitum.* Quid, si exercitor facit id quod χειρέμβολον, id est, manus immissionem, appellant? Hoc verbo utitur Ulpianus in *d.* §. 3. sed quid significet, ignoratur. Etsi liceat ex serie *d. l.* 1. §. 2. & 3. conjicere, designari officium recipientis quid salvum fore in nave. quasi huc redeat Ulpiani disputatio: Prætor quidem in Edicto generaliter ait, de recepto teneri nautam. at de exercitore solummodo sentit: eo quod non oportet eum per remigem aut mesonautam sine sua voluntate obligari? sed æquum est, eum teneri per se, vel per magistrum, a se navi suæ præfectum. si tamen exercitor jussit, committi alii cui e nautis: adhuc rationis est, obstringi eum. hoc vero evenit in his, qui ab eo navi custodiæ gratia præponuntur, ut sunt ναυφύλακες id est, navium custodes & diætarii. si quis igitur ex his receperit, quid salvum fore: danda in exercitorem est actio de recepto: propterea quod eos hujusmodi præponens officio, eis committi permittit. quid tamen, si navis custos aut diætarius quid receperit tum, cum exercitor vel magister navis præsens, per se ipse recipit merces salvas fore? nihilominus valet receptum, ex eoque obligatur exercitor: quia verum est, diætarium aut custodem navis, idcirco quod præsens exercitor aut magister etiam ipse facit χειρέμβολον, ab illo ministerio non esse remotum. sed & si hoc non extet: id est, sed & si exercitor aut magister navis non est præsens, nec per se quoque facit χειρέμβολον, tamen obligatur exercitor ex recepto diætarii aut custodis navis. nam si præsens tenetur: quid ni absens? Simplicissimus hic Ulpiani sensus, mea opinione. Etiam mihi persuadeo, χειρέμβολον *facere* ab Ulpiano eodem dici modo, quo apud Plautum, *Asin.* 1. 3. officium facere; & apud Phædrum, *lib.* 1. *fab.* 14. medicinam facere; & apud Ulpianum *l.* 4. §. 3. *D. de edendo* argentariam facere, dicitur. Aliis aliud, hoc mihi, incidit. Ut ut erit: apparet: Nautæ appellatione in Edicto navis exercitorem contineri. An & ratium aut lintrium? sæpe distinguuntur naves & rates: item naves & lintres. Nonius *cap.* 13. lintres exponit naves fluminales: & allegat illud Virgilii *lib.* 1. *Georgic. Cavat arbore lintres.* De rate sic Isidorus *lib.* 19. *Origin. c.* 1. Rates primum & antiquissimum genus navigii e rudibus tignis asseribusque consertum. ad cujus similitudinem fabricatæ, naves, ratariæ dictæ. nunc jam rates abusive naves. nam proprie rates sunt, connexæ invicem trabes. Inde exercitores ratium in Corpore J. Gruteri *pag.* 492. *inscr.* 5. Quid igitur? Ulpianus *l.* 1. §. 4. *h. t.* ait, de exercitoribus ratium & lintrariis nihil caveri: sed idem constitui oportere, & hoc usu receptum esse. ac simile in *l.* 1. §. 14. *D. de fluminib.* & *l.* 1. §. 6. *D. de exerc. act.*

Ait Prætor, *Caupones, stabularii.* Gajus *l.* 5. *h. t.* in-

interpretatur, caupones esse, qui patiuntur, viatores in caupona manere: id est, pernoctare & cubare: ut apud Suetonium *Julio c.* 39. *Augusto c.* 72. *Calig. c.* 55. & notat Salmasius ad Capitolinum *M. Antonin. Philosoph. c.* 7. *p.* 315. Porro vocat Gajus stabularios, qui permittunt, jumenta apud se stabulari. atque ita stabulum accipitur *l.* 13. *in fine D. de usufructu.* quamquam alibi sumitur pro mansione hominum, id est, pro diversorio seu caupona: ut notum. Sed hic distinguuntur. alioquin caupones & stabularios, auctore Ulpiano, æque accipiemus eos qui cauponam vel stabulum exercent, institoresve eorum. cæterum, si quis opera mediastini fungitur, non continetur: ut puta atriarii & focarii, & his similes *l.* 1. §. 5. *b. t.*

Deinde ait Prætor, *Quod cujusque salvum fore receperint.* Verbum, *Quod*, Ulpianus *d. l.* 1. §. 6. *&* 7. exponit quamcumque rem, sive mercem. indeque esse quæsitum ait, si quid ei rei sive merci accedat, puta vestimentum aut simile, ad usum quotidianum ejus qui in nave sit, pertinens: an hoc quoque eo verbo contineatur? poterat quis putare, hoc non contineri. primum, quia navium usus magis ad mercium, quam ad vestium similiumve rerum, transvectionem comparatur. deinde nulla debetur vectura rerum quæ accedunt cæterarum rerum locationi: iniquum autem sit, ad nautam pervenire incommodum rei cujus nullum habet commodum. Sed quia generalia sunt Edicti verba, magis obtinuit, eis non tantum merces, sed cætera etiam quæ ad eas accedunt, comprehendi. eo magis: quia plerumque est eadem accessorii ratio quæ est principalis. sane in commodato responsum, custodiam a commodatario præstandam non in re commodata tantum, sed in ea quoque quæ eam sequitur *l.* 5. §. 9. *D. Commodati.* quid ni igitur idem putemus in recepto? quin si rem spectamus: nautæ hoc Edicto non tenentur ob mercedem vecturamve; sed ob receptum. receperunt autem, salvam fore non minus rem accessoriam, quam principalem. igitur quod de mercede aut vectura contra dictum fuit, nullam habet juris consequentiam. ita ex Viviano Ulpianus *d. l.* 1. §. 6. & plenius Paulus *l.* 4. § 2. *b. t.* stetitque ab ea parte etiam Gajus *l.* 5. ait igitur Prætor, *Quod:* & quia late patet ejus verbi potestas; placet Pomponio apud Ulpianum *d. l.* 1. §. 7. parvi referre, res nostras, an alienas intulerimus: si tamen nostra intersit, salvas esse. Et causatur Ulpianus, Etenim nobis magis, quam quorum sunt, debent solvi.

Cæterum Prætor, cum ait, *Receperint*, eo verbo intelligit, promiserint. recipere enim est, promittere. itaque qui receperint rem salvam fore, in Edicto sonant, qui promiserint rem salvam fore. Quemadmodum autem receperint, nihil refert. nam & tacite recipi potest. Ita illatæ in navem res, receptæ sunt, etsi non sint adsignatæ *l.* 1. §. *ult. b. t.* Imo etsi nondum sint in navem receptæ, sed in littore perierint: quas semel recepit exercitor, earum periculum ad eum pertinet *l.* 3. *b. t.* Sufficit igitur, receptum esse: & quatenus ad verba Edicti; non refert, utrum nautæ, caupones, stabularii receperint, tamquam negotium suum gerentes, an tamquam aliud: est enim generalis Edicti sermo. sed contra est, ejus mentem spectantibus: non enim videtur Prætor sensisse de aliis, quam qui rem salvam fore receperint velut nautæ, aut caupones, aut stabularii. itaque si alibi, quam in nave, aut caupona, aut stabulo, passi sint, quid immitti: non erit huic Edicto, sed aliis actionibus, locus. licet enim sit nauta, caupo, aut stabularius: utique recepit extra suum negotium, sive navis, sive cauponæ, sive stabuli: & ideo non tamquam nauta, caupo, aut stabularius: quos innuit prætor *l.* 3. §. 2. *b. t.*

Porro ait Prætor, *Salvum fore.* Hæc verba sic accipienda sunt: ut nauta præstet factum non solum nautarum, sed & vectorum: & caupo etiam viatorum. verbum enim, *Salvum*, cum effectu intelligitur: nec præstatur salvum: nisi salvum sit adversus omnes *l.* 1. §. *ult. l.* 2. *&* 3. *b. t.* Hoc plus monet Gajus *l.* 5. §. 1. quod qui salvum fore receperit, non solum videtur a furto, sed etiam a damno, salvum recipere.

Sequitur in Edicto, *Nisi restituent, in eos judicium dabo.* Ex his verbis apparet, hoc Edictum differre a superiore. quod est *De receptis. & qui arbitrium receperunt &c.* nam illic ait Prætor, *Cogam*; & extraordinariam designat cognitionem. hic ait, *judicium dabo*; quod est ordinarii judicii. Id si animadvertisset Jacobus Gothofredus *Manuali Juris:* non reprehendisset Jacobum Cujacium: eo quod in *Observationibus* hosce Titulos parum cohærere, existimavit.

Sed redeo ad Edictum. Ait, *Judicium in eos dabo.* Judicium hoc est in factum, *l.* 3. § 1. *b. t.* & comparatum ad restitutionem rei, non ad pœnam. id colligitur ex adjectis verbis, *Nisi restituant*, nullam facientibus pœnæ mentionem. inde dicitur continere rei persecutionem *d. l.* 3 § 4. Ejus judicii causa est obligatio ex recepto: id est, ex conventione a Prætore hoc Edicto confirmata. Habet autem locum; si nauta, caupo, aut stabularius, aliquid receperint fore salvum. Datur porro his quorum interest, merces salvas esse, sive sint eorum, sive alienæ *l.* 1. §. 7. *b. t.* Datur vero in nautas, caupones, aut stabularios; nec minus heredibus, & adversus heredes. Ad quid? ad hoc, ut restituant quod salvum fore receperint; alioquin ad id quod interest, id factum esse. est igitur rei persecutoria, ut dixi, & perpetua *d. l.* 3. §. 4. cui jungi potest *l.* 35. *D. de obligat. & act.*

Exposita est in factum actio quæ ex hoc Edicto de recepto a nautis, cauponibus, & stabulariis, proficiscitur. Sed an sit necessaria, fuit quæstionis? eam quæstionem proponit & dissolvit Ulpianus in *d. l.* 3. §. 1. & est locus ille elegans. In quo primum notanda hæc locutio, *Ut innotesceret Prætor curam agere reprimendæ improbitatis hoc genus hominum*: quam locutionem observat Scipio Gentilis *lib.* 1. *Parerg. c.* 6. Deinde tractat Ulpianus, quid in recepto præsertim præstare nautam, cauponem, & stabularium oporteat. Sic autem infit: *Et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus duntaxat præstatur; at hoc Edicto omnimodo qui recipit, tenetur: etiamsi sine culpa ejus res periit, vel damnum datum est; nisi si quid damno fatali contingit. inde Labeo scribit, si quid naufragio, aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem dari.* In his verbis *Sine culpa* est, si quid damno fatali contigit. igitur etsi nulla sit nautæ, aut cauponis, aut stabularii, culpa, tamen tenentur de fortuito casu ipso jure. sed illis fas est, se tueri per exceptionem, Nisi si quid damno fatali contigerit. ita restat, ut de dolo & omni culpa teneantur, etiam levissima: cum depositarius tantum de dolo & culpa lata conveniatur; & in locato nil ultra levem præstetur. is sensus *d. l.* 3. §. 1. De concursu hujus actionis cum aliis vid. *d. l.* 3. §. *ult. &* *l.* 4. *b. t.*

Satis de actione in factum de recepto a nautis, cauponibus, & stabulariis: de qua actione Paulus egit lib. 13. Ad Edictum, & Ulpianus lib. 14. Sequens labor spectat ad actionem in factum adversus nautas, caupones, & stabularios, de damno injuria dato, de qua prætetea sub hoc Titulo agi-

agitur. eſt autem hæc ſuperiori diſſimilis: ideoque confundi cum ea non debet. cum enim illa ſit ex recepto, & rei perſecutoria; hæc eſt quaſi ex maleficio, & pœnalis. hanc (quantum accepi ex Inſcriptione *l. pen. & ult. b. t.*) conjunxit Prætor cum Titulo Ad Legem Aquiliam, ad cujus interpretationem ſpectat. nam prior deſumpta eſt ex Pauli lib. 22. Ad Edictum; poſterior ex Ulpiani lib 18: quibus libris eos Legem Aquiliam expoſuiſſe, ex ejus Tituli Fragmentis manifeſtum eſt. Similis actio in factum adverſus nautas, caupones, & ſtabularios, propoſita a Prætore fuit de furto in nave, caupona, aut ſtabulo, admiſſo ab his, quos ad ſuuum miniſterium ibi adhibeant. de hac actione ſcripſit Ulpianus lib. 38. Ad Edictum: ut liquet ex *l. unic. D. Furti adverſ. naut. caup. & ſtab.* in qua reſtat Edicti ſenſus: nam verba delevit longa ætas. attigit eam actionem leviter Paulus *l. 6. pr. &* §. 4. *D. b. t.* differam igitur ejus explicationem: donec perveniam ad lib. XLVII.

Nunc exponam Edictum de damno injuria dato in nave, caupona, aut ſtabulo. ejus Edicti verba ſimiliter periere. ſententia videtur talis fuiſſe. *In nautas, caupones, & ſtabularios, ſi damnum injuria datum erit ab bis quorum opera navem, cauponam, aut ſtabulum, exercent, in duplum judicium dabo: niſi prædixerint, ut unusquisque res ſuas ſervet, & prædictioni conſenſum ſit.* Ratio Edicti ſumma. quid ni enim exercitor navis, cauponæ, aut ſtabuli, actione in factum ſuo nomine teneatur, damno injuria dato per eos quorum opera uſus ſit in nave, caupona, aut ſtabulo? nam ut ipſe non deliquerit, qui per ſe non dederit damnum injuria: eſt tamen aliqua ejus culpa; quod malos adhibuerit homines, per quos læſi in nave, caupona, aut ſtabulo, ſunt vectores aut viatores *l. 5. §. ult. D. de oblig. & act.* Igitur intereſt inter hoc & ſuperius Edictum. nam exercitor illic propter receptum tenetur: hic propter damnum injuria datum. eaque duo, ut ſunt diverſa, ſic confundi non oportet. in propoſito autem exercitor tantum tenetur de facto eorum quorum opera navem, cauponam, aut ſtabulum, exercet: niſi quod caupo etiam pro his qui habitandi cauſa in caupona ſunt, convenitur: viatoris autem nomine, ejusve qui hoſpitio repentino recipitur, non tenetur *l. 6. §. 3. D. b. t.* pulchra ratione, quæ eſt in *l. unic. §. ult. D. Furti adverſ. naut. caup. & ſtab.* Ulpianus *l. 7. b. t.* debet, inquit, exercitor præſtare factum omnium nautarum ſuorum, ſive liberi, ſive ſervi ſint: cum ipſe eos ſuo periculo adhibuerit. etſi quod de ſervis refert, tunc verum eſt; cum alienos adhibuit: hic enim debuit explorare, cujus fidei atque innocentiæ ſint. at ſi proprios adhibuit: fortaſſis erit venia dignus quaſi in domeſtico & neceſſario malo: nimis nota ſervorum nequitia. quare ſufficit, ex his quales quales ad inſtruendam navem adhibuiſſe; & noxæ deditione defungetur *d. l. 7. §. 4.* quod non ita eſſe in recepto, ſupra dictum. Quid, ſi nautæ ſervus damnum dederit? poterat dubitari: quia hujus aut illius nautæ ſervus non utique eſt nauta, aut tamquam talis ab exercitore adhibetur. Sed creditum eſt, æquiſſimum eſſe, adhuc in exercitorem eo nomine dari actionem utilem *d. l. 7. §. 3:* quia ut ipſum hunc ſervum non adhibuerit exercitor, ideoque adverſus eum non detur directa actio: uſus tamen eſt ſervi domino; paſſusque, ſervum cum eo eſſe in nave. ſed nec magnopere intereſt, utrum per ipſum dominum, an per ejus ſervum, damnum injuria datum ſit. Inde quæſitum; ſi nautæ inter ſe dederint damnum: an eo oneretur exercitor? negat Ulpianus *d. l. 7. §. 2:* eo quod læſus non recte imputet exercitori, cur eos adhibuerit nautas ex quibus ipſe, citra neceſſitatem, eſſe elegerit. Quid, ſi quis ſit & nauta & mercator? poſſit alicui idem videri: quia ejus factum ſolet ab exercitore aliis idcirco præſtari, quod ejus opera utitur. interim tam eſt mercator, quam nauta: & ideo exercitorem etiam ipſi teneri, magis placuit *d. l. 7. §. 2.* Sed apparet, exercitorem quaſi ex maleficio teneri: ſi ab his quorum opera uſus ſit, damnum injuria datum ſit. nec eſt omittendum, quod ait Paulus *l. 6. b. t.* licet gratis navigaveris, vel in caupona gratis diverteris, non tamen in factum actiones tibi denegari, ſi damnum injuria paſſus es. Unum deſideratur, ut damnum datum ſit in nave, caupona, aut ſtabulo: nam ſi extra navem, licet a nautis erit datum: nihil pertinet ad hoc Edictum *d. l. 7.*

Idem ait Prætor, ſi exercitor prædixerit, ut unusquisque vectorum res ſuas ſervet, neque ſe præſtiturum damnum; & vectores conſenſerint prædictioni *d. l. 7.*

Poſtremo ait Prætor, *In duplum actionem dabo.* Hæc clauſula extat in *d. l. 7. §. 1.* ex eaque apparet: quod hæc actio eſt pœnalis. non tamen eſt annua, ſed perpetua *d. l. 7. §. ult.* ut ut prætoria: ſicut furti manifeſti actio, quamvis ex ipſius Prætoris jurisdictione proficiſcatur, perpetua eſt. *pr. Inſt. de perpet. & temp. act.* Minus neceſſe ſit, moneri; quod hæc in factum actio non datur adverſus heredem exercitoris. nam id eſt conſequens naturæ actionis pœnalis quaſi ex maleficio. Prævivit tamen vel hac in parte Ulpianus *d. l. 7. §. ult.* Niſi ille in *l. 3. §. 4. D. b. t.* contra ſic ſcribit: *Hæc autem rei perſecutionem continet, ut Pomponius ait; & ideo & in heredem, & perpetuo dabitur.* Sed noli miſcere quæ diſtant toto cœlo. nam in *d. §. 4.* ab Ulpiano non exponitur actio in factum de damno injuria dato in nave, caupona, aut ſtabulo; de qua agitur in *d. l. ult. §. ult.* ſed actio in factum de recepto a nauta, caupone, aut ſtabulario: quæ non eſt quaſi ex maleficio, ſed ex conventione: nec pœnalis in duplum, ſed rei perſecutoria. Non opus verbis: huc ducit varietas Inſcriptionum utriusque capitis, quam indicavi paulo ante, & annotavi pridem *lib. 2. Obſerv. c. 9.*



DI-

DIGESTORUM SEU PANDECTARUM PARS SECUNDA.

LIBER QUINTUS.

TITULUS I.

De judiciis: & ubi quisque agere vel conveniri debeat.

SUPERIORE libro vidimus duas caufas adeundi in jure Prætoris. hoc fequitur tertia: atque illa eft, ut actori poftulanti det actionem & Judicem præfcripta formula: fecundum quam caufa ab eo cognofcatur, & reo damnato vel abfoluto, lis inftituta terminetur. Demonftratum hoc eft *lib.* 1. *De jurisdictione & imperio c.* 13. *& c.* 15. Nec eft jam diffimulandus ejus effectus valde infignis & notabilis: videlicet, quod exinde lis effe dicitur conteftata *l. unic C. de litis conteft.* item judicium fufceptum *l.* 52. *D. h. t.* & eo inter litigatores quafi contractum *l.* 3. §. 11. *D. de peculio*, item novatio facta, indeque actio effe perpetua & ad heredes tranfitoria, quamquam ante non erat talis *l.* 11. *& l.* 29. *D. de novat.* §. 1. *Inft. De perpet. & temp. act.* poftremo folet Procurator lite conteftata haberi litis dominus *l.* 22. *& l.* 23. *C. de procurat.* Sit igitur Judicis, actionisque & formulæ petitio, tertia & nobilis caufa adeundi in jure Prætoris; & præfentem Titulum fuperioribus fubjiciendi.

Partes autem Tituli duæ funt: una de judiciis: altera, ubi quisque agere, vel conveniri debeat. prius agam de judiciis. Eft autem judicium, legitima difceptatio inter actorem & reum apud Judicem competentem, litis finiendæ vel maleficii puniendi gratia. Nimirum fic *pro Cæcina cap.* 2. fcribit Cicero: *Omnia judicia aut diftrahendarum controverfiarum, aut puniendorum maleficiorum caufa reperta funt.* Ac pro diverfitate hujus finis alia civilia, alia criminalia appellantur. civilia quidem; cum ad privatæ injuriæ, privatique juris, five commodi executionem fpectant. criminalia vero; cum funt pro vindicanda reipublicæ difciplina, atque ad ejus, non ad actoris, utilitatem referuntur. ita actor in civili judicio fibi confulit: pœnam pecuniariam, vel quod fua interfit, petens fibi dari. accufator in criminali judicio non fe refpicit, fed fifcum: tantum pœnam petens, eamque non fibi, fed fifco folvi: five fit corporis, five pecuniæ. prius indicat Cicero *Verrina* 1. *c.* 10. fimulque hoc ordinarii juris fuiffe. verba Ciceronis: *Civibus cum funt ereptæ pecuniæ, civili fere actione, & privato jure repetuntur.* Utrumque probat Paulus *l.* 9. §. 5. *D. de publicanis*, verbis fequentibus: *Quod illicite publice privatimque exactum eft, cum altero tanto paffis injuriam exfolvitur: per vim vero extortum cum pœna tripli reftituitur. amplius extra ordinem plectuntur: alterum enim utilitas privatorum, alterum vigor publicæ difciplinæ poftulat.* Paulus fignificat, quod a publicano illicite exactum, vel per vim extortum fit, id & privatam utilitatem offendere, & vigorem publicæ difciplinæ infringere. Igitur pro utroque vindicando recte agi: privatim quidem tripli vel dupli, id eft, jure ordinario, five civili actione: publice vero criminaliter, five extra ordinem, id eft, extra ordinem jure civili olim receptum: alterum privatæ utilitati, alterum vigori publicæ difciplinæ, effe confequens. Igitur, ut rem in pauca conferam, quisquis civiliter & ordinario jure agit, is fibi petit, non fifco: quisquis extra ordinem agit, is non fibi petit, fed fifco, five reipublicæ. fic jam docui *Diocletiano & Maximiano c.* 4. nec aliud in præfenti præterea defideres: nifi quod hoc effe criminaliter agere, etiam intelligitur collatione *l. ult. D. de furtis & l. ult. D. de privat. delict.* nec referre; utrum quæ petitur pœna, fit corporis, an pecuniæ; modo fifco petatur. nam fi actori petatur, quamvis per confequentiam etiam rei publicæ confulatur, tantum civile judicium effe exiftimatur *d. l.* 9. §. 5. Erit fides Ulpiano, de actione depofiti quæ femper civilis eft, ac tantum actori petit, hoc modo atteftanti *l.* 1. §. 4. *D. Depofiti. Hæc feparatio caufarum juftam rationem habet: quippe cum quis fidem elegit, nec depofitum redditur, contentus effe debet fimplo. cum vero extante neceffitate deponat, crefcit perfidiæ crimen: & publica utilitas coërcenda eft, vindicandæ reipublicæ caufa: eft enim inutile in caufis hujusmodi fidem frangere.*

Eft igitur judicium, ut bene præfert definitio, comparatum vel litis finiendæ, vel maleficii puniendi, gratia. Addit, effe difceptationem inter actorem & reum apud Judicem competentem. nam ita conftituitur judicium ex tribus: ex actore qui petat, ex reo a quo petatur, & Judice qui inter utrumque fedeat medius. abfente una ex tribus perfonis; non eft judicium. fac, deficere eum qui petat, aut unde petatur. non eft lis: ideoque nec Judice, nec judicio opus. fac, utrumque effe, fed Judicem defiderari. jam litem dicas: at judicium non dices. fed ratione intelligitur, etiam ex Ulpiano *l.* 13. §. 4. *D. Ad Senatusc Trebell.* ut judicium fit, oportere & actorem & reum & Judicem effe.

Primum pofui actorem qui petat, maxime volens. ut enim judicia effe dicantur inter invitos *l.* 83. §. 1. *D. de verb. oblig.* reum fpectantibus, qui & fugiens & fugere dicitur *l.* 13. §. 2. 3. 9. *C. h. t.* nemo tamen invitus agere vel accufare cogitur. fic Diocletianus *l. unic. C. Ut nem. invit. agere vel accuf. cog.* & magna ratione. cur enim improbet Prætor verecundiam ejus qui lites execratur? utatur igitur qui velit, fua actione: qui nolit, ne cogatur. Res certa: & eft fic refcriptum a Diocletiano & Maximiano *l.* 20. *C. de pignorib. & l. ult. C. de ufur. pupillarib.* Aliquem moretur *l.* 5. *C. de ingenuis manumiffis*, a primis verbis *Lex Diffamari* appellata. Vulgo creditur, ea permitti unicuique cujus fama alterius jactatione læfa fit, diffamatorem cogere, fuam actionem intra certum tempus intendere fub pœna filentii, fi ceffet. Sed eft fomnium. en verba: *Diffamari ftatum ingenuorum, feu errore, feu malignitate quorumdam, periniquum eft: præfertim cum affirmes diu Præfidem unum atque alterum appellatum a te, vocitaffe diverfam partem, ut contradictionem faceret, fi defenfionibus fuis confideret; unde conftat merito rectorem provinciæ commotum allegationibus tuis, fententiam dediffe,* ne

ne de cætero inquietudinem sustineres. Si igitur adhuc diversa pars perseverat in eadem obstinatione: aditus Præses provinciæ ab injuria temperari præcipiet. Tenes verba: porro speciem accipe. Aliquis præ se tulit, Crescentem quemdam suum esse libertum. Crescens ille de hoc questus est apud Præsidem, & hoc mortuo, apud ejus successorem: petens, diffamatorem, si defensionibus, id est, juri suo confidat, contradictionis faciendæ causa evocari. evocatus ille ubi non parebat evocationi; obtulit Præsidi Crescens suæ documenta ingenuitatis. his motus Præses, eam sua confirmavit sententia: vetans, ne ejus statum deinceps turbaret diffamator. sed cum hic in eadem perseveraret obstinatione: mox interpellati per Libellum a Crescente Imperatores Diocletianus & Maximianus, jusserunt, ab eo denuo adiri Præsidem: præcepturum, ab injuria temperari. Hic est tenor Rescripti. at non de quacumque diffamatione; ut ab Interpretibus passim doctis & claris cum in Foro, tum in Academiis putatur: sed de diffamatione status ingenuitatis. hunc Imperatores diffamato permiserunt illo tueri modo: qua ratione? mihi nulla liquet: nisi sit favor libertatis. qui si non est; solum quod licet, dicam, hac in specie sic placuisse jure singulari: nec tamen ex *d. l.* 5. non enim est Lex nova, sed est Rescriptum ad factum a Crescente oblatum. quin fuit jam ante juris recepti; ut possit quis status sui probationes ultro adferre *l.* 39. *D. de liberali causa. l.* 14. *D. de probationib.* illud vero in una receptum causa ad alias trahi per consequentiam non oportet: cum præsertim ab iisdem Impp. Diocletiano & Maximiano (quorum est *d. l.* 5.) alias sit sine exceptione traditum, neminem qui nolit agere, invitum cogi agere. Non ignoro, id fallere, quoties ab alio agi, alterius intersit; utique pecuniarie, atque idonea ex causa *l* 13. *§. penult. D. de actionib. empt. l.* 60. *§* 5. *D. Locati. l.* 8. *D. de opt. leg. l.* 75. *§. fin. D. de legat. lib.* 1. *l.* 2. *D. De Leg. Rhod. de jact. l.* 2. *§* 28. *D. Ne quid in loc. public.* Sed in his exemplis non est diffamati existimatio alterius jactatione infuscata. Quid si præterea est assuetus Prætor, factis remedium dare, ac minas lusorias & verborum inania contemnere *l.* 4. *D. Si cui plus quam per Leg. Falcid. l.* 9. *D. Quod met. caus.*? Quod si delicatior aliquis injuria se affici hujusmodi jactatione arbitretur: est actio injuriarum. hac utatur: auxilium a *d. l.* 5. ne exspectet. Idem est animadvertere, si quis dicat, suam esse hereditatem, quam alius jactet esse suam: nam neque hic patet *d. l.* 5. sed petitio hereditatis: ac ne hæc quidem datur adversus eum qui se ferat heredem, cum nihil possidet; sed demum adversus possessorem vel hereditatis, vel rei hereditariæ, vel juris hereditarii, licet minimi. Simile est in rei vindicatione, si cui ægre sit, ab alio clamari, se esse dominum rei, cujus possessor idem sit & dominus. nam domino sufficit quod possidet, quantumvis alter jactet, se esse dominum. Sic Ulpianus *l.* 1. *§.* 6. *D. Uti possidetis.*

Sed apparet, neminem invitum, regulis juris cogi agere: volentem posse agere: modo habeat legitimam personam standi in judicio. Huc ducit Titulus Codicis, *Qui legitimam personam standi in judiciis habeant, vel non.* De his igitur videamus. Summa spectat ad servos, filiosfamilias, & patresfamilias. Quod ad servos attinet; de his parata est responsio, quia pro nullis habentur jure civili *l.* 32. *D. de reg. jur.* si quam adquirant actionem, non esse eorum, sed domini; solumque ea proinde experiri dominum: servum vero in judicio neque per se stare, neque per procuratorem. Usque adeo, ut sic scribat Papinianus *l.* 44. *§.* 1. *D. h. t. Cum postea servus apparuit, cujus nomine per procuratorem fuerat actum, absolvi debitorem oportet.* Æque recte addit: *quæ res domino quandoque propriam litem inferenti non obstabit.* Nimirum, quia non ab actione quæ domini est, absolutus debitor est; sed ab instantia servi quæ erat inutilis & plane nulla. Non igitur potest inter servum & liberum civile judicium consistere *l. ult. C. de noxal. action.* multoque minus inter servum & dominum: non sinente ratione, ut quis sibi a se petat. In criminali autem judicio ut servus accuset dominum, ad exemplum spectat. atque hac ratione apud Tacitum *lib.* 13. *Annal. c.* 10. non est receptus in reos Carinas Celer servo accusante. Fuit tamen utraque in causa aliquid laxatum de rigore juris. Utique Seneca *lib.* 3. *De benefic. c.* 22. *De injuriis dominorum in servos qui audiat, positus est, qui & sævitiam, & libidinem, & in præbendis ad victum necessariis avaritiam compescat.* Sic Seneca. nec indignatur Ulpianus; etsi non alias, quam si de dominis querantur, & verecunde expostulent servi; non autem accusent dominos: hoc enim, inquit, servis nequaquam permittendum *l.* 1. *§.* 1. *& §* 8. *D. de offic. Præfect. Urb.* Curate Ulpianus, cum eos queri vult. nam hoc est eorum quibus non licet cum eo de quo queruntur, pari jure consistere. Sic de Diis queri homines, indicat hoc Martialis *lib.* 1. *Epigr.* 13.

—— *Timuit nostras fortuna querelas,*
Quæ par tam magnæ non erat invidiæ.

Similiter liberi dicuntur queri de inofficioso patris testamento; & remedium quo id rescinditur, querela vocatur, quia Lege Duodecim Tabularum valebat inofficiosum patris testamentum *pr. Inst. & l.* 1. *D. de inoffic. testam.* Insuper dicitur appellatio continere querelam iniquitatis sententiæ *l.* 17. *D. de minorib.* & ipsa querela appellatur *l.* 10. *D. Qui satisd. cog.* puto, quod Judicis sententia, licet iniqua, inter privatos jus facit *l.* 11. *D. de justit. & jur.* Postulat igitur Ulpianus, nam ad eum redeo, servos de dominis queri, non etiam dominos accusare. hoc vero cavet, ne directo adeant Præfectum Urbi: (quod esset dominos accusare) sed prius ad statuam confugiant, & inde abducantur; ut querentes a Præfecto audiantur. Sic Ulpianus *d. l.* 1. *§.* 1. *D. de offic. Præfect. Urb.* nec tamen negat in §. 8, receptas fuisse causas in quibus servis permitteretur consistere adversus dominos: easque causas refert Hermogenianus *l.* 53. *D. h. t.* Satis de servo.

Transeo ad filiumfamilias. quid hic? non potest stare contra patrem, in cujus potestate sit: non magis, quam servus contra dominum. clare Gajus *l.* 4. *d. t. Lis*, inquit, *nulla nobis esse potest cum eo quem in potestate habemus.* hac optima ratione: quia nemo potest contra se stare. est autem una filii & patris persona. Excipit Gajus: *Nisi ex castrensi peculio.* nempe, quia in eo pro patrefamilias habetur. sed in profectitio peculio aliud est. quin Ulpianus *l.* 11. *D. d. t. Si*, inquit, *a me fuerit adrogatus qui mecum erat litem contestatus, vel cum quo ego: solvi judicium, Marcellus libro tertio Digestorum scribit. quoniam nec ab initio inter nos potuit consistere.* Sic: si cum patre conferatur filiusfamilias. quid, si adversus extraneum experiatur? nec hoc potest: quia nihil habet proprium jure civili. contra ut servi, sic filiifamilias, peculium dicitur: & quodcumque adquirit, non sibi, sed patri adquirit *l.* 79. *D. de adq. hered.* quapropter etiam, si qua de hoc actio sit, non filii, sed patris actio est: nec hac filius, sed pater utetur.

Vera hæc sunt in actionibus directis. at in factum actiones etiam filiosfamiliarum exercere, Ulpianus refert *lib.* 1. *Disputationum*, ex quo est

l. 13.

l. 13. *D. de oblig. & act.* easque in *l.* 17. *D. de reb. creditis*, quæ est ex eodem *libro* 1. *Disputationum*, vocat extraordinarias. dicit & utiles *l.* 8 *D. de procuratoribus*. Non abs re erit, ejus juris originem progressumque meo more indicare. Ulpianus in *d. l.* 8. ponit exemplum in actione injuriarum: in qua filiofamilias injuriam passo, Prætorem Edicto suo id indulsisse, apparet ex *l.* 17. §. 10. *D. de injuriis*. etsi non indistincte: sed, si pater absit; nec patris procurator ullus sit, aut sit, sed experiri nolit. Causa Prætori fuit: ne servata juris subtilitate, pereat injuriæ actio annalis, & impunito maleficio, absens filiusfamilias, adversus patris voluntatem, injuriam patiatur. Hoc cum in una placuerat injuriarum actione; mox similitudine rationis obtinuit in interdicto Quod vi aut clam; consentiente non modo Labeone *l.* 13. §. 1. *D. Quod vi aut clam*, sed Sabino quoque *l.* 19. *D. eod. tit.* forte quia vel hoc annale est; & vi factum, injuriæ proximum habetur. At nec huc usque stetit utilitas. quin idem suasit, si filiusfamilias ex aliqua noxa ex qua patri actio, quamvis perpetua & civilis, competat, experiri velit, furto, verbi gratia, aut damno injuria dato. Ausum hoc Julianum, in memoria habet Ulpianus *l.* 18. §. 1. *h. t.* præfatus, quod Juliano placet, si filiusfamilias legationis vel studiorum gratia aberit, & vel furtum vel damnum injuria passus sit: posse eum utili judicio experiri. Qua ratione? hac optima, Ne, dum pater expectatur, impunita sint maleficia; quia pater venturus non est, vel dum venit, subtrahat se is qui noxam commisit. Quid, si res non ex maleficio veniat: sed ex contractu, puta commodato, mutuo, deposito, mandato? adhuc placuit Juliano, filiumfamilias suo nomine actionem habere, teste Paulo *l.* 9. *D. de oblig. & act.* idemque censuit deinde Marcellus apud Ulpianum *l.* 19. *D. Depositi*. Est & a Scævola responsum, (quod idem Ulpianus *lib.* 1. *Disputationum* refert *l.* 17. *D. de reb. credit.*) Cum filiusfamilias viaticum suum mutuum dederit, cum studiorum causa Romæ ageret, extraordinario judicio esse illi subveniendum: id est, actione in factum. sic enim interpretor; & ab eodem Ulpiano in eodem *lib.* 1. appellatur *l.* 13. *D. de oblig. & act.* vocatur & utilis actio in *d. l.* 18. §. 1. ubi ait Ulpianus, Se semper probasse, (puto ex Juliani sententia) ut, si res non ex maleficio veniat, sed ex contractu, debeat filius agere utili judicio, forte depositum repetens, vel mandati agens, vel pecuniam quam credidit, petens, quando, quo casu? si forte pater in provincia sit, ipse autem forte Romæ vel studiorum causa, vel alia justa ex causa agat. Quid ita? ne, si ei non dederimus actionem, futurum sit, ut impune fraudem patiatur, & egestate Romæ laboret, viaticulo suo non recepto, quod ad sumptum pater ei destinaverat. & finge, Senatorem esse filiumfamilias, qui patrem habet in provincia: nonne augetur utilitas per dignitatem? Hæc de peculio filiifamilias, cum castrensi, tum profectitio. Cæterum quod ad adventitium novo jure inductum attinet; in eo Justinianus in *l.* 8. *pr.* & §. 3. *C. de bonis quæ liber.* (cui addo *l.* 1. §. *ult. C. de annal. except.*) hanc dedit formam: ut, si ususfructus ad patrem pertineat, proprietas ad filium: patris actio sit, sed filii consensus adhibeatur. quod si plena sit filii proprietas, ususfructus non sit patris: actio filii sit, adhibito tamen patris consensu; & si consentire nolit pater filio, vel agenti vel fugienti, officio Judicis consentire cogatur: ne judicium sine patris consensu videatur. Atque hoc si est: putemus, in adventitio peculio esse communes patris & filii actiones; fere sicut patri & filiæ est communis de dote actio: quia ipsius & filiæ dos est. quare nec potest pater sine voluntate filiæ de dote experiri: nec illa sine voluntate patris *l.* 2. §. 1. & 3. *D. Solut. matrim.* etiam exigitur utrimque cautio de rato: ut in omni actione communi jus est *l.* 23. §. 4. & 10. *D. eod. tit.* Illud non improbabile est, quod in *d. l.* 2. §. 1. dicitur, communem esse de dote profectitia actionem, æque verum esse in adventitia, tam antiquo jure, de quo Ulpianus in *Fragm. tit.* 6. §. 6. quam jure Justinianeo: itaque utriusque consensum etiam hodie desiderari: ut ad *d.* §. est annotatum a Doctissimis Viris.

Præter servos & filiosfamilias, sunt & patresfamilias, non habentes personam standi in judicio. exemplum in pupillis & minoribus: postulante eorum utilitate, ne agant, neve se defendant; nisi ex auctoritate aut consensu tutorum curatorumque: proinde si contra fiat, & litem amittant; non valet sententia *l.* 1. & 2. *C. Qui legitim. person. stand. in judic. non. hab.* quamquam si minorem admiserit adversarius, & forte sit ab eo victus; rationis est, sustineri sententiam pro minore latam; quia (ut egregie ait Gordianus *l.* 14. *C. de procuratoribus*) minoribus ætas in damnis subvenire, non in rebus prospere gestis obesse consuevit. Imo generaliter est a Theodosio & Valentiniano rescriptum. *l.* 6. *C. de legib.* Quod favore quorumdam constitutum est, quibusdam casibus ad læsionem eorum nolumus inventum videri. in eumque sensum extat etiam Modestini responsum *l.* 25. *D. eod. tit.* Est tamen ejus, quod de minoribus dixi, exceptio in causa momentaneæ possessionis in *l.* 3. *C. Qui legitim. person. stand. in judic. non hab.* quæ est Honorii & Theodosii, translata ex *l. ult. Cod. Theod. Unde vi.* volunt enim illi Imperatores, momentaneæ causæ actionem posse exerceri per quamcumque personam: id est, non tantum per majores, sed etiam per minores quinque & viginti annis: de quibus ibi sermo est. idque eo minus mirum: quia ne servos quidem, etsi hujusmodi conditionis hominibus causas perorare fas non sit, ea in specie rejici, patitur Constantinus *l.* 1. *Cod. Theod. Unde vi*: ex qua descripta est *l.* 1. *C. Si per vim vel. al. mod. absent. perturb. sit poss.* Sic quidem in quæstione de momento. at sub illo colore de proprietate a minore exerceri quæstionem in *d. l.* 3. & *d. l. ult.* non placuit: quia minoris persona in judiciis sine curatore non est legitima.

Præter pupillos & minores, nec Magistratus quo anno sunt cum imperio, in judicio standi personam habent. Sic visum Hadriano Epistola Græca: cujus partem recitat Paulus *l.* 48. *h. t.* illi autem Magistratus, quia ab Hadriano Archontes vocantur, aliquando quæsitum a Doctissimis Viris fuit, quinam illa appellatione præsertim intelligantur, & quidem Andreas Alciatus *lib.* 4. *Dispunct. c.* 6. eos accipit de summis Atheniensium Magistratibus: quos Athenis Archontes appellatos fuisse, negari non potest. Sed Antonius Augustinus, *Ad Modestinum*, *pag.* 360. & *seq.* non improbabiliter existimat, quoscumque Majores Magistratus, ut Præsides & similes, hoc nomine ab Hadriano significari. Hæc de actore.

Sequitur reus: a Prætore *l.* 3. *D. de jurejurando* appellatus is a quo petitur: eodemque modo a Terentio *Prolog. Eunuch. vers.* 10. & Cicerone *Pro Murena c.* 12. & *lib.* 7. *Ad Trebatium Epist.* 11. is unde petitur. cæterum Festus rei nomine etiam actorem venisse refert. Sed hæc nota omitto: nec minus, quid nunc vulgo illa sonent vocabula. Hoc potius volo, quod in actore tenui iter, idem in reo servare: possit enim vel hic de servo,

vo, deque filiofamilias, & patrefamilias quæri. primum quod ad servum attinet: is quia pro nullo habetur jure civili *l.* 32. *D. de reg. jur.* nec mirum, hoc nulla illum teneri obligatione ex contractu aut ex maleficio: & quod est consequens, nullam inde cum eo esse actionem *l.* 107. *D. d. tit.* at nec ejus videri personam quæ in jus vocari *l.* 3. *D. Ne quis eum qui in jus vocat.* & judicio conveniri possit *l.* 6. *&* 7. *C. h. t.* Contra verum est, ex servi gesto aut noxa solum dominum actione de peculio aut noxali teneri. quod si non dominus sit conventus condemnatusque, sed servus: traditum est, sententiam pro nulla haberi; nec ex ea de peculio adversus dominum judicati actionem dari. Aliquem turbet: quod in Edicto prætor adversus dominum pollicetur actionem de peculio: si quod cum eo qui in alterius potestate est, negotium gestum erit *l.* 1. §. 2. *de peculio:* nec est dubium, quin lite contestata, judicio quasi contrahi judicati obligatio intelligatur *l.* 3. §. 11. *d. t.* Sed hæc objectio vix eget responsione: nam ut judicio contrahatur judicati obligatio, oportet esse judicium: quomodo ex stipulatione valida contrahitur ex stipulatu obligatio: inutilis vero stipulatio neque stipulatio est, neque obligationem parit. Eodem modo se habet judicium: nam quia cum servo nullum est: nec eo geritur cum servo negotium; neque eo damnato adversus dominum de peculio datur judicati actio. Sic Ulpianus *d. l.* 3. §. 8. & addit, esse simile in compromisso quod judicium imitatur. idque & Paulo placet *l.* 32. §. 8. *D. de recept. & qui arbitr. recep.* Quod dixi, puta esse ordinarii juris, atque eo esse nullam in servum actionem. sed hoc non vetat, quo minus possit extra ordinem actio dari in corpus servile ad pœnam ei afflictivam. Exempla dedi supra sub Titulo *De jurisdictione*, pulchre observata a V. Cl. Jacobo Cujacio *lib.* 21. *Observ. c.* 40.

Venio ad filiumfamilias. quid hic? ad agendum quidem præterquam in exceptis casibus, non admittitur: sed conventus, ad defendendum optimo jure admittitur. Gajum audi *l.* 39. *D. de oblig. & act.* Verba Gaji: *Filiusfamilias ex omnibus causis tamquam paterfamilias obligatur: & ob id agi cum eo tamquam patrefamilias potest.* Gajus vult, quod filiusfamilias, quia Jure Civili habet facultatem se obligandi suo arbitrio, non minus quam si a patre esset liber, potest ex sua obligatione, exemplo cujusque patrisfamilias, invitus cogi ad solutionem, eumque in finem judicio conveniri, patre etiam invito: eo quod obligatio quam suo jure contraxit, tamquam paterfamilias, eum tamquam debitorem qualemcumque adstringit necessitate præstandi id quod debet *pr. Inst. de oblig.* ideoque executura illam actio obtinet adversus filiumfamilias invitum *l.* 83. §. 1. *D. de verb. oblig.* est enim omnis actio adversus eum qui debet *pr. Inst. de actionib.* id est, a quo invito exigitur *l.* 108. *D. de verb. signif.* adeo nec refert, utrum pater hoc permittat fieri, an vetet. primum quia filiusfamilias non minus habet jus se obligandi, quam paterfamilias. deinde non posset cum eo agi, patre jure impedituro judicii susceptionem. Sic apparet vis disputationis Gaji: dicentis, quod filiusfamilias, tamquam paterfamilias obligatur, & idcirco cum eo agi tamquam cum patrefamilias potest. Nec prætermittendum, quod addit, sic obtinere ex omnibus causis: id est, sine discrimine, utrum ex contractu cum eo agatur, an ex delicto. nam causa, ut alibi observo, non modo contractum, sed delictum quoque indigitat. proinde sive ex contractu, sive ex delicto, conventus sit filiusfamilias, adversus patrem de peculio datur judicati actio: quamquam ab initio de peculio non perinde ex filii delicto, atque ex ejus contractu, teneretur. Sed placet hoc Pauli *l.* 3. §. 11. *D. de peculio. Sicut stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi: proinde non originem judicii spectandam, sed ipsam judicati velut obligationem.* Hæc de actionibus in personam ex contractu aut maleficio filiifamilias. Non idem de in rem actionibus, si quando lis sit de proprietate rerum peculii profectitii aut adventitii. nam illæ Jure Civili patris sunt: hæ ad ejus curam Principalibus Constitutionibus pertinent. idcirco placet, patrem de his, sive sint profectitiæ, sive adventitiæ, & est ejus ususfructus, actionem suscipere: modo adhibeat filii consensum *l. ult.* §. 3. *C. de bonis quæ liberis.* Plane si filius habeat plenam proprietatem, pater non habet usumfructum: jam oportet filium de his conveniri, adhibito tamen patris consensu.

Superest, ut de patribusfamiliarum subjiciamus. nam ex his quoque jure non conveniri aliquos, partim ætas suadet, partim imperium Magistratus majoris. Quod de ætate dixi, usum habet in pupillis & minoribus: nempe, ne sine tutoribus & curatoribus, quorum fidei & tutelæ jure commissi sint, indefensi condemnentur *l.* 1. *&* 2. *C. Qui legitim. person. stand. in judic. hab.* Et est observandum, quod ne momentanea quidem causa hac in parte excipitur. adeo agere in ea minores possunt; conveniri nequeunt *l. ult. C. d. t.* De Magistratu majore est *l.* 48. *D. h. t.* minores vero qui sunt sine imperio & potestate, & in ipso Magistatu posse conveniri, Ulpianus auctor est *l.* 32. *D. de injuriis.*

Ex tribus personis judicium constituentibus, indicavi duas, actorem & reum: restat tertia, Judex. non is qualis qualis, sed inter invitos cogniturus, judicaturusque ita, ut quod statuit, habeat rei judicatæ auctoritatem: eoque inveniat executionem. talem esse Judicem publice constitutum, indicant Imperatores *l.* 3. *C. de jurisdictione.* Judææ cuidam sic rescribentes: *Privatorum consensus judicem non facit eum, qui nulli præest judicio: nec, quod is statuit, rei judicatæ continet auctoritatem.* Igitur non est Judex, nisi sedeat inter litigatores, publica auctoritate constitutus. & sunt exempla in *l. pen. D. h. t.* At illic etiam arbiter compromissarius Judex appellatur. Sed non simpliciter, verum cum adjectione, Judex ex compromisso sumptus. eaque adjectio indigitat, eum inter volentes judicare, non inter invitos: ideoque non dare effectum rei a se judicatæ, nulla nascente judicati actione: & ob hoc invicem promitti pœnam; ut ejus metu a placitis non recedant *l.* 1. *C. de recept. arbitr.* Igitur oportet Judicem qui verus sit publicam habere judicandi facultatem: quæ facultas notio appellatur: estque vel notio in specie, vel jurisdictio *l.* 5. *D. de re judic. & l.* 99. *D. de verb. signif.* Inde Judex duplex: unus habet jurisdictionem, alter nudam notionem. Qui jurisdictionem habet, Magistratus dicitur *l.* 2. §. 13. *D. de orig. jur.* etiam dicitur Magistratum aut potestatem habere *l.* 1. §. 1. *D. Quod quisque juris*, item jurisdictioni præesse §. 2. *d. l.* 1. Qui nudam notionem, id est, tantum notionem habet, is in specie Judex vocatur, etiam Judex datus, addictus, delegatus specialis, & pedaneus: scilcet, quia omnis ejus facultas judicandi munere, id est, cognitione & sententiæ dictione finiebatur. at nec directo adibatur a litigatoribus; sed demum sedebat a Prætore datus addictusque, & quidem in una specie, sive in una nominatim causa cognoscenda judicandaque, non pro tribunali, sed in subselliis de plano. Atque hæc, simul quemadmodum, & in quibus causis soliti

fue-

fuerint Judices dari, exposui *lib.* 1. *De jurisdict. & imper.* nec agam actum. Tantum attingam, & obiter, qui Judices dare, darive, possint. dare autem possunt omnes qui habent jurisdictionem quam vocamus mixtum imperium. quia hoc mixtum imperium, sive ea jurisdictio (ut Ulpianus definit *l.* 3. *D. de jurisdictione*) partim est cognitio, verbi gratia, datio possessionis bonorum, partim etiam Judicis dandi licentia. quisquis igitur habet mixtum imperium cui jurisdictio inest, is habet Judicis dandi licentiam. estque, ut Paulus ait *l.* 12. §. 1. *D. h. t.* ei aliquando more majorum concessa propter vim imperii, sicut Præfecto Urbi, cæterisque Romæ Magistratibus. plus ait Paulus *d. l.* etiam Judicem dare quibus hoc Lege, vel Constitutione, vel Senatusconsulto, conceditur: & Lege, sicut Proconsuli: id est, ut supra exposui sub Titulo, *Quod cujusque universitatis nomine*, Lege qua Proconsulatus constitutus est: qua Lege concessa Proconsulibus est plenissima jurisdictio; sub eaque appellatione partes omnes quæ Romæ sunt omnium Magistratuum *l.* 7. §. 2. *D. de offic. Proconf.* Paulus *d. l.* 12. §. 1. ait, quod is quoque cui mandata est jurisdictio, Judicem dare potest: puto, ab eadem causa, quod Judicis dandi licentia est pars mandatæ jurisdictionis. Paulus exemplum ponit in Legato Proconsulis: eoque illustrari regulam, non restringi, docui *lib.* 2. *De jurisd. & imp. c.* 11. Nec est, quod quem moretur *l.* 13. *D. de jurisdict* Nam Magistratus illic non opponitur mandatario, Magistratus vice & partibus fungenti *l.* 16. *D. eod. tit. & l.* 3. *D. de offic. ejus cui.* sed privato: qui cum esset Magistratus; jussit judicari die, quo futurus esset privatus: ut est in §. 1. *d. l.* 13. Æque possit Magistratus opponi privato Judici a Magistratu dato: cujus notio est; jurisdictio non est: ut in *l.* 5. *C. h. t.* quam ex professo tractavi *d. lib.* 2. *c.* 11.

Dixi qui Judices dare possint, porro accipe, qui possint dari. Et ait Paulus *l.* 12. §. 2. *D. h. t.* non omnes Judices dari ab his qui Judicis dandi jus habent. quidam enim, inquit, Lege impediuntur, ne Judices sint: quidam natura: quidam moribus. Natura, ut surdus, mutus & perpetuo furiosus, & impubes. qua causa? ait, quia judicio carent. Illud mirere; quod ait, *perpetuo furiosus.* Sed opportune Papinianus *l.* 39. *D. h. t.* sic infit: *Cum furiosus judex addicitur, non ideo minus judicium erit, quod hodie non potest judicare: ut scilicet, suæ mentis effectus, quod sententiæ dixerit, ratum sit. neque enim in addicendo præsentia vel scientia judicis necessaria est.* Igitur recte datus est furiosus: sed si perpetuus sit furor, aut perseveret: morbus sonticus judicandi necessitatem remittit. ergo mutari debet. sic certe Paulus in eo qui ab initio recte datus, postea furere cœperit, respondit *l.* 46. *D. h. t.* Lege (opinor, Julia judiciorum) impeditur, inquit Paulus *d. l.* 12. §. 2. qui Senatu motus est. An & minor? De hoc dictum supra sub Titulo, *De receptis & qui arbitr. recep.* De imperito juris & legum nihil Veteres, quantum scio, sed est aliquid in *Novell.* 82. *pr.* quamquam cum ille prohibetur Judex esse: non utique plena atque exacta in Judice desideratur juris peritia; sed sufficit apta negotio quo de agitur *l.* 17. *C. h. t.* Postremo ait Paulus *d. l.* 12. §. 2. moribus prohiberi Judices esse fœminas & servos: non quod non habent judicium, sed quia receptum est: ut civilibus officiis non fungantur. Cæterum qui possunt Judices esse, in his nihil interest, utrum in potestate, an sui juris, sint *d. l.* 12. §. 3. adeo in privatis negotiis & pater filium, & filius patrem, Judicem habere potest *l.* 77. *D. de judiciis.* quippe judicare est munus publicum *l.* 78. *d. t.* in quo filiusfamilias pro patrefamilias habetur. & si non placeat adversario Judex, potest ab eo, tamquam suspectus, recusari. Porro observandum esse monet Callistratus *l.* 47. *h. t.* ne is detur Judex, quem altera pars nominatim petat: idque iniqui exempli esse, Divum Hadrianum rescripsisse; nisi hoc specialiter a Principe ad verecundiam petiti Judicis respiciente permittetur. Non adderem, esse rationis: ne quis in sua causa aut judicet, aut jus dicat: nisi hoc generali lege vetuissent Imppp. Valens, Gratianus, & Valentinianus *l. unic. C. Ne quis in sua cauf. judic. vel jus dic.*

Sed apparet, huc enim redit summa, solum, in proposito intelligi Judicem eum qui sit publice constitutus. neque id sufficit: amplius oportet competentem esse. nam etsi sit Judex, idem legibus, non idcirco est omni in loco, omni in causa, atque inter omnes, Judex. quin præsumens in alio loco, aut in alia causa, aut inter alios, quam publice positus sit Judex, jurisdictionem exercere, jam non Judex, sed privatus, habetur *l.* 3. *D. de offic Præsid. l.* 1. *C. de jurisd.* adeo neque ipse cognoscere, & decernere, neque Judicem dare, potest *l.* 1. *C. de Pedan. judicib. l. unic. C. Qui pro sua jurisd. jud. dar.* Igitur Judicem, quem quærimus in proposito, competentem esse oportet: sive sit specialis quem indicat Rubrica *C. Si a non competente judice judicatum esse dicatur;* sive præsit jurisdictioni; ut in *l. pen. D. & l.* 1. *C. de jurisd.* Est porro competens Judex, cujus ibi, ubi quisque agere vel conveniri debeat, notio aut jurisdictio est: adeo qui personis inter quas lis est eo in loco, atque ea in causa, competit. postremo quo sensu dicimus alicui competere actionem quæ ejus est §. 1. *Inst. de perpet. & tempor. action. l.* 17. §. *ult. D. de inoffic. testam.* eo sensu dicimus, illi Judicem competere, item forum competere. nihil verius: nam qui alibi dicitur competens Judex, alibi suus Judex appellatur *l.* 49. *D. h. t. l.* 6. *C. de jurisdict. l. ult. C. Si a non compet. judic.* Similiter forum (quo nomine locum exercendarum litium designari, auctor est Isidorus *lib.* 18. *Origin. c.* 15. Festus quoque *in verb. Forum*, & Varro *lib.* 4. *De ling. Latin. p.* 24.) quod dicitur competens in Rubrica *C. de jurisdictione omnium judicum & foro competente*, alibi rei forum indigitatur *l.* 2. *& l.* 5. *C. de jurisdict.* Sed rem propius consideremus. id postulat posterior Rubricæ pars, quæ est, *Ubi quisque agere vel conveniri debeat.* Solet igitur jurisdictio plerumque finiri loco intra quem jus dicitur, tum causis de quibus jus dicitur, & personis quibus jus dicitur. ac si in loco, si in causis, si personis sibi subjectis, jus dicit Magistratus, competens est. sin aliter sit; incompetens habetur. primum dixi, jurisdictionem certo includi loco. Exemplum in sequente Prætoris Edicto apud A. Gellium, *lib.* x. *Noct. Attic. c.* xv. *Sacerdotem Vestalem & Flaminem Dialem in omni mea jurisdictione jurare non cogam.* Simile in Præfecto Urbi exhibet Ulpianus *l. ult. D. de offic. Præfect. urb.* Aliud Paulus in Præside provinciæ *l.* 3. *D. de offic. Præsid.* aliud in municipali Magistratu *l. ult. D. de jurisdict.* ad quem respicere hanc legem, indicio est cum Inscriptio quæ est ex lib. 1. Ad Edictum: tum mentio territorii: ut intelligitur ex *l.* 239. §. 8. *D. de verb. signif.* & clare in *l.* 53. *C. de Decurionib. lib.* 10. *tit.* 31. *Duumvirum impune non liceat extollere potestatem fascium extra metas territorii propriæ civitatis.* At non tantum loco includitur jurisdictio; sed etiam causis. Sic post Legem Valeriam Consules, eorumque exemplo Prætores, Urbanus & Peregrinus, jus dixerunt de civilibus rebus: cum capitalibus præessent Quæsto-

res

res parricidii *l.* 2. §. 16. 23. 27. 28. *&* 32. *D. de orig. jur* & tandem Præfectus Urbi *l.* 1. *pr. &* §. 4. *D. de offic. Præf. Urb.* Eodem modo de fideicommissis Romæ cognovit Prætor fideicommissarius §. 1. *Inst. de fideicom. heredit.* usque ad certam quantitatem: ultra Consules. meminit Quintilianus *lib.* 3. *Inst. Orat. c.* 6. *pag.* 256. atque inde explicandam esse *l.* 19. §. 1. *D. de jurisdict.* erudite observavit Cujacius V. Cl. *lib.* 21. *Observ. c.* 34. Quid plura? ait Pomponius *d. l.* 2. §. 32. in Urbe tandem jus dixisse Prætores decem & octo: & adhuc quærimus, an hi præfuerint causis aliis atque aliis? Similia in personis observantur: nam nec illæ inter quas lis fit, omnes uni peræque subsunt Magistratui; cujus alioquin eo in loco quo agitur, ac de ea causa de qua quæritur, jurisdictio est. Sit exemplum in Prætore Urbano & Peregrino: quorum alter inter cives, alter inter peregrinos jus dicebat: ut ait Pomponius *d. l.* 2. §. 27. *&* 28. Simile in Præside provinciæ. is dicitur a Paulo *l.* 3. *D. de offic. Præsidis* tantum imperium habere in suæ provinciæ homines; & hoc, dum in provincia est. imo, inquit Paulus, habet interdum imperium & adversus extraneos homines, si quid manu commiserint. Quo jure? quia, inquit, in Mandatis Principum est, ut curet is qui provinciæ præest, malis hominibus provinciam purgare: nec distinguitur, unde sint. Liceret plura addere; sed malo brevis esse: summa huc exeunte; ut quoties jurisdictio subsistit intra præscriptos fines, toties forum competens appelletur. sin aliter eveniat; magis incompetens vocetur.

Atque hoc expeditum est; si uterque & actor & reus ejusdem fori sint. quod si diversi sint, jam placuit, ut actor rei forum, non reus actoris sequatur; nullo discrimine; utrum sit civile, an criminale negotium *l.* 2. *l.* 5. *l.* 6. *C. de jurisdict.*

Sortitur autem reus forum ex quatuor causis: domicilio, contractu, re sita, & maleficio. prima venit domicilium. estque duplex: vel universale, vel particulare. universale est urbs Roma. Modestinum audi: *Roma*, inquit, *communis nostra patria est l.* 33. *D. Ad municipal.* Ad eamque sic Rutilius Numatianus, *Itinerario lib.* 1. *vers.* 63.

Fecisti patriam diversis gentibus unam,
Profuit injustis te dominante capi.
Dumque offers victis proprii consortia juris,
Urbem fecisti, quod prius orbis erat.

Particulare domicilium non uno modo obvenit. est enim vel voluntarium, vel necessarium: hoc relegati *l.* 22. §. 3. *D. Ad municipal.* illud est, ubi quis eo sit animo, ut perpetuo ibi sit, nec inde discedat rursus; nisi quod avocet. ejus indicia satis elegantia *l.* 27. §. 2. *D. ad municipal. & l.* 7. *C. de incolis lib.* 10. *tit.* 39. Vix opus admoneri, tamdiu hoc durare, quamdiu durat animus retinendi domicilii. nam isto mutato, etiam illud relinqui. adeo placet hoc Marcelli *l.* 31. *D. Ad municipal.* Nihil est impedimento, quo minus quis ubi velit, habeat domicilium quod ei interdictum non sit. Æque dignum annotari; quod nemo cogitur, uno contentus esse domicilio. contra potest quis, si velit, plura habere; ut si instructus sit duobus locis æqualiter: neque hic, quam illic, minus frequenter commoretur *d. l.* 27. §. 2. *l.* 6. §. 2. *l.* 5. *D. Ad municipal.* Sed & potest quis esse sine domicilio. pone: relicto domicilio navigat, vel iter facit: quærens, quo se conferat, atque ubi constituat. hunc sine domicilio esse, confirmat Ulpianus *d.* §. 2. *l.* 27. ac possit convenire hoc Martialis, *lib.* 7. *Epigr.* 72.

Dic ubi conveniam, dic qua te parte requiram
Quisquis ubique habitat, Maxime, nusquam habitat.

At non tantum quis ipse sibi domicilium sua voluntate constituit, verum etiam ab alio participat. sic mulier sequitur forum & domicilium mariti cui nupta est *l.* 65. *D. h. t. l. ult. C. de incolis lib.* 10. *tit.* 39. desponsa ante contractas nuptias non mutat domicilium *l.* 32. *D. Ad municipal.* vidua plane retinet domicilium amissi mariti, exemplo clarissimæ personæ per maritum factæ: sed utrumque, aliis intervenientibus nuptiis, permutatur *l.* 22. §. 1. *d. t.* Dubito, an huc non referam domicilium originis: nam tale nemo a se habet, sed a patre *l.* 3. *C. de municip. & origin. lib.* 10. *tit.* 38. eoque mutare nequit *l.* 4. *C. eod.* interim spectat hoc ad obeunda personalia munera: (ut liquet ex *d. l.* 3. ad quæ etiam referri debet *l.* 6. *Ad municipal.*) cæterum ad subeundam jurisdictionem non spectat: ut ad *l* 190. *D. de verb. signif.* annotavit Johannes Goedæus, V. Cl. Hoc igitur omisso, reliqua consideremus. quod attinet ad urbem Romam, in ea, ut est communis omnium patria, potest unusquisque in ea repertus, conveniri: sive illic contraxerit, aut deliquerit, sive non: nisi habeat jus revocandi domum; ut Legati & alii: de quibus late Ulpianus *l.* 2. §. 3. *& seqq. item l.* 24. *& l.* 5. *h. t.*

Domicilii particularis jus est idem ei quod communis: præterquam quod in privato tam absens & latens, quam præsens, potest in jus vocari; &, nisi defendatur, bonorum possessionem & distractionem patitur *l.* 19. *D. de in jus vocando l.* 1. *&* 2. *D. de reb. auct. jud. possid. l.* 21. §. 2. *D. Quib. ex caus. major.* Romæ contra nemo, nisi domicilium ibi habet, alias conveniri & defendi debet, quam ibi repertus *l.* 2. §. 4. *h. t.* absens Romam evocari ex provincia in qua domicilium habet, non debet. Sit argumentum, quod Ulpianus *l.* 19. *h. t.* cum diceretur heres conveniendus defendendusque, ubi defunctus conveniri ac defendi debuit, nominatim addit, id tum, si ibi reperiatur, obtinere.

Atque ita est: unusquisque potest in loco privati domicilii tam absens, quam præsens, conveniri: nec minus debet ibi conventus, defendi: alibi non debet. Nisi sit heres: nam is a creditoribus hereditariis eo in loco, in quo defunctus conveniri ac defendi debet, repertus, & conveniri & defendi debet: licet ipse domicilium ibi non habeat. quum enim succedat in defuncti locum: an habet causam cur declinet ejus forum, & malit suum? non habet, si nullo suo proprio privilegio excusetur *l.* 19. *l.* 34. *l.* 45. *D. h. t.*

A domicilio transeo ad contractum: nam æque ex hoc, atque ex illo, forum obvenire, Gajus auctor est *l.* 3. *D. de reb. auct. Judic. possid.* ac valde placet, quod Ulpianus, si alibi quis contraxit, alibi habet domicilium, ait, eum utrobique conveniri, & hic, & ibi *l.* 19. §. *ult. h. t.* altero loco actione directa, altero arbitraria *l. unic. C. ubi conven. qui certo loco.* & si non defendat se, ubi contraxit, neque ibi domicilium habeat, passurum bona possideri *d. l.* 19. §. 1. Contractus quoque verbum possit alicui ambiguum videri. Sed Paulus *l.* 20. *D. h. t.* ait, omnem obligationem pro contractu habendam; ut ubicumque aliquis obligetur, & contrahi videatur, quamvis non ex crediti causa debeatur. hoc probat Ulpianus *d. l.* 19. §. 1. in tantum, ut sub contractu etiam obligationem quasi ex contractu, puta negotiorum gestionem, & tutelæ administrationem, vel quid aliud, complectatur. observatum id *l.* 1. *C. ubi de ratiocin.* & adfertur ratio; quod contrahentes sic voluisse existimantur: tum hæc; quod ubi aliena negotia, sive ex tutela, sive ex quocumque alio titulo administrantur, & instructio sufficiens, & nota testimonia, & verissima possunt documenta præ-

præstari *l.* 2. *C. d. t.* Par aut major labor fuit, ubi contractum dicamus? sed huc ventum; ut eum locum non utique quo negotium gestum, sed quo solvenda pecunia est, accipiamus *l.* 3. *D. de reb. auct. judic. possid.* ac si nihil specialiter convenerit: eo loco, ubi celebratus est contractus, contractum esse intelligatur. Nec tamen vel hoc sine temperamento admitti oportet: cum sit æquum, (quod Ulpianus confirmat *d. l.* 19. §. 2.) si a mercatore quid comparavit advena, vel quis ei vendidit, quem scit inde confestim profecturum, non oportere bona ibi possideri, sed domicilium spectari ejus: perinde quasi tacite actum sit. Sic Ulpianus *d. loc.* si jungamus hæc ejus verba: *Nam ubi sic venit, ut confestim discedat, & quasi a viatore vel eo qui παρέπλει emit: durissimum est, quotquot locis navigat, vel iter faciens delatus est, tot locis se defendere.* Sic habet Vintimillii editio, & melius, quam Florentina, quæ caret sensu. *At* (sic pergit Ulpianus) *si quo constitit non dico jure domicilii, sed tabernulam, pergulam, horreum, armarium, seu officinam conducens, ibique distraxit, vel egit, defendere se eo loco debebit.* Rectissime; quia ad locum contractus respexisse jam contrahentes præsumi possunt. Horreum cum dicit Ulpianus; intelligit locum in quo merces deponuntur: ut sæpe. Pergulæ vero appellatione & hic, & in *l.* 5. §. 12. *D. de his qui effuder. vel dejecer.* indigitat exedram, officinam, cellulamve, in qua merces aut proponebant aut suspendebant artifices. Fit etiam apud Veteres mentio pergularum in quibus Grammatici, aliique artium liberalium Professores docebant publice aut privatim. Sed de his Jacobus Cujacius *lib.* 11. *Observ. c.* 13. & Claudius Salmasius ad Vopiscum, *Saturnino c.* 10. *p.* 733.

Proximum est, ut de re sita videamus: nam vel ex illa quis forum sortitur in actione in rem. & ratio mihi illa videtur: quod hac actione non persona, sed res convenitur *l.* 7. *D. de publicanis. l.* 19. *D. de jur. fisc.* sicut ideo in rem actio appellatur; & datur adversus possessorem, non contemplatione ejus, sed rei ab eo possessæ, & per actorem petitæ eo loci in quo potest restitui ac recipi: licet possessor in loco domicilii, quam illic conveniri malit. Sed quod non pendet a possessoris arbitrio, datur electioni actoris: nam is potest rem suam petere in loco domicilii possessoris: eo quod restitutio ei ab illo debetur: etsi non ex speciali ejus conventione; (nam sic nullo jure obligatus est §. 1. *Inst. de act.*) at ex primæva causa distinctorum dominiorum. Sic mihi persuadeo ex *pr. Inst. eod. tit.* & liquet ex *l. ult. C. Ubi in rem actio. l. unic. C. Ubi de heredit. agit.* Nec me hinc dimovet hoc Licinii Rufini *l.* 38. *D. h. t.* *Si autem per in rem actionem legatum petetur: etiam ibi peti debet, ubi res est.* Primum enim retinet me in hac sententia vox, *etiam:* quam oportet suam vim habere; cum non sit frustra posita a Licinio. Deinde verbum, *debet*, accipio pro *potest*: quomodo usurpatur *l.* 2. §. 31. *D. Ne quid in loc. public. l.* 1. *pr. D. de heredib. instit. l.* 9. *D. de aur. argento, mund.* & alibi. Ita sensus erit: Legatum per in rem actionem non modo in loco domicilii, sed etiam ibi, ubi est, peti potest. Alio remedio utitur Hotmanus *lib.* 3. *Observ. c.* 7. sed mihi placet minus.

Postrema causa ex qua quis forum sortitur, est crimen. Clare Severus & Antoninus *l.* 1. *C. Ubi de criminibus.* *Quæstiones eorum criminum quæ legibus aut extra ordinem coërcentur, ubi commissa vel incohoata sunt, vel ubi reperiuntur qui rei esse perhibentur criminis, perfici debere, satis notum est.* Primum volunt Imperatores, reum cujuscumque criminis, sive Legibus coërceatur, sive extra ordinem, accusari in loco, ubi admissum vel inchoatum dicitur crimen: puto, quod utile est, id vindicari eo in loco; quo nocens suo supplicio aliis æque sit exemplo ad deterrenda maleficia, ac fuit ad admittenda *l.* 28. §. 15. *D. de pœnis.* Sic, si reperiatur ibi, ubi deliquit. quid, si inde fugerit in aliam provinciam? ajunt imperatores *d. l.* 1. posse jam, ubi reperitur, perfici quæstionem: convenienter Mandatis Principum: in quibus esse, Paulus observat *l.* 3. *D. de officio Præsidis: Ut curet is qui provinciæ præest, malis hominibus provinciam purgare.* & addit Paulus, non distingui, unde sint. Hoc: nisi Magistratus loci, in quo admissum fuit crimen, publicis literis petat, reum ad se transmitti, puniendum in loco admissi criminis, ob rationem mox allatam. tum enim Magistratus, a quo petita est transmissio, illam recusare non debet: posita adversus eum, nisi pareat, pœna a Justiniano *Novell.* 134. *c.* 5.

Intellecto, quod sit forum competens, vix est opus addi, quod sit incompetens, est enim manifestum ultro, quod non est competens, esse incompetens. illud non reticebo, forum incompetens, posse adhuc suis modis competens fieri. Est autem ex his litigantium conventio, ex auctoritate Legis Juliæ privatorum judiciorum, litigatorum commoditati hac in parte consulentis. Sed de eo quia egi *lib.* 2. *De jurisd. & imper. c.* 12. *& seqq.* ex *l.* 1. *& l.* 2. *pr. &* §. 1. *D. h. t.* aliisque locis, habes, unde petas quod sit necesse.

Alius modus constat privilegio. quo? scies, postquam monuero, nulli licere, adversarium suum, omisso Judice ordinario, ad superiorem evocare: quin contra placuisse, unumquemque adversarium suum prius convenire apud Judicem ordinarium, & demum per appellationem venire ad superiorem. mea opinione hoc agit Constantinus *l.* 4. *C. de jurisdict.* expunctis ibi verbis, *post litem contestatam*, quæ esse Glossatoris, ostendi *d. lib.* 2. *c.* 13. Sed idem quem dixi, Constantinus *l. unic. C. Quando Imperat. inter pupill. vel vid.* hoc privilegium dedit pupillis, viduis, aliisque fortunæ injuria miserabilibus. Id privilegium est: ut, si perhorrescentes alicujus potentiam oraverint judicium Principis, eorum adversarii cogantur, sui copiam facere Principis examini.

Postremo Judicem competentem ex incompetente facit continentia causæ. quam dividi vetat Constantinus in *l.* 10. *C. h. t.* concinnata ex *l.* 2. *Cod. Theod. eod.* ad quam Jacobus Gothofredus.

Invento Judice competente qui habeat jurisdictionem, aut nudam notionem; non foret a proposito alienum, hic subjicere, quod esset utriusque officium, cum ante, tum post litem contestatam; sicut aliqua huc spectant Tituli Fragmenta: sed quia *lib.* 1. *De jurisdictione & imperio* aliqua jam dixi: aliqua etiam dicenda deinceps erunt sub Titulo *De re judicata*, puto, licebit mihi ab eo tractatu in præsenti abstinere. De cætero vidimus, quid sit judicium, item ubi quis agere vel conveniri debeat: intelligi vero possit, esse utrique Rubricæ parti satisfactum: nisi in ingressu ejus addidissem, Prætorem ab actore ideo in jure adiri solitum: ut ei daret actionem qua de aut ipse, aut Judex deinde esset cogniturus & pronunciaturus. Restat igitur, ut quid sit actio, in antecessum definiamus obiter.

Dicitur autem actio ab agendo. agere vero inter alia significat, tractare de re præstanda aut restituenda: ut apud Justinum *lib.* 2. *c.* 14. §. 10. aliosque. ita agere est, petere in hoc Plinii *lib.* 36. *Nat. hist. c.* 2. *Satisdari sibi damni infecti egit redemptor cloacarum.* Et actio est, petitio. nec male ipsa a Justiniano *pr. Inst. de action.* post Celsum *l.* 51. *D. de oblig. & act.* definitur, *Jus persequendi*

di in judicio quod sibi debetur. Cum dicitur *jus*; indigitatur facultas jure civili concessa: pari forma qua usufructus est jus, item actus est jus, & similia alia jura appellantur *l.* 1. *D. de usufr. & l.* 1. *D. de servitutib. præd. rustic.* Inde Juliano *l.* 6. §. *ult. de negot. gest.* actio & facultas in judicio conveniendi idem sonant. Jam vero apud Gajum, *Non videbatur agendi facultas competere* dicitur, pro non videbatur actio competere *l.* 1. *D. de eo quod certo loco.* Similiter actionem dare, & agendi potestatem dare pro iisdem sunt in *l.* 3. *D. de sepulchro violato.* Res certa: & Prætor, cum actionem dat actori, ei nihil concedit præter petendi facultatem. Nec alio spectat formula, *Si paret, condemna.* Actio igitur est jus persequendi in judicio. Sed quid? *quod sibi debetur.* Hoc verbum plerumque angustius, hic latius, accipitur. proprie enim dicitur deberi, quod ex obligatione debetur, quamquam non est nostrum. in proposito autem deberi intelligitur qualiter qualiter debitum, sive ex obligatione, sive ex dominio, aliove jure. Ei rei argumentum; quod ab utroque, cum Celso, tum Justiniano, omnis definitur actio, tam in rem, quam in personam. Nec est sine exemplo, quod verbum, *debuit*, non minus complectitur quod proprie dicitur deberi, quam quod suum est. Ulpianum audi *l.* 178. § *ult. D. de verb. signif. Hoc verbum*, Debuit, *omnem omnino actionem comprehendere intelligitur, sive civilis, sive honoraria, sive fideicommissi fuit persecutio.* Nimirum nulla est in actione in rem obligatio ex conventione possessoris & domini §. 1. *Inst. de actionib.* est tamen qualis qualis obligatio ex primæva hominum conventione: qua distinctis inter eos dominiis placuit, quod alterius esset, si ad alium pervenisset, domino restitui. eo sensu in §. 5. *Inst. de except.* videtur dici, *Si in judicio tecum actum sit, sive in rem, sive in personam, nihilominus obligatio durat.*

Sed ut plenius meliusque hæc intelligantur; non omittam, quod Ulpianus *l.* 25. *D. de oblig. & act.* ex eoque Justinianus §. 1. *Inst. de act.* ait, omnium actionum quibus inter aliquos apud Judices Arbitrosve de quacumque re quæritur, summam divisionem in duo genera dividi: aut enim in rem esse, aut in personam. plura neuter adfert genera. Ego vero mihi persuadeo, esse & tertium genus actionum: quæ neque in rem, neque in personam sint; sed ex utrisque mutuentur: ideoque mixtæ sint tam in rem, quam in personam. tales in §. 20. *Inst. d. tit.* sunt tres: familiæ erciscundæ, communi dividundo, & finium regundorum. hisque addi potest quarta petitio hereditatis: ipsa mixta personalis appellata *l.* 7. *C. de petit. hered.* Omnes vero partim jure in re nituntur, partim jure obligationis: illud est fundamentum actionis in rem, hoc actionis in personam: ideoque dicuntur constare ex duobus, id est, rebus & præstationibus personalibus: ut ex *l.* 22. §. 4. *D. Famil. ercisc. l.* 3. *D. Commun. divid. l.* 1. *D. Fin. regund. & l.* 25. §. 18. *D. de petit. hered.* suis in locis manifestius demonstrabitur, sicut dignum est exponi: cum non sit vanæ & inanis subtilitatis, ut a plerisque creditur; sed in jure egregii usus atque effectus. Moratur tamen te, sat video, auctoritas Ulpiani & Imperatoris *d. l.* 25. *& d.* §. 1. tantum duas actionum species enumerantium: sed aut blandior mihi, aut *lib.* 1. *Probabil. c.* 12. evici diligentia observationis, frequenter evenire apud Veteres auctores, cum nostros, tum alios, ut quæ uno in loco sit bipartita divisio, alio in loco sit tripartita: prout mixta species ab utraque simplice separatur tamquam habens quid neutri insitum; aut sub altera comprehenditur, quatenus in hanc aut illam inclinat. Sit igitur per Veteres licitum, omnem actionem vel in tres, vel in duas species distribuere.

TITULUS II.

De inofficioso testamento.

Initium sumit Imperator ab actionibus in rem. hæ sunt vel de universitate, vel de singularum rerum petitione *l.* 1. *D. de rei vindicatione.* De universitate est petitio hereditatis: cujus plures sunt causæ. prima est querela inofficiosi testamenti. Est autem, ut Paulus *lib.* 4. *Sentent. tit.* 5. definit, Inofficiosum testamentum, quod frustra liberis exheredatis non ex officio pietatis videtur esse conscriptum. Paulus ait, *Liberis exheredatis:* vel exempli causa, vel facta relatione ad originem querelæ, cœptæ a liberis: etsi usu porrecta est longius. sane Ulpianus *l.* 1. *h. t.* refert omnibus tam parentibus, quam liberis, de inofficioso licere disputare. addit, cognatos proprios qui sunt ultra fratres & sorores, melius facturos, si se sumptibus inanibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent. Ac secundum hæc accipiendum quoque hoc Marcelli *l.* 3. *h. t. Inofficiosum testamentum dicere hoc est, allegare, quare exheredari vel præteriri non debuerit: quod plerumque accidit, cum falso parentes instimulati, liberos suos vel exheredant vel prætereunt.* Illud durius, quod inofficiosum testamentum cum sit impium atque inhumanum, a Gajo *l.* 12. §. 1. *D. de bon. poss. contr. tab.* jure factum esse dicitur. Convenit tamen verbis Legis Duodecim Tabularum his, *Uti legassit, ita jus esto:* quæ sunt latissima *l.* 120. *D. de verb. signif.* Sed enim eadem Lex patri quoque concessit occidendi liberos facultatem: & miramur, dedisse potestatem exheredandi, cum dederit jus occidendi? *l.* 11. *D. de liber. & posthum. hered. inst.* Credidit videlicet, patrem sanæ mentis non venturum ad exheredandum filium, nisi magnis illius peccatis incensum, ut naturam ipsam vinceret, ut amorem eum penitus insitum ejiceret ex animo, ut denique patrem se oblivisceretur. Sic egregie Cicero *Pro Roscio Amerino c.* 19. Addo: Seneca *lib.* 1. *De clementia c.* 14. verba Senecæ: *Numquid aliquis sanus filium ad primam offensam exheredat? nisi magnæ & multæ injuriæ patientiam ejus vicerint, nisi plus est, quod timet, quam quod damnat, non accedit ad decretorium stilum: multa ante tentat, quibus dubiam indolem & pejore loco jam positam revocet. simul deplorata est, jam ultima experitur.* Voluit igitur Lex, patris, quod de eo bene speraret, esse arbitrium exheredandi filii. Cæterum comperto, novercalibus delinimentis & instigationibus malorum hominum sæpe corrumpi patris judicium: inductum est, (sic loquitur Imperator *pr. Inst. h. t.*) ut de inofficioso agere possint liberi qui queruntur, aut inique se exheredatos aut inique præteritos. Inductum autem hoc non Lege Glicia, ut Jacobo Cujacio visum *lib.* 14. *Observ. c.* 14. sed paulatim Disputatione Jurisconsultorum, atque adeo moribus *l.* 2. §. 5. *D. de orig. jur.* Hoc tamen non evincitur verbo, *inductum.* etsi scio ad mores referri *l.* 2. *D. de vulg. & pupil. substit. l.* 29. *D. de liber. & posth. l.* 32. *D. de legib.* nam æque ad leges respicere, ipse animadvertit *d. loc.* D. Cujacius ex *l.* 24. *D. de statu hom. l.* 1. *D. de usurp. & usucap.* Argumentum mihi; quod ad querelam, si certa Lege esset inducta,

pari

pari forma venirent omnes quibus fas est, ea uti. at aliter obtinet: emancipatus certe, ut ea agere possit, prius debet agnoscere bonorum possessionem litis ordinandæ gratia: cum ea suo heredi nulla necessaria sit *l. 6. §. ult. D. de bonor. possess. contra tab. & l. 6. h. t.* probabili indicio, querelam magis esse inventum usus & temporis, quam certæ Legis. Sed in primis facit; quod Imperator *d. pr. Inst. h. t.* ait, querelam fuisse inductam, hoc colore, quasi non sanæ mentis fuisset pater, cum testamentum ordinaret. & addit, hoc dici; non quasi vere furiosus sit: sed recte quidem fecerit testamentum, non autem ex officio pietatis: nam si vere furiosus sit, nullum testamentum esse, jam ante obtinuerat ex mente Legis. Sic Imperator: & ante Marcianus *l. 2.* & Marcellus *l. 5. h. t.* Est vero hoc non Legis: (nam Lex directo jus facit, manifesta Populi voluntate, nec eget colore) sed privatorum, quales sunt Jurisconsulti: qui temperantes Legis duritiem, solent colores adhibere: ne adversus eam facere intelligantur. indicavi tales *lib. 3. Probabilium c. ult.*

Paris fuerit elegantiæ investigare, cur actio de inofficioso in specie querela indigitetur, & exheredati liberi queri dicantur *l. 1. D. pr. Inst. h. t.* & passim: cum alioquin omnis actio querela videatur *l. ult. D. de in jus vocand.* & alibi. Mihi succurrit, quod querelam miseratio invenit liberis: qui injuria exheredati non poterant adversus patrem, in cujus erant potestate, æquo jure, id est, aut actione aut accusatione, consistere. quo modo ad querelam confugere quotquot læsi a jure destituuntur, suis exemplis superiore Titulo demonstravi.

Sed probabile est, non vim æqualis juris, sed miserationem, effecisse; ut remedium quo inofficiosum testamentum Lege Duodecim Tabularum validum, ex æquo & bono rescinditur, acceperit querelæ nomen; etsi sequente usu in actionem conversum atque etiam accusatio appellatum: eo quod querentes de inofficioso testamento, non modo hoc accusant tamquam impium; sed etiam hereditatem ab intestato petunt. Non minus liquet, cur Judices in hac querela Centumviri dicantur *l. 17. h. t.* ipsumque judicium Centumvirale appelletur *l. 13. eod.* solitis causis de æquo & bono, præsertim gravioribus, apud Centumviros exerceri. Verum hoc executus sum *lib. 1. De jurisdict. & imper. c. 8.* atque inde sic restituenda in *l. 7. l. 28. & l. 31. D. h. t.* est Inscriptio, *Paulus lib. singulari De Centumviralibus judiciis*: ut ut Cujacius *lib. 14. Observ. c. 14.* retineat Florentinam lectionem, *De Septemviralibus judiciis.*

Hactenus de nomine, deque ratione inventæ querelæ. deinceps de ejus natura & proprietate disputabo: multis existimantibus, tantum continere præparationem petitionis hereditatis: aliis contra, illa non præparari hereditatis petitionem, sed ipsam peti hereditatem. quod & mihi sedet. Quam ob rem? quia filius a patre exheredatus, dum queritur de inofficioso testamento, contendit, patris hereditatem ex Lege suam esse ab intestato: præfatus, se exheredari ab illo non debuisse. hoc vero quid vult, quid efficit, nisi quod de inofficioso testamento querens, patris hereditatem petit ex Lege: adjecta causa de inofficioso, id est, quod patris testamentum quo ab ea excluditur, est impium, eoque negligendum, perinde ac si a furioso esset factum. Nec sic alia procedit via, quam heres scriptus hereditatem suam vindicans ideo, quod eam adiit ex testamento quo sit institutus; aut heres legitimus, cum hereditatem suam esse petit ideo, quod eam ex Lege adiit, nullo facto testamento. Tali comparatione utuntur Græci, *Basilic. lib. 39. tit. 1. tom. 5. pag. 221. & seq.* subnixi auctoritate *l. 34. C. h. t.* in qua querela a Justiniano vocatur *hereditatis petitio ex nomine de inofficioso.* Nec a Justiniano tantum sic indigitatur: sed a Tryphonino quoque in *l. 20. D. de bonor. possess. contr. tab.* dicitur *petitio ex causa inofficiosi querelæ movendæ.* Quid? quod Ulpianus *l. 8. §. 8. h. t.* ubi sumus duo filii exheredati, *Si*, inquit, *inofficiosum dicam, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere.* Sic Ulpianus: clare testatus, per inofficiosi querelam ipsam peti hereditatem: insuper addit, quatenus ea hereditas per querelam peti debeat. Quod & Paulo negotium est *l. 19. d. t.* Verba Pauli. *Filia præterita id vindicare debet quod intestata matre habitura esset. itaque dici potest, eam quæ omissa est, etiamsi totam hereditatem ab intestato petat & obtineat, solam habituram universam successionem.* Tantum igitur abest, ut querela inofficiosi quædam sit præparatio petitionis hereditatis: ut e contrario ipsa sit hereditatis petitio, sive hereditatis vindicatio ex causa inofficiosi. Mitto cætera: spectemus effecta institutæ querelæ. His duo obtinentur: primum est, ut testamentum rescindatur: alterum, ut hereditas exheredati esse ex Lege ab intestato judicetur. hoc plus efficitur, ut (quod in vindicatione extremum jurisdictionis dicitur *l. unic. §. 1. D. Si quis jus dicenti non obtemp.*) hereditas heredi scripto auferatur. id est consequens superioribus. sed quid vetat, testem adhiberi Paulum? qui in *l. 21. §. 2. h. t.* ait, hereditatem per inofficiosi querelam evinci ab eo qui heres institutus sit. *Evincere* enim non est simpliciter evincere: sed vincendo quod intendis, auferre, abducere, extorquere: prorsus, ut quod ablatum, extortumve non sit, nec evictum esse existimetur. Sic verbum sonat sub Titulo *D. de evictionibus l. 57. l. 21. pr. §. 1. & 2.* nec aliter accipitur in hoc Livii *lib. 2. c. 4. Evincuntque instando ut literæ sibi ad Tarquinios darentur.* Similiter apud Columellam *lib. 6. De re rustic. c. 5. Evincendi sunt autem, quamvis pestiferi morbi, & exquisitis remediis tollendi.* Plura non addo: nam si exheredatus querela vindicat hereditatem ex causa inofficiosi, tamquam Lege ab intestato adquisitam: si illam heredi scripto aufert, sive, ut Paulus ait, ab illo evincit: quo tandem argumento dices, querela præparari hereditatis petitionem, cum appareat, illa absolvi? quid enim restat? nihil. Sic Paulus: non enim aliud voluit *d. l. 21. §. 2. h. t.* ubi respondit, *Evicta hereditate per inofficiosi querelam ab eo qui heres institutus esset, perinde omnia observari oportere, ac si hereditas adita non fuisset: & ideo & petitionem integram debiti heredi instituto adversus eum qui superavit, competere, & compensationem debiti.* Ab eodem fonte Papinianus *l. 15. §. 2. h. t.* ait, *Filium qui de inofficioso actione adversus heredes duos*, verbi gratia, *expertus, diversas sententias judicum tulit, & unum vicit, ab altero superatus est, posse debitores convenire, & a creditoribus conveniri pro parte, & corpora vindicare, & hereditatem dividere:* hac adjecta causa quæ est optima; *quia verum est, familiæ erciscundæ judicium competere: eo quod credimus, eum legitimum heredem pro parte esse factum.* Sunt hæc evidentia; maxime in suo herede: nam eum jure civili solum queri de inofficioso patris sui testamento, id est, patris hereditatem a qua injuste exclusus est, suam vindicare ex causa de inofficioso, vel hoc argumento est: quod is olim vivo patre quodammodo fuit dominus rerum paternarum; & mortuo, si non exheredetur, magis retinet vetus dominium, quam novum consequitur *l. 11. D. de liber. & posth.* eoque potest ex causa inofficiosi su-

am dicere patris hereditatem: quæ, remoto testamento, ejus mansit jure civili. In filio emancipato non est idem jure civili: quia ille patri eo jure est extraneus; ita nec vivo patre est dominus rerum paternarum, nec mortuo apparet dominus: quin nec aditione fit talis: non delata ei ab intestato hereditate. quo igitur argumento putemus querelam inofficiosi jure civili esse ejus, cui nulla est facta injuria: quia patris hereditatem neque ipso jure suam dicere, neque aditione, suam facere, potest? Sed placuit, vel illi per querelam succurri: impetrato a Prætore remedio possessionis bonorum Unde liberi sine re *l.* 2. *C. h. t.* tantum litis ordinandæ gratia *l.* 7. *D. eod. tit.* ut sub prætextu rescissæ per hanc emancipationis, interea ad querelam haberet aditum: perinde ac si in patris potestate mansisset; & cum ante non posset queri, id est, patris hereditatem jure civili vindicare ex causa de inofficioso: nunc eam, tamquam bonorum possessor, possit ex causa de inofficioso suam dicere jure Prætorio: &, si obtineat; cum re retinere possessionem quam ante sine re habuerat *l.* 8. §. *pen. h. t.* Sic Græci *d. lib.* 39. *Basilic. tit.* 1. *Schol. tom.* 5. *pag.* 261. Sed liquet, per querelam non præparari hereditatis petitionem; sed ipsam peti hereditatem. ac ne videatur sic homini sano testamenti factio auferri contra Legem Duodecim Tabularum; rem illo colore defendi apud Judicem: ut ille, cum inique ordinaret testamentum, non sanæ mentis fuisse existimetur *pr. Inst. & l.* 5. *D. h. t.* Distinguatur igitur querela a petitione hereditatis qua de agit sequens Titulus: at idcirco non definit esse hereditatis petitio ex causa de inofficioso. quin recte definitur, petitio hereditatis ab intestato delatæ qua inique exheredatus præteritusve petit, testamentum rescindi, & hereditatem sibi ab intestato adjudicari. Non me vexat, quod quis objiciat, petitionem hereditatis numquam dari adversus heredem: tantum dari adversus eum qui non est heres, sed hereditatem pro herede vel pro possessore possidet *l.* 9. *& seqq. D. de hered. petit.* at querelam dari adversus scriptum heredem, hereditate ab eo adita *l.* 8. §. 10. *h. t.* item adversus filium præteritum post agnitam cum re bonorum possessionem contra tabulas *l.* 20. *D. de bonor. possess. contr. tab.* Nam primum est diversa utriusque petitionis species. deinde si spectamus exitum querelæ; ne ipsa quidem datur adversus verum heredem, sed magis adversus eum qui hereditatem pro herede vel pro possessore possidet. Non majoris momenti est; quod præterea allegatur, petitionem hereditatis esse vel ex testamento, vel ab intestato *l.* 1. 2. 3. *D. de petit. hered.* querelam ex neutra. Nam querela, ut dictum, non est qualis qualis hereditatis petitio: sed ex nomine, sive ex causa, de inofficioso, id est, ab intestato rescisso testamento, quasi a furioso facto.

Aliquem conturbet sequens Pauli locus ex *lib.* 4. *Sentent. tit.* 5. §. 4. *Qui inofficiosum dicere potest, hereditatem petere non prohibetur.* Sed tentemus, ne ejus sensus sit: Quod habens inofficiosi querelam adversus heredem scriptum, etiam potest adversus eum simplicem instituere hereditatis petitionem: non quidem ex rigore juris, sed ex æquitate. nempe, quamvis adversus eum qui ex testamento possidet hereditatem, non possit agi simplice hereditatis petitione, parata, si agatur, exceptione, *Præterquam si hereditatem possideo ex causa testamenti:* an tamen iniquum fuerit, eam exceptionem infringi replicatione, *Nisi id testamentum sit inofficiosum: paratusque sim, de inofficioso agere?* fuit id eo facilius receptum: quod non videbatur improbanda modestia ejus: qui, ne patris testamentum, tamquam insani, rescindatur, maluit simplice hereditatis petitione, quam querela de inofficioso, experiri: cum si agatur simplice hereditatis petitione, in quam per replicationem incidat querela de inofficioso, non principaliter vertatur inofficiosi querela; ideoque de inofficioso quidem cognoscat Judex; at non de eo, sed de hereditate, pronunciet: ut in similibus observari, intelligitur ex *l.* 1. *C. de ordine judiciorum.* Mihi proclive est, Paulum sic interpretari: ac præterea reducere ad sequentem Constitutionem Impp. Severi & Antonini *l.* 1. *C. h. t.* ad quam mihi videtur respexisse. *Cum de inofficioso matris suæ testamento filius dicere velit adversus eum qui ex causa fideicommissi hereditatem tenet: non est iniquum hoc ei accommodari: ut perinde fideicommissarius teneatur, ac si pro herede aut pro possessore possideat.* Locum difficilem expediet apposita facti species: Mater præterito aut exheredato filio, alium instituit heredem: rogans, ut hereditatem tertio restituat. is eam restituit. deinde filius adversus fideicommissarium, tamquam qui hereditatem pro herede aut pro possessore possideat, simplicem instituit hereditatis petitionem. fideicommissarius excipit, *Nisi hereditatem possideat ex causa testamenti Jure Civili validi:* adversus quem ea hereditatis petitio nulla competit. Filius replicat, *Præterquam si id testamentum sit inofficiosum:* aitque, se paratum esse de inofficioso dicere. De jure quæritur. Ajunt Imperatores, petitionem hereditatis non quidem dari adversus eum qui hereditatem possideat ex causa validi testamenti: sed non esse iniquum, hanc accommodari filio, volenti parcere pudori matris a qua sit exheredatus præteritusve, ut perinde teneatur fideicommissarius, ac si hereditatem pro herede aut pro possessore possideat. Quod Paulo convenit. Æque est observandum; quod, si hereditas ab exheredato possideatur, etiam potest querela per modum exceptionis institui *l.* 8. §. 13. *D. h. t.*

Dixi, quid sit inofficiosi querela. dicam, quibus detur. in primis sciendum est, non dari aliis, quam quibus injuriam exheredatione aut præteritione factam esse, apparet. quales soli sunt ad successionem admittendi, nisi exheredati præteritive essent. utique, cum pertendat querela ad rescissionem inofficiosi testamenti, nec minus ad petitionem hereditatis ab intestato: quam, amabo, dabis causam, cur aut rescissio illa, aut petitio, frustra sit indulgenda ei qui ne rescisso quidem testamento, jus ad defuncti hereditatem ab intestato sit habiturus? est igitur rationis, querelam solis dari his qui futuri fuissent heredes; si defunctus intestatus decessisset: quia soli possunt de injuria queri, & ab intestato petere hereditatem. Est tamen vel hoc prudenter accipiendum. nam nec omnibus ab intestato venientibus, licere de inofficioso disputare, Ulpianus putat *l.* 1. *h. t.* sed tantum liberis, parentibus, & fratribus. ultra hos qui sunt cognati, eos melius facturos ait, si se sumptibus inanibus non vexarent; cum obtinere spem non haberent.

Erit pretium operæ, de singulis paulo accuratius differere: sed primum de liberis: quorum etiam in deferenda hereditate ab intestato, quæ per querelam petitur, prima causa est: concurrente & naturæ & parentum voto, suos liberos sibi superstites sperantium. id observat Papinianus *l.* 7. §. 1. *D. Si tab. testam. nul. extab. und. lib.* Et optime Paulus *l.* 7. *D. de bon. damn.* Verba Pauli: *Cum naturalis ratio, quasi lex quædam tacita liberis addicit parentum hereditatem, eos velut ad debitam successionem vocando, propter quod & in jure civili eis inductum est suorum heredum nomen, ac ne judicio quidem parentum, nisi meritis de causis* (sic recte le-

legitur Florentiæ: cum alias edatur, *certis de causis:* non convenienter seculo Pauli, sed *Novellæ* 115. *c.* 3. postea a Justiniano constitutæ) *submoveri ab ea successione possunt.* Quod si contra fiat: parata eis est inofficiosi querela, sine distinctione, utrum masculi sint, an fœminæ; nec magis, utrum in potestate, an extra potestatem sint, emancipati, verbi gratia *l.* 7. *h. t.* Longius it Marcellus *l.* 5. *eod. Et his*, inquiens, *qui non ex masculis descendunt, facultas est agendi, cum & de matris testamento agant, & obtinere adsidue soleant.* Igitur ut querela initio non competierit aliis, quam suis heredibus: obtinuit tamen; ut omnibus daretur liberis, etiam spuriis: non quidem patris respectu, (quem enim habent patrem, si non demonstratur nuptiis?) sed matris *l.* 29. §. 1. *h. t.* semper certæ, etsi vulgo conceperit. De adoptivi patris testamento nihil addam: quia de eo, quatenus ad vetus & novum jus attinet, plene Justinianus *l.* 10. *C. de adopt.* Non tamen prætermittam, quod de adoptivæ matris testamento sic scribit Ulpianus *l.* 29. §. 3. *h. t. Quoniam femina nullum adoptare filium* sine jussu Principis *potest*, *nec de inofficioso testamento ejus*, *quam quis sibi matrem adoptivam esse falso existimabat*, *agere potest.* Ulpianus negat; agi de inofficioso matris adoptivæ testamento: ac causatur, quod fœmina nullum filium adoptare potest: utique *sine jussu Principis.* puto, vere: sed non pro disciplina sui temporis: quo adoptio fœminis per Rescriptum Principis nondum fuit inducta in solatium amissorum liberorum. illa originem accepit ex Constitutione Impp. Diocletiani & Maximiani *l.* 5. *C. de adopt.* ut demonstravi supra sub *Tit. De adopt.* si recte: est, quod verear; ne possint verba *d.* §. 3. *l.* 29. hæc, *Sine jussu Principis*, aut Triboniani videri, aut alicujus Interpretis: Ulpiani certe non sunt. Sic in liberis natis.

Quid de posthumis? Ulpianus *l.* 6. *h. t.* sic scribit: *Posthumus inofficiosum testamentum potest dicere eorum quibus suus heres vel legitimus potuisset fieri, si in utero fuerit mortis eorum tempore. sed & cognatorum: quia & horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere. Quid ergo? eis imputatur, cur intestati non decesserunt? sed hoc nemo apud Judicem potest impetrare: non enim interdicitur testamenti factione. Hoc plane ei imputare potest, cur eum heredem non scripserit: potuit enim heres scriptus in possessionem mitti ex clausula de ventre in possessionem mittendo; item natus secundum tabulas haberet. Simili modo & eum qui post testamentum matris exsecto ventre extractus est, posse queri dico.* Quid hic Ulpianus? querelam dat exheredato posthumo, atque ipsi non unius generis. Primus est qui ex justa uxore natus vivo testatore, ei suus heres fuisset. ille nimirum vivo patre aut avo natus, potuisset de inofficioso queri: quid ni post mortem nato æque liceat eorum testamenta inofficiosa dicere: cum utique pro nato habeatur posthumus, quoties de ejus utilitate agitur? Deinde permittit Ulpianus posthumo, queri de inofficioso testamento ejus, cui potuisset fieri legitimus. Ulpianus nullum dat exemplum: sed est in posthumo fratre consanguineo a consanguineo fratre temere prætérito aut exheredato. Similiter filius matri, cui alioquin est cognatus, ex Senatusconsulto Orphitiano succedit, tamquam legitimus. Non succedit ei quasi suus: sed, ut dixi, tamquam legitimus; quia fœmina numquam habet suum heredem. Tertio ait Ulpianus, etiam posthumum cognatum queri de inofficioso testamento ejus, cui quasi cognatus posset fieri bonorum possessor. & exemplum in posthumo nepote ex filio dato in adoptionem, & post eam concepto. Hic non vocatur ut suus, neque ut legitimus: sicut nec filius in adoptionem datus, aut suus aut legitimus est § 2. & 3 *Inst. de hered. qual. & differ. l.* 6. §. 4. *D. de bon. poss. contr. tab.* Talis igitur nepos posthumus avo suo est posthumus cognatus. is ab intestato quidem habet bonorum possessionem Unde cognati: exheredatus vero querelam. Omnibus his posthumis, sive nati, sive ex ventre exsecti sint, querelam dat Ulpianus *d. l.* 6. modo in utero fuerint tempore mortis testatoris. nam post concepti, non possunt quasi sui, neque quasi legitimi, neque quasi cognati, succedere *l.* 6. *D. de suis & legitim. hered.* Summa Ulpiani (cujus exempla ex usu sui temporis ita, ut oportet, dedi) huc redit: quod querela datur posthumo non modo suo, sed etiam alieno: qualis est posthumus legitimus, & posthumus cognatus. Dices: neuter jure civili potest institui, neque ab intestato fieri, heres. & si hoc est, neutri exheredatione fit injuria. cur igitur datur querela? an quia testator fecit testamentum? cave putes. nam ut ei non interdicitur testamenti factione: sic nec est, cur ei imputetur, quod non decessit intestatus. quid ergo est? hoc ei imputatur, quod non fecit heredem. At non potuit. Sit ita jure civili: sed jure Prætorio potuit *pr. Inst. de bonor. possess.* Igitur heres scriptus & nondum natus, potest mitti in possessionem ex clausula de ventre in possessionem mittendo. natus autem habet possessionem secundum tabulas. quid ni exheredatus habeat querelam inofficiosi? At enim non potest posthumus admittere ingratitudinis causam. Nisi idcirco ei datur querela: cum utique valeat testamentum in quo est exheredatus; etsi in eum non cadat exheredandi causa: tam lata potestate Legis Duodecim Tabularum. Adhuc poterat olim posthumus, quod incertæ essent exheredationis causæ, alieno odio exheredari. prohibuit quidem hoc Justinianus *l.* 33. § 1. *C. h. t.* sed non ideo effecit, ne hodie exheredato posthumo querela opus sit. contra verius est, tale testamentum vel post hanc legem sustineri; donec querela intendatur adversus scriptum heredem: tum vero per eam rescindi semper: cum ante non semper rescinderetur. Hoc, me auctore, liquebit collata Subscriptione *d. l.* 33. & *l.* 4. *C. de liber. præterit.* nam ex ea intelligetur; quod *d. l.* 4. est posterior *d. l.* 33. lata scilicet Kalendis Septembris anni 531: cum *l.* 33. sit lata XII. Kalendis Octobris anni 529: & tamen in fine *d. l.* 4. dicitur testamentum subsistere, posthumo vel posthuma nominatim exheredatis.

Competit igitur querela liberis: querentibus, se inique exheredatos aut præteritos esse *pr. Inst.* & *l.* 3. *D. h. t.* Sed hos quomodo distinguimus? tu exheredatos accipe a patre, avove paterno: præteritos a matre, avove materno: nam a patre præteritis, testamentum ab initio nullum est ipso jure: siquidem sint sui heredes; alioquin per bonorum possessionem contra tabulas jure Prætorio. matris autem vel avi materni silentium pro exheredatione nominatim facta habetur *pr.* §. 3. & *ult. Inst. de exher. liber. l.* 8. *pr.* & *l.* 4. §. 2. *D. de bonor. possess. contr. tab.* Imo matris præteritio aliquando pro institutione habetur. Ubi? in *l.* 3. *C. h. t.* itemque in *l. ult. D. de hered instit.* tum in *l.* 28. *D. h. t.* Sed speciales sunt hi casus, non pendentes a jurisdictione Magistratus, alligati juris regulis: sed a benignitate Principis legibus soluti, volente æquitate ultro perspicua. Nos rem ordinario jure æstimantes, liberos exheredatos exaudimus a patre: præteritos a matre aut avo materno. Nec hoc mutatum a Justiniano per *Authent. Ex causa C. de liber. præterit.* Nam, hæc male posita est sub illo Titulo: cum sit desumpta

ex *Novella* 115. *c.* 3. & locanda ſub Titulo Codicis *De inoſſicioſo teſtamento:* ad quem illa Novella pertinet. Igitur oportet liberos quibus querela detur, eſſe exheredatos aut præteritos: ſed inique. nam ſi fuerit exheredandi cauſa, quid culpetur? *l.* 132. *D. de verb. oblig.* Non tamen qualis qualis ſufficit cauſa, ſed juſta, arbitrio Centumvirorum relicta, nulla lege certa hac in parte. Sed nec opus erat, aliquam teſtamento inſeri. valebat enim teſtamentum, nulla inſerta: quin erat filii, docere ſe immerentem, & ideo indigne exheredatum eſſe *l* 3. *&* 5. *D. & l.* 28. *C. b. t.* Tria hæc mutavit Juſtinianus *c.* 3. *Novell.* 115. Primum fecit cauſas exheredationis certas numero quatuordecim; omnes ordine enumerans. Deinde voluit, ex his teſtamento adſcribi aliquam. Tertio vetuit, fidem adſcriptæ cauſæ argui a filio exheredato. imo juſſit, eam ab herede ſcripto probari. Inde duplex quæſtio. Una, an ipſo Jure valeat teſtamentum, in quo inſerta non ſit exheredationis cauſa. Altera, an exheredatio poſſit fieri ob cauſas alias, quam in *d. c.* 3. expreſſas. Quod ad priorem attinet: ſic cenſeo, teſtamentum ab initio valere, etſi non inſerta exheredandi cauſa. Firmamentum hujus ſententiæ, quod, ut Jure Civili & Prætorio valeat teſtamentum, ſufficit, filium a patre eſſe rite exheredatum *l.* 8. §. 2. *D. de bon. poſſ. contr. tab.* Rite autem eſt, nominatim, pure, a tota hereditate, & ab omni gradu: plus, (ut infra demonſtrabitur *lib.* 28. *Tit.* 2. Qui eſt, *De liberis & poſthumis*) non deſideravit vetuſtas ante *Novell.* 115. *c.* 3. nec illa quid novi induxit hac in parte. adhuc igitur obtinet jus antiquum, poſteriore lege non mutatum. Non me turbat, quod voluiſſe dicitur Juſtinianus, hanc dare formam exheredationi, ne deinceps fiat, non adjecta cauſa: & quod contra legem fit, ipſo jure nullum eſt *l.* 5. *C. de legib.* Nam ea forma a Juſtiniano non præſcribitur conficiendo teſtamento ſic, ut velit id, propter ejus omiſſionem, ab initio infirmum eſſe, quaſi non rite factum: ſed eſt ei negotium, ponere formam qua teſtamentum rite factum, jure civili validum, idcirco quod eſt inoſſicioſum, per querelam ex poſtfacto reſcindatur. Huic rei argumentum certum atque indubitatum; quod Imperator in fine *d. c.* 3. juſſit, non obſervatis his quæ obſervari voluit, teſtamentum reſcindi: at non in totum, ſed quantum ad inſtitutionem attinet, cætera voluit firma manere. nam ſi hoc eſt, apparet, eum non jubere, totum teſtamentum ob omiſſam exheredationis cauſam, eſſe ab initio nullum: ſed cum ab initio totum valet, ex poſtfacto per querelam tantum pro parte infirmari. Puto igitur, Juſtinianum *d. c.* 3. *Novell.* 115. negantem, patri vel matri licere filium vel filiam præterire aut exheredare, niſi ſuo teſtamento nominatim ipſas inſeruerint ingratitudinis cauſas, jam perinde eſſe accipiendum; quaſi dicat, non licere patri vel matri filium in teſtamento non adſcripta cauſa exheredare: quin ei jus ſit, id teſtamentum per querelam evertere. quomodo in *l.* 33. §. 1. *C. b. t.* ubi dicit, *Et hujuſmodi cauſam liberis non tantum infantibus ſed & quamcumque ætatem agentibus opponi minime concedimus*, tantum ſignificat, hoc non concedi; quin poſthumus aut alius exheredatus habeat querelam. Hæc de priore quæſtione.

In poſteriore mihi perſuadeo, quidquid ab aliis jactetur, non poſſe exheredationem, ſalva voluntate Juſtiniani, quæ ſola & Jureconſulto, & Prætori, conſideranda, alias fieri ob cauſas, quam in *d. c.* 3. expreſſas. Neque hoc idcirco præ me fero: quaſi aut iniquum putem, alias admitti, præter expreſſas: aut quod mihi lateant cauſæ expreſſis ſimiles aut graviores. contra ſcio, eſſe multas non dicam expreſſis pares, ſed longe graviores; taleſque admitti, æquitatem pati. Me movet; quod Juſtinianus in *d. c.* 3. palam vetuit, alias cauſas, præter expreſſas, interpretatione recipi. Dices, in pari cauſa par jus eſſe oportere: porro leges numquam ſcribi poſſe tam accurate, ut omnes caſus aliquando emerſuros complectantur: ideoque & Magiſtratus, & Juriſconſulti eſſe, quoties ratio poſtulat, a ſimili ad ſimile, a minore ad majus, itemque a majore ad minus, interpretando procedere *l.* 10. *& ſeqq. D. de legibus.* poſtremo aliud ſervantibus in *d. c.* 3. Imperatori non conſtare rationem. Sed illa me de gradu quem ſemel cepi, non dejiciunt: non enim æquitas hic quæſtioni eſt, ſed Imperatoris voluntas: adverſus quam nihil valet æquitas. petenda illa, ſi ſapimus, ſemper eſt a mente Legiſlatoris: at eo invito & prohibente, inducenda numquam eſt. Sit igitur Principi, id eſt, Legiſlatori, jus faſque, exheredationem indulgere ob cauſas alias aut ſimiles aut graviores: ſed quamdiu is ceſſat: quo jure audebit hoc quis privatus aut Juriſconſultus aut Magiſtratus? At non poteſt ſic Juſtinianus ab abſurditate & quidem magna atque evidente excuſari. Quid tum poſtea? Ipſe vetuit, ſuam voluntatem latius porrigi: utrum ſapienter, an ſecus, æque, an inique, ad rem non pertinet: ipſe viderit. clare Conſtantinus *l.* 1. *C. de legibus*, *Inter æquitatem*, inquit, *jusque interpoſitam interpretationem ſolis Nobis & licet & oportet inſpicere.* Servanda igitur a privatis, cum Juriſconſultis, tum Magiſtratibus, eſt durities *Novellæ* 115. *c.* 3: donec a Principe nova lege infringatur jure ſummi imperii: cum privatis qui legibus tenentur, adverſus legem certam, quamvis duram, nihil juris ſit; dumtaxat obſequii gloria relinquatur. *l.* 12. *D. Qui & a quibus manumiſſi.* atque huc referri etiam poſſint Valentinianus & Martianus *l.* 9. *C. de legibus.* Non obſtat *d. l.* 10. *cum ſeqq. D. de legibus.* quia his demum locus eſt, non contraria Legiſlatoris voluntate: ut eſt obſervatum ſupra ſub Titulo *De legibus.* Mitto liberos.

Tranſeo ad parentes: quibus accuſare inoſſicioſa liberorum teſtamenta, & Juſtinianus & Ulpianus permittunt §. 1. *Inſt. & l.* 1. *D. b. t.* Nec tamen hoc ſine difficultate fuiſſe, Papinianus auctor eſt *l.* 15. *b. t.* cauſatus, poſſe dubitari, an patri debeatur filii hereditas; eoque querela ad ejus petitionem pertinens. ſane ſive ordinem naturæ, ſive ſpem parentum ſpectemus: non eſſe in votis, ut parentes liberis, ſed ut liberi parentibus, ſint ſuperſtites. Sic Penelope apud Ovidium, *Epiſt.* 1. *Heroid. verſ.* 101.

Di, precor, hoc jubeant, ut euntibus ordine fatis,
Ille meos oculos comprimat, ille tuos.

Etiam ſequens Inſcriptio in Corpore V. Cl. Jani Gruteri *pag.* 716. *N.* 7. ULPIA. PAULINA. MATER. INFELICISSIMA. CONTRA. VOTUM. PIETATIS. POSUIT. Eodem modo pater apud Quintilianum, *Declam.* 6. *cap.* 3. *Ille eſt filius noſter, cujus ſpes ipſas amavimus, quem apud omnia templa, & ſurdos votis Deos ſuperſtitem precati ſumus, a quo ſepeliri optavimus.* Hoc votum parentum. idem liberorum. indicat Lapis ſequens apud Gruterum *pag.* 669. *Inſcr.* 4. ANTONIUS. SEVERUS. AQUILA. HIC. JACET. SINE. ANIMA. MISERABILI. FATO. QUI. VIXIT. ANNOS. BISSENOS. ET. SEX. MENSES. CUI. VOTA. ERANT. UT. PARENTIBUS. ISTA. PARARET. SET. MORS. IMMATURA. FECIT. UT. PARENTES. FACERENT. FILIO. CONTRA. ORDINEM. Ne ſilebo quidem, (nam ad rem ſpectat) quod Seneca liberorum

rum votum suos parentes sibi superstites speranti- um, esse contra bonos mores, arbitratur. Verba Senecæ *Consolat. ad Marciam. c.* 1. hæc sunt. *Non est ignotum, qualem te in personam patris tui gesseris: quem non minus, quam liberos tuos dilexisti: excepto eo, quod non optabas superstitem. nec scio, an & optaveris. permittit enim sibi quædam & contra bonum morem magna pietas.* Ex hoc more ait Papinianus, posse ambigi, an parentibus danda sit querela adversus testamenta liberorum, a quibus sint exheredati præteritive. primum quia parentibus ordine naturæ non debetur hereditas liberorum. deinde eam non optarunt sibi: imo abominati eam sunt. proinde si exheredati præteritive sint a liberis; non videri eorum injuriam, neque indignationem justam. Indicavi difficultatem. Quid Papinianus? *Etsi*, inquit, *parentibus non debetur filiorum hereditas, propter votum parentum, & naturalem erga filios caritatem: turbato tamen ordine mortalitatis, non minus parentibus, quam liberis, pie relinqui debet.* Sensus Papiniani: quod filiorum hereditas parentibus quidem non debetur ex eorum voto, fatis ordine euntibus: at si in his fit, parentes contra eorum votum suis liberis privare: jam esse pietatis liberorum, turbato ordine mortalitatis, luctuosam hereditatem infelicibus parentibus solatii loco relinquere. quod si ab his indigne atque immerenter sint exheredati præteritive, neglecto pietatis officio, neque abs re videri, vel parentes adversus inofficiosum liberorum testamentum, quasi plenum furoris, querela adjuvari. Sic Papinianus: & recte; qualescumque sint parentes, masculi, an fœminæ: modo liberis ex testamento vel ab intestato possint succedere civili aut prætorio jure *l.* 1. *l.* 14. *& seq. D. & l.* 17. *C. h. t.* Nec mihi fit improbabile, etiam matrem queri de filii spurii testamento, sicut de inofficioso matris testamento dicere possunt spurii filii *l.* 29. §. 1. *h. t.* Illud obscurius, quod Marcianus *l.* 30. *d. t.* in hunc scribit modum. *Adversus testamentum filii in adoptionem dati pater naturalis recte de inofficioso testamento agere potest.* Sed clarescet, posita specie quam sic effingit Scholiastes Græcus, *Basilic. lib.* 39. *tit.* 1. *pag.* 258. *tom.* 5. *Quidam filium suum alii dedit in adoptionem, translata in eum potestate, & morte patris adoptivi in quem fuit translata potestas, filius factus sui juris testamentum fecit. Et Marcianus ait, naturalem patrem posse arguere testamentum ejus de inofficioso.* Erat dubitandi ratio: quod filius cum in adoptionem datur, se abdicat familia patris naturalis. Meminit Servius ad Virgilium *lib.* 2. *Aeneid. vers.* 155. *& seq. Consuetudo*, inquiens, *apud antiquos fuit, ut qui in familiam vel gentem transiret, prius se abdicaret ab ea in qua fuerat, & sic ab alia reciperetur.* In emancipatione quoque agi, ne in patris familia sit emancipatus, ne quid de nostris dicam, constat ex his Augustini verbis *lib.* 1. *Contra secundam Juliani responsionem. Emancipatum hominem dicis a Deo; nec attendis, hoc cum emancipato agi, ut in familia patris non sit.* Sed in emancipato a naturali patre sæpe prævalent naturalia jura *l.* 8. §. 7. *D. de bon. poss. contr. tab.* cum omnia pereant, emancipatione ab adoptivo facta. In adoptivo autem filio quamquam is olim Marciani tempore patri naturali fieret extraneus, aliquæ manebant ex jure naturali reliquiæ, auctore Justiniano *l.* 10. §. 1. *C. de adopt.* cui addi suadeam quæ supra scripsi sub *Titulo, De adoptionibus, pag.* 29. *col.* 1. Has vero reliquias (quod erat pietatis naturalis) Marcianus, præferens juris ludibrio, patri querelam inofficiosi permittit adversus testamentum filii in adoptionem dati, & rursus sui juris facti; quod & factum ante fuit decreto Pisonis, eo nomine laudati a Valerio Maximo *lib.* 7. *c.* 7. §. 5. cujus adscripsi verba, rei illustrandæ causa. *Egregia quoque est C. Calpurnii Pisonis Prætoris Urb. constitutio. cum enim ad eum Terentius ex octo filiis quos in adolescentiam perduxerat, ab uno in adoptionem dato exheredatum se querelam detulisset: bonorum adolescentis possessionem ei dedit, heredesque lege agere passus non est. Movit profecto Pisonem patria majestas, donum vitæ beneficium educationis: sed aliquid etiam flexit circumstantium liberorum numerus, quod cum patre septem fratres impie exheredatos videbat.*

Datur igitur querela parentibus. utrum exheredatis, an præteritis? Nihil refert: etsi in liberis sit differentia. Illud æque in parentibus, atque in liberis, desideramus, inique exheredatos aut præteritos esse. nam justa ex causa exheredatis aut præteritis cessat querela; quia non est inofficiosum tum testamentum. Interim quæ sint justæ exheredandi causæ, etiam hic incertum fuit usque ad Justinianum. Primus is hoc incertum sustulit; positis octo causis propter quas parentes a liberis exheredari aut præteriri sinat. enumeravit eas in *Novell* 115. *c.* 4. jussitque ex his aliquam testamento inseri. alias, præter expressas, etiam hic admitti vetuit.

Sequitur, ut de fratribus & sororibus dispiciamus: nam & fratribus querelam indulgeri, ait Ulpianus *l.* 1. *h. t.* Justinianus §. 1. *Inst eod. tit.* etiam sororibus concedit. tamen non semper, ut in parentibus & liberis dictum; sed demum turpibus personis scriptis heredibus, idque ex sacris Constitutionibus. Hæ sunt Constantini in *l.* 1. *& l.* 3. *Cod. Theod. h. t.* ex quibus concinnata a Triboniano est *l.* 27. *C. h. t.* Quemadmodum? dicam: Constantinus *d. l.* 1. *Cod. Theod* a querela penitus arcet uterinos: tantum admittit germanos. imo ne hos quidem; nisi institutis personis quibus inustæ sint notæ detestabilis turpitudinis: amplius non ultra, quam durante agnatione. Sic in *d. l.* 1. *Cod. Theod.* at in *d. l.* 3. ejusdem Tituli adhuc sequentem ponit exceptionem, si libertus heres institutus sit. Sed hæc ex parte mutavit Tribonianus in *d. l.* 27. quam, ut dixi, ex utraque compilavit lege. nam in *d. l.* 27. jubet, idem in sorore jus esse, quod Constantinus in fratre constituit. præterea non vult interesse, utrum agnatio duret, an non. primum igitur desiderat Constantinus in *d. l.* 1. fratres germanos. tales Cornelio Frontoni veteri Grammatico sunt iisdem nati parentibus. Festus aliter. is, *Germen*, inquit, *est, quod ex arborum surculis nascitur. unde & germani, quasi eadem stirpe nati.* Festo igitur germani sunt iidem consanguineis, id est, eodem patre natis. in qua sententia etiam fuit Servius ad *lib.* 5. *Aeneid.* Virgilii *vers.* 412. & hanc sequutus in *d. l.* 1. vetus Interpres. cæterum quia Varro, Servio teste, germanos interpretabatur de eadem genetrice manantes: quod & Isidorus maluit *lib.* 9. *Origin. c.* 6. *p.* 1056. *lin.* 22. idcirco (sic suspicor) Tribonianus in *d. l.* 27. pro *germanis* substituit *consanguineos*. Admisit igitur Constantinus ad querelam germanos, id est, ut dixi, consanguineos, non etiam uterinos: eo quod tum illi, non hi quoque, legitimi habebantur successores: quod & *l.* 2. *Cod. Theod. h. t.* ostendit. Vidimus primum Constantini requisitum in *d. l.* 1. *Cod. Theod. h. t.*

Alterum est: quod is querelam fratribus demum permittit, cum institutæ sunt personæ quibus (sic loquitur) inustas constiterit esse notas detestabilis turpitudinis. Jure Pandectarum (quod colligitur ex Paulo *l.* 31. §. 1. *h. t.*) fratribus etiam competebat querela; prælato iis vel servo vel extraneo sive aliquo extra familiam vel non mu-

municipe: cum in liberis & parentibus nihil referret, essetne scriptus aliquis ex liberis, an extraneis, vel municipibus. Eoque, opinor, respicit hoc Ulpiani *l.* 24. *eod. Quid si fratre agente, heredes scripti diversi juris fuerint? quod si fuerit: pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videtur.* Ita est: Veteribus non placuit, fratribus in fratris testamento præferri vel servos, vel extraneos, vel non municipes: sed Constantino in *d. l.* 1. non est visus tanti familiæ vel municipii respectus: maluit ille, haberi rationem honestatis: eamque si negligat frater institutis personis quibus inustæ sint notæ detestabilis turpitudinis, fratri concedi querelam adversus fratris testamentum. ipsum tamen dubito an vehementius atque exaggeratius sit dictum, quam intelligi debeat. quæ enim possunt dici personæ quibus inustæ sint notæ detestabilis turpitudinis: nisi eæ quas Ulpianus *l.* 1. §. 4. *D. de postulando* vocat turpitudine notabiles? atque eæ mox suis exemplis demonstrantur §. 6. & in §. 8. distinguuntur a personis quæ in Edicto Prætoris infamia notantur, & vulgariter infames videntur. Sic censeo, atque ideo a Constantino in *l.* 3. *Cod. Theod. h. t.* locutionem tam vehementem ita attemperari: *Unde claret, actionem inofficiosi fratribus relaxatam, cum infamiæ adspergitur vitiis is qui heres extitit omniaque fratribus tradi quæ per turpitudinem aut aliquam levem notam capere non potest institutus.* Amplius puto, Tribonianum inde tenorem *d. l.* 1. in *l.* 27. *C. h. t.* quam ex illa descripsit, ad hunc interpolare modum: *Quæ infamiæ vel turpitudinis vel levis notæ macula adspergitur.* Quid igitur est? sic distinguenda res est: ut macula infamiæ & turpitudinis, quarum par significatio est, sit vera infamia, a legum auctoritate pendens, sive ipso jure, sive Judicis sententia, infligatur: levis notæ macula sit illa, quæ ut juris auctoritate non sit infamia; opinione tamen bonorum & gravium virorum non evitat infamiæ notam. De utraque egi supra sub Titulo, *De his qui notantur infamia:* nec jam agam pluribus.

Quod dixi de turpibus & infamibus personis, idem Constantinus in *d. l.* 3. *Cod. Theod. h. t.* statuit circa libertos, verbis sequentibus. *Ita in hac quoque parte, si quando libertis heredibus institutis fratres fuerint alieni: inofficiosi actione proposita, prævaleant in omnibus occupandis facultatibus defuncti, quas ille perperam ad libertos voluerat pertinere.* Sic Constantinus in *d. l.* 3. at hanc in *d. l.* 27. ita interpolavit Tribonianus: *Vel liberti qui perperam & non bene merentes, maximisque beneficiis suum patronum adsecuti, instituti sunt.* Satis obscure. Igitur Accursius, addo, Gutherius, *lib.* 1. *De offic. dom. August. c.* 37: *beneficia* exponit maleficia: ut in *l.* 46 *D. de furtis. l.* 40. §. 1. *D. de damno infect.* Non placet hoc Jano a Costa ad §. 1. *Inst. h. t.* malenti, repeti *τὸ non:* ut sit, non bene merentes, & non maximis beneficiis suum patronum adsecuti. Idemque, & pleniore examine, incidit Clarissimo Eruditissimoque meo Amico, Carolo Andreæ Dukero *Opusc. de Latin. Jurisc. veter. p.* 374. nec alia fuit sententia Græcorum Scholio ad *d. l.* 27. *Basilic. lib.* 39. *tit.* 1. *tom.* 5. *pag.* 267. *lit. k.* ex interpretatione Fabroti sic notantium: *Onerat igitur libertum. namque alii omnes, si modo turpes non sint, recte heredes scribuntur; libertum autem non modo non turpem esse oportet, sed & bene meritum de testatore, & magnis eum beneficiis adfecisse.*

Postrema clausula *d. l.* 27. talis est. *Excepto servo necessario herede instituto.* At nec illa extat in *d. l.* 1. *Cod. Theod. h. t.* unde descripta est *d. l.* 27. sed in *d. l.* 3. *Cod. Theod. h. t.* his verbis: *Servus necessarius heres instituendus est, quia non magis patrimonium, quam infamiam consequi videtur.* inde translata in *d. l.* 27. hoc sensu: ut adversus libertum fratri prælatum fratris testamento, detur querela; præterquam si maximis beneficiis suum patronum sit adsecutus, aut ab eo sit cum libertate institutus heres necessarius. quod nescio an intendat Jacobus Gothofredus.

Hactenus liquet, querelam liberis, parentibus, itemque fratribus & sororibus deferri. nec opus admoneri, si testator liberos, parentes, fratres sororesque habens, omnes exheredaverit, præterieritve, non peræque omnes ad querelam venire: sed quo quisque ordine ad hereditatem ex lege ab intestato invitatur, eo ordine singulos ad querelam admitti quam ob causam? non aliam, quam quod querela est petitio hereditatis ab intestato delatæ. Illud non inutile quæri; si prior ordine aut gradu ad querelam vocatus, ad eam non accedat, sive quod non possit, sive quod nolit; an sequens ordine aut gradu succedat in ejus locum? & magis est, ut succedat; perinde ac si prior ex eo numero non fuerit: exemplo Edicti successorii, de quo est *l.* 1. *pr.* & §. 10. & 11. *D. de successorio Edicto.* quid opus verbis. sic clare Paulus *l.* 31. *h. t.* & est talis species in *l.* 14. *h. t.* Pater cum filium emanciparet, nepotem retinuit in potestate. emancipatus deinde alio suscepto filio, utrumque exheredavit: patrem præteriit; mox vita decessit. Quæsito, cui præsertim competat querela? ait Papinianus, omnibus competere: id est, tam patri, quam filiis, sed suo cuique gradu. ita non ab omnibus exerceri simul: sed primum a filiis exheredatis, quibus ab intestato quoque primum defertur hereditas. interim pendere querelam patris, donec judicetur adversus filios. inde patrem vocari ad querelam, & suam intentionem implere posse. Qua ratione? quia defuncti hereditas non modo ejus filiis, sed etiam ejus patri, debetur. illis ordine naturæ, & communi voto: huic ratione miserationis, turbato ordine mortalitatis. igitur patrem præteritum de inofficioso recte queri, indignantem filii impietatem. Atqui filii patri suo, ne ad querelam veniret sequente gradu, inde ab initio obstitere. Sic est: sed egregie animadvertit Papinianus: quod præcedente causa filiorum, non est nulla patris intentio: tantum pendet interim, ut dixi: & si fuerit adversus filios judicatum; tum pater ad querelam vocatus, intentionem suam, quæ ante pendebat, implere potest. nempe filiis per sententiam remotis, tamquam mortuis, nihil moratur patris querelam quæ illi ante jam competierat. filii certe desierunt eam habere: & quamquam ante extiterint primo gradu; jam perinde est post sententiam, quasi non existant; cum idem in proposito sit, non existere, & non posse queri. At enim heres testamento scriptus, Judicis sententia jam est heres declaratus. Esto, quatenus attinet ad filios adversus quos stetit: sed ea sententia non nocet patri qui non egit, nec interim potuit agere, suspenso ejus jure. quin nunc, ubi de inofficioso agit, non de illorum, sed de sua, injuria queritur: adeo non illorum, sed suo, jure experitur: & potuit testator habere optimum patrem, cum haberet pessimos filios. recte igitur Veteres etiam in querela fecere successioni locum. Nisi obstat *l.* 9. §. 2. *D. de liberis & posthumis*, & *l.* 34. *C. h. t.* Sed ne his me fatigem, fecit diligentia Doctissimorum Virorum, Arnoldi Vinnii *lib.* 1. *Select. quæst. c.* 20. & ante Hugonis Donelli *lib.* 19. *Com. jur. c.* 7. multo uberius.

Abirem jam ab hac parte: nisi intercederet sequens quæstio, an permittenda sit querela aliis qui sint ultra liberos, parentes, item fratres & soro-

sorores? Ulpianus *l.* 1. *h. t.* ait, hos melius facturos, si se sumptibus inanibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent. Et præbet Ulpiani sermo speciem consilii, quasi in re adhuc dubia, & nondum certa illo tempore. quamquam suo sic cuidam Alexandro rescribunt Diocletianus & Maximianus *l.* 21. *C. h. t. Fratris vel sororis filii, patrui vel avunculi, amitæ etiam & materteræ testamentum inofficiosum frustra dicunt: cum nemo eorum qui ex transversa linea veniunt, exceptis fratre & sorore, ad inofficiosi querelam admittatur.* Sed & ipse Ulpianus *l.* 8. §. 5. *h. t.* ait, si pater filio impuberi pupillariter substituit, præterita ejus matre, & fratre suo: neque matrem inofficiosum testamentum dicere, quia patris testamentum est: neque fratrem patris, quia filii testamentum est. Utcumque erit: me subit mirari, quid agat Ulpianus *l.* 6. §. 1. *h. t.* sic scribens: *Si quis ex his personis quæ ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit, nemo enim eum repellit, & casu obtinuerit: non ei prosit victoria, sed his qui habent ab intestato successionem: nam intestatum patremfamilias facit.* Hic locus eo justius nos moratur: quia decepit Antonium Fabrum V. Cl: ex eo conjicientem, aliam esse querelam, aliam petitionem hereditatis. hanc subsistere intra accusationem impietatis, & competere unicuique de populo: illam proximis heredibus deferri, nec ultra frates & sorores porrigi. Sic Faber: sed infelicissime. mea opinione, non fuit Ulpiano propositum quod putat Vir ille Doctus. Quid igitur? nempe, quod si quis ex his qui sanguine juncti, ad successionem ab intestato non admittuntur, quia alii eos præcedunt, per obreptionem (ut bene Græci) de inofficioso egerit, cum nemo, id est, nemo proximior, ac ne scriptus quidem heres, eum repellit, eoque non detegitur obreptio, & casu obtinuerit: victoria non prodest ei; sed vero heredi, deinde supervenienti & ab illo hereditatem vindicanti. Fac, ut rem exemplo declarem: filius emancipatus habens filium & patrem, illum exheredat, hunc præterit, alio herede instituto: tam pater habet querelam, quam filius: sed prior in ea est filius, sicut potius habet jus ad hereditatem. pater de inofficioso queritur per obreptionem, nemine eum repellente, id est, intercedente, vel excipiente. igitur obtinet pater: quamquam non jure: & victoria ei prodest adversus heredem scriptum, propter rem judicatam: cujus auctoritatem inter eos ratam haberi oportet. sed ei victoria non æque prodest adversus testatoris filium: qui gradu proximior, nisi exheredatus esset, verus heres fuisset: nunc remoto testamento, solus apparet heres. is igitur si deinde superveniat, & a victore petat hereditatem ab intestato, eam recte petit: cum præsertim res inter alios judicata, aliis non noceat. Dices, nec prodesse; quando non potest alii per alium adquiri actio aut exceptio. Sed placet hoc Ulpiani, *Nam intestatum patremfamilias facit d. l.* 6. §. 1. Sensus: Filius hereditatem jam obtinet: quamquam non directo vi sententiæ; sed vi legis, eam remoto testamento ab intestato deferentis. prodest igitur patris victoria defuncti filio; non quod eum facit heredem: sed quia causa testati per eam deducta ad causam intestati, legis delationi locum dat. nec tamen hoc semper atque indistincte verum est: sed tum demum, si totum testamentum per querelam sit rescissum: nam si tantum ex parte evertatur; magis victori prodest victoria, quam heredi legitimo: quia apparet, adhuc extare testamentum, quod non est in totum rescissum: sed hoc pulchre intelligitur ex *l.* 16. *l.* 19. *l.* 25. § *ult. h. t.* & bene observatum a Græcis, *Basilic. lib.* 39. *tit.* 1. *tom.* 5. *pag.* 230. & 231.

Similis incidit dubitatio ex *Novell.* 118. *c.* 1. & *seqq.* postquam placuit Justiniano, ab intestato ad defuncti successionem ejus liberos vocare primo loco: altero ejus parentes, fratresque & sorores ei conjunctos ex utroque latere; tertio fratres germanos cum defuncti fratris filiis ei similiter ex utroque latere conjunctis; quarto fratres & sorores ei ex altero tantum latere conjunctos cum talis prædefuncti fratris aut sororis filiis. Pro certo videlicet est, quod prædefuncti fratris aut sororis filii exheredati aut præteriti ad querelam quidem ipsi non admittuntur. sed quid vetat, hos si defuncti parentes aut fratres sororesve testamentum suo loco & ordine resciderint per querelam, cum his ab intestato ad hereditatem concurrere? Movet primum, quod hoc patitur *Nov.* 118. si paterfamilias intestatus decedat, & per querelam causa testati ad causam intestati deducitur: eoque victoria prodest his qui habent ab intestato successionem *l.* 6. §. 1. *h. t.* deinde duæ sunt species successionis: una ex testamento, altera ab intestato: Novella autem 118. definit omnes ab intestato successiones: sive ab initio intestatus sit paterfamilias, sive postea fiat intestatus, rupto, irrito, aut rescisso testamento. Jam si rem spectamus, nil interest, utrum paterfamilias ab initio sit intestatus, an deinde intestatus fiat: nisi quod priore casu succedit proximus tempore mortis, posteriore proximus tempore, quo certum est, neminem ex testamento fore heredem §. 6. *Inst. de legit. agnat. success.* Ita Bachovius *ad Treutler. p.* 1. *Disp.* 13. *thes.* 4. *lit. D.* aliique: prima ratione non improbabiliter. Sed diligentiore tractatu habito, magis placet mihi sententia Viglii Zuichemi Viri Doctissimi, ad *pr. Inst. h. t. n.* 9. existimantis, eos qui a querela removentur, cum eo qui admittitur, in eaque obtinet, ad hereditatem non concurrere ex Novella 118. Non utar multis: inferam saltem, quod hæc Novella hereditatem quidem ab intestato defert, sive paterfamilias ab initio intestatus fuerit, sive postea intestatus factus sit: sed non alias, quam si ille sit in totum intestatus: sive nullum fecit testamentum; sive fecit aliquod, sed inutile ab initio, aut postea ruptum, destitutum, aut irritum factum: quo casu neque institutio valet, neque aliud. hoc vero non est ita ex *Novella* 115. *c.* 3. nam testamentum ex ea non in totum rescinditur: sed quatenus ad heredis institutionem attinet; cætera firma manent, sicut ante firma fuere. atque hoc statuit hæc Novella non modo circa legata aut fideicommissa: (ne quis dicat, hæc hodie vel ab intestato relinqui) sed etiam circa tutelæ dationem: tantum in testamento, non æque ab intestato obtinentem. Utcumque erit: cum noluerit Imperator in *d. Novell.* 115. *c.* 3. testamentum inofficiosum, per querelam hodie in totum rescindi: apparet, eum velle, tale testamentum valere ex parte: ideoque patremfamilias hoc novo jure per querelam non in totum haberi intestatum. consequenter igitur putemus, ad defuncti hereditatem in proposito non venire omnes qui ex *Novell.* 118. ad hereditatem ab intestato vocantur: sed tantum hunc qui querelam instituit, atque in ea victor extitit: non in alterius, sed in suum usum. Nec est, quod quis hic provocet ad definitionem *l.* 6. §. 1. *h. t.* nam parata est responsio; quod querela patremfamilias tempore Ulpiani cujus est *d. l.* 6. in totum faciebat intestatum: quod post *d. Novell.* 115. *c.* 3. non est, ut dixi. quid, si præterea dicam, quod Ulpianus in *d. l.* 6. §. 1. ait, victoriam prodesse his qui habent ab intestato successionem, id bene procedere in specie quæ ibi tracta-

ctatur: in qua illis competebat & ab intestato successio, & querela; quod hic non est.

Sequens locus est, adversus quem querela inofficiosi competat? puto autem, competere adversus heredem scriptum *l.* 25. §. 1. *l.* 27. §. 3. *l.* 29. *D. h. t.* demum adita hereditate: eo quod hereditatis petitio, qua æstimatur inofficiosi querela, tantum datur adversus eum qui hereditatem pro herede vel pro possessore possidet *l.* 9. *l.* 10. & 11. *D. de heredit. petit.* talis est adita hereditate heres scriptus: si quidem judicetur, testatorem non habuisse testamenti factionem, quasi insanum. Non ita est in bonorum possessione contra tabulas. quia hæc liberis datur, non propter exheredationem, sed propter præteritionem; nec præfert colorem insaniæ patris ex injuria, sed oblivionem ex silentio *l. ult. C. de liber. præter.* eoque favorabilis est, certe minus odiosa, & quamvis non adita hereditate, modo potuerit adiri, datur adversus lignum, sive adversus testamenti tabulas *l.* 4. & *l.* 19. *D. de bon. possess. contr. tab.* Datur igitur querela adversus heredem scriptum, demum adita hereditate. at qualem? nihil refert. nam & si Imperator sit heres institutus, posse inofficiosum dici, sæpissime rescriptum est *l.* 8. § 2. *D. h. t.* egregia ratione quæ est Pauli *lib.* 4. *Sentent. tit.* 5. §. 3. in his verbis: *Eum enim qui leges facit, pari majestate legibus obtemperare convenit.* De cætero nec est omittendum, quod heredis appellatione & heredis heres continetur: quia hereditatem ab herede acceptam, ejus modo possidet. idque & de fisco dicendum *l.* 10. *C. h. t.*

Porro tempus est, ostendi, quid & quantum querela inofficiosi petatur. cum vero sit hereditatis petitio ex causa de inofficioso: apparet, ea hereditatem ex lege ab intestato peti, rescisso testamento quasi a furioso facto inutiliter. proinde si unus sit testatoris filius, idem exheredatus, non est dubium, quin is vindicet, totam hereditatem suam esse: sin plures sint, tantum quisque petat, quantum habiturus esset, patre sine testamento mortuo. Id rationis est: & manifeste docet Paulus *l.* 19. *D. h. t.* nam matre defuncta, ab eaque ex duabus filiabus una præterita, altera herede instituta, ait præteritam non debere totam vindicare hereditatem, sed semissem; quia utriusque portio, matre sine testamento mortua, ex lege ab intestato intra semissem subsisteret. Est id explorati juris, ubi duobus exheredatis, utrique licet ad inofficiosi accusationem venire pari jure. tum enim uno repudiante querelam, aut ab ea tempore aut quo alio modo repulso, accrescet alteri pars deficientis: prorsus, ut qui ab initio tantum poterat partem petere, nunc possit totam vindicare hereditatem, partim proprio jure, partim jure accrescendi: sicut futurum esset, si paterfamilias ab initio intestatus mortuus esset *l.* 9. *D. de suis & legitim. hered.* Est tamen hoc non usque quaque verum: & ideo nec sine moderatione accipiendum. tum enim maxime procedit, ubi duobus exheredatis, utrique ab initio jus fuit, ad querelam accedere: legitima portione neutri relicta. nimirum, quia tum uterque pariter ad hereditatem legitimam vocatur. & alter, si querelam repudiet, legitimam repudiat hereditatem ad quam unice poterat per querelam adspirare: alter contra, si ad querelam veniat, intelligitur legitimam retinere hereditatem. optimo igitur jure ei accrescat portio querelam repudiantis, aut ab ea exclusi aliter. Hoc iter tenet Paulus *l.* 23. §. *ult.* & *l.* 17. *D. h. t.* Nec obstruit id Ulpianus *l.* 8. §. 8. *eod. tit.* nam ut proponat duos exheredatos, sicut fecit quoque Paulus: interim alio modo proponit. nam in Pauli specie neutri relicta est portio legitima, & ideo utrique ab initio competit querela. contra in Ulpiani specie uni relicta est portio legitima, aut aliquid pro ea, eoque nulla hujus ab initio est querela. Inde nunc quæritur in *d.* §. 8. quemadmodum æstimanda sit illa portio. plurimum enim refert, utrum solus sit, cui relicta est illa portio seu quarta; an alius ei faciat partem. nam si solus sit, habebit quartam assis; alioquin quartam semissis. utrum igitur partem ei facit frater simpliciter exheredatus? ait Ulpianus, facere. igitur non vult, ei deberi quartam assis, sed quartam semissis: quia putat, fratrem exheredatum ei partem facere. utique, si queritur. imo, si non queritur. quæso, quo argumento? nempe, quia exheredatus legitimam habens portionem, per eam est exclusus a querela per quam ad legitimam hereditatem esset venturus. atque ut non potest legitimam hereditatem ab intestato ex lege vindicare per querelam: ita apparet, non posse ei, deficiente exheredato fratre, competere jus adcrescendi: numquam obtinens, nisi inter plures, ad hereditatem sive legitimam, sive testamentariam, pariter vocatos.

Restat, ut de effectu querelæ disputemus. is ad duo recidit: primum est, ut testamentum, tamquam ab insano factum, rescindatur: alterum, ut defuncti hereditas ex lege ab intestato obtineatur. id, ne ad partes vocem alios jam adductos, indicat Ulpianus *l.* 8. §. 16. *h. t.* *Si*, inquiens, *ex causa de inofficioso cognoverit Judex & pronunciaverit contra testamentum, nec fuerit provocatum: ipso jure rescissum est, & suus heres erit, secundum quem judicatum est, & bonorum possessor, si hoc* scilicet (sic lego, pro *se*) *contendit.* Non tamen semper in totum rescinditur testamentum. aliquando evertitur pro parte tantum. Ut res exemplo liqueat, unus ab intestato heres querela agens totam petit hereditatem; & in totum rescindit testamentum: solusque fit ab intestato heres; sicut heres solus fuisset, nullo facto testamento. quod si plures fuerint ab intestato heredes; & unus exheredatus de inofficioso queratur: is sicut ex parte petit hereditatem; ita testamentum pro parte rescindit, eoque patremfamilias pro parte intestatum, pro parte testatum efficit *l.* 19. *l.* 15. §. *ult.* *h. t.* Potest etiam evenire circa inofficiosi querelam: ut in una atque eadem causa diversæ proferantur sententiæ. quid enim, si fratre agente, heredes scripti diversi juris fuerint? (exempla supra dedi) ait Ulpianus, hoc si fuerit: videri patremfamilias pro parte testatum, pro parte intestatum decessisse *l.* 24. *h. t.* Nescio an ab eodem fonte sit, quod Ulpianus *l.* 6. §. 1. *h. t.* scribit, Si quis ex his personis quæ ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit, (nemo enim eum repellit) & casu obtinuerit: non ei prodesse victoriam, sed his qui habent ab intestato successionem. sed de hoc alibi supra. Contra, si duo sint filii exheredati, & ambo de inofficioso testamento egerint, & unus postea constituerit, non agere: ait Paulus, ejus partem alteri accrescere *l.* 23. §. 2. *h. t.* quasi (quod idem Paulus observat *l.* 17. *eod.*) Centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum, facerent intestatum, crediderint.

Summa est; quod, rescisso per querelam testamento, causa testati ad causam intestati deducitur, aliquando in totum, aliquando pro parte. sic vero fit: ut qui heres ante fuit, desinat esse heres *l.* 31. *D. de vulg. & pupil. substit.* vereque scribat Paulus *l.* 21. §. 2. *h. t.* evicta hereditate per inofficiosi querelam, oportere ab herede instituto perinde observari omnia, ac si hereditas ab eo adita non fuisset: & consequenter illi, quasi nul-

la

ia facta fuerit debiti & crediti confusio, competere adversus eum qui superavit, integram debiti petitionem, nec minus debiti compensationem.

Versa vice, placet Papiniano *l.* 15. §. 2. *b. t.* quod filius qui inofficiosi actione adversus duos heredes verbi gratia, expertus, diversas sententias Judicum tulit, & unum vicit, ab altero superatus est: & debitores convenire pro parte potest, & corpora vindicare, & hereditatem dividere. qua ratione? ait, ei competere familiæ ercifcundæ judicium: quia credimus, eum legitimum heredem pro parte esse factum: & ideo pars hereditatis in testamento remansit. nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri.

Sed apparet, per querelam, in qua obtineat exheredatus, causam testati ad causam intestati deduci, quatenus ad heredis institutionem pertinet. Nec ad hoc stetit vis sententiæ: etiam evertit cætera in testamento relicta. Itane? ubi heredis institutio est caput & fundamentum totius testamenti: an ea sublata, potest valere quidquam in testamento relictum? non potest. adeo & libertates ipso jure non valent, nec legata debentur, sed soluta repetuntur aut ab eo qui solvit, aut ab eo qui obtinuit. & hæc utili actione repetuntur. fere autem, si ante controversiam motam soluta sunt, qui obtinuit, repetit; & ita D. Hadrianus & D. Pius rescripserunt *l.* 8. §. 16. *b. t.* De fideicommissis quid dicemus? dubitavit Scævola. Sed eum Paulus notat: probat certe nec fideicommissa ab intestato deberi, quasi a demente data *l.* 13. *b. t.* Quæ dixi vera sunt, si de inofficioso sit a Judice pronunciatum; præsente adversa parte. Quam ob rem? Paulus *l.* 17. §. 1. *b. t.* ait, Cum contra testamentum, ut inofficiosum judicatur, testamenti factionem habuisse defunctum non credi. An idem probandum est, si herede non respondente, secundum præsentem judicatum sit? Non putat Paulus: hac ratione: quod hoc casu non creditur jus ex sententia Judicis fieri: & ideo libertates competunt, & legata petuntur. Quid, si transactum sit, aliquo dato, aut retento, aut promisso? Ulpianus *l.* 29. §. 2. *b. t.* sic scribit: *Quamvis instituta inofficiosi accusatione, res transactione decisa sit, tamen testamentum in suo jure manet: & ideo datæ in eo libertates, atque legata, usque quo Falcidia permittit, suam habent potestatem.* Quod eo lubentius annotavi: quia sic refellitur Responsum Scævolæ *l.* 14. *D. de transact.* quo de egi *lib.* 2. *Probabil. c.* 2. *& lib. sing. Ad Edictum De pact. & transact. c.* 22. Sed claret, heredis institutionem, & legata & libertates, & fideicommissa, & cætera omnia corruere, rescisso a Judice testamento quasi inofficioso. ideoque probo quod ab Ulpiano *d. l.* 29. *pr.* dicitur, *Si suspecta collusio sit legatariis inter scriptos heredes & eum qui de inofficioso testamento agit: adesse etiam legatarios & voluntatem defuncti tueri, constitutum esse: eisdemque permissum esse etiam appellare, si contra testamentum pronunciatum fuerit.* Interim benigne receptum est quod a Paulo *l.* 28. *b. t.* scriptum hunc in modum: *Cum mater militem filium falso audisset decessisse, & testamento heredes alios instituisset: Divus Hadrianus decrevit, hereditatem ad filium pertinere: ita ut libertates & legata præstentur. Hic illud adnotatum, quod de libertatibus & legatis adjicitur: nam cum inofficiosum arguitur, nihil ex eo testamento valet.* Prima facie facilis videtur locus: sed indiget explanatione. Species. Mater præterito filio quem putabat decessisse, decepta falso rumore, heredem alium instituit. Hoc testamentum valet tam prætorio, quam civili, jure: quia mater filium numquam habet in potestate. ita neque ipso jure nullum est testamentum; neque rescinditur per bonorum possessionem contra tabulas. non magis potest filius queri de inofficioso: quia mater noluit eum exheredare, sed per errorem præteriit quem heredem instituisset, si non errasset. Non igitur potest mater a filio quasi insaniæ accusari, cum querelæ color sit insania parentis. Ac nec potest hic filius hereditatem petere ab intestato, quamvis id voluisse videatur mater: certo, quod ubi heres est ex testamento, aut futurus speratur, ab intestato heres non admittitur. Indicavi difficultatem Interpretibus molestam a multis seculis. Solutionem quæris. Duplex est: una subvenit filio per querelam inofficiosi: & fundamentum ei, quod in proposito matris præteritio non quidem fuit a mala mente, sed nihilominus re facta est. nec interest filii, utrum mater eum per errorem præterierit, an odio. Huc ivit Ulpianus *l.* 27. §. *ult. b. t.* verba Ulpiani. *De testamento matris quæ existimans periisse filium, alium heredem instituit, ut inofficioso queri potest filius.* Sic habet vulgata editio. Florentiæ est: *de inofficioso queri potest.* Et tum *queri* passive accipiendum est, ut sæpe deponentia verba apud nostros. Antonius Faber, *Rationalib.* emendat, *queri non potest.* Sed non probo emendationem, quamquam eam multis urget Faber. Ulpiani sententia est, audiendum esse filium, si velit matris testamentum infringere querela inofficiosi. ac putem, si hac agat & obtineat filius: non institutionem tantum infirmari, sed libertates quoque, & legata, & cætera in testamento relicta: convenienter naturæ querelæ inofficiosi; & hoc indicari in fine *l.* 28. *b. t.* Altera solutio est Pauli in *d. l.* 28. is censet, filium etiam posse matris hereditatem petere quasi ex tacita ejus voluntate. estque id consequens his ejus verbis: *D. Hadrianus decrevit, hereditatem ad filium pertinere: ita ut legata & libertates præstentur.* Sensus, D. Hadrianum (ex appellatione aut supplicatione forte) decrevisse hereditatem ad filium perinde pertinere, quasi tacite a matre institutus esset: ita tamen, ut legata & libertates ab eo præstentur. At enim hereditas nuda voluntate neque datur, neque adimitur. utrumque fit testamento, & hoc tantum. absit igitur, ut filius præteritus possit matris hereditatem tamquam ex tacita ejus voluntate petere. Verissime, si res, ut oportet apud Prætorem, similemve Magistratum, legibus alligatum, æstimetur regulis juris. sed in proposito ait Paulus, D. Hadrianum qui erat legibus solutus, ita, ut poterat, decrevisse, suadente æquitate, quod in simili etiam observasse Severum & Antoninum, idem refert Paulus *l. ult. D. de heredib. instit.* quam legem velim cum præsente loco conferri. Sed redeo ad *d. l.* 28. *b. t.* in qua restat sequens versus: *Hic illud adnotatum est, quod de libertatibus & legatis adjicitur. nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nibil ex eo testamento valet.* Accursius dubitari ait, quid significet, *Hic illud adnotatum est:* quibusdam enim videri reprehensionem: aliis observationem. nec potest negari, utroque usurpari modo. nam Cornelius Fronto, vetus Grammaticus, *p.* 1333. *lin.* 20. *Notat*, inquit, *vel locum quis, vel personam, vel noxiam. Annotat qui notæ quid adjicit.* Fit igitur adnotatio & laudis & reprehensionis causa. Observat A. Gellius *lib.* 17. *Noct. Attic. c.* 2. Verba Gellii. *Quæ in eo libro scripta essent in utrasque existimationes laudis aut culpæ adnotamentis digna.* Quidquid est: Plinius, *lib.* 2. *Epist.* 11. *Adnotatumque*, inquit, *experimentis.* Nec ille tantum, sed nostri quoque *l.* 7. §. 17. *D. Quib. ex caus. in poss. eat. l.* 12. §. 2. *D. Qui & a quib. manumis.* Quid igitur est? Paulus *adnotatum* pro *observatum* dixit; significans, a sapientibus esse ob-

servatum tamquam novum atque extraordinarium, quod a D. Hadriano est decretum, libertates & legata servari quasi ex tacita matris voluntate: cum si a filio esset actum querela inofficiosi, (ut in *d. l.* 27. § *ult.*) nihil ex eo testamento valeret.

Hoc fere jus fuit usque ad *Novell.* 115. *c.* 3. inde placuit Justiniano, testamentum per querelam quidem rescindi: at non in totum, ut ante; sed quatenus ad heredis institutionem attinet: cætera firma manere. ita in *d. c.* 3. unde descripta est *Authent. Ex causa C. de liber. præterit.* male posita sub illo Titulo: cum deberet poni sub Titulo, *De inoffic. testam* ut dixi supra.

Sic: si in querela obtineat actor. quid, si aliter eveniat? Ait Ulpianus *l.* 8. §. 14. *b. t.* eum qui testamentum improbe dixit inofficiosum, & non obtinuit, perdere id quod in testamento accepit, & hoc fisco vindicari quasi indigno ablatum. ait tamen, sic non semper observari; sed tum demum, si usque ad sententiam Judicum, id est Centumvirorum, in lite improba perseveraverit. nempe quia sic apparet ejus contumacia. quod si ante sententiam destitit, vel decessit: putat Ulpianus, ei quod datum sit, non auferri: alterum, quia resipuit: alterum, quia potuisset, si vixisset, pœnitere. certe humanitatis est, sic existimare. Proinde & si absente eo secundum præsentem pronuntietur: ait Ulpianus, posse dici, conservandum ei quod accepit: quasi victo magis propter absentiam, quam quod malam causam habuit: ut est in *l.* 55. *D. de evict.* Amplius ait, eo solo cujus emolumentum ad eum pertinet, carere quem debere. cæterum, si rogatus fuit id restituere; non debere injuriam fieri: oportere enim unicuique factum suum nocere, non etiam alteri *l.* 155. *D. de regul. jur.* Addit his Ulpianus, inde non male referri a Papiniano, heredem, si fuit institutus, & rogatus restituere hereditatem, deinde in querela inofficiosi non obtinuit, solum perdere id quod jure Falcidiæ, id est quartæ Pegasianæ, potuit habere. Ne hoc quidem silebo, Ulpianum *d. l.* 8. § 15. putare, quod hæc pœna tantum in his obtinet quæ testamento relicta sunt a testatore: nimirum, quod is defuncti judicium accusavit furoris, merito privatur liberalitate, quam ejus judicio accepit. cæterum, si a lege habeat aliquid, contra est: quia non est indignus eo quod a lege tamquam æs alienum habet sine judicio testatoris. licet habeatur indignus eo quod non foret habiturus, absque testatoris voluntate fuisset. Marcianus quoque putat *l.* 30. §. 1. *b. t.* multum referre, utrum quis proprio nomine agat, an alieno. exemplum esse in tutoribus: quos pupilli nomine sine periculo ejus quod datum sit, de inofficioso vel falso testamento posse agere, Divos Severum & Antoninum rescripsisse. idque optima ratione defendi, Tryphoninus observat *l.* 22. *D. de bis quæ ut indign.* scilicet, quod officii necessitas & tutoris fides excusata esse debet. utique nemo Judicum calumnia notabit tutorem, qui non suis simultatibus accusationem sub nomine pupilli instituit, sed cogente forte matre pupilli vel libertis patris instantibus. Igitur causatur, quod discreta sunt jura, quamvis plura in eamdem personam devenerunt, aliud tutoris, aliud legatarii: & cum non suæ personæ jure, sed pupilli accusaverit, propriam pœnam mereri non debet. denique pupillo relicta in eo testamento, nisi a Principe conservata sint, pereunt: adeo ille est accusatoris defensor & quasi patronus

Quæ de effectu querelæ inofficiosi testamenti dixi hactenus, vera & manifesta sunt, si ab omnibus aut pluribus Judicibus judicatum sit, inofficiosum esse testamentum, aut non esse. Sed quid si pars judicantium contra testamentum, pars secundum id judicaverit? Marcellus *l.* 10. *D. b. t.* sic scribit: *Si pars judicantium de inofficioso testamento contra testamentum, pars secundum id sententiam dederit, quod interdum fieri solet: humanius erit sequi ejus partis sententiam, quæ secundum testamentum spectavit, nisi [si] aperte Judices inique secundum scriptum heredem pronunciasse apparebit.* Locus admodum notabilis & difficilis. sed eum more suo, id est, præclare, illustravit V. Cl. Jacobus Cujacius *lib.* 10. *Observ. c.* 20. nec me absterrent quæ in *Rationalibus* contra disseruit Antonius Faber: sicut nec video, cur loci hujus partem magis Triboniano, quam Marcello imputet.

Reliquum est, quando cesset querela. id vero contingit variis ex causis. una est: si quis alio modo possit ad defuncti bona venire. Nimirum, quia querela est plena odii; utpote testatorem insaniæ arguens: non placet, eam adhiberi, nisi pro ultimo adjutorio: quo nomine etiam insignitur *l. ult. C. de liber. præterit.* Sed hoc clare Justinianus §. 2. *Inst. b. t.* & est exemplum in liberis a patre præteritis: qui possunt testamentum initio nullum dicere; aut scriptis heredibus vetere jure accrescunt, aut possunt petere bonorum possessionem contra tabulas. omnibus his alia, quam per querelam, patet via ad defuncti bona; & ideo ad hanc non admittuntur *d. l. ult. l.* 23. *b. t.* & *l.* 8. *D. de bonor. possess. contr. tab.* Cæterum non obstat hoc quo minus exheredatus possit, præter inofficiosum, etiam nullum, ruptum, aut irritum, dicere testamentum *l.* 14. & 16. *C. b. t. l.* 3. *C. de bered. petit.* Et est notandum, quod Ulpianus *l.* 8. §. 12. *D. b. t.* monet, *Si quis irritum dicat testamentum, vel ruptum, & inofficiosum, conditio ei deferri debet, utrum prius movere volet.* Contraria sunt, testamentum valere, & non valere. non igitur potest hæc simul dicere. unum prius dicere, alterum post, potest. Utrum autem malit, ejus electio est, non adversarii, nec magis Prætoris. Optime Cicero, *Pro Cæcina cap.* 3. *Si Prætor is qui judicia dat, numquam petitori præstituit, qua eum actione uti velit: videte, quam iniquum sit, constituta jam re, Judicem, quid agi potuerit, non quid actum sit, quærere.*

Altera causa est: si exheredatus querelam palam seu directo repudiaverit; dicens, se nolle ad eam venire *l.* 17. *b. t.* Idem, si ab ea desistat *l.* 8. §. 1. *l.* 15. §. 1. *eod.* nisi forte sit ab herede scripto deceptus ejus mendacio, ut in *l.* 21. *b. t.* aut nisi interposito pacto, Ne agatur, heres scriptus non servat fidem pacti *l.* 27. *b. t.* scilicet, quia querela per pactum non tollitur ipso jure § 3. *Inst de except.* Potest deinde querela agi, tamquam re integra; & si opponitur exceptio pacti: potest replicari de dolo malo. Nec obstat *l.* 6. *C. de transact.* quam exposui *lib. sing. Ad Edict. De pact. & transact. c.* 14. *p.* 526. Sic: si querela directo repudietur. Idem, si fiat per consequentiam: exheredato defuncti voluntatem palam approbante. fac: in patris testamento, post ejus mortem adscripsi, consentire me. repellendus sum ab accusatione *l.* 31. §. *ult. b. t.* perinde quasi ei renunciaverim. quod si vivo patre cum eo pactus sim; placuit Papiniano, Meritis magis filios ad paterna obsequia provocandos, quam pactionibus adstringendos. & optime probat Justinianus *l.* 35. §. 1. *C. b. t.* at voluntas testatoris non tantum palam adgnoscitur; sed etiam tacite: ut si is qui querelam movere potest, acceperit ipsi relictum a testatore *l.* 8. §. 10. *b. t.* Adeo ait Marcellus *l.* 10 §. 1 *eod. Notissimum esse, eum qui legatum perceperit, non recte de inofficioso testamento dicturum.* Excipit, *Nisi id totum alii administravit.* Meo judicio minus accurate, quam res sinat. Sit tamen exemplum in tutore qui pu-

pupilli nomine petit ei relictum *l.* 30. §. 1. *D. &* §. 4. *Inst. h. t.* Hoc exemplo utuntur Græci, *Basilic. lib.* 39. *tit.* 1. *tom.* 5. *p.* 246. & recte: nam cum tutelæ administratio sit munus publicum, facile excusat tutorem legatum pupillo petentem: quia totum alii administrat, & quidem necessitate muneris publici: ipse conveniendus actione tutelæ, nisi egisset pupilli nomine. at hæc Marcelli exceptio, *Nisi id totum alii administravit*, intra hoc exemplum non subsistit. Plus continet: nam & procurator & advocatus, a patre exheredati, si ex ejus testamento petant legatum alii relictum: id totum alii administrant. Paulus tamen *l. ult. h. t.* procuratorem aut advocatum, cum uterque alii volens petat legatum, ab agnitione paterni testamenti non excusat hoc prætextu, quasi totum alii administret: etsi sciam, advocato parci, qui in rei vindicatione alii adfuerit, ignorans se dominum esse *l.* 54. *D. de rei vindicat.* Sed nimis claret, eum qui ad testamenti tutelam volens accessit in judicium defuncti judicium approbasse: ideoque Marcelli exceptionem prudenter accipiendam esse in *d. l.* 10. § 1. Illud non improbo, quod Paulus *l.* 23. § 1. *h. t.* ait, si qui exheredati ab institutis heredibus, scientes eos heredes esse, hereditatem vel res singulas emerunt, vel prædia conduxerunt, aliudve quid simile fecerunt, vel solverunt heredi, quod testatori debebant: videri eos judicium defuncti adgnoscere, & a querela excludi.

Tertia causa repellendæ querelæ est; si pater filio reliquerit portionem legitimam, id est, quartam portionis ex lege ab intestato debitæ *l.* 8. §. 6. *&* 8. *h. t.* objecta agenti de inofficioso exceptione, Nisi jam habeat quartam debitæ portionis. Nec intererat olim, quomodo acceperit eam quartam filius: utrum jure hereditario, an jure legati, vel fideicommissi, vel donationis mortis causa, vel etiam inter vivos §. *ult. Inst. h. t.* hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur *l.* 25. *d. t.* Hoc olim fuit, sed mutavit Justinianus *Novell.* 115. *c.* 3. vetans, hanc portionem filio aliter relinqui, quam titulo institutionis: non quod hic titulus sit honor. (quamquam est honor: nam & legatum & fideicommissum, & donatio mortis causa honori dantur) sed ne videatur filius aut exheredatione aut præteritione temere notari ob violatam pietatis religionem: nam tali nota exheredatio censetur *l* 18. *C. h. t. l.* 20. *D. de bonor. poss. contr. tab.* eamque non expungit honor legati aut fideicommissi, aut similis. Voluit igitur Imperator, filium exheredari certa & probata ex causa: alioquin in legitimam institui.

Cæterum quando inducta sit hæc quarta, non possum ad liquidum adducere. probabile est, esse posteriorem quarta Falcidia, temporibus Augusti inventa a P. Falcidio, Tribuno plebis, auctore Dione *lib.* 48. *pag.* 430. Neque erraverit, quisquis conjiciat, quartam legitimam ejus exemplo esse moribus inductam a Jurisconsultis: qui animadvertentes, lege Falcidia liberum esse testatori, legare dodrantem hereditatis, si heres ex asse scriptus salvam habeat ejus quartam: sibi aliisque persuasere, etiam filio sufficere a patre accipienti quantum haberet, ab eo heres institutus & legatis exhaustus. Hoc fere Plinius *lib.* 5. *Epist.* 1. sic scribens: *Si mater, inquam, te ex parte quarta scripsisset heredem, num queri posses? quid si heredem quidem instituisset ex asse, sed legatis ita exhausisset, ut non amplius apud te, quam quarta remaneret?* Utique non alia videtur causa: quod hæc portio in *l.* 31. *C. h. t. l.* 5. §. 3. *C. Ad Leg. Jul. majest.* quarta Falcidia appellatur, quam quod est ad exemplum quartæ Falcidiæ introducta: sicut & quarta Pegasiana, quia formata est ad exemplum quartæ Falcidiæ, Falcidia vocatur *l.* 8. §. 11. *h. t.* & alibi sæpe.

Ut ut erit: cessat inofficiosi querela, si pater filio exheredato reliquit quartam portionis, quæ ejus fuisset; si intestatus decessisset pater *d. l.* 8. §. 6. id vero sic intelligendum; ut sive unus sit, sive plures quibus permittitur agere de inofficioso, una sufficiat quarta pro rata inter eos distribuenda. §. *ult. Inst. h t.* quare ut intelligatur uniuscujusque in ea portio, numerari debent personæ quibus hereditas ex lege ab intestato debetur. ac si unus sit filius, & de quarta quæratur; erit quarta assis: si duo; quarta semissis: si tres; quarta trientis. proinde (qui est casus *d. l.* 8. §. 8.) si avus ex duobus filiis ante defunctis, habeat nepotes, ex uno unicum, ex altero tres; omnesque exheredavit, relicto singulis legato; & his de inofficioso avi testamento querentibus, eis tantum esse legatum dicatur, quantum sufficit ad legitimam portionem; & quæratur, quantum ex legatis habere debeant singuli, ut eis salva sit portio legitima: ait Ulpianus, unicum ex priore filio habiturum sescunciam: singulos ex altero filio habituros semunciam: quia huc redit quarta portionis eis ab intestato debitæ: futura eorum successione non in capita, sed in stirpes. Atque hoc Ulpiano tum placet: si ea portio ad exheredatum simpliciter ventura sit ab intestato. At pone: filii duo sunt exheredati, unus relicta ei quarta: alter simpliciter. hic non queritur. est dubitatio propter jus accrescendi. quid dicimus? Ulpianus sic extricat *d. l.* 8. §. 8. *Quoniam quarta debitæ portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum erit, an exheredatus partem facit qui non queritur: ut puta, sumus duo filii exheredati? & utique faciet, ut Papinianus respondet. & si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere.* Sensus Ulpiani: Si alter filius de inofficioso queritur, alter non queritur, (exclusus tempore, vel repudians querelam) & ambigitur, quanta debeat esse querentis quarta; utrum assis, an semissis: magis placet, esse quartam semissis. Qua ratione? hæc est; quod in computatione hujus quartæ non habetur ratio semissis ejus qui querelam repudiavit, forte quia inter fratres in proposito jus accrescendi cessat: eo quod alter videtur suam partem obtinere. Huic rei indicio esse, Ulpianus ait: quod alter, si dicat inofficiosum, non debet totam hereditatem petere, sed dimidiam. Ita fit, ut quarta non sit quarta assis, fratris qui queritur, futuri, si frater ei non faceret partem, obtinente jure accrescendi: sed quarta semissis qui solus ejus foret, si una cum fratre ex lege esset ab intestato heres. Sic censeo: atque eo verius, quia alteri partem facere dicitur frater qui perinde accipitur, ac si partem suam ita haberet, ut ex ea nihil jure ad alium pervenire possit *l.* 7. *D. de reb. dub. l.* 1. § *ult. D. de collat. bonor.* Quod si est; certa res est: nam si exheredatus qui non queritur, fratri usque adeo facit partem: ut hic propterea non habeat jus ad ejus portionem: quomodo potest ei pars repudiatæ portionis, & consequenter alia deberi quarta, quam semissis qui ex lege ejus fuisset; si pater in proposito intestatus esset mortuus? Habes meam sententiam: sed verecunde accipiendam. nam (ut supra jam monui) is qui non queritur, fratri non semper facit partem: sed tum demum, cum est quæstio de computatione quartæ alteri legatæ: ut in *d. l.* 8. §. 8. aliud vero est, cum agitur de querela quæ ab initio pari jure potest moveri a duobus exheredatis, neutri relicta quarta legitima. Nec est obscura differentiæ ratio: quia tum uterque ab initio est vocatus ad legitimam hereditatem ad quam uter-

que poterat venire per querelam. Igitur alter, si quidem repudiet querelam, fere agit, ut repudiet legitimam hereditatem ad quam, ut dixi, per querelam habebat aditum. alter contra, si agat querela, id curat; ut hereditatem legitimam retineat. consequenter igitur is qui ad querelam non accedit, eam repudians, non facit ei qui queritur partem, eoque non impedit ei jus accrescendi, rescisso testamento in totum *l.* 16. & 17. *h. t.* Ita est: hereditatis petitio quæ querela continetur, datur omnibus qui possunt hereditatem suam dicere sine discrimine, utrum eam habeant jure propriæ successionis, an jure accrescendi *l.* 1. 2. 3. *D. de hered. petit.* at quarta legitima exheredato non dat querelam, id est, hereditatis petitionem: quin eum a querela, id est, hereditatis petitione, removet. Interim locum habet jus accrescendi tantum inter coheredes tam ex lege ab intestato, quam ex testamento: id est, inter eos qui altero modo ab initio habent hereditatis petitionem. Non igitur potest exheredato, fratre non querente, competere jus accrescendi; cum ei relicta est portio legitima per quam removetur a querela, id est, a via per quam eum oportebat legitimam hereditatem petere; manifesto, hoc numquam obtinere, nisi inter eos qui ad hereditatem sive legitimam, sive testamentariam, ab initio pariter vocantur; quod in proposito non esse, & hic & paulo ante est evidenter demonstratum. Hoc mihi nunc, olim aliud placuit. sed dies diem docet.

Putemus igitur, (nam eo redeo) secure testari patrem: qui filio in testamento reliquerit quartam partem ejus quod ad eum ab intestato esset perventurum: sic enim definit Ulpianus *l.* 8. §. 6. *h. t.* Hoc autem, *Perventurum*, ita accipimus, ut videatur pervenire demum quod sit permansurum *l.* 71. *D. de verb. signif.* id est, cum effectu, non prima ratione *l.* 2. §. 2. *D. de hered. vend.* proinde æstimaturus quartam legitimam, exemplo ejus qui taxabit quartam Falcidiam, (qua de Gajus *l.* 73. *D. Ad leg. Falcid.*) debet considerare quantitatem bonorum, quæ defuncti fuere tempore mortis: ut est in *l.* 6. *C. h. t.* & observat Vetus Interpres ad *l.* 4. *Cod. Theod. d. t.* Ipsa porro hæc bona a beando dicta, id est, ab eo quod prosunt *l.* 49. *D. de verb. signif.* non intelliguntur, nisi deducto ære alieno *l.* 39. §. 1. *eod. tit.* Ad hunc modum Ulpianus *l.* 8. §. 9. *h. t.* verba hæc sunt: *Quarta autem accipietur, scilicet deducto ære alieno & funeris impensa. Sed an & libertates quartam minuant, videndum [est: & nunquid minuant]? nam si cum quis ex asse heres institutus est, ideo non potest dicere inofficiosum, quia habet Falcidiam; Falcidia autem libertates non minuit: potest dici, deductis libertatibus quartam ineundam. Cum igitur placet, quartam minui per libertates, eveniet, ut qui servos tantum habet in patrimonio suo, dando eis libertatem, inofficiosi querelam excludat: nisi forte hic filius, si non fuit in potestate, a patre heres institutus, merito omittit hereditatem, & ad substitutum transmittens, querelam inofficiosi instituet; vel ab intestato, citra Edicti pœnam habeat hereditatem.* Sensus Ulpiani: quod, ut ineatur quartæ ratio, ante debet de bonis defuncti deduci onus æris alieni, & impensa funeris, & quod superest, id demum debet in defuncti bonis ex quibus quarta exheredato competit, reputari. Hoc clarum: quod sequitur, minus liquet. *Sed an & libertates quartam minuant videndum [est: & nunquid minuant.]* Sic editur Florentiæ. apud Haloandrum desunt verba, *est: & nunquid minuant.* Multo melius. Ulpiani sensus eo redit quo hoc Pauli *lib.* 4. *Sentent. tit.* 5. §. 6. *Quarta portio liberis, deducto ære alieno & funeris impensa præstanda est, ut ab inofficiosi querela excludantur. Libertates quoque eam portionem minuere placet.* Neuter vult, quod libertates per quartam minuuntur, sed quod quarta minuitur per libertates, sicut quarta minuitur per æs alienum: exemplo quartæ Falcidiæ: de qua ita idem Paulus *l.* 39. *D. Ad leg. Falcid.* Sequens Ulpiani versus, *Nam si &c.* est impeditissimus. Sed ut mihi videtur & Græcis, *Scholio ad hunc locum*, ita accipiendus: Nam si filius qui heres ex asse institutus, salvam habet quartam Falcidiam ex eo quod deductis libertatibus superest, non potest queri de inofficioso: ergo nec exheredatus potest queri de inofficioso, si ex eo quod deductis libertatibus superest, ei salva est quarta legitima. Quid si deductis libertatibus, nihil superest? jam cessabit querela: quemadmodum, si deductis libertatibus nihil superest, cessat Falcidia. Hoc si extraneus heres scriptus adit hereditatem. Cæterum hic non facile erit sic aditurus hereditatem ex qua nihil habet sperare. quin potius eam repudiabit. quod si fit: habebit eam exheredatus ab intestato ex lege: testamento sine querela sublato. Hoc exemplo etiam emancipatus filius, heres a patre institutus, poterit hereditatem testamentariam repudiare, eamque ab intestato adire. finge; aliquis tantum servos in patrimonio habens, filium emancipatum instituit heredem, alio ei in casum primum substituto. is mox omnibus servis dedit libertatem. quia ex libertatibus non deducitur Falcidia, filius cui nihil superest, erit quidem heres, sed sine re: eoque, si sapit, repudiabit hereditatem: (ut potest jure civili, quia est emancipatus, eoque voluntarius heres) sic hereditas veniet ad substitutum: eritque illi eam adeunti non inutilis: quia libertas servis in institutione data, non utique ponitur in substitutione esse repetita *l.* 25. *D. de manumiss. testam.* quamvis potest in dubio repetita videri ex Rescripto Severi & Antonini *l.* 74. *D. de legat. lib.* 1. Ut ut erit, filius repudiata hereditate, adversus substitutum qui hereditatem adierit, aget querela inofficiosi testamenti. Qua ratione? quia non habet quartam, & institutio primo gradu ei nullum adfert commodum. Ita Ulpianus *d.* §. 9. Quid, si hic filius non habeat vulgariter substitutum? Est ei vel hoc casu consultum, repudiare hereditatem ex testamento, ejus sine re futuram, & adgnoscere bonorum possessionem ab intestato. nam libertates, non adita hereditate, vel sic corruunt *l.* 23. *D. de manum. testam.* atqui, inquies, erit locus Edicto, *Si quis omissa causa testamenti:* quo Edicto libertates, & cætera in testamento relicta, conservantur; si heres institutus, omissa causa testamenti, malit adgnoscere hereditatem ab intestato. Sed hoc negat Ulpianus: videlicet, quia heres scriptus in proposito non principaliter agit, ut manumissos libertate fraudet; sed ut a se amoveat fraudem testatoris qui eum heredem instituit non tam re, quam nomine. ipse certe *l.* 6. §. 3. *D. Si quis omiss. caus. testam.* ait, quod Prætor ex eo Edicto non simpliciter dat actionem: sed causa cognita: ideoque si quæ intervenerit justa causa omittendi, utique non daturum actionem legatorum. Hactenus de emancipato filio Ulpianus *d.* §. 9. *l.* 8. Quid de suo herede? de hoc nil ex professo Ulpianus. Sed, quod mihi videtur, innuit non posse ei instituto hoc succurri modo, quo emancipato succurritur. Quamobrem? quia suus heres non adit delatam hereditatem, sed a morte testatoris ultro heres existit & invitus & ignorans: ejusque existentia statim confirmantur libertates, etsi jure Prætorio se ab hereditate deinde abstineat. nihilominus enim manet jure civili heres;

res; ut ut liberatus oneribus hereditariis *l.* 32. *D. de manumiſſ. teſtam.* Viderunt hoc (ut dixi) optime Græci *lib.* 39. *tit.* 1. Scholio *ad d. l.* 8. §. 9. *lit. S. p.* 240. *& ſeq. tom.* 5.

Vereor, ne faſtidium pariat longior interpretatio; ſed non eſt longa quam res deſiderat. utique inveſtigantibus, quando quartam ſalvam habeat exheredatus, an oportet omitti, quænam ei imputentur? Ergo in quartam imputantur, de quibus, ut imputentur, legibus expreſſum eſt *l. pen. C. de collationibus.* talia ex propria defuncti ſubſtantia accipi, Juſtinianus refert *Novell.* 18. *c.* 1. Et in *l.* 8. §. 15. *h. t.* exemplum in quarta D. Pii quæ ab impubere filio arrogato, & ſine juſta cauſa emancipato, exheredatove, Principis providentia, id eſt, ipſo jure, percipitur hunc in finem *l.* 22. §. 1. *D. de adoptionibus.* Idem eſt, ſi quid ex defuncti bonis ejus judicio obtingat *l.* 8. *C. h. t.* ut legata, fideicommiſſa, & quæ hæc imitantur, donationes mortis cauſa, item donationes inter vivos, maxime factæ hac contemplatione, ut in quartam imputentur §. *ult. Inſt. l.* 25. *D. & l.* 35. § 2. *C. h. t.* Imperator *d.* §. *ult. h. t.* eſſe & alios modos qui ejus Conſtitutionibus continentur. Qui iſti? mortis cauſa capiones, æque a judicio defuncti proficiſcentes, quam mortis cauſa donationes; imputantur certe in quartam Pegaſianam *l.* 91. *D. Ad legem Falcid.* quid ni in legitimam? ſed res apparet ex *Novell.* 115. *c.* 3. In eodem numero eſt dos, item donatio propter nuptias *l.* 29. *C. h. t.* nec minus lucrum quod occaſione militiæ ex defuncti pecuniis quæſitæ, ad exheredatum præteritumve tempore mortis teſtatoris pervenire potuit *l.* 20. *C. de collationibus:* ideo, quod talis ſit militia, ut vendatur, vel mortuo militante certa pecunia ad heredes ejus perveniat. ea ratio adfertur *l.* 30. §. 2. *C. h. t.* Soli ibi excipiuntur Silentiarii ſacri palatii. Nec opus addi, talis militiæ appellatione venire omnem publicam operam ſtipendiis publice conſtitutis exerceri ſolitam. notum id vulgo; & ex profeſſo traditum a Jacobo Rævardo *lib.* 3. *Conject. c.* 3. & Antonio Auguſtino, *lib. De milit. ex caſu.*

Ceſſat igitur inofficioſi querela, ſi teſtator filio, verbi gratia, reliquit quartam legitimam: modo ſit integra. nam ſi ea minus reliquerit; adhuc fuit querelæ locus: præterquam duobus caſibus. prior erat, ſi filio minore ex parte herede inſtituto, fratres eſſent coheredes. Auctor Paulus *lib.* 4. *Sentent tit.* 5. §. 7. ſic ſcribens. *Filius in judicio patris ſi minus quarta portione conſecutus ſit, ut quarta ſibi a coheredibus fratribus citra inofficioſi querelam impleatur, jure deſiderat.* Alter caſus eſt in *l.* 4. *Cod. Theod. h. t.* Ad utrumque reſpicit Ulpianus *l.* 25. *D. d. t. Si non mortis cauſa fuerit donatum, ſed inter vivos; hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur: poteſt dici inofficioſi querelam ceſſare, ſi quartam in donatione habet; aut ſi minus habeat, quod deeſt viri boni arbitratu repleatur; aut certe conferri oportere id, quod donatum eſt.* Indicavi jus vetus: quod ſe mutaſſe, refert Juſtinianus §. 3. *Inſt. h. t.* & extat Conſtitutio in *l.* 30. & 31. *C. eod.* Utraque huc tendit, ut ſi quantacumque pars hereditatis vel res filio ſit a teſtatore relicta, de inofficioſo querela quiescente, id quod ei deeſt, usque ad quartam legitimæ portionis repleatur, licet non fuerit adjectum, eam debere viri boni arbitrio compleri. Valde autem probo, quod *d.* § 3. ait Imperator, ſeſe hanc Conſtitutionem introduxiſſe ad verecundiam naturæ. Erat enim grave, filium ob modicum aliquod quod deſit quartæ, parentis judicium impietatis accuſare; idemque ſub colore inſaniæ convellere: cum præſertim pater aliquid ei relinquendo, magis errore, quam malo animo, minus legitima portione reliquiſſe videri poſſit. At non hoc ſine ſubſtitit Juſtinianus: ſed ſi quidem integra quarta filio a patre ſit relicta; verum adjectum quartæ ſit gravamen vel conditionis, vel dilationis, vel moræ, vel aliud qualecumque: deinde juſſit in *l.* 32. *C. h. t.* ipſam conditionem, vel dilationem, vel aliam diſpoſitionem, aliquam moram, vel quodcumque onus introducentem tolli; & rem ita procedere, quaſi nihil eorum teſtamento adjectum eſſet; debetur igitur quarta liberis pure, & ſine gravamine. Quamquam, ut hoc clarius intelligatur, obſervandum eſt, quod portio legitima, quam quartam indigitamus, non tam a judicio teſtatoris proficiſcitur, quam a providentia legis: ideoque refert, utrum onus veniat ex jure hereditario, an ex voluntate teſtatoris. hoc caſu pro non adſcripto habetur, & quidem ſine diſcrimine, utrum obtineatur, ut pars hereditatis, an ut pars bonorum. illo caſu contra eſt: nam ſi quæ onera ipſi inhæreant jure hereditariæ portionis, ea ſequuntur portionem legitimam, ſi quando obtineatur titulo inſtitutionis; veluti cum filius ex ea, aut parte aliqua eſt inſtitutus: quamvis ſecus ſit, cum ea obvenit ut pars bonorum; ut, ſi relicta ſit filio exheredato, aut inſtituto ex re certa, alio ei coherede dato ſine parte: ut optime D. Vinnius *lib.* 1. *Select. jur. quæſt. c.* 22. Ne hoc quidem præteribo, quod Imp. Juſtinianus, cum pleraque hæc in *l.* 36. *C. h. t.* confirmaſſet, præterea jubet, repletionem fieri ex ipſa ſubſtantia patris, non ſi quid ex aliis cauſis filius lucratus eſt, vel ex ſubſtitutione, vel ex jure accreſcendi, ut puta uſusfructus.

Hæc ille in liberis. nam hos nominatim indigitat *d. l.* 36. *in pr.* quin addit, ſe illis id indulgere, ſuadente humanitate: Verba Juſtiniani. *Humanitatis etenim gratia ſancimus, ea quidem omnia quaſi jure adventitio* [*eum*] *lucrari: repletionem autem ex rebus ſubſtantiæ patris fieri.* Aliud igitur hic in liberis placuit jure ſingulari: aliud in parentibus, itemque fratribus & ſororibus, jure communi: quo in quartam imputantur omnia ex judicio teſtatoris obvenientia, ſive jure hereditario, ſive jure legati, ſive aliter *l.* 8. *C. h. t.*

Non igitur vult Juſtinianus, teſtamentum ab exheredato reſcindi per querelam, cum ei minus legitima portione eſt relictum; ſed agi ad ſupplementum ejus quod legitimæ portioni deeſt. utique, ſi is poſt mortem patris non adgnoverit ſibi relictum. imo & ſi acceperit, forte & ſecuritatem heredibus fecerit, quod ei datum vel relictum eſt accepiſſe. adhuc enim ſinit Juſtinianus, eum petere, legitimam portionem repleri: niſi ſpecialiter ſive in apocha, ſive in tranſactione; (id eſt, in inſtrumento tranſactionis) ſcripſerit, vel pactus fuerit, quod contentus relicta vel data parte, de eo quod deeſt, nullam habeat quæſtionem: tunc enim jubet, omni excluſa querela, eum compelli, paternum amplecti judicium.

Sed apparet, oportere filium, ut querela ceſſet, habere legitimam portionem; eamque eſſe quartam portionis ab inteſtato debitæ. Verum hanc auxit Imp. Juſtinianus pro numero liberorum *Novell.* 18. *c.* 1. ita ut ſi ſint quatuor aut pauciores, iis pro quarta debeatur triens: ſin quinque vel plures ſint, pro quarta iis debeatur ſemis. Sic quidem in Inſcriptione *d. Capitis:* ſed in fine ejus additur: *Hoc obſervando in omnibus perſonis in quibus ab initio antiquæ quartæ ratio de inofficioſo lege decreta eſt.* Puto autem, hac adjectione effici: ut hoc augmentum non modo liberis proſit; ſed parentibus quoque; nec minus fratribus & ſororibus. nam in his omnibus habitam fuiſſe anti-

quæ quartæ rationem, intelligitur ex fine Præfationis *Novell.* 1. §. 2. Atqui in Inſcriptione ejus Capitis tantum fit mentio liberorum, nulla parentum, nulla fratrum aut ſororum. Sed mihi ſufficit, ad eos ſpectare ejus finem. & ſimile quid a Juſtiniano obſervatur §. *ult. l.* 35. *C. h. t.*

Quarta cauſa inhibendæ querelæ eſt, ſi ea non tactum intra ſpatium quinquennii *l.* 8. §. *ult. h. t.* Olim fuit biennium: quo elapſo uſucapta habebantur omnia. Teſtis Plinius *lib.* 5. *Epiſt.* 1. ſequentibus verbis. *Scis, te non ſubſcripſiſſe mecum, & jam biennium tranſiiſſe, omniaque me uſucepiſſe.* Sed obtinuit jure Pandectarum & deinceps, querelæ quinquennio demum præſcribi *d. l.* 8. §. *ult. l.* 2. *C. In quib. cauſ. in integr. reſtitutio.* De eo dubitatum fuit inter Ulpianum & Modeſtinum, a quo tempore quinquennium incipere oporteret: illi placuit, currere a tempore aditæ hereditatis: huic a tempore mortis. Modeſtini ſententiam ſecutus eſt Vetus Interpres in *l.* 3. *Cod. Theod. h. t.* ſed Juſtinianus *l.* 36. §. 2. *C. d. t.* dedit ſecundum Ulpianum: puto, quod ante aditam hereditatem non eſt querela: non valenti autem agere nulla currit præſcriptio *l.* 1. *C. de annal. except.* ſic jam ante Valerianus & Gallienus *l.* 16. *C. h. t.* Quid ergo, ſi heres ſcriptus trahendo aditionem efficiat; ne exheredatus poſſit querelam intra quinquennium inſtituere? Et huic fruſtrationi ut occurrat *d.* § 2. *l.* 36. Juſtinianus heredi ſcripto, ſi in eadem ſit provincia, concedit ſex menſes; ſi in alia ſit, annum continuum. intra hoc ſpatium permittit ei, deliberare; utrum malit, hereditatem adire, an repudiare. exacto hoc ſpatio, vult eum compelli per officium Judicis, aut hereditatem repudiare, aut judicium ſubire, perinde quaſi hereditatem adiiſſet. quod ſi in medio tempore deceſſerit filius; ait, eum hujusmodi querelam, licet non præparatam, ad ſuam poſteritatem transmiſſurum: ad extraneos vero heredes tunc tantummodo, quando antiquis libris inſertam faciet præparationem. Plane Ulpianus *l.* 8. §. *ult. h. t.* inofficioſum etiam poſt quinquennium dici poſſe, exiſtimat; quamquam non indiſtincte; ſed magna ex cauſa, puta per in integrum reſtitutionem: addit, non eſſe tum revocandas libertates quæ competierint, vel præſtitæ ſint: ſed a ſingulis præſtandos victori eſſe viginti aureos. Neſcio, an Modeſtinus *l.* 9. ſignificet, fuiſſe, qui negarent, ſi quis egerit intra quinquennium, tum libertates competere. ipſe certe ſubjicit, quod Paulus ait, præſtaturum fideicommiſſas libertates, ſcilicet viginti aureis & in hoc caſu a ſingulis præſtandis. Impp. quoque Valerianus & Gallienus *l.* 2. *C. In quib. cauſ. in integr. reſtit. neceſſ. non eſt*, ſic ſcribunt. *Adoleſcentiæ tempus non imputari in id quinquennium liberis cujus præſcriptio ſeram inofficioſi quæſtionem moventibus opponi ſolet, manifeſte ante deſcripſimus.*

Sic jus fuit in querela inofficioſi. at de actione quæ jure novo competit ad ſupplementum ejus quod legitimæ portioni deeſt, aliter dicendum eſſe, fere omnes conſentiunt: arbitrati, huic præſcribi demum ſpatio triginta annorum. Sed hæc ſententia mihi non placet: ne video quidem rationem, cur oporteat in hac actione amplius eſſe ſpatium, quam in querela inofficioſi. Non me fugit, pro ea adferri, hanc actionem eſſe condictionem ex lege, eoque in perſonam: cum querela ſit in rem actio, & omnibus actionibus in perſonam dicatur præſcribi ſpatio triginta annorum *l.* 1. § 1. *C. de annali exceptione.* Verum de actionibus in rem idem conſtitutum in *l.* 3. *C. de præſcriptione triginta vel quadraginta annorum.* præterea quis ignorat, generi per ſpeciem derogari? & cum dicitur omnibus in rem & in perſonam actionibus præſcribi longiſſimo tempore triginta annorum, id procedere: niſi ſi quæ præſcriptionem acceperint breviorem? *d. l.* 3. *in fin.* In his eſt, verbi gratia, actio de dolo malo: cui præſcribitur ſpatio biennii *l. ult. C. de dolo malo.* itemque actio injuriarum, anno finiri ſolita *l.* 5. *C. de injuriis.* quin ipſa querela inofficioſi teſtamenti, non triginta annis, ſed quinquennio circumſcribitur. idem putemus de actione ad ſupplementum legitimæ competente: quæ querelæ ſurrogata, procul dubio ejus ſapit naturam: ſicut de actione furti manifeſti dictum *pr. Inſt. de perpet. & temp. act.* mitto argumenta: certo jure ex Conſtitutione Juſtiniani in *l.* 34. *C. h. t.* in fine: ubi ſequentia extant verba. *Et ſi non heres apertiſſimis probationibus oſtenderit ingratum patrem nepotis circa teſtatorem fuiſſe; teſtamento remoto, ab inteſtato eum vocari, niſi certa quantitas patri ejus minor parte legitima relicta eſt: tunc etenim ſecundum novellam noſtri numinis Conſtitutionem, repletio quartæ partis nepoti ſupereſt, ſi qua patri ejus competebat, ut perfruatur noſtro beneficio a vetuſtate quidem neglectus, a noſtro autem vigore recreatus, niſi pater adhuc ſuperſtes vel repudiavit querelam, vel quinquennio tacuit, ſcilicet poſt aditam hereditatem.* Sic Juſtinianus. nec velim quem confundi verbo, *querelæ*, quo utitur Imperator: cum eo verbo vel actio ad ſupplementum, niſi cavillamur, manifeſte ſignificetur: ſicut in *l.* 35. §. 2. mox ſequente.

Fere oblitus eram, quod querela, exemplo actionis injuriarum, etiam exheredati morte finitur; ſi deceſſerit, querela ante non præparata: imo præparata, modo mutata deinde voluntate decedat. nam tum non dari de inofficioſo querelam, auctor eſt Papinianus *l.* 15. §. 1. *h. t.* cauſatus, non ſufficere, litem inſtituere, ſi non in ea perſeveret. quomodo autem præparetur querela, ſatis apparet ex *l.* 6. §. 2. & *l.* 7. *h. t.* Juſtinianus tamen in exheredati filio quid ſingulare conſtituit *l.* 34. *C. h. t.* nam voluit, huic querelam etiam competere, etſi a patre non ſit præparata.

Præterea ait Ulpianus *l.* 8. §. 5. *h. t.* querelam etiam in pupillari ſubſtitutione ceſſare. pone: pater filio impuberi pupillariter ſubſtituit, præterita ejus matre & fratre ſuo. Ulpianus, mater, inquit, non dicet inofficioſum: quia pater ei fecit: id eſt, quia non pupillus ipſe fecit, ſed ejus pater. certe patris judicio eſt facta pupillaris ſubſtitutio. ita eſt patris, non filii, teſtamentum: & poteſt quidem mater queri de judicio filii, ſed uxor non poteſt queri de judicio mariti. An tamen inofficioſum dicet patris frater? Et hoc negat Ulpianus: nimirum, quia non eſt patris, ſed filii, teſtamentum, & quamquam fratri fas ſit queri de inofficioſo fratris teſtamento, non tamen patruo competit querela adverſus teſtamentum filii fratris. De fratre impuberis quid dicemus? finge, eſſe a patre exheredatum tam in primis, quam in ſecundis, tabulis. fuerit ratio dubitandi: quod impuberis frater poteſt de utroque queri, id eſt, tam de patre, quam de fratre, ab utroque exheredatus. Negat tamen Ulpianus *d.* §. 5. *l.* 8. vel eum dicturum inofficioſum; ſi patris non dixit. videlicet, quia fratri non eſt jus queri de fratris impuberis teſtamento, etſi poſſit queri de teſtamento fratris puberis: nam ut fingatur eſſe impuberis teſtamentum, tamen profectum eſt a judicio patris; atque ut poſſit eum inſaniæ accuſare ab eo exheredatus: non ob id poterit inſanum dicere fratrem qui per ſe non eſt teſtatus. Rurſus non prodeſt ei ad querelam, quod filius poteſt queri de injuria patris: quia ut dixi, in pupillari ſubſtitutione non putatur eſſe patris, ſed fratris,

teſta-

teſtamentum? Quid tandem? licet ei, inofficioſum dicere patris teſtamentum quo temere ſit exheredatus: ac, ſi in eo obtentum eſt; ne pupillare quidem valebit *d. l.* 8. §. 5. ſcilicet, quia hoc eſt pars & ſequela paterni teſtamenti §. 5. *Inſt. de pupill. ſubſt.* Niſi ſi pro parte reſciſſum eſt: tum enim adhuc valere pupillare, Ulpianus ait *d.* §. 5. *l.* 8. opinor, quia verum eſt, ſubſiſtere quod pro parte ſubſiſtit, etſi non in totum.

Poſtremo ceſſat querela in teſtamento militis: ſive ſit paterfamilias, ſive filiusfamilias, ſive id fecerit jure militari, ſive jure communi *l.* 9. *l.* 24. *C. h. t.* in tantum vero id placet: ut Ulpianus *l.* 27. §. 2. *h. t.* ſcribat, de inofficioſo teſtamento militis dicere nec militem poſſe: id eſt, non magis militem, quam paganum. Valet autem hoc privilegium, quamdiu eſt miles; imo etiam poſt miſſionem intra annum *l.* 8. §. 4. *h. t.* Inde Papinianus apud Ulpianum *d. l.* 8. §. 3. ſcribit, contra veterani patrisfamilias teſtamentum quod fecit jure communi, eſſe inofficioſi querelam, etſi ea ſola bona habuit quæ in caſtris quæſierat. Prudenter ponit veteranum patremfamilias: nam hujus non peculium, ſed bona, dicimus: ut bene Græci *lib.* 39. *Baſilic. tit.* 1. *p.* 235. *tom.* 5. quod ſi filiusfamilias veteranus ſit de caſtrenſi peculio teſtatus, quamquam jure communi, adverſus id ceſſare querelam, certus auctor eſt Juſtinianus *l. ult. C. h. t.* idemque ſtatuit ibi jam generaliter, cum olim non ita eſſet, in omni peculio quaſi caſtrenſi: donec filiusfamilias cujus talia ſint peculia, fiat paterfamilias: quia inde deſinunt eſſe peculia. Video ambigi, an hæc mutata ſint a Juſtiniano *Novell.* 115. *c.* 4. Mihi lubet, pedibus ire in ſententiam Viglii, V. Cl. *ad pr. Inſt. de milit. teſtam. n.* 12. exiſtimantis, eſſe mutationem factam, ſi teſtamentum de peculio caſtrenſi aut quaſi caſtrenſi ſit communi jure factum: non ſi factum ſit ex privilegio militari. Novella ſane de privilegio non loquitur: tantum dicit, non licere liberis, parentes ſuos exheredare aut præterire in rebus propriis, in quibus habent teſtandi licentiam: eoque videtur velle, liberorum teſtamenta, cum de caſtrenſi aut quaſi caſtrenſi peculio teſtantur, deinceps ſubjacere querelæ inofficioſi: & hactenus corrigi veteres leges, in quibus contrarium erat permiſſum. De militaribus autem filiorum teſtamentis quæ ex privilegio militari fiebant, verbum non addit. ad hæc igitur reſpicere Imperatorem, non eſt, ut putem. ad liberos autem emancipatos reſtringere ejus mentem, minus auſim.

Una reſtat dubitatio hic minime negligenda: an alicui conceſſa ab Imperatore libera teſtandi facultate, ſub ea aut ſimili formula conceſſa intelligatur libera a querela inofficioſi teſtamenti, itemque a ſolemnibus alioquin jure civili neceſſariis? pone: Conſtantinus, approbata confirmataque pridem Chriſtiana Eccleſia, ante habita Collegium illicitum ac ſuperſtitioſum, publice jubet in *l.* 1. *C. de ſacroſanct. eccleſ.* (nam eſt lex ad Populum) unumquemque habere licentiam ſanctiſſimo illi venerabilique Concilio decedentem bonorum quod optaverit, id eſt, ex bonis quidquid velit, ſine exceptione relinquere; & non eſſe caſſa judicia ejus. plus ait, nihil eſſe, quod magis hominibus debeatur, quam ut ſupremæ voluntati, poſtquam jam aliud velle non poſſunt, liber ſit ſtylus, & licitum quod iterum non redit arbitrium. Quid dicimus? Sanctiſſimo Catholico, Venerabilique Concilio, etſi legibus jam probato & licito, tamen ne quæ ſupereſſet dubitatio, paſſivam concedi teſtamenti factionem: ipſam pleno honore; ſed ordinariam, ac legitimam: non aliam. Sic puto. quo auctore? Juſtiniano: cujus in *l.* 35. *C. h. t.* hæc ſunt verba: *Si quando talis conceſſio Imperialis proceſſerit, per quam* libera teſtamenti factio *conceditur, nihil aliud videri Principem concedere, niſi ut habeat legitimam & conſuetam teſtamenti factionem: neque enim credendum eſt, Romanum Principem qui jura tuetur,* hujuſmodi verbo (id eſt, hujusmodi formula: ita obtinui *lib.* 2. *Obſerv. c.* 9.) *totam obſervationem teſtamentorum multis vigiliis excogitatam atque inventam velle everti.* Tenes ſenſum *d. l.* 1. olim pleriſque obſcuræ & modeſtæ: ſed ſic evidentis induſtria præſertim Jacobi Gothofredi V. Cl. ad *l.* 4. *tit.* 2. *lib.* 16. *Cod. Theod.* unde deſcripta eſt *d. l.* 1. Aggreſſus hanc etiam ſuo modo eſt Gulielmus Fornerius *lib.* 1. *Select. c.* 28. ſed omnibus præſtat ille Gothofredi.

TITULUS III.

De hereditatis petitione.

Explevi, ut ſpero, ſuperiore Titulo exſpectationem nobilium juvenum quibus ſit ſtudium, intelligere naturam petitionis hereditatis, delatæ ex cauſa de inofficioſo. hoc experiar, quid valeam in petitione hereditatis, alia ex cauſa adquiſitæ. Eſt vero vel hæc in rem actio; atque ad univerſitatem intendens; ideoque hereditatem vindicare dicitur *l.* 8. *h. t.* poniturque in ordine actionum in rem, & in Rubrica petitio appellatur proprio nomine actionum in rem. *l.* 178. §. 2. *D. de verb. ſignif.* Hac ratione propoſitum etiam, puto, a Prætore fuit Edictum in hæc verba: *Si quis hereditatem ſuam eſſe petet, ei adverſus eum qui hereditatem pro herede prove poſſeſſore poſſidebit, judicium dabo, ut reſtituatur.* Aliquis petat, addi ſequentia verba: *Item, ſi quid in ea damni datum factumve erit, ſive quid eo nomine aut aberit alicui, aut ad eum pervenerit, ut præſtetur.* Nec inficior, tali adjectione fieri mixtam actionem, tam in perſonam, quam in rem: qualem eſſe petitionem hereditatis, in ſequentibus apparebit. Sed malui hanc omittere: arbitratus, petitionem hereditatis poteſtate hujus Edicti non fuiſſe actionem in perſonam, ſed in rem; ſicut etiam in ordine talium actionum hoc loco poni, modo monui: & eſt verius, demum mixtam eſſe factam auctoritate Juriſconſultorum, in Fori diſputatione interpretantium Senatusconſultum, ab Ulpiano proditum in *l.* 20. §. 6. *d. t.*

Ut ut erit: expliciturus hoc Edictum, primum quæram: quando competat hereditatis petitio: deinde cui: tum adverſus quem: dehinc quid in eam veniat: poſtremo quod in ea ſit Judicis officium. Primus locus erit, quando competat petitio hereditatis. huc vero ducunt prima Edicti verba, *Si quis hereditatem ſuam eſſe petet.* deſumpta illa ex Rubrica, item ex *l.* 1. *D. Si pars hered. petat. & l.* 10. §. 1. *D. h. t.* Secundum hæc obtinet hereditatis petitio, non ſi hæc aut illa petatur res hereditaria: ſed ſi hereditas petatur. Eſt autem hereditas, (auctore Gajo *l.* 24. *D. de verb. ſignif.* quam ad hoc Edictum ſpectare indicat Inſcriptio, præferens Gaji lib. 6. Ad Edictum provinciale: ex quo ſunt *l.* 1. 3. 15. 17. *&* 41. *h. t.*) ſucceſſio in univerſum jus quod defunctus habuit. Eſſe vero id jus incorporale, ideoque tangi non poſſe, idem docet Gajus *l.* 1. §. 1. *D. de rer. diviſ.* nec ad rem pertinere, quod in ea res corporales conti-

tinentur. imo Papinianus confirmat, hereditatem etiam fine ullo corpore habere juris intellectum *l.* 50. *D. h. t.* Africanus eam inquit demonftrare univerfitatem quamdam ac jus fucceffionis, & non fingulares res *l.* 208. *D. de verb. fignif.* His confequenter ait Pomponius, eo verbo etiam damnofam hereditatem contineri: & caufatur, quod eft juris nomen *l.* 119. *D. d. t.* Ut vero fucceffione in defuncti locum adquiritur; ita nil mirum, fucceffionem a Gajo dici in *d. l.* 24. & Juliano *l.* 62. *D. de reg. jur.* quæ eft ex Juliani lib. 6. Digeftorum, & fimiliter ad hujus Edicti intellectum pertinet: monftrante *l.* 16. §. 2. *&* *l.* 31. aliisque hujus Tituli locis, eum Juliani librum citantibus. Aliquem moretur: quod fuccedere & fucceffio proprie eft heredis. at hereditas eft jus fucceffione adquifitum *l.* 3. *pr. &* §. 1. *D. de bonor. poff.* Sed putemus, cum hereditas a Gajo & Juliano fucceffio appellatur; non effe aliam loquendi formam, quam cum fervitus a Florentino dicitur *conftitutio* juris gentium *l.* 4. *D. de ftat. homin.* pro eo quod eft jure gentium conftitutum. & thefaurus a Paulo definitur vetus quædam *depofitio* pecuniæ *l.* 31. §. 1. *D. de adq. rer. domin.* pro pecunia antiquitus depofita. Expofui, quando competat hereditatis petitio.

Sequens tractatus erit, cui competat. Et huic ferviunt Edicti verba: hereditatis petitionem ei qui illam fuam effe petet, promittentia: plane accommodate ad naturam actionis in rem, dominio aut jure in re, fubnixæ. Quam autem hereditatem poffimus noftram dicere, facile colligitur ex *l.* 1. 2. 3. *D. h. t.* Summa eft, primum delatam effe oportere, & deinde quæfitam. Defertur autem vel ex teftamento, vel ex lege ab inteftato. Cum teftamentum dico, intelligo jure factum a patrefamilias Lege Duodecim Tabularum, aut a milite five patrefamilias five filiofamilias ex Conftitutionibus. Ab inteftato defertur hereditas aut vetere jure aut novo. vetere ex Lege Duodecim Tabularum fuis & agnatis & gentilibus proximis, item patronis & patronorum liberis. novo ex Senatusconfultis, ut Orphitiano & Tertulliano. Sic delata hereditas adquiritur vel ipfo jure vel facto. ipfo jure adquiritur neceffariis, item fuis & neceffariis: his quidem cum effectu immixtione hereditatis, jure Prætorio recepta. facto extraneis adquiritur aditione vel geftione pro herede. utroque modo vel per nos, vel per alios. per nos; fi noftro nomine adeamus hereditatem, prove herede geramus. per alios, ut per liberos aut fervos quos in poteftate habemus; fi heredes inftituti hereditatem adierint juffu noftro. fed & fi fucceffimus heredi alterius; ejus hereditas ad nos pertinet; certo, heredis appellationem ad heredis heredem & deinceps pertinere *l.* 65. *D. de verb. fignif. & l. ult. C. de heredib. inftit.* Sed apparet, hereditatis petitionem dari ei qui poteft dicere, hereditatem fuam effe, five ex teftamento, five ex lege ab inteftato: modo ille qui eft heres legitimus, ab herede fcripto ex teftamento non acceperit legatum. imo & fi acceperit ignarus, ruptum aut irritum effe; deindeque intellecto errore, ab inteftato petat hereditatem; paratus, legatum reddere: ea lege, ut ei caveatur, fi contra eum de hereditate judicatum fuerit, reddi ei legatum *l.* 43. *D. h. t.* Eodem modo Paulus *l.* 8. negat legitimam hereditatem vindicare prohiberi eum qui cum ignorabat vires teftamenti, judicium defuncti fequutus eft: petita, fic opinor, a Prætore in integrum reftitutione.

Ordo quem mihi propofui, poftulat porro tradi, adverfus quem danda fit hereditatis petitio. pollicetur autem hanc Prætor, *adverfus eum qui hereditatem poffidet pro herede, prove poffeffore.* Sic concepi Edictum: & juvat conjecturam cum definitio hinc profecta *l.* 9. 10. 11. 12. *&* 13. *D. h. t.* tum natura actionis in rem: quæ fubnixa jure in re, eam fequitur, in cujuscumque manum devenerit: an etiam adverfus alium? ne puta §. 1. *Inft. de action.* ut ut jactet, ac clamet, fe heredem effe: Prætore non de nomine, fed de effectu, follicito. Et ita eft: Prætor non idcirco propofuit hereditatis petitionem; ut de folo heredis nomine inter fe duo contenderent: fed ut hereditas de qua illis lis effet, probanti fuam effe Judicis officio a poffeffore reftitueretur. Videndum igitur, quid fit, hereditatem poffidere pro herede, prove poffeffore. Eft autem poffidere, rem tenere cum animo fibi habendi; five fine, five cum opinione, dominii: altero cafu civilis, altero naturalis, poffeffio appellatur. quod fi quis non habeat animum fibi habendi: fed detentione fua præbendi alterius poffeffioni minifterium: is dicitur quidem tenere, & in poffeffione effe; fed poffidere non dicitur. In propofito tamen placuit, fub appellatione poffefforis, etfi refiftente fubtilitate verbi, etiam detentorem contineri: quia æque ac poffeffor habet reftituendæ rei facultatem. exemplum in *l.* 36. *D. h. t.* Illud videamus, quo fenfu hereditas poffideri dicatur: quippe res incorporalis, folo conftans intellectu, ac natura tangi, teneri, aut poffideri, inidonea. Ego vero cenfeo, hereditatem poffideri; cum res hereditaria vel jus hereditarium poffidetur pro herede, prove poffeffore. præit Ulpianus *l.* 9. *h. t.* opinor, ex Edicti fententia: etfi enim Prætor loquatur de hereditate, ipfaque diftet a rebus hereditariis, tamen cum omnis ejus vis, honor, utilitasque, pendeat a rebus hereditariis, ipfaque adquiratur animo, qualiscumque res pro hereditaria attingatur, etiam ubi non eft talis; cedo, an poteft fieri, ut rem aut jus hereditarium pro herede prove poffeffore poffidens, non videatur animo totam complecti hereditatem, natura fua individuam, nec pro parte adquiri aut retineri folitam. Jam vice verfa, is qui hereditatem petit, fuam actionem magis metitur ex jure fuo, quam ex eo quod poffeffor occupavit. nec minus totam vindicabit hereditatem; licet tu unam rem poffideas, ut ut minimam *l.* 10. *pr. D. h. t.* adeo nec mihi impero: ne in *d. l.* 10. §. 1. omni modo probem hanc Gaji illationem. *Itaque qui ex affe heres eft, intendit quidem hereditatem fuam effe: fed hoc folum ei officio Judicis reftituitur, quod adverfarius poffidet.* videlicet, quia id ex hereditate reftitui folum poteft.

Adhuc quæris, quid in Edicto fit, hereditatem pro herede, prove poffeffore poffidere? Vix opus adfcribi, quod liquet ultro, hereditatem pro herede poffidere qui eam poffidet tamquam heres: & pro poffeffore, qui eam poffidet tamquam poffeffor. id enim denunciare voculam, *pro*, alibi oftendi. Inde apud Ulpianum *l.* 11. *D. h. t.* Pro herede poffidere dicitur, non qui eft heres, fed qui putat, fe heredem effe, cum non eft, aut jure non habetur, heres. nimirum, hereditatis petitio, quia heredi datur, non poteft dari adverfus heredem, tamquam heredem. Jam ficut pro herede poffidere dicitur, qui putat fe effe heredem, cum non fit: ita qui fcit, fe non effe heredem, & tamen per mendacium dicit, fe effe, dicitur pro herede poffidere *d. l.* 11. nulla hac in parte differentia, utrum bona, an mala, fide poffideat. Pro poffeffore poffidere dicitur prædo: qui interrogatus, cur poffideat, refponfurus fit, quia poffideo; nec contendit, fe heredem effe vel per mendacium; nec poffit ullam caufam dicere, &

ideo & fur & raptor ex sententia Ulpiani petitione hereditatis tenentur *d. l.* 11. §. 1. *&* *l.* 12. *&* 13. Addit Ulpianus §. 1. *d. l.* 13. omnibus etiam Titulis hunc pro possessore hærere, & quasi injunctum esse. Vere: si de vitiosis Titulis exaudiatur: quorum etiam in *d.* §. 1. complura adfert exempla. sed ero hoc uno contentus: Si quis dicat, se pro emptore possidere quod a furioso emit sciens. quid enim interest, utrum nullum alleget titulum, an talem qui pro nullo habeatur ipso jure? sed manifesto, nullam esse furiosi venditionem, idem est, possessore hanc allegante, ac si dicat: Scio, furiosum a quo emi, non habere vendendi facultatem, eoque me nullo jure possidere: interim volo, id possidere ideo, quia volo possidere.

Hoc: si titulus sit injustus. quid si justus sit? jam cessat hereditatis petitio *l.* 11. *C. b. t. l.* 4. *C. In quib. caus. cess. long. temp. præscript.* eo quod singularem allegans titulum, ipsum justum, cum herede non de hereditate contendit titulo pro herede aut pro possessore, quo uno casu locus est petitioni hereditatis: sed ei movet litem de dominio ex causa emptionis adquisito; ideoque rei vindicatione conveniendus. nam ut non sit dominus, tamen non est deteriore conditione, quam heres: qui eo quod hereditatem suam esse dicit, non idcirco obtinet, se esse dominum singularum rerum hereditatis. in pari autem causa potior est conditio possidentis, quam ejus qui non possidet. Sed profecto interest inter rei vindicationem & hereditatis petitionem. illa obtinet quocumque titulo res possideatur. ista solum valet adversus eum qui pro herede aut pro possessore, id est, sine causa, possidet. nec fuerit iniquum, heredem verum præferri falso, quamvis dicenti, se pro herede aut pro possessore possidere. proinde putarunt quidem Veteres, in rei vindicatione, ubi non interest petitoris, qua ex causa possideatur, incivile esse, possessorem cogi, dicere titulum suæ possessionis; sed in petitione hereditatis non esse ita: nam in ea interesse petitoris, ne frustra experiatur, ante ex reo intelligere, utrum pro herede, an pro possessore, aliterve possideat *d. l.* 11. *C. b. t.*

Satis, ut opinor, est demonstratum, hereditatis petitionem a Prætore promitti adversus eum qui hereditatem pro herede, prove possessore possidet. Porro oblivisci non debui, etiam esse qui ut proprie non possideant pro herede, prove possessore; illis tamen non absimiles habentur. qua ratione cessat quidem adversus eos ex Edicti verbis directa hereditatis petitio: sed ex ejus mente & sententia datur utilis. sit ex *l.* 11. *D. b. t.* exemplum in bonorum possessore. is jure civili non est heres, sed jure Prætorio instar heredis habetur. Aliud exemplum in *l.* 13. §. 6. in fideicommissario: nam nec ille est jure civili heres, etsi restituta ex fideicommisso hereditate, propter auctoritatem Senatusconsulti Trebelliani, a Prætore heredis loco habetur. Præter hæc occurrit in *l.* 46. *b. t.* ex Modestino exemplum in eo, cui tamquam indigno hereditas a fisco aufertur. Verba sunt: *Prædonis loco intelligendus est is, qui tacitam fidem interposuerit, ut non capienti restitueret hereditatem.* Erat quidem hic verus heres *l.* 43. §. 3. *D. de vulg. & pupil. substit.* sed adversus fiscum, ei hereditatem tamquam indigno auferentem, non habetur heres; etsi alias heres esse non desinat. Intelligitur ergo, ut Modestinus ait, in hac actione prædo; si sciat, agente fisco. De emptore hereditatis quæritur in *d. l.* 13. §. 4. *& seqq. D. & l.* 2. *C. b. t.* multisque quæstionem examinant Faber in *Rationalib.* Cujacius *lib.* 9. *Observ. c.* 25. alii. sed tu adde sis Wissenbach *ad lib.* 5. *Pand. Disp.* 17. *th.* 17.

Multa dixi, restant aliqua: nam ut maxime Prætor petitionem hereditatis adversus possessorem promiserit: tamen monet Ulpianus *l.* 13. §. 13. *D. b. t.* hereditatem interdum peti quoque ab eo qui nihil possidet. pone: aliquis, cum nihil possideret, se obtulit petitioni: ait Ulpianus, sic Celsum scribere lib. 4. Digestorum; & præfari, quod dolo facit qui se petitioni offert: eamque sententiam a Marcello generaliter probari apud Julianum: putare enim, omnem se petitioni offerentem, quasi possidentem, teneri. Cæterum hoc ipse temperat Celsus *l.* 45. *d. t.* quam ex ejus libro 4. Digestorum esse, ex Inscriptione intelligitur. Verba Celsi: *Qui se liti obtulit, cum rem non possideret, condemnatur: nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere, actorem ab initio litis scire, eum non possidere: quippe isto modo non est deceptus. & qui se hereditatis petitioni obtulit, ex doli clausula tenetur: æstimari scilicet oportebit, quanti ejus interfuit, non decipi.*

Superiori casui Ulpianus *d. l.* 13. §. 14. addit sequentem: si quis fecerit dolo malo, quo minus possideret. sed is interpretatione Senatusconsulti (quod est in *l.* 20. §. 6. *b. t.*) pro possessore habetur: cum ante non esset ita: sicut nec in rei singularis vindicatione; ad quam ea interpretatio ex hoc Senatusconsulto quoque devenit; teste Paulo *l.* 27 §. 3. *D. de rei vindic.* Postquam tamen hoc obtinuit in petitione hereditatis; apparet, jam duos ea teneri actione: unum qui possidet: alterum qui dolo malo desiit possidere: ac si per plures ambulaverit possessio, omnes teneri *l.* 25. § 8. *D. b. t.* possessorem quidem ad restitutionem, alterum vero ad æstimationem. inde quæri, Ulpianus ait *d. l.* 13. §. 14. quid sit: si alius nanctus possessionem quam ego dolo malo amiserim, paratus sit judicium pati. Marcellum enim tractare, ne forte adversus possessorem qui desiit possidere, evanescat litis æstimatio. sed putare, magis evanescere: nisi paciscentis intersit. certe, si paratus sit rem restituere, indubitatum esse, evanescere. postremo addit Ulpianus, quod is qui dolo desiit possidere, si ante conveniatur, non liberabit eum qui possidet. Sic ille. summa est, interesse, uter prius conveniatur petitione hereditatis: nam petitorem prius agentem cum eo qui dolo desiit possidere, deinde adhuc posse cum possessore experiri: sed vice versa, nisi ejus intersit, non posse. & est ratio hujus discriminis: quia id in quod condemnatur is qui dolo malo desiit possidere, magis est pœna doli, quam æstimatio rei petitæ: eoque superest petitori actio qua rem persequatur. at damnato eo qui rem possidet, restituitur actori aut res aut litis æstimatio, ideoque evanescit actio; nec est æquum, eum qui aut rem aut ejus æstimationem accepit, id est, ad suum pervenit, adhuc suum petere. recte igitur liberatur is qui dolo malo possidere desiit. ita clare Papinianus *l.* 95. §. 9. *D. de solutionibus.*

Reliquum est, ut de officio Judicis disputemus. cum vero Prætor affirmanti hereditatem suam esse ejus petitionem promiserit adversus eum qui eam pro herede vel pro possessore possidet: consequens est naturæ actionis in rem, ad duo recidere Judicis officium. primum, ut cognoscat, an petitor probaverit, hereditatem suam esse: deinde, an reus rem aliquam hereditariam, vel jus aliquod hereditarium, pro herede vel pro possessore possideat. ac si utrumque sibi liquere opinetur: declaret, hereditatem petitoris videri; & jubeat, quod ex ea apud possessorem sit, ab eo petitori restitui. Hoc quidem ex Edicto: ex quo hereditatis petitio est, ut dixi, in rem actio. sed opportune monet Ulpianus *l.* 25. §. 18. *D. b. t.* Pe-

Petitionem hereditatis, etsi in rem actio sit, habere tamen præstationes quasdam personales: ut puta, eorum quæ a debitoribus sunt exacta; item pretiorum. Ea observatio huc redit: quod hereditatis petitio, ejus naturam ad Edictum exigentibus, mera est in rem actio, ideoque constat dumtaxat rebus hereditariis: sed obtinuit, eam etiam in personam esse. ita factum, ut non tantum rebus, sed etiam præstationibus personalibus, censeretur. Hæc vero forma ei non obvenit Prætoris Edicto, sed a Prudentibus Fori disputatione accommodata est ex mente Senatusconsulti, ab Ulpiano proditi *l.* 20. §. *6. D. h. t.* Non opus verbis: quod dixi, liquet manifeste cum ex *d. l.* 20. §. 6. tum ex *l.* 27. §. 3. *D. de rei vindic.* quid si ab eadem causa fuit a Veteribus dubitatum: an hereditatis petitionem, ex quo tempore etiam in personam actio haberi cœpit, pro bonæ fidei actione accipi oporteret: idque magis placuit. Imp. certe Justinianus sic decrevit §. 28. *Inst. de actionibus, & l. ult.* §. *ult. C. h. t.*

Sed quid est? postquam invaluit Fori disputatione, petitionem hereditatis esse actionem mixtam tam in rem, quam in personam, non abs re erit, ut in illa integrum intelligatur Judicis officium, cum de rebus hereditariis, tum de præstationibus personalibus, paulo diligentius tractare ex recepta in persona & petitoris & possessoris natura actionis bonæ fidei.

Prorsus sic agam. Ait igitur Ulpianus *l.* 18. §. *ult. D. h. t.* placuisse, in hoc judicium venire universas res hereditarias, sive jura, sive corpora sint. primum attingit corpora hereditaria. Paulus *l.* 19. plus addit, & non hereditaria: quorum tamen periculum ad heredem pertinet. Lubet de utrisque disserere. initio facto ab hereditariis: quia continentur appellatione petitæ hereditatis. talia sunt quæ in defuncti bonis fuere: ut si fuerit eorum, cum viveret, dominus; etsi aliis jam ab eo sint pignori obligata *l.* 54. §. 1. *D. h. t.* non mutato hoc modo dominio. Idem dicendum de his quæ non quidem in dominio, sed in jure, fuere: nam & illa in bonis sunt *l.* 49. *D. de verb. signif.* fac, bona fide esse possessa ex causa justa, cum enim ex ea detur actio Publiciana, Modestino etiam in bonis videntur *l.* 52. *D. de adquir. rer. domin.* ideoque Paulo *d. l.* 19. recte hereditaria dicuntur. In eodem numero idem Paulus *d. l.* ponit res defuncto obligatas pignori: cum earum nomine competat hypothecaria in rem actio. Sed Modestinus *d. l.* 52. ait, in bonis præterea esse in quibus possessor habet retentionem: petitionem non habet. exemplum in *d. l.* 19. §. 2 si defunctus, cum rem sine causa possideret, conditione delata, juraverit, rem non esse petitoris. accepit enim non actionem, sed exceptionem: quia jurans, rem non esse petitoris, non utique juravit, rem suam esse. habuit igitur defunctus ex jurejurando retentionem, actionem non habuit: & in hoc defuncti jus successit heres: nec fuerit absurdum, tales res hactenus fieri hereditarias; ut heredi liceat, eas hereditatis petitione persequi adversus eum qui eas non aliter, quam pro herede aut pro possessore, id est, nullo jure, possidet. Præter hereditaria corpora dixit Paulus *d. l.* 19. in hereditatis petitionem etiam venire non hereditaria: & talia esse, quorum periculum ad heredem pertinet: ac ne quæstioni deessent exempla; nominat res pignori datas defuncto, item commodatas, depositasve. quamquam distinctius agentibus, potest esse differentia. nam commodatæ quidem & depositæ res defuncti numquam fuerunt; ideoque proprie non sunt hereditariæ *l.* 5. §. 10. *D. Ut in possess. legat.* rei vero pignori datæ jam defuncto fuit petitio; quid ni igitur proprie hereditaria sit, & hereditatis petitione contineatur? sicut illæ quarum Publiciana competit. sed licet earum quæ commodatæ vel depositæ sunt, nulla facile sit actio, quia tamen earum periculum ad nos pertinet: æquum adhuc est, eas restitui *d. l.* 19.

Veniunt igitur in hereditatis petitionem quæ fuerunt mortis tempore. at non sola. verum augmenta quoque, si quæ postea hereditati accesserunt. sic Ulpianus *l.* 20. §. 3. *h. t.* causatus, hereditatem, ut est universitas, & augmentum recipere & deminutionem. addit *l.* 16. §. 1. etiam admittere surrogationem pretii in locum rei, & vice versa rei in locum pretii *l.* 18. *D. Quod met. caus.* Et ita est; is qui pretia rerum hereditariarum possidet, petitione hereditatis tenetur. Et est ratio quam ex Oratione D. Hadriani suppeditat Paulus *l.* 22. *D. h. t.* quod potest existimari, pretium successisse in locum hereditariæ rei venditæ, & quodammodo ipsum hereditarium factum videri. Ulpianus *d. l.* 16. §. 1. pretio rerum venditarum comparat pecuniam a debitore hereditario exactam; & addit §. 2. Julianum inde interpretatum, etiam ab eo qui hereditatem petiit, & litis æstimationem consecutus est, hereditatem peti posse: quippe cum vel illa res habere speciem venditionis reputetur *l.* 7. §. 1. *D. de Public. in rem act. l.* 3. *D. Pro empt.*

Superioribus accenset Ulpianus *l.* 20. *d. t.* res hereditatis causa comparatas: confessus, eas tamquam hereditarias, in hanc actionem venire: nec referre, utrum sint comparatæ ex hereditaria, an alia, pecunia: modo sint hereditatis causa comparatæ: id est, hoc animo, ut quod hereditati emit possessor, hereditati adquirat. hunc vero in finem esse duo necessaria: unum, ut possessor emat in usum hereditatis: alterum, ut hereditatis intersit emi *l.* 20. *pr. &* §. 1. *d. t.*

Similis observatio est circa fructus ex rebus hereditariis perceptos, sive ante, sive post, aditam hereditatem: utrique enim augent hereditatem *l.* 20. §. 3. *h. t.* Fructus autem censentur rei obventiones reditusque omnes, sive sponte nati beneficio naturæ, sive hominis industria producti. Res certa in fructibus arborum fundorumque, & in fœtu pecorum. *d. l.* 20. §. 3. *& l.* 25. §. *ult. h. t.* an etiam in partu ancillæ? quid ni? nam & hic, quamvis proprie non sit fructus: in hac actione a fructu non separatur: quippe hereditatem augens non minus, quam fœtus pecorum, & e re æque nascens *l.* 27. *D. h. t.* Idem dicam de usuris; postquam placuit, eas habere vicem fructuum; nec minus in pensionibus locatorum prædiorum urbanorum; licet a lupanario perceptis: nam & in multorum honestorum virorum prædiis lupanaria exercentur. ex eodem genere sunt mercedes a colonis acceptæ. nam vel illæ sunt fructuum loco. operæ quoque servorum in eadem sunt causa qua pensiones. item vecturæ navium, & jumentorum. omnia hæc, si testimonium petas, sic conjunctim tradita ab Ulpiano *d. l.* 25. §. *ult. l.* 27. *l.* 29. *D. h. t. & l.* 34. *D. de usuris.* monstrante omnium Inscriptione ex lib. 15. Ulpiani Ad Edictum. Nec silebo quidem, quod in *l.* 28. ex Paulo interjicitur, (facit enim ad clariorem intellectum) post Senatusconsultum de petitione hereditatis factum, esse tam bonæ fidei possessori, quam prædoni, auferendum lucrum omne: usque adeo, ut Hermogenianus *l.* 52. *h. t.* scribat, possessorem, si ex hereditate inhonestos habuerit quæstus, etiam cogi, eos restituere: ne honesta interpretatio non honesto quæstui lucrum possessori faciat.

A corporibus hereditariis transeo ad jura hereditaria: nam vel illa in hanc actionem venire, Ulpianus auctor est *l.* 18. §. *ult. h. t.* talia autem sunt debita hereditaria, actionesque defuncto ad ea consequenda comparatæ: hereditatis enim esse, eoque heredis adita hereditate fieri, quis dubitet? cum hereditas sit successio in universum jus defuncti, atque ipsa possit a debitore hereditario, quasi a juris possessore peti *l.* 13. §. *ult. l.* 42. *D. h. t.* maxime, si a defuncto cœpit: imo & si postea hereditati sit adquisitum: ut ex contractu, vel quasi ex contractu, item ex delicto vel quasi ex delicto fieri potest *l.* 14. *&* 15. *h. t.* tam enim hæc, quam illa, actio ad debiti persecutionem pertinens, hereditaria est. Atque his si constet, ut oportet, auctoritas: valde probandum hoc Ulpiani *l.* 20. §. 4. *D. h. t.* dicentis, omnes hereditarias actiones in hereditatis petitionem venire. Utrum cum sua natura, an contra? pone: actio inficiatione crescit, ut fit in lege Aquilia: utrum cum suo venit incremento, an in simplum? Hoc mavult Ulpianus: sine dubio quod petitio hereditatis originem non a delicto ducit, exemplo actionis legis Aquiliæ, ex debitoris inficiatione crescentis: sed est actio in rem, heredi competens adversus possessorem debiti, tamquam juris hereditarii; ut quantum ex hoc apud eum est, tantum heredi restituatur. Ab eodem fonte scribit Ulpianus *l.* 16. *D. h. t.* obscurius quidem: sed in hunc sensum: Quod si in diem debitor idcirco conventus petitione hereditatis, quia se heredem esse dicit, etsi ante, quam dies veniat, non possit speciali actione ex obligatione conveniri: tamen hereditatis petitione recte convenitur: sed non tamquam debitor, verum tamquam possessor debiti hereditarii cujus dies jam cessit, licet nondum venerit. quo effectu? nempe, ut debitor, die veniente ante rem judicatam, tamquam possessor juris hereditarii, teneatur petitori restituere debitum cujus jam venit dies: quia hoc ex hereditate apud eum est. ac si dies ante rem judicatam non venit: heredi teneatur cavere se, ubi dies venerit, restiturum debitum. atqui heredi sic a debitore non restituitur possessio debiti seu juris. sed temperamento intelligitur restitui; eo quod heres, die veniente, sic fit de debito & jure suo non minus certus, quam si ejus possessio ei naturaliter restituta esset. Hoc, si debitor sit in diem. idem est, si debeat sub conditione, & hac actione conveniatur tamquam possessor. Nescio, an sim inventurus fidem; addens, etiam actionem quæ numquam hereditaria fuit, hac actione peti, tamquam hereditariam. & tamen est ita, quoties actio possessori pro herede, prove possessore ex re hereditaria obvenit. extant complura exempla in *l.* 16. §. 4. 5. 7. *D. h. t.* sed utar uno. Ecce, possessor vendidit rem hereditariam. is inde habet actionem venditi adversus emptorem ad pretium nondum solutum. ea actio numquam fuit defuncti, nec magis hereditatis: nata videlicet ex contractu possessoris, etsi de re hereditaria. non igitur est hereditatis, sed possessoris jure venditionis. Ait tamen Ulpianus *d.* §. 5. hunc teneri petitione hereditatis. ad quid? ut actionibus cedat. optime: nam cum rem hereditariam vendidit tamquam heres: quid ni eam actionem, velut jus ex re hereditaria quæsitum, pro herede vel pro possessore possidere eo existimetur: quod eam adversus emptorem non alia habet ratione, quam ad consequendum rei hereditariæ pretium? tenetur igitur petitione hereditatis: non ut restituat rem forte a se numquam possessam, aut pretium nondum acceptum: sed ut heredi cedat actionem quam contra emptorem habet.

De servitutibus (prædiorum scilicet, nam has proprie servitutes appellari, alibi ostensurus ero) licet & ipsæ sint jura hereditaria, sufficit hoc Pauli in *l.* 19. §. 3. *D. h. t. Servitutes in restitutionem hereditatis non venire, ego didici: cum nihil eo nomine possit restitui sicut est in corporibus & fructibus. Sed si non patiatur ire & agere, propria actione convenietur.*

Quod hactenus dixi, est certi juris in rebus tempore litis contestatæ a possessore possessis: quia petita hereditate in judicium deductæ, ad Judicis officium pertinent. Aliqua poterat esse dubitatio de his quas possessor post demum cœpit possidere: eo quod non videntur in judicium venisse tempore litis contestatæ nondum possessæ: nec potest Judex officio suo jubere, restitui res extra ejus potestatem constitutas *l.* 18. *D. Communi dividundo*, *& l.* 23. *D. de judiciis.* Aut tamen fallit me animus meus, aut in hoc consensu iverunt Veteres. sane si quis tempore petitæ ab eo hereditatis neque rei, neque juris, erat possessor, & postea sit adeptus aliquid; ait Ulpianus *l.* 18. §. 1. *D. h. t.* adhuc condemnari eum oportere. nec aliter Paulus *l.* 4. *d. t.* imo is tamquam in re certa, *Si*, inquit, hereditatem petam ab eo qui unam possidebat rem, qua de sola erat controversia, eum restituturum etiam id quod postea cœpit possidere. Idemque Gajus probat *l.* 41. *D. eod. tit.* Rem, inquis, video. rationem nondum. Mihi vero succurrit: quod hac actione agens, non rem hanc aut illam ex hereditate petit, sed hereditatem. ne possessor quidem, licet unam rem hereditariam possideat, ei de una movet controversiam: sed de hereditate. proinde ut tota hereditas, ex utriusque conventione in judicium deducitur; ita in judicium veniunt omnes res hereditariæ *l.* 7. §. 4. *D. de exceptione rei judicatæ.* nec habeo causam, ne dicam, omnes ad officium Judicis pertinere; etsi omnes a possessore, tempore litis contestatæ, non possiderentur: quia sufficit, vel tum hereditatis fuisse, & de ejus jure litem inter petitorem & possessorem esse contestatam; idque petitori deinde a Judice adjudicatum esse.

Multa dixi de officio Judicis, in petitione hereditatis circa res hereditarias occupati pro natura actionis in rem: & quod erat consequens actioni mixtæ personali, etiam aliqua dedi exempla præstationum personalium. sed plura supererant circa distractas res hereditarias, item dolum præteritum, & fructus; iisque est data Senatusconsulto forma. optimum ergo erit, ipsius Senatusconsulti interpretationem facere, verbis ejus relatis. sunt autem ex Ulpiano *l.* 20. §. 6. *h. t.* talia: *Pridie Idus Martias Quintus Julius Balbus, & Publius Juventius Celsus, Titus Aufidius, Oenus Severianus Consules verba fecerunt de his quæ Imperator Cæsar, Trajani Parthici filius, Divi Nervæ Nepos, Hadrianus Augustus [Imperator] Maximusque Princeps proposuit quinto Nonas Martias, quæ proximæ fuerunt, libello complexus [esset] quid fieri placeat. de qua re ita censuerunt: cum antequam partes caducæ, ex bonis Rustici, fisco peterentur, hi qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint, placere, redactæ ex pretio rerum venditarum pecuniæ usuras non esse exigendas. Idemque in similibus causis servandum.* † *Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos judicatum esset, pretia quæ ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, etsi eæ ante petitam hereditatem deperissent, deminutæve fuissent, restituere debere.* † *Item eos, qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent. eos au-*

autem qui justas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo duntaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent. † *Petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est, cum primum denunciatum esset ei, aut literis vel edicto evocatus esset, censuerunt.* Ne mirere, in limine Senatusconsulti occurrere quatuor Consules, duo sunt ordinarii, duo suffecti. illi consulatum iniere Kalendis Januariis, hi deinde: more illorum temporum, quem dudum notavit Vir Doctissimus, Andreas Alciatus *lib.* 5. *Parerg. c.* 10. Exemplo Ulpiani aptanda nobis nunc est singulis verbis Senatusconsulti congruens interpretatio. Tantum præmittam ex primo versu, causam Senatusconsulto venisse ab hoc speciali facto. Defuncto quodam Rustico, (id erat homini nomen) aliqui existimantes, se esse ejus heredes, hereditatem distraxerunt. deinde nunciatum fisco est, aliquas partes ex bonis Rustici esse caducas. hisce petitis fisci nomine, fuit quæsitum, quid in præsentia fisco restitui, & in similibus deinceps servari, oporteret.

De ea igitur re sic censuit Senatus: *Cum antequam partes caducæ ex bonis Rustici fisco peterentur, hi qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint, placere redactæ ex pretio rerum venditarum pecuniæ usuras non esse exigendas, idemque in similibus causis servandum.* Senatus, ut apparet, initio fuit locutus de caducis partibus hereditatis hominis privati: quia sic evenerat, ut fisco ex ejus bonis caducæ peterentur partes: sed Ulpianus in §. 7. *d. l.* 20. animadverso ex sequentibus verbis, *Idemque in similibus causis servandum*, occasione specialis facti propositum esse Senatui, generale jus facere, longius porrigit Senatus providentiam: nam idem tenet, etsi ex asse caduca fiat hereditas: item si vacantia bona fisco vindicentur, vel si ex alia quacumque causa bona ad eum pervenerint. Hoc plus ait Ulpianus § 8. Senatusconsultum, etsi de fisco loquatur, æque locum habere, si civitati petatur. Item §. 9. addit, illud in privatorum quoque petitionibus servari, licet sit in publica causa factum, de eoque neminem ambigere, etiam apparet ex *l.* 1. *C. h. t.* Insuper scribit §. 10. quod non solum in hereditate utimur Senatusconsulto, sed & in peculio castrensi vel alia universitate. Est & illa ejus animadversio, Senatum in hoc versu quidem loqui de his qui se heredes existimant: sed convenire postremæ ejus clausulæ, in eadem esse conditione, si qui putent, se esse bonorum possessores, vel sibi restitutam esse hereditatem §. 13. *d. l.* 20. Non magis omittendum fuit §. 12. Senatum hic non de omni loqui possessore, etiam malæ fidei: sed de solo bonæ fidei possessore. eratque id utile annotari: quia sic rationem habet, quod ibi vetat Senatus, ab eo exigi usuras redactæ pecuniæ ex pretio rerum venditarum: non patiente bona fide, eum qui non sit in mora, usuras officio Judicis præstare. Redactam, porro pecuniam Ulpianus §. 15. *d. l.* a Senatu dici censet, non solum jam exactam, verum & si exigi potuit, nec exacta est: videlicet quia ei nata venditi actione, jam licebat eam exigere. Expositus est primus Senatusconsulti versus.

Sequitur secundus, quid eo Senatus? ait, *Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos judicatum esset, pretia quæ ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, etsi eæ ante petitam hereditatem deperissent deminutæve fuissent, restituere debere.* Ad hunc versum notata ab Ulpiano sunt complura. primum est in §. 17. *d. l.* 20. quod si hereditas a bonæ fidei possessore (nam de hoc quoque solo hic est Senatus sermo) petita, & mox adversus eum judicatum esset, rebus ex hereditate ab eo ante motam controversiam distractis, (nam postea prohibita ei alienatio est *l.* 5. *h. t.*) eum non debere petitori ipsas restituere res distractas; sed earum pretia quæ ad eum pervenissent. nimirum quia in hoc judicio intelligitur pretium succedere in locum venditi corporis hereditarii, & quodammodo hereditarium fieri *l.* 22. *D. h. t. l.* 18. *D. Quod met. caus. l.* 23. *D. de adim. legat.* etsi in aliis non peræque sit ita. Voluit tamen Senatus, quod de pretio dictum, tum a possessore demum restitui, si ad eum pervenit. igitur si exegit: imo etiam, si non exegit. sic enim censet Ulpianus *d.* §. 17. *l.* 20. & hac utitur ratione: quod habuit ex vendito actionem, & hac potuit exigere. talis autem in usu juris rem plerumque habere intelligitur *l.* 15. *D. de reg. jur.* Nec tamen ignorat, alibi minus putari, actionem, quam rem habere *l.* 204. *d. t.* ideo nec timet, eam subtilitatem hic, ex mente Senatus, hac temperare æquitate, quasi sufficiat, ubi habet actionem, eum actiones præstare. Præter hæc observat Ulpianus *d. l.* 20. §. 18. Senatum, cum jubet, pretia rerum distractarum petitori a bonæ fidei possessore restitui, non postulare distractas esse res hereditarias: sed res ex hereditate esse distractas; etsi alioquin non hereditarias: modo pretia ad bonæ fidei possessorem pervenissent. ac fuit hinc dubitatum, re aliena a bonæ fidei possessore vendita, & soluto pretio evicta: oporteatne eum, si emptori quod accepit, restituit, adhuc petitori pretium restituere. movebat dubitationem, quod evicta res fuit ex hereditate, licet non esset hereditaria. nec hoc poterat negari. Sed non placet Ulpiano, hic restitui venditionis pretium: quia ut locus sit ejus restitutioni, non est Senatui satis, distractam ex hereditate rem esse, nisi pretium ex distractione ad possessorem pervenit. Atqui pervenit; solutum quippe. esto verbotenus: sed pervenisse Ulpiano non videtur quod cum effectu non pervenit; id est, ita ut permaneret. sic enim ex distracta re ex hereditate possessor demum locupletior cum injuria petitoris esse intelligitur. quod unice cavere Senatui fuit negotium. quemadmodum exacto indebito, possessor prima ratione videri potest hoc percepisse ex hereditate: quamquam diligentiore tractatu habito, nihil pervenit quod aut hereditatis aut ex ea esset. Mitto, quod ne hereditatem quidem exacto indebito obligavit ad restituendum; sed se tantum: sicut id non hereditatis, sed suo nomine, exegit: ideoque nec mirum, perinde haberi, ac si ad eum nihil pervenisset *d. l.* 20. §. 18. Ab eodem principio in §. 19. sic pergit Ulpianus, Si res sit redhibita, hic utique, id est, hoc utique in casu, & hereditaria est, & pretium non venit quod refusum est. Contra quoque in §. 20. ait optime & convenienter benignitati Senatus, Si ob venditionem obstrictus emptori sit possessor, eum, ne magis in damno, quam in lucro sit, cautione securum fieri oportere.

Tertium Senatusconsulti Caput in *l.* 20. §. 6. *h. t.* his exstat verbis: *Item eos qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent. eos autem qui justas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, eo usque duntaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent.* Prior hujus Capitis pars spectat ad malæ fidei possessorem: posterior ad possessorem bonæ fidei. Indolem possessorum malæ fidei describunt hæc Senatus verba: *Item eos qui bona invasissent, cum scirent, ad se non pertinere.* Inde Ulpianus *l.* 25. §. 3. *d. t.* Senatum, inquit, loqui de prædonibus, id est, de his qui cum scirent,

ad

ad se non pertinere hereditatem, invaserunt bona: scilicet, cum nullam causam possidendi haberent. Nec minus curiose observat, Senatum, quatenus ad verba attinet, de eo loqui qui ab initio mente prædonis res hereditarias apprehendit. quod si ab initio quidem causam justam habuit, postea vero conscius ad se nihil hereditatem pertinere, prædonio more versari cœpit, de eo nihil Senatum loqui. se tamen putare, mentem Senatus & ad eum pertinere: optime præfatus, parvi referre, ab initio quis dolose in hereditate versatus sit, an postea hoc facere cœperit *d. l.* 25. §. 5. Potuit & de eo quæri, quem dicat Senatus, *Scire ad se non pertinere:* utrum eum tantummodo qui factum scit, an & eum qui in jure erravit: arbitratus, recte factum testamentum, cum inutile erat, vel cum eum alius præcederet agnatus, sibi potius deferri. Sed non putat Ulpianus, hunc esse prædonem qui dolo caret, quamvis in jure erret *d. l.* 25. §. 6.

Præterea ait Senatus, *Si ante litem contestatam fecerint.* Hoc vero cur sit adjectum, Ulpianus §. 7. *d. l.* hanc subjungit rationem, quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malæ fidei possessores esse: quin imo post controversiam motam. quamquam enim fiat in Senatusconsulto mentio litis contestatæ: tamen & post motam controversiam omnes possessores pares fiunt, & quasi prædones tenentur. Fuit forte de hoc dubitatum aliquando: sed Ulpianus *d.* §. 7. Hoc, infit, jure hodie utimur: cœpit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is qui interpellatur: qui vero prædo est, & ante litem contestatam doli nomine tenebitur: hic est enim dolus præteritus. Quid ergo vult Senatus? eos prædones, etiamsi fecerint ante litem contestatam, quo minus possiderent, *perinde condemnandos, ac si possiderent.* id vero sic accipit Ulpianus: Sive dolo desierint possidere, sive dolo possessionem noluerint admittere. addit, sive ab alio res possideatur, sive in totum non exstet §. 8. *d. l.* 25. amplius, si res exstet apud emptorem, debere ipsam redimere ac præstare, aut si recipere ab eo nullo modo possit, tantum præstare, quantum in litem juratum esset *l.* 20. §. *ult. h. t.* Sic est: verba Senatusconsulti etiam adversus eum qui non possidet, jusjurandum inducunt: ut tam adversus eum qui dolo fecit, quo minus possideat, quam adversus possidentem, in litem juretur §. 10. *d. l.* 25. Sed quæ ex Ulpiano attigi, aliquanto plenius consideranda sunt. primum vult, malæ fidei possessorem, ubi desiit quæ possedit, possidere, perinde ad eorum restitutionem teneri, ac si possideret: utique si præteritus ejus dolus accusetur: idemque, si ejus culpa sit *d. l.* 25. §. 2. nam hanc non excipit Senatus; & vel hæc ei merito imputatur, postquam placuit, obligationem ea continuari. quid si casu contigerit? jam possit ambigi: quasi magis per casum factum sit, quam per possessorem de quo locutus fuit Senatus. obtinuit tamen, vel hoc nomine teneri eum: hoc colore, quasi videatur in mora fuisse malæ fidei possessor: rem non restituens ei cui debet restituere. maxime, si petitor rem consecutus, eam distraxisset, & verum pretium non perdidisset *l.* 20. §. *ult. h. t.* Atqui Senatus ait: *Etiamsi fecerint, quo minus possiderent.* Sed non obstant hæc verba: ut enim non fecerit possessor, quo minus rem possideret: at mora sua fecit, ne haberet pretium. potuisset enim re distracta id habere & restituere. hoc neglecto, factum est ejus culpa, ne haberet. recte igitur vel hoc modo tenetur. Sic: si res tota sit a malæ fidei possessore amissa. quid si sit deminuta, id est, usucapta aut deteriorata? *l.* 21. *D. h. t.* nil mutat Julianus *l.* 54. §. 2. *d. t.* Sed finge, fuisse illi necesse, facere sumptum; & hoc causari. Ulpiani sententia est *l.* 31. §. 3. *d. t.* quod sicut habet jus deducendi sumptum, si quem facere habuit necesse: ita tenetur rem tueri. alioquin redditurus hujus culpæ rationem: atque eo justius, quod Paulus *l.* 53. *h. t.* possessori etiam concedit alienationem inter alia, si impensæ in rem hereditariam factæ sunt necessariæ, vel si mora peritura deteriorve futura erat: quod & traditum *l.* 5. *D. h. t.* Igitur hic quoque cessante eo facere quod debet, rationis est, intelligi, per eum fieri, quo minus rem restituat integram.

Satis dictum, quid juris sit, si malæ fidei possessor fecerit, ne possideret quod ante possedit. sequitur, quid placeat, omisso quod ei licuit adquirere. hoc enim restat ex divisione quam fecit Ulpianus in *l.* 25. § 8. *D. h. t.* Pertinent vero huc pecuniæ a debitoribus hereditariis non exactæ: idcirco quod a malæ fidei possessore est factum, ne exigi possent: puto, quod sivit, actionem inopia debitorum fieri inanem, aut obligationis diem exire. est hoc certum, ipso quid hereditati debente. a se enim potest semper exigere. idem est, si quas actiones ex venditione rerum hereditariarum adquisivit. cæterum (quod Paulus observat *l.* 31. §. 4. *D. h t.*) non potest prædoni, cujus nulla est actio, imputari, cur sit passus debitores liberari, & pauperiores fieri. Præter ea quæ dixi, tenetur malæ fidei possessor etiam heredi restituere fructus omnes, sive perceptos & extantes, sive non perceptos, modo potuerint percipi: debuit enim percipere: alioquin videtur per eum esse factum, ne possideret *l.* 25. §. 4. *&* 9. *D. & l.* 1. §. 1. *C. h. t.* Illud est jam in antecessum annotatum, quod ex fructibus percipiendis solos restituit qui possint honeste percipi *l.* 33. *D. de rei vindic.* sed perceptos omni modo tenetur restituere *l.* 56. *D. h. t.* id est, etsi non potuissent honeste percipi *l.* 27. §. 1. *d. t.* ea ratione quæ est in *l.* 28. juncta *l.* 52. *d. t.* Fructibus similes sunt usuræ: habere enim vicem fructuum, Ulpianus auctor est *l.* 34. *D. de usur.* nec dubito, quin in oculis habeat præsentem locum: indicio Inscriptionis, Ulpiani lib. 15. Ad Edictum præferentis: ut notavi *lib.* 3. *De fœnor. & usur. c.* 12. Summa Ulpiani est: quod malæ fidei possessor ex Senatusconsulto quod præ manibus habemus, in hereditatis petitione tenetur heredi tam usuras ex pecunia hereditaria perceptas restituere, quam fructus ex rebus hereditariis perceptos: hac, ut videtur, ratione, quod usuræ obtinent vicem fructuum, & merito non debent a fructibus separari. certe in legatis & fideicommissis & in tutelæ actionibus & in cæteris bonæ fidei judiciis ita observatur. quid ni igitur in petitione hereditatis? cum vel ipsa bonæ fidei habeatur. sed potuit malæ fidei possessor usuras velut fructus pecuniæ a se tractatæ aut debitæ exigere. id igitur nisi fecit. potest videri per eum esse factum, quo minus haberet. Cæterum observandum, quod ut ab eo debentur usuræ pecuniæ hereditariæ, si eam tractavit, id est, si ea usus est, eoque modo quantitatem natura sterilem, industria sua fecit fertilem: ita ab illo non debentur ex pecunia quam non attigit *l.* 20. §. 14. *h. t.* propterea quod eam non habuit in modum quantitatis, sed corporis, & quidem sterilis in hereditate reperti: ex quo usuras jure civili non deberi, demonstravi *lib.* 1. *De fœnor. & usur. c.* 2. Aliquis dicat, malæ fidei possessorem non minus ob percipiendos, quam ob perceptos, fructus teneri. Sed nescio, an in præsente casu intersit inter fructus & usuras: quamquam alias comparentur: nempe, ne malæ fidei possessor cogatur pecuniam suo periculo fœnerari:

ri: quod non esse æquum, bene censet Papinianus *l* 62. *D. de rei vindicatione.* Scrupulum tamen his injicit epistola Severi & Antonini *l.* 1. *C. de his quib. ut indig.* ipsi, ne de aliis dicam, molesta Ulpiano: certe hanc mire torsit *l.* 20. §. 12. *D. h. t.*

Placet igitur Senatui, instituta petitione hereditatis & adversus bonæ fidei possessorem judicato, eum pretia rerum ex hereditate distractarum, quæ pervenissent, petitori restituere: & quidem indistincte, sive illæ res post petitam hereditatem extent apud emptorem, sive ante deperiissent, deminutæve essent: nam ut res eæ perierint aut deminutæ sint apud emptorem, ideoque eas restituere non cogatur bonæ fidei possessor; bona fide eum a damno excusante: tamen ex pretiis quæ pervenissent, locupletiorem fieri cum injuria petitoris, iniquum est *d. l.* 20. § 21.

Illud quale, quod ait Senatus, eum *debere* pretia quæ pervenissent, restituere? Utrum enim vult, ipsa restituere pretia rerum distractarum; an, prout eligat, restituere vel pretia distractarum rerum, vel ipsas res distractas? Mihi posterius non est improbabile: & quod ait Senatus, pretia debere restituere, non esse necessitatis, sed facultatis & arbitrii: adeo debere pretia restituere, nisi malit res ipsas restituere: alterutrum igitur restituere volentem posse, nolentem non cogi. hoc modo *debere* verbum sæpius accipitur alibi: in præsenti autem sic intelligendum esse, res loquitur: cum melioris conditionis esse non oporteat malæ, quam bonæ, fidei possessorem. id certe ratio prohibet *l.* 13. *D. de noxal. act.* nec minus benignitas Senatus, tantum bonæ fidei possessori in re justa omni quidem modo consulentis; sed interim quod favoris ac beneficii est, invito non obtrudentis. Sensit hoc egregie Paulus *l.* 22. *D. h. t.* & intererit ejus verba considerasse, cum etiam alia hinc consequentia demonstret. Verba Pauli: *Si rem & pretium habeat bonæ fidei possessor, puta, quod eamdem rem emerit: an audiendus sit, si velit rem dare, non pretium? in prædone dicimus, electionem esse debere actoris. an hic magis possessor audiendus sit, si velit rem tradere, licet deteriorem factam, non petitor, si pretium desideret, quod inverecundum sit tale desiderium; an vero quia ex re hereditaria locupletior sit, & id, quod amplius habet ex pretio restituere debeat: videndum nam* [&] *in Oratione Divi Hadriani ita est:* Dispicite, Patres Conscripti, nunquid sit æquius, possessorem non facere lucrum, & pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere: quia potest existimari, in locum hereditariæ rei venditæ, pretium ejus successisse, & quodammodo ipsum hereditarium factum. *Oportet igitur possessorem & rem restituere petitori, & quod ex venditione ejus rei lucratus est.* Consilium Senatui fuit, in petitione hereditatis judicato adversus possessorem bonæ fidei, cum eo clementer agere: itaque re aliqua ex hereditate ab eo distracta, censere eum possessorem oportere vero heredi restituere rei distractæ pretium quod ad eum pervenerit: nisi malit, ei rem ipsam restituere. Hoc ut verum, ita manifeste supponit Paulus: & hinc porro quærit, an possessor qui rem distractam & deteriorem factam, deinde ab emptore redemerit, id est, rursus emerit, sed jam minore pretio, sit audiendus; malens petitori rem restituere, quam pretium, nisi quod amplius ex eo habet, ei præterea offerat. Vides quæstionem, & hanc posse ex sententia Pauli tantum usum habere in bonæ fidei possessore: quia ejus solius hac in parte electio est. in prædone autem non invenire usum: ubi in eo dicimus, electionem non ejus, sed petitoris esse certo jure. Igitur omisso prædone, Paulus de solo disputat bonæ fidei possessore, in eoque subdubitat, an is *hic* (id est, hoc in casu, ut sæpe alias) eligens tradere rem deteriorem factam, potius sit audiendus, quam petitor, pretium desiderans. primum causatur, inverecundum esse petitoris desiderium; præter oblatam ei rem etiam pretium, id est, quod ex pretio amplius apud eum sit, postulantis. deinde e diverso cogitans, possessorem, quatenus rem redemit, parte ejus quod accepit, esse ex distracta redemptaque re hereditaria locupletiorem factum, putat hoc magis convenire Orationi D. Hadriani; (quam secutum est præsens Senatusconsultum) nam eam nolle, bonæ fidei possessorem facere lucrum ex venditione rei hereditariæ. confitetur igitur in fine *d. l.* 22. Paulus, oportere possessorem heredi præter rem restituere quod ex rei venditione lucratus est. Incurrit & sequens apud Ulpianum deliberatio *l.* 23. *D. h. t.* utrum debeat bonæ fidei possessor omne pretium restituere: an ita demum, si sit locupletior factus. finge, perdidisse, vel consumpsisse, vel donasse pretium acceptum. quid placet Senatui restitui? pretia quæ ad bonæ fidei possessorem pervenissent. Sed *pervenire* est ambiguum verbum, quod potest solum continere id quod prima ratione fuerit: etiam potest ad effectum respicere: ut pervenisse demum videatur quod durat. Utra igitur placet significatio? posteriorem probat Ulpianus: arbitratus, ambiguitatem præsentis clausulæ Senatusconsulti, tolli per sequentem: *Eos autem qui justas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo duntaxat quo locupletiores ex ea re facti essent.* Tractatus hic qui ex Senatusconsulto venit de restitutione pretii petitori facienda a bonæ fidei possessore, si quod ad eum ex re distracta pervenit, alicui putetur longior: sed non est visa Ulpiano longa quæ erat necessaria: quod adhuc posset ambigi; utrum solum deberet restitui pretium rei ex hereditate distractæ; an aliud præterea secutum ejus augmentum. pone: pœna pervenit ob pretium tardius solutum, quid debet restitui? Senatus de pretio loquitur: de pœna silet. quia tamen in totum locupletior ista accessione factus est possessor: æquitatis fuerit, etiam pœnam restitui; licet Senatus, quantum ad verba, de solo pretio loquatur. atque hoc convenit clausulæ, ex Senatusconsulto paulo ante adductæ. nec timet Ulpianus ex ea ad hunc modum disputare *l.* 23. §. 1. *h. t.* his verbis: *Proinde si non solum pretium, sed etiam pœna tardius pretio soluto pervenerit, poterit dici quia locupletior in totum factus est, debere venire: licet de pretio solummodo Senatus sit locutus.* Etiam in *l.* 25. (quæ est conjungenda cum *d.* §. 1. *l.* 23. sicut olim ei cohæsit, monstrante utriusque Inscriptione) mox sic idem pergit Ulpianus: *Sed & si lege commissoria vendidit. idem erit dicendum, lucrum quod sensit, lege commissoria præstaturum.* Nec tamen intercedo, quo minus Paulus intermedia *l.* 24. contra sic præcipiat æque recte: *At ubi vi dejectus fuit, non debet restituere pœnam ex eo commissam.* cedo, qua ratione? Paulus ait: *quod eam actor habere non potest.* nimirum, quia injuriam vi illatam ipse passus est bonæ fidei possessor: heres, id est, petitor, eam passus non est: eoque ad illum magis, quam ad hunc redire eam pœnæ utilitatem, rationis est. Ejusdem farinæ est, quod mox addit Paulus: *Sic nec pœna restitui debet, quam adversarius ei promisit, si ad judicium non venerit.* Opinor, quia non heres, sive petitor, eam est stipulatus, sed possessor bonæ fidei; atque occasione quidem hereditatis, sed non ex hereditate, aut re hereditaria. adeo valde probo hoc Ulpiani *l.* 20. §. 3. *D. h. t. Hereditas & augmentum recipit, & deminutionem. Sed ea quæ post aditam hereditatem*

tem accedunt, si quidem ex ipsa hereditate, puto hereditati accedere: si extrinsecus, non; quia personæ possessoris accedunt. Finiam hanc partem, si ex *d. l.* 25. §. 1. *h. t.* adscripsero hoc Ulpiani: *Item si rem distraxit, & ex pretio aliam rem comparavit, veniet pretium in petitionem hereditatis, non res quam in patrimonium suum convertit. Sed si res minoris valet, quam comparata est: hactenus locupletior factus videbitur, quatenus res valet: quemadmodum si consumpsisset, in totum locupletior factus non videbitur.*

Attigi pleraque omnia quæ Senatus in possessore malæ fidei observari censuit. Unus superest scrupulus, atque ipse non negligendus, in his Senatusconsulti verbis, *Perinde condemnandos, quasi possiderent.* manifeste enim volunt, possessorem malæ fidei, res hereditarias quas desiit possidere, perinde quasi possideret, petitori restituere: nec sinunt, si petitor malit habere pretia rerum venditarum cum usuris, quam ipsas res cum fructibus, esse Judicis, electionem petitori hac in specie permittere. non enim faciunt ejus indulgentiæ mentionem. quin districte jubent, malæ fidei possessorem, perinde ac si rem possideret, ad ejus restitutionem condemnari. Subverecunde tamen sibi sumit Ulpianus, ut electionem petitori permittat ex Senatus mente, cum verba resistant *d. l.* 20. §. 12. & 16. meo judicio non male. non enim minus hereditaria sunt pretia rerum venditarum, quam res distractæ *l.* 22. *D. h. t.* ac si res quæ periit, distracta eodem modo fuisset apud petitorem peritura: non idcirco minus is pretium consequatur; alioquin nihil habiturus, si possessor tantum ad rem venditam teneretur *l.* 33. §. 1. *D. h. t.* Atque hanc Ulpiani benignitatem Paulus *l.* 36. §. 3. *d. t.* firmat argumento ab absurdo, quod est fortissimum. id argumentum est, Ne melior sit conditio prædonis, quam possessoris bonæ fidei: quem Senatus voluit pretia rerum distractarum restituere, etsi hæ postea perierint *l.* 20. §. 17. *d. t.* putemus igitur, hæc Senatus verba, *Perinde condemnandos* (malæ fidei possessores) *quasi possiderent*, sic esse accipienda: quasi jubeat Senatus, eos condemnari, si petitor cujus gratia id Senatui placuit, eos velit condemnari rerum ipsarum nomine: adeoque magis ad coërcendum malæ fidei possessorem, quam ad coarctandum jus petitoris, pertinere. potest igitur hic, si velit, suo uti jure: si nolit, non cogitur. Sed de malæ fidei possessore vel nimis.

Transeo ad possessorem bonæ fidei: de quo ex *l.* 20. §. 6. *h. t.* supra attuli hæc Senatusconsulti verba: *Eos autem qui justas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent.* Sensus est: quod bonæ fidei possessor (qualis Senatui est qui habuit justas causas, quare bona ad se pertinere existimaret) antequam hereditatem alienam esse, vel lite contestata, vel aliter rescilcat, de rebus quidem extantibus tenetur: de his autem quæ desiit possidere, nisi quatenus locupletior sit, non tenetur: licet fecerit, quo minus haberet: non dicam dolo malo, (nam is cum bona fide concurrit numquam) sed culpa. quia enim quasi suam rem neglexit, nulli querelæ ante petitam hereditatem est subjectus: postea & ipse prædo habetur *l.* 31. §. 3. *h. t.* ad eumque, tamquam talem, incipit pertinere rerum periculum quod ante ad heredem pertinebat. possitque huc trahi, quod Paulus *l.* 40. *D. d. t.* monet in Oratione D. Hadriani esse: *Ut post acceptum judicium id actori præstetur quod habiturus esset, si eo tempore quo petitur, restituta esset hereditas.* Est sane hoc servandum, quatenus attinet ad fructus, etiam ad sumptus faciendos *l.* 31. §. 3. *D. h. t.* In aliis, quod idem animadvertit Paulus, potest illud interdum durum esse. non difficili differentiæ ratione: licuit enim bonæ fidei possessori, non negligere res hereditarias. præterea debet sibi imputare, si non percepit fructus, quos potuit percipere. at ne pereant suo fato animalia aut mancipia, qua diligentia præstare potest? Interim si deperierint post litem contestatam; ait Paulus, bonæ fidei possessorem subtilitate Orationis etiam hoc nomine teneri: quia illa omnes possessores, post litem contestatam, pares sunt. sed id, ut Paulus ait, aliquando non sine duritie; ut justum sit in persona ejus qui res hereditarias ab initio mente prædonis apprehendit, Orationis verba observari. cur enim petitori cujus hereditatem esse sciebat, quod ex ea possidebat, ultro non restituit? potuisset certe petitor distraxisse recepta mancipia aut animalia. idem in persona bonæ fidei possessoris, non omnis quidem; sed qui post litem contestatam, conscius, hereditatem ad se non pertinere, cœpit prædonis more versari. cæterum aliud est, si se ad judicium juste provocare existimet: nam hic idcirco per litis contestationem non fit prædo. quin contra Paulus *l.* 24. *D. de usuris* hunc in mora non esse, palam profitetur. De hoc igitur accipiamus illud ejusdem Pauli *d. l.* 40. *Nec enim debet possessor aut mortalitatem præstare, aut propter metum hujus periculi, temere indefensum jus suum relinquere.*

Bonæ igitur fidei possessor, quamdiu hereditatem alienam esse ignorat, de his quæ desiit habere ut ut suo facto, suaque culpa, nisi locupletior factus, non tenetur. factus autem putatur locupletior; si aliquid habet, eo quod hereditatem possidet: alioquin non habiturus. fac: aliquid ad eum venit, aut in rem ejus versum est, non quidem occasione hereditatis: sed ex ipsis rebus hereditariis, aut pro ipsis, ipsarumve usu. interim casus in quibus locupletior factus est, aliquos supra observat Ulpianus *l.* 20. §. 3. *l.* 23 §. 1. *l.* 25. *pr.* & §. 1. *d. t.* nec contrarios desiderari passus §. 11. *d. t.* Ipsos utriusque generis rursus non enumero; ne fastidium pariat prolixitas. quare nec vicinos alios attingam, ex *d. l.* 25. §. 12. & *seqq.* cum præsertim illic quæri & videri possint.

Illud lubet inquirere, quo tempore, debeat bonæ fidei possessor locupletior intelligi: utrum litis contestatæ, an rei judicatæ. Paulus *l.* 36. §. 4. *D. h. t.* ait dubitari: sed causam non apponit. Mihi hæc succurrit: quod Senatui placuit, bonæ fidei possessorem, post litem contestatam, haberi prædonem; indeque amissa possessione, perinde condemnari, ac si possideret. proinde quæsito, quo tempore debeat locupletior dici; vix aliud videatur aptum, quam litis contestatæ. Sed videamus: ne illa severitas Senatus qua de monui, circa bonæ fidei possessorem, non peræque in omnibus servetur. fateor: præcipit Senatus, bonæ fidei possessorem post litem contestatam, perinde condemnari, ac si possideret. idque & Oratio D. Hadriani voluit *l.* 40. *D. h. t.* Sed Paulus *d. l.* 40. animadvertit, illam regulam in persona possessoris bonæ fidei interdum esse duram. quippe resistere favorem bonæ fidei, ne cogatur temere jus suum indefensum relinquere. quid si idem ille favor etiam movit Paulum in *d. l.* 36. §. 4. neglecto rigore Senatusconsulti, tempus quo locupletior esse debeat bonæ fidei possessor, potius a re judicata, quam ab accepto judicio æstimare: ne possessor, propter bonam fidem, facile damnum ferat ex possessione alienæ hereditatis *l.* 25. §. 11. *D. h. t.* amissis post litem contestatam rebus quas ante possedit. Atqui omnes possessores, post litem contestatam, pares sunt. in prædonibus vero, quo tempore locupletiores sint, non distinguimus.

Sed refert, quod prædones, etsi non sint locupletiores, omnimodo tenentur. at bonæ fidei possessor non tenetur: cum non est locupletior: & præterea juste provocavit ad judicium; eoque suscepto non cœpit esse possessor malæ fidei. sic enim ejus neque culpa, neque mora est *l.* 24. *D. de usuris.* præstatio autem eorum quæ non accepit aut amisit, quid est, nisi pœna moræ aut culpæ? Ita fit bonæ fidei possessor post litem contestatam certo respectu pro prædone: at non is idcirco in omnibus & per omnia prædo habetur.

Intellecto, quemadmodum petitori Judicis officio provideatur; eo ne possessor quidem negligendus est. id enim non sinat natura actionis bonæ fidei: volentis, quidquid oportet, hinc inde præstari ex fide bona. Sed ante omnia sciendum, possessorem, petitore non probante, suam esse hereditatem, ab ejus intentione absolvi. Non minus certum est, administrationem hereditatis, pendente incerto litis, possessoris esse. cum enim æquum sit, possessionem, donec causa cognoscatur, apud possessorem manere: cur iniquum sit ei interim relinqui administrationem. Hanc vero cum ei damus; volumus, eum singula diligenter tueri & colere; eumque in finem impensam facere: quod si negligat; culpæ nomine obligari: nisi sit bonæ fidei possessor *l.* 54. §. *ult.* & *l.* 31. §. 3. *D. h. t.* utique ante litem contestatam. nam post eam omnes possessores pares sunt *l.* 25. §. 7. & 8. *d. t.* Non minus potest æs alienum, si quod sit in hereditate solvere; ne crescentibus usuris aut distractis pignoribus, hereditati damnum inferat *l.* 53. *D. h. t.* Interim potest vel hoc nomine, quod ei abest, deducere *d. l.* 31. §. 3. De alienatione rerum hereditariarum videamus. Sed non puto, hanc ei competere: utique suo jure. non est enim hereditatis, quam administrat, dominus. proinde nec est ei jus facere quo præjudicium faciat petitioni hereditatis, quin si tale quid instituat ante litem contestatam; est a Prætore, postulante petitore, alienare prohibendus *l.* 5. *h. t.* idemque est post litem contestatam; qua nemo suam conditionem facit deteriorem *l.* 29. *D. de novat.* Nec tamen hoc impedit, quo minus ei parato, petitori satisdare pro omni quantitate hereditatis, vel rerum ejus restitutione alienatio permittatur. causa autem cognita, etsi non sit data satisdatio, sed solita cautio, (quæ extat apud Paulum *lib.* 1. *Sentent. tit.* 11. §. 1.) edixit Prætor, se deminutionem, etiam post litem cœptam, concessurum. nempe, ne deminutio in totum deminuta, etiam alia commoda impediat *d. l.* 5. *h. t.* exempla sunt ibidem, atque in *l.* 53. *d. t.* egregia.

Proxima erit deliberatio; an jus sit possessori hereditatis, ejus debita exigere a debitoribus hereditariis, aut res hereditarias a possessoribus vindicare. Occurrit illa in *l.* 49. *D. h. t.* in qua Papinianus ponit exemplum in possessore bonæ fidei: opinor, quia nullum jus est possessoris malæ fidei. atqui bonæ fidei possessor, post litem contestatam, fit malæ fidei. Sed jam in antecessum dixi, quod non idcirco tenetur jus suum temere indefensum relinquere. Igitur non sit heres, nec dominus, cujus præsertim est actiones in rem aut in personam exercere: si quo tamen casu eas exerceri necesse est; an ubi non licet facere aliter, ulla patitur ratio, eum ab his arceri? evenit hoc, quoties est periculum, ne facile pereant actiones, quod sunt temporales, & brevi exspiraturæ, vel quod debitor labitur facultatibus, possessorve rei mobilis de fuga est suspectus. Hoc vero eo lubentius permisero: quia in tali periculo interest hereditatis, ut aut res aut actiones futuro heredi vel sic serventur: ne quis metuat, hereditati fieri præjudicium. quid, si nec interest possessorum talium rerum, adversus se non agi: cum præsertim judicio victi, si amittant possessionem, desinant eas possidere sine dolo & culpa *l.* 58. *l.* 36. §. 1. *D. de rei vindic.* præterea potest debitoribus hereditariis a victore consuli cautione, se, si judicio de hereditate vincatur, eis quod accepit, restituturum, aut eos adversus heredem defensurum. Cæterum putat Papinianus *d. l.* 49. *h. t.* quod de bonæ fidei possessore dixi, etiam posse in petitore observari: ut vel ei concedatur agere aut in rem aut in personam: non quidem ex subtili jure; sed, ut supra dixi, ex æquitate: urgente necessitate, ob negligentiam possessoris, & tum citra metum exceptionis, Nisi præjudicium petitioni hereditatis fiat. At enim Papiniano obstrepit Julianus *l.* 13. *D. de exceptionib.* sic scribens: *Si post litem de hereditate contestatam res singulæ petantur: placet non obstare exceptionem*, Quod præjudicium petitioni hereditatis non fiat. *futuri enim judicii, non facti nomine, hujusmodi exceptiones comparatæ sunt.* Quid dicimus? Verba hæc, *post litem contestatam*, ab Accursio accipi, quasi diceret Julianus, post litem contestatam & finitam: & Accursio suffragari Jacobum Cujacium *lib.* 9. *Observ. c.* 27. Ipse lubenter accederem Doctissimis illis Viris: si sineret ratio. nunc cepi consilium, expuncto verbo, *contestatam*, legere, *Si post litem de hereditate res singulæ petantur.* Nimirum sum persuasus, verbum *contestatam*, esse Glossatoris: existimantis, Juliano excidisse. quod non puto: ille *post litem* dixit simpliciter, eaque loquendi forma litem finitam significavit. fidem dicto faciunt sequentia Juliani verba: *Futuri enim judicii, non facti nomine hujusmodi exceptiones comparatæ sunt.* Nam *futurum judicium* quid est, nisi judicium nondum susceptum, sive judicium per litis contestationem adhuc suscipiendum. at judicium *factum* est, finitum, seu peractum, Judicis sententia. sic *judicium facere* est, judicare, cum apud Paulum *l.* 58. *D. de rei vindic.* tum apud Terentium, Ciceronem, Livium: ut ipse inter alios curiose observavit D. Cujacius *d. loc.*

Similis vertitur quæstio: an possessor hereditatis, aut etiam petitor, a creditoribus hereditariis conventus, teneatur eis respondere? Nam ambo se ferunt pro heredibus: ac si aut hic aut ille conveniatur a creditoribus; non fuerit absurdum, eum ex sua professione teneri tamquam debitorem. Contra potest vel hic esse metus; ne noceat exceptio, Extra quam si fiat petitioni hereditatis præjudicium. Verum fuisse hac in parte non unam Veterum sententiam, apparet ex *l. ult. C. h. t.* etiam circa libertatem fuisse dubitatum, indicat *l.* 7. *D. h. t.* Sed varietatem sustulit Justinianus *d. l. ult.* posita in plerisque nova forma: quam ibi, cui lubet, licet legere. saltem suadeam, notari, mota hereditatis petitione interesse inter petitorem & possessorem; utrum alteruter cum debitoribus hereditariis experiatur, an a creditoribus hereditariis conveniatur. conveniri enim ex hac lege possunt sine metu exceptionis: agere non possunt, præterquam si est periculum; ne actiones moriantur inter moras litis.

Plane, cum possessori hereditatis administrationem pendente lite indulsimus, non est opus admoneri, ei indemnem esse oportere. Proinde si quid caverit hereditatis nomine, æquissimum est, eum illo onere liberari. *l.* 40. §. 3. *D. h. t.* Nec minus ei jus est, impensas, si quas fecerit in res hereditarias, dum eas colit, aut tuetur, aut dum æs alienum solvit, aut dum pecunias debitas judicio persequitur, de hereditate deducere, in primis necessarias aut utiles: nam voluptarias, cum pos-

possint inutiles aut supervacuæ videri, non deducit. tantum fit ei potestas tollendi quod posuit, si extet; modo rem non faciat deteriorem. Hæc summa *l.* 36. §. *ult. & legib. seqq. D. h. t.* sed forte alibi uberius tractabitur. Saltem postulat locus præsens absolvi, quod de ære alieno, ut est proprium petitionis hereditatis, cœpi dicere. Igitur solet quæri: an possessor hereditatis possit æris alieni solutionem, creditoribus hereditariis, aut qui pro talibus habentur, a se factam, de hereditate deducere? Facile intelligitur; si profutura hereditati sit solutio, pari ratione deduci, ac impensas alias necessarias aut utiles. quod si non sit profutura; non magis deduci, quam impensas cæteras inutiliter factas. profutura autem, ut hoc addam, videtur solutio, hereditatem liberatura a debito: alioquin inutilis habetur. Quid igitur est, si indebitum solvit possessor? nihil deducit *l.* 20. §. 18. *D. h. t.* quia nihil ad hereditatem pertinet indebitum solutum: præterquam si bonæ fidei possessor, occasione inutilis testamenti quod omni modo ratum credebatur, indebitum solverit legatum aut fideicommissum: tum enim quia voluntas testatoris cui parendum erat, dedit errori causam; fuerit æquitatis, eum hanc solutionem de hereditate deducere, cessis heredi adversus eum, qui indebitum accepit, actionibus *l.* 17. *D. h. t.* Ita, soluto a possessore indebito. Quid, si debitum solverit? hoc si hereditatis nomine solverit: non est causa, cur heres quem liberavit, id imputari sibi nolit. Optime Antoninus *l.* 5. *C. h. t.* Verba Antonini: *De hereditate quam bona fide possidebas, si contra te pronunciatum est: in restitutione ejus detrahetur quod creditoribus ejusdem hereditatis exolvisse te bona fide probaveris: nam repeti a creditoribus qui suum receperunt, non potest.* Esto sic in possessore bonæ fidei, de quo loquitur Antoninus. sed de possessore malæ fidei quæris? nihil muto: cum vel huic liceat, sicut unicuique alii, pro alio etiam invito, solvere, id est, eum debito liberare, eoque ejus conditionem facere meliorem *l.* 23. *& l.* 24. *D. de solut.* Rem dixi: nisi adhuc tollenda difficultas una aut altera, quam offundunt Antonini verba. prior est: quod is diserte loquitur de possessore bonæ fidei: nihil autem addit de possessore malæ fidei. Sed noli facere argumentum a contrario: non enim est, qua de agitur, Lex generalis: ne putes. tantum est Rescriptum ad factum, a quadam Posthumiana Antonino oblatum: in quo illa, ut erat bonæ fidei possessor, hereditario nomine solutionem fecerat bona fide. de hoc igitur casu, de quo solo consultus fuit, ut par erat, rescripsit Antoninus: idem etiam de contrario casu si fuisset consultus, rescripturus fuit. Altera difficultas est, unde conjiciatur (quod dixi) in *d. l.* 5. verti, solutionem a possessore factam fuisse nomine hereditario: cum illa in lege ejus vestigium nullum reperiatur. præbet tamen argumentum conjecturæ meæ subjecta ratio: *Nam repeti a creditoribus qui suum receperunt, non potest.* Hæc certe ratio evincit, ab Antonino tractari casum in quo non potest possessor solutum a creditoribus qui suum receperunt, repetere; & ideo habet jus ab hereditate hoc deducendi. quod aliter est, ubi quis falso putans se heredem creditori hereditario, quasi ipse debeat, suo nomine solvit: tum enim neque verus heres liberatur, & is quod dedit, repetere potest; quamvis sic creditor accipiat sibi debitum; tantum quod is qui dat, non debitum dat *l.* 19. §. 1. *l.* 65. §. *ult. D. de condict. indeb.* Hoc, si possessor debitum hereditatis creditoribus hereditariis solvit hereditatis nomine. Restat, quid juris sit: si suo nomine solvat. Ea quæstio explicatur ab Ulpiano *l.* 31. *D. h. t.* Erat vero dubitatio: quod possessor debitum solvens suo nomine, petitorem hereditatis non liberat ipso jure: certo, solventem suo nomine quod alius debet, debitorem non liberare; eo quod non voluit eum liberare. placuit tamen Ulpiano, possessorem, si quid creditoribus suo nomine solvit, id petitori reputaturum: modo malit, solutum apud creditorem remanere, quam ab eo quasi indebitum condicere. tum enim quamquam petitorem ipso jure non liberavit a creditoribus hereditariis: utique liberavit eum per exceptionem doli mali: non patiente bona fide, idem a creditore bis exigi *l.* 57. *D. de reg. jur.* nullo discrimine, utrum ipso jure tutus sit petitor, an per exceptionem *l.* 112. *D. eod. tit.* Hoc ex Juliano Ulpianus *d. l.* 31. in utroque possessore tam malæ, quam bonæ, fidei: maxime, si malæ fidei possessor paratus sit cavere, petitorem a se defensum iri. quod a bonæ fidei possessore non desideratur: quia huic sufficit, si paratus sit, indebiti condictionem quam adversus creditores habet, petitori cedere. cæterum non est locupletior factus, eoque non ulterius Senatusconsulto tenetur *d. l.* 31. Malæ fidei possessor contra non potest cedere indebiti condictionem: quia ut sciens quod non debebat solvit, sic non habet condictionem. tenetur igitur, quod superest, cavere, petitorem adversus creditores a se defensum iri. petitor etiam, si a creditoribus conveniatur, ut potest subtili jure, exceptione uti debet *d. l.* 31.

Postremus Senatusconsulti versus est: *Petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est, cum primum aut denunciatum esset ei, aut literis vel epistolis evocatus esset censuerunt.* Ad hanc clausulam in §. 11. *l.* 20. *h. t.* extat justus Ulpiani commentarius, nec quæres aptiorem aut pleniorem.

TITULUS IV.

Si pars hereditatis petatur.

Post actionem quam proposuit Prætor ei qui ad se solum hereditatem pertinere contendit, consequens fuit, & ei proponere qui partem hereditatis petit *l.* 1. *D. h. t.* quia alicubi est differentia, ut eodem redeant pleraque. Verba autem Prætoris sic restitui posse, mihi persuadeo. *Si pars hereditatis petatur: ei qui eam partem suam esse dicet, adversus eum qui eam pro herede vel pro possessore possidebit, judicium dabo: ut ea pro indiviso restituatur. Interdum causa cognita, etsi incerta pars petatur, judicium dabo.* Prima verba, *Si pars hereditatis petatur*, desumpsi ex Rubrica. Sequentia, *Ei qui eam partem suam esse dicet*, extant *l.* 1. §. 1. *D. h. t. & l.* 10. §. 1. *D. de petit. hered.* Hæc, *Adversus eum qui eam pro herede vel pro possessore possidebit*, attingit *l.* 10. *D. h. t.* Illa, *Ut ea pro indiviso restituatur*, indicat *l.* 7. *D. h. t.* Versus ultimus, *Interdum, causa cognita, etsi incerta pars petatur, judicium dabo*, colligitur ex *l.* 1. §. *ult.* Primis verbis indicat Prætor, quando faciat huic actioni locum. nempe, si pars hereditatis petatur: id est, pars certa. oportebat enim petitorem, si non totam peteret hereditatem, designare, quantam peteret partem: ut sciret possessor partem de qua lis esset, & quam eum oporteret restituere: non minus debebat Judex intelligere partem,

de qua esset cogniturus, & pronunciaturus. Pollicetur igitur Prætor hanc actionem, si pars hereditatis petatur. fit tamen interdum; ut, qui hereditatem totam suam dicit, non ad totius, sed tantum ad partis, petitionem admittatur. fac: aliquis petit, totam hereditatem suam esse; possessor dicit, se partem cedere, & de parte velle litigare: quia dicit, se pro parte heredem esse. quæritur, an sit audiendus? proponit hanc quæstionem Julianus in *l.* 8. *D. h. t.* quæ est conjungenda cum *l.* 21. *D. de reb. cred.* cum utraque sit ex ejus lib. 48. Digestorum. intelligitur autem ex ea conjunctione: quod in proposita specie a quibusdam fuit dubitatum: eo quod recepta jure nostro non est particularis solutio, invito creditore: sed ut totum debetur, facienda est totius solutio: parato creditore, totam accipere. eodem modo non tenetur fundi partem judicio persequi, qui fundum totum suum dicere potest. & sane ita est in *l.* 41. §. 1. *D. de usuris.* si ea oblatio fiat alias, quam ex justa causa apud Prætorem, resistente juris subtilitate: cæterum visum Juliano, Prætorem, cujus officium est in jure, ubi judicium constituitur, lites imminuere, humanius in utraque causa facturum, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur, & tantum de reliquo litigare *d. l.* 21. similiter igitur in proposito permittendum, inquit, erit possessori hereditatis, partem quidem hereditatis defendere, partem vero cedere. nec enim prohibet, aliquem totam hereditatem possidere, & partem scire dimidiatam ad se pertinere, de altera parte controversiam non facere *l.* 8. *D. h. t.*

Porro ait Prætor, *Ei qui eam suam esse dicet.* Dat igitur Prætor hanc actionem ei qui potest dicere, partem quam petit, suam esse, id vero potest demum facere qui potest probare, eam partem sibi esse & delatam, & adquisitam. quid si speretur fore, ut adquiratur? non potest peti: quia nondum potest eam suam dicere. igitur si petat, frustra petit, etsi deinde adquisierit: quippe cum placeat, judicium non posse esse in pendenti *l.* 35. *D. de judiciis.* atque hoc voluit Gajus *l.* 2. *D. h. t.*

Datur igitur ex hoc Edicto actio ei qui potest dicere, partem certam hereditatis quam petit, suam esse. quid, si incertam petat partem? sic ait Ulpianus *l.* 1. §. *ult. D. h. t.* Interdum Prætor incertæ partis hereditatis petitionem indulget, idoneis causis intervenientibus, ut puta, est defuncti fratris filius, sunt & uxores defunctorum fratrum prægnantes: quam partem fratris filius hereditatis vindicet, incertum est: quia quot edantur fratrum filii, incertum est. æquissimum igitur est, incertæ partis vindicationem ei concedi. Non audenter itaque dicitur, ubicumque merito quis incertus est, quam partem vindicet, debere ei incertæ partis vindicationem concedi. at enim in rerum natura nec hic quidem incerta res est. sed pulchre Paulus *l.* 28. §. *ult. D. de judiciis* quæ est ex *lib.* 17. *Ad Plautium*, non esse in proposito intuendam rerum naturam in qua omnia certa; cum futura utique fierent: sed nostram inscientiam adspici debere. Sunt igitur partes jam nati heredis, aliis nascituris, incertæ. ideoque placuit Antiquis, (ut eodem lib. 17. Ad Plautium refert Paulus *l.* 3. *D. h. t.*) vel hac in specie, si non in totum, utique quatenus licebat, remedio jus ad certum adducere, cum intelligerent, esse e re liberi ventris, ita ei prospicere, ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarentur; nec minus æquum esset, jam natum suam partem, etsi incertam, interim vindicare. nimirum placuit illis, perinde rem accipere, ac si prægnans mulier esset paritura liberos tres: desumpto remedio ab eo quod aliquando viderent fieri, etsi possent nasci plures, etiam pauciores. in eo igitur incerto frequentes ad hoc decurrerunt temperamentum, dum pariat mulier: nam post editum partum non placuit ad eam stari definitionem: sed quod factum, ex rei veritate æstimari. prorsus, ut si plures essent nati, plures constituerentur partes: si pauciores, partes etiam fierent pauciores jure quasi adcrescendi *l.* 4. *D. h. t.*

Sequitur in Edicto, *Adversus eum qui possidere dicetur.* Ex his verbis apparet, hanc actionem, cum sit in rem, dari adversus eum qui pro herede vel pro possessore possidet, vel hereditatem totam, vel ejus partem, vel jus, vel rem aliquam, licet minimam. nam petitor non ex eo metitur quod possessor occupavit, sed ex suo jure *l.* 1. §. 1. *D. h. t.* ei vero Judicis officio solum restituitur hoc, quod adversarius possidet, aut totum, si ex asse sit heres, aut pro parte ex qua heres est *l.* 10. §. 1. *D. de petit. hered.* Sed hoc, & præterea, quid sit pro herede, prove possessore possidere, pluribus demonstravi superiore Titulo. Unum adde his, quod ait Ulpianus *d. l.* 1. §. 2. *D. h. t.* & erit tanti, addidisse.

Exitus hujus actionis quisnam sit: ex superioribus ultro intelligitur. nempe, ut, si pareat, hereditatem pro certa parte esse petitoris, pro ea parte ejus esse declaretur, & jubeatur possessor quod ex ea est apud ipsum, petitori pro indiviso restituere. In quo placuit Juliano *l.* 7. *D. h. t.* petitionem partis hereditatis distinguere ab actione familiæ erciscundæ.

TITULUS V.

De possessoria hereditatis petitione.

Quo pertineat hic Titulus, ostendit Ulpianus *l.* 1. *D. h. t.* ait ille, ordinarium fuisse post civiles actiones heredibus propositas, Prætorem etiam habere rationem eorum quos ipse velut heredes facit: videlicet data bonorum possessione: eo quod non potest hereditatem jure civili dare eis qui jure civili non sunt heredes: & tamen quum æquum esset, eos non negligi jure naturali, quod non erat vetitum jure civili, dat eis bonorum possessionem, id est, mutato vocabulo, idem jus quod habituri essent, si jure civili heredes essent. De his agetur lib. 37. & 38. interim his proposita hic a Prætore fuit utilis hereditatis petitio: quæ in Rubrica vocatur possessoria hereditatis petitio. Formula Edicti videtur talis fuisse: *Cui ex Edicto meo bonorum possessio data erit, illi, si eam suam esse petet, adversus hunc, qui pro herede prove possessore possidebit, judicium dabo, ut restituatur.* Hæc formula. & ait Gajus *l.* 2. *h. t.* per hanc hereditatis petitionem tantumdem consequi bonorum possessorem, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest.

TITULUS VI.

De fideicommissaria hereditatis petitione.

Ex ordine occurrit actio quæ proponitur his quibus ex Senatusconsulto Trebelliano restituta est hereditas: alio eam pro herede aut pro possessore possidente. fundamentum ejus: quod fideicommissarius eam suam dicere potest: non quidem civili, sed Prætorio, jure. recte igitur vel ei providit Prætor fideicommissaria, id est, utili, hereditatis petitione. Hoc vult Ulpianus *l.* 1. *h. t.* quisquis, inquiens, suscepit restitutam hereditatem ex Senatusconsulto ex quo actiones transeunt, quod dixi esse Trebellianum, eum fideicommissaria hereditatis petitione uti posse. Secundum hoc liceat mihi, ita concipere Edicti formulam: *Si hereditas petatur: ei cui ex Senatusconsulto ex quo actiones transeunt, ea restituta erit, adversus eum qui eam pro herede, prove possessore, possidebit, judicium dabo, ut restituatur.* Hæc vero actio (quod notat Paulus *l.* 2.) eadem recipit quæ hereditatis petitio: id est, directa vel civilis hereditatis petitio. Ulpianus quoque observat *l.* 3. nihil interesse, mihi quis rogatus fuerit restituere, an ei cui heres extiti; sed & si heres, cui extitisset. [&] si bonorum possessor sim ejus, cui fideicommissaria hereditas relicta est, per hanc actionem experiri me posse. plane §. 1. *d. l.* 3. ait Ulpianus, sciendum esse, hanc actionem non competere adversus eum qui restituit hereditatem. cæterum mihi dari has actiones quæ heredi & in heredem competunt.

LIBER SEXTUS.

TITULUS I.

De rei vindicatione.

Seriem Tituli indicat Ulpianus *l.* 1. *D. h. t.* sic scribens: *Post actiones quæ de universitate propositæ sunt, subjicitur actio singularum rerum petitionis.* Cum dicit actionem petitionis, speciem conjungit generi. nam actio est generale verbum: continens & condictionem & petitionem. dicitur vero actio petitionis: sicut in *l.* 1. *C. de condict. indeb.* legitur actio condictionis. sed plerumque petitio dicitur simpliciter, etiam vindicatio. petitio a petendo: vindicatio a vindicando. petere est generale vocabulum; ut vindicare. Utrumque idem valet, quod asserere. igitur petere suum esse *l.* 11. §. 2. *D. de except. rei judic.* & vindicare suum esse *l.* 66. *h. t. l.* 6. §. 2. *D. de confessis* idem sonant: suntque ea generalia verba. adeo Scævola ait, pignus vindicari: cum petitur actione quasi Serviana *l. ult. D. de pign. act.* Ulpianus vero dixit, manumissum vindicari in libertatem *l.* 3. *D. de liberal. caus.* jam servitutem vindicari, ostendit *Rubrica D. Si servitus vindicetur.* quemadmodum usumfructum peti, dicit Titulus, *Si ususfructus petetur.* igitur vindicatio, sicut petitio, est commune verbum omnium actionum in rem. sed præsens Titulus non est de vindicatione in genere; sed de rei vindicatione, id est, de vindicatione dominii, seu proprietatis rei corporalis, & singularis. eam porro vindicationem oportet accipi cum effectu juris: ut vindicare sub hoc Titulo non sit nude asserere & petere: sed præterea auferre, tollere, abducere. nam is finis vindicationis. *l. unic. D. Si quis jus dic. non obtemp.* sicut & assertionis. optime Varro, *lib.* 5. *De ling. Latina*, *p.* 40 *Adserere manu in libertatem cum adprehendimus.* Ab eodem fonte est hoc Ovidii, *lib.* 2. *Amor. Eleg.* 5. *vers.* 30.

Injiciam dominas in mea jura manus.

Satis de serie & explicatione Tituli. transeo ad Edictum: quo complexum rei vindicationem fuisse Prætorem, colligitur ex Ulpiani, Pauli, & Gaji libris Ad Edictum sub hoc Titulo. ipsum tamen Edictum desideratur. sententia videtur talis fuisse. *Si quis rem suam esse vindicabit, neque ea res arbitrio Judicis ei restituetur, adversus eum qui eam possidere dicetur, judicium dabo.* Ex his verbis apparet, rei vindicationem tum locum habere, si quis rem suam esse dicet. dari vero huic qui id dicet, adversus possessorem: ut arbitrio Judicis restituatur. Hæc Edicti summa: quam per partes explicabo. Primum datur rei vindicatio: si quis rem suam esse dicet. Verbum, *Rem*, indicat Rubrica, *De rei vindicatione.* etiam *l* 1. *& l.* 6. *D. h. t.* Rei porro appellatio late patet: complexa quippe omne quod est in rerum natura: sive tangi potest; sive animo intelligitur. ita res est vel corporalis, vel incorporalis. illa res est; sive in cogitationem nostram incidit; sive ab ea removetur. hæc demum, si cogitatione nostra formatur: alioquin caret substantia. Sed Prætor vocat rem quæ est: non quæ intelligitur. nec jura exaudit; sed corpora §. 1. *Inst. de action.* sive sint mobilia, tam animata, quam anima carentia: sive sint soli *l.* 1. §. 1. *D. h. t.* id est, immobilia. Mitto nostros: sic Seneca *lib.* 2. *Nat. quæst. c.* 1. Res incorporales, ut servitutes, hoc Edicto non comprehendi, est argumentum: quod separata actione vindicantur infra. lib. VII. & VIII.

Idem de generibus Seneca, *Epist.* 58. *Genus*, inquiens, *nec visu nec tactu, nec ullo sensu comprehenditur: cogitabile est. quod generaliter est, tamquam homo generalis sub oculos non venit, sed specialis venit, ut Cicero, Cato.* Rei igitur appellatione in Edicto sola veniunt corpora, & singula: nostri species vocant, Philosophi individua. genera non veniunt *l.* 6. *l.* 1. *D. h. t.* Interim potest fieri: ut res una plures contineat. item, ut res plures habeant unius imaginem. utile erit, hoc intelligi ex Pomponio: facit is in *l.* 30. *D. de usurp. & usucap.* & ante Seneca, *Epist.* 102. tria corporum genera. Primum sunt eis corpora continua, uno spiritu constantia: ut tignum, homo, lapis, ovis. talia corpora sunt singula, & qua talia habent vindicationem. Deinde sunt corpora cohærentia. horum plures sunt partes: sed conjunctæ, unum efficiunt corpus, domum aut navem, verbi gratia. inde ut tigni & hominis; sic domus & navis, vindicatio est: nec harum membra petimus, sed corpus. nam & domus & navis, quamdiu cohærent universa quodammodo uno spiritu continentur. Sic in nave. non idem in armamentis navis. armamen-

menta Latinis sunt quævis instrumenta, ad rem exercendam tuendamque necessaria. Hoc sensu vinearum armamenta dixit Plinius *lib.* 17. *Hist. nat. c.* 21. pro pedamentis, perticis, palis, vinculis, aliisque instrumentis ad vineæ culturam paratis. Eodem modo navis armamenta sunt remi, funes, anchoræ, similia, apud Suetonium *Augusto c.* 17. & Julianum *l.* 6. *D. De leg. Rhod.* Igitur armamenta a nave separata, singula erunt vindicanda, scapha quoque separatim vindicabitur *l.* 3. §. 1. *D. h. t.* quia scapha non cohæret navi. imo est navis parva, sed separata: sicut remi & conti, aliaque consimilia navis armamenta, ei non cohærentia, non sunt navis membra, neque navis nomine continentur: quando navis, vel exarmata, navis est. omnia contra navi juncta, veluti gubernacula, malus, antennæ, velum, quasi navis membra sunt *l.* 44. *D. de evistion.* Tertium genus corporum consistit ex distantibus capitibus: ut grex. & hic potest uno vindicari nomine: quia ut plura sint in grege capita, nihilominus universa uno continentur nomine & corpore *l.* 1. §. *ult. D. h. t.* possunt tamen ex grege etiam singula capita separatim vindicari: ut natura sunt diducta; licet nomine ac jure conjungantur *l.* 23. §. 5. *D. h. t.* Hoc in grege. quid in peculio? ait Julianus *l.* 56. *D. h. t.* non ut gregis, ita peculii, vindicationem placuisse: igitur oportere eum cui peculium sit legatum, non peculium, sed singulas res, petere. id tam varie: quia grex designat universitatem corporum uniformium. peculium contra etiam jura & nomina continet. quod si hæc nulla habeat: tamen possunt in eo esse omnis generis corpora, tam soli, quam mobilia, tam animalia, quam anima carentia: corporum vero & rerum tam dissimilium conjunctio, vix est, ut unum, idque certum, corpus efficiat.

Sed apparet, rei appellatione significari a Prætore res singulas, seu corpora singula: ac proinde oportere in rem acturum designare, utrum totam, an partem & quotam, petat: nempe, ut intelligat reus, quid petatur; & Judex de quo debeat cognoscere; simul quid ejus arbitrio petitori restituendum sit. primum oportet rem a petitore designari: ac modum exemplis declarat Paulus *l.* 6. *D. h. t.* quæ ibi possunt videri. tantum notabo, ibi voculam, *Nam*, non indicare causam: sed habere vim incipiendi: ut alibi sæpe. jam ad versiculum, *Sed si nomen*, adjicienda *l.* 5. § 4. & 5. *D. h. t.* Præterea debet petitor designare; utrum totam petat rem, an partem, & quotam *d. l.* 6. quod si totam petat, ab eaque absit ususfructus: quæsitum fuit, an recte agat: quia poterat quæri, utrum tota sit, an pars absit. ea quæstio tractatur a Paulo *l.* 25. *D. de verb. signif.* conjungenda cum *d. l.* 6: cum utraque sit ejusdem argumenti, & ex eodem Pauli lib. 21. Ad Edictum. sensum exposui *lib.* 1. *De usufructu c.* 2: ubi vide, si lubet. Similis dubitatio est, partem quemadmodum intelligamus; pro diviso, an pro indiviso? de parte pro diviso nullus labor: quia divisione definit pars esse, & fit totum. de parte pro indiviso videamus. sed & hanc vindicari, refert Paulus *l.* 25. §. 1. *D. de verb. sign.* modo exprimat actor, quotam petat partem *l.* 8. *D. h. t.* quotæ enim expressione pars quæ incerta erat, ad certum admovetur. plane, si justa interveniat causa; putat Gajus, esse vindicationem partis etiam incertæ; & hoc probat exemplo *l.* 76. §. 1. *D. h. t.* cui addi potest alterum ex Ulpiano *l.* 3. §. *ult D. d. t.*

Dixi, quando detur rei vindicatio. quæris, cui detur. Et hoc Prætor comprehendit superioribus verbis, *Si quis rem suam esse dicet.* Indicio *l.* 25. *D. de oblig. & act.* atque inde *lis dominii* pro rei vindicatione *l.* 18. *D. de usuris.* Sic apparet, rei vindicationem domino consulere, amissa possessione. solus enim rem suam dicere potest dominus. non autem refert Prætoris: utrum jure civili, an jure gentium, suam dicat. *l.* 23. *D. h. t.* Non erat ita ex Lege Duodecim Tabularum. hac oportebat rem peti ex jure Quiritium. vestigium vetusti juris apud Ciceronem, *Pro Murena c.* 12. sed antiquitati derogavit usus juris: inventa a Jureconsultis utili actione pro vindicando dominio bonitario: cum directa vindicaret Quiritarium. utramque Edicto inclusit prætor. inde quocumque modo quis suam rem esse dicat, eo modo rem suam vindicabit. cæterum quibus modis dominium adquiratur aut jure gentium aut jure civili, alibi traditum. hic sufficit, rem alterutro jure esse ejus qui vindicatione uti volet. quod si non sit: ea agere non potest.

Et ideo placet Paulo, loca sacra aut religiosa hac in rem actione non peti quasi nostra *d. l.* 23. §. 1: quia sunt divini juris: in bonis autem nullius *l.* 1. *D. de rer. divis.* Sed bene habet: quod Paulus non de fundo loquitur, sed de loco, sacro aut religioso. nam locus est non fundus, sed portio aliqua fundi: fundus autem integrum aliquid est *l.* 60. *D. de verb. sign.* porro loci religio nihil mutat de jure fundi. vindicari igitur potest fundus, in quo sit locus sacer aut religiosus. locus talis vindicari non potest principaliter: per accessionem fundi potest. quomodo separatim prohibetur vendi: per accessionem fundi non prohibetur vendi *l.* 22. & 24. *D. de contrah. empt.*

Similiter ait Ulpianus *l* 1. §. 2. *D. h. t.* per hanc actionem liberas personas juris nostri, ut puta, liberos qui sunt in potestate, non peti: quia non æque sint in dominio ut servi. imo *tit.* XI. §. 5. ait, eos habere caput vere liberum: si jus gentium spectemus; etiam, si rempublicam. nec tamen id impedit: ne filius cum suo patre comparatus jure civili, sit pars familiæ ejus; ibique non minus sit in patris, quam servus in domini potestate. habet enim pater in eum jus vitæ & necis, sicut dominus in servum: præterea manumittit eum pater intervenientibus venditionibus imaginariis, tamquam servum dominus. Hoc modo Lactantius *lib.* 4. *Divin. Inst. c.* 3. *Dominum*, inquit, *eumdem esse qui sit pater etiam juris civilis ratio demonstrat.* Igitur quid obstat, ne pater vindicet, suum esse filium: non simpliciter, ut cæteræ res ex hoc Edicto vindicantur: sed (quod observat Ulpianus *d. l.* 1. § 2.) adjecta hac causa ex jure Romano. nam eo suum esse, vel in sua potestate esse, recte vindicari potest: cum potestas patria sit juris civilis, non juris gentium. cæteræ igitur res, ut servus, a domino simpliciter possunt vindicari, vel gentium, vel civili jure *l.* 23. *D. h. t.* sed filius tantum potest vindicari ex jure Quiritum: quia non alias est in potestate: id est, in jure patris, ut Ulpianus loquitur *d. l.* 1. §. 2. & Paulus *l.* 2. §. 2. *D. de interdictis.*

Utcumque erit: liquet, rei vindicationem ei concedi soli qui rem quam petit, suam esse dicet gentium aut civili jure. quid, si ei cohæreat res alterius? puta: alienum brachium est junctum statuæ Titii. an Titius petet, suam esse totam statuam? ait Paulus *l.* 23. §. 2. *D. h. t.* si brachium ita sit statuæ junctum, ut ejus pars sit, Titium effici dominum totius statuæ; vereque suam dicturum statuam: atque ita plerosque sensisse. Cum ait, *plerosque*, accipe Proculianos: quorum sequens fuit definitio, In quibus propria qualitas spectaretur, si quid adderetur, id toti cedere, veluti accessionis jure. extat ea definitio *l.* 26. §. 1. *D.*

D. de adq. rer. dom. & adscribitur ibi Proculo. est vero caussa prævalentia: quam indicat Paulus *d. l.* 23. §. 4. & addit, Quotiens res mea tuam trahit per prævalentiam, dominium rei tuæ tibi extingui, & ad me transire. igitur non tuam, sed meam, esse vindicationem. quod si statuam sis bona fide nactus, ego eam vindicem: te pretium ejus quod accessit, recte petiturum per exceptionem doli mali. Idem scribit Paulus *d. l.* 23. §. 2. si quid in charta mea scribatur, aut in tabula pingatur: nam & hoc meum fieri jure accessionis: sed de pictura quosdam contra sensisse. Hi qui? Sabiniani. qui, considerato picturæ pretio, credebant, ridiculum esse, manum Apellis vel Parrhasii, in accessionem vilissimæ tabulæ cedere. sed Paulus stat a parte Proculi: necesse, inquiens, esse, picturam cedere tabulæ: quod sine illa esse non potest. verum media obtinuit sententia existimantium, utrique dandam esse actionem: pictori directam: domino utilem. meminit Gajus *l.* 9. §. 2. *D. de adq. rer. dom.* & ex eo Justinianus §. 34. *Inst. de rer. divis.* ipse tamen Gajus aliter *lib.* 2. *Inst. tit.* 1. §. 4: nisi interpolatus alicui ab Aniano, aut a Triboniano, videatur is Gaji locus. quod relinquo in medio: arbitratus, in re facti non esse ratiocinationi indulgendum: ne doceatur quod non potest probari.

Ut ut erit: quod in pictura obtinuit, singulare jus est; & ideo non trahendum ad consequentias: nec statuam, huc enim redeo, vindicabit is cujus brachium est junctum statuæ meæ: quia non dicet suam statuam; nec magis suum petet brachium quod cohæret meæ statuæ. solum ei permittitur forte possidenti statuam, brachii pretium exigere exceptione doli mali. hoc plus ei licebit agere actione ad exhibendum; ut brachium a statua separetur, & sic vindicetur. nam ut separatum desinit esse pars meæ statuæ, ita desinit esse pars mei dominii, & ad te revertetur quasi jure postliminii: si per applumbaturam, id est, per plumbum liquidum, facta sit conjunctio. nam si contigerit per ferruminationem, id est, per eamdem materiam, diversum jus est: ferruminatione per eamdem materiam faciente confusionem: plumbatura non item. postremo placet, brachium ferruminatione junctum statuæ meæ, consumi unitate majoris partis, & semel alienum factum, etiam inde abreptum, ad priorem dominum redire numquam. eo igitur casu, ait Paulus *d. l.* 23. §. 5. necessariam esse actionem in factum, ut pretium detur; eamque actionem etiam obtinere in omnibus similibus speciebus, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem actio, locum habeat.

Sic in statua, id est, in corpore unito. idem jus est in corporibus cohærentibus: ut in ædificio. id si struxerim ex aliena materia, ego quidem meum vindicabo, quamdiu cohæret meo solo: at materiæ dominus suam tantisper non vindicabit: quia tantisper suam non dicet. an tamen vel hic aget ad exhibendum; ut materia separetur, & deinde vindicetur? non puto. qua ratione? quia intercedit palam Lex Duodecim Tabularum: vetans, tignum alienum ædibus junctum solvi: nempe, ne urbs ruinis deformetur. quid ergo? posita hac Lege est actio de tigno juncto in duplum: si tignum furtivum sit *d. l.* 23. §. 6. alioquin recepta est actio in factum in simplum: semper obtinens, ubi neque ad exhibendum, neque in rem, actio locum habet; ut monui modo ex *d. l.* 23. §. 5. Cæterum, si alia ex caussa dirutum sit ædificium, materia in pristinam caussam revertitur *d. l.* 23. §. *ult.* nec jam est, cur non a domino vindicetur; etsi duplum acceperit: cum præsertim duplum totum pœna sit, neque ei insit simplum, id est, pretium; eoque rei vindicationem quæ rem persequitur, extinguat: vetante generali regula in concursu actionum recepta. quid regulam allego? palam Ulpianus *l.* 2. *D. de tigno juncto*, *Sed si*, inquit, *proponas tigni furtivi nomine ædibus juncti actum: deliberari poterit, an extrinsecus sit rei vindicatio? & esse non dubito.* Sic Ulpianus: si vere, ut non debet dubitare cui sana mens est; laborant hæc Justiniani verba in fine §. 29. *Inst. de rer. divisione: Quod si aliqua ex caussa dirutum sit ædificium, poterit materiæ dominus, si non fuerit duplum jam consecutus, tunc eam vindicare, & ad exhibendum de ea re agere.* Scribo: *Quod si aliqua ex caussa dirutum sit ædificium: poterit materiæ dominus, tunc eam vindicare, & ad exhibendum de ea re agere.* Cætera verba, *si non fuerit duplum jam consecutus*, sunt Interpretis imperiti, mea sententia, atque eo veriore: quia is locus est descriptus ex Gajo *l.* 7. §. 10. *D. de adq. rer. dom* ubi sic extat. *Ergo si aliqua ex caussa dirutum sit ædificium, poterit materiæ dominus nunc eam vindicare, & ad exhibendum agere.* Verba illa, *Si non fuerit duplum jam consecutus*, hic desunt. quid ni igitur desint in *d.* §. 29. id est, in exemplo: cum nulla sint in exemplari? sed hoc emendationi meæ convenit.

Restat, ut de grege videamus. is facit corpus distantium capitum: ut supra dixi. ideoque si meus grex sit; aries in grege tuus: possum gregem vindicare; nec tamen in restitutionem venit aries. æque jus est tibi, arietem vindicare; licet grex non sit tuus. ita Paulus *d. l.* 23 §. 5. simile habet Ulpianus *l.* 3. *D. h. t.* sed hic variat lectio. vulgata Accursii editio pro, *totidem capita aliena*, habet, *totidem alia capita:* eadem editio deinde subjicit, *vel aliena ab eo qui bona fide*, &c. at manu scripti libri legunt, *vel qui bona fide:* expunctis verbis, *aliena ab eo.* quid, si grex sit decem capitum, & altera pars sit mea, altera tua: ita par utriusque numerus. utri dabitur gregis vindicatio? Paulo *l.* 2. *D. h. t.* placet, neutri dare. nempe, quia non est utriusque grex communis; cum sua cujusque sint capita; nec possit communis dici grex: cujus capita non sint communia. quid ergo est? vindicanda utrique sunt singula capita. quod si alter majorem habeat numerum; ut detractis alienis, adhuc sit gregem vindicaturus: recte suum vindicabit gregem quem ante habuit: quamquam sic; ne aliena capita in restitutionem veniant. Major numerus est, magnus: comparativo gradu sumpto pro positivo: ut sæpe alibi.

Ut absolvamus viam quam ingressi sumus: apparet, rei vindicationem soli domino dari: quia solus potest dicere, rem suam esse civili aut gentium jure: & huic demum Prætor rei vindicationem pollicetur: utique intendenti, se tum, cum rem petit, ejus dominum esse. nam si aliquando fuit dominus, sed esse desiit: jam non potest dicere, suam rem esse, & ideo non promittitur ei a Prætore vindicatio *l.* 41. *D. h. t.* Cæterum, ubi est dominus; nihil refert, utrum perpetuum habeat dominium, an abiturum aliquando. sufficit enim Prætori, interim dominum esse: quia tantisper potest dicere, suam rem esse: etsi futurum sit, ut id dicere non possit; cum desiturus erit dominus esse. Paulus *l.* 66. *h. t.* sic expedit: *Non ideo minus recte quid nostrum esse vindicabimus, quod abire a nobis dominium speratur, si conditio legati vel libertatis extiterit.* Ait, *speratur*, pro *creditur.* quomodo spero pro credo apud Terentium *Eunucho* 5. 3. 11. Donato interprete. aliis sperare est, timere. sed prius mavult Vir Eruditissimus, G. J. Vossius *lib.* 4. *Inst. Orat. c.* 12. *p.* 644.

Tem-

Tempus est videre, adversus quem competat rei vindicatio. Hunc designat Prætor; pollicitus, judicium dare *Adversus eum qui eam possidere dicetur.* Auctoritatem huic parti præbet Ulpianus *l.* 25. *D. de oblig. & act.* nec minus Diocletianus & Maximianus *l. unic. C. de alien. judic. mut. caus. fact.* in qua legendum *Cum in rem actioni possessio pariat adversarium:* ut alibi monui. Datur igitur rei vindicatio domino rem suam adversus possessorem vindicanti. utique, si hic contra vindicet rem suam esse. imo, etsi non sic contra vindicet. simpliciter enim Prætor, judicium, inquit, dabo adversus eum qui possidere dicetur: nec hujus contravindicationem desiderat. olim fuit aliter: & contravindicationis meminit Imp. Justinianus §. 1. *Inst. de actionibus*, puto, ex regulis juris: nam de civili actione ex Duodecim Tabulis profecta, eum loqui, apparet ex §. 3. mox sequente. nec ignoro vestigium ejus ritus apud Plautum *Rudent. act.* 4. *sc.* 3. *vers.* 86. & Ciceronem *Pro Murena cap.* 12. sed hunc ritum ab utroque, tamquam supervacuum, ut re vera fuit, derideri mihi persuadeo. Prætor certe eum neglexit hoc Edicto: quomodo familiæ emancipationem in testamentis jure civili receptam, pro vana explosit: contentus in Edicto de bonorum possessione secundum tabulas, testamentum esse signatum septem testium signis §. 2. *Inst. de testam. ordin.* Ita nunc sufficit, reum a quo res vindicatur, esse possessorem; ab eoque negari, petitorem esse dominum: prorsus, ut petitore non probante, se dominum esse, possessor, etsi nihil probet, absolvatur; inque suo loco maneat possessio. Sed hoc clare *l.* 2. *C. de probat. l. ult. C. h. t.* §. 4. *Inst. de interdict.* Dat igitur Prætor domino rei vindicationem adversus possessorem: & quia nihil adjecit, erit officium Judicis in hac actione, inspicere, an reus possideat, nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi, rem esse meam, nisi objecta mihi aliqua sit exceptio, (cujus exemplum est in *l.* 72. *D. h. t. l.* 4. §. 32. *D. de dol. mal. & met. except. l.* 17. *D. de evictionibus*) necesse habebit possessor eam restituere *l.* 9. *D. h. t.* in eoque rei vindicatio distinguitur a petitione hereditatis: similiter quidem obtinente adversus possessores rerum hereditariarum, sed demum, si pro herede aut pro possessore possideant; non si gaudeant speciali titulo *l.* 11. *C. de hered. petit.* optima distinctione: quia altera datur domino, altera heredi. æquum vero est, rem suo domino restitui, quisquis eam quocumque titulo habeat ab alio, quam a domino. at qui heres est, non utique est dominus: & potest fieri, ut quis pari aut etiam meliore jure possideat ex justo titulo, quam ab eo petat heres. est igitur titulus altera in specie edendus, in altera non est; quia in altera ut edatur, refert petitoris; in altera non refert.

Succurrit igitur Prætor rei vindicatione domino adversus qualemcumque possessorem. Dicitur autem possessor proprie is qui rem tenet animo sibi habendi. nam si eam non hoc tenet animo, ut velit eam sibi habere; is proprie non possidet. magis dicitur, in possessione esse, & detinere. eo in numero sunt colonus, commodatarius, depositarius, & similes *l.* 10. §. 1. *l.* 18. *D. de adq. poss.* hi tenent rem: non ut habeant sibi, verum ut alterius possessioni sua detentione præbeant ministerium. eaque ratione putaverunt quidam, (in quibus Pegasum fuisse refert Ulpianus *l.* 9. *D. h. t.*) tales hac actione non teneri, sicut nec in interdicto Uti possidetis, & Utrubi, possessorum appellatione comprehenduntur. at contra sedit Ulpiano, ab omnibus qui tenent & habent restituendi facultatem, peti posse: suadente Prætoris mente, ob similitudinem rationis; etsi verbi subtilitate refragante. Sic mihi videtur: & differentiam esse inter hoc Edictum & interdictum Uti possidetis & Utrubi. nam Edictum rei vindicationem domino dat adversus possessorem: interdictum vero Uti possidetis & Utrubi possessorem tuetur adversus eum qui non possidet *l.* 1. § 6. *D. Uti possidetis.* alterum aufert possessori, alterum concedit. jam cui aufertur plus, ei facile aufertur minus: at cui minus conceditur, ei non æque majus conceditur. plus est, possessori auferre possessionem, quam colono detentionem. minus est, interdictum permittere ei qui possidet; quam id etiam permittere ei qui tantum tenet; non etiam possidet. atque hoc si est, ut est verissimum: æquum est, in interdicto stari proprietati vocabuli; in Edicto non item: quia illic ut amplietur, non sinit mens Prætoris; hic contra. Sic Ulpianus; eique accedit *l.* 2. *C. Ubi in rem actio.*

Cæterum postquam placet, rei vindicationem dari adversus possessorem: commode observat Furius Anthianus *l. ult. D. h. t.* neminem compelli, eam actionem pati: præfatus, alicui licere dicere, se non possidere, fac: petitor adversarium in jure interrogat, an possideat. formula hæc est, *Quando te in jure conspicio, postulo, anne sias auctor.* Eam formulam Valerius Probus his comprehendit literis. Q. T. I. I. C. P. A. F. A. Sensus: anne sis ille a quo debeam meum jus persequi. is interrogatus si fatetur; tenet rei vindicatio: si tacet, obscureve respondet; pro negante habetur *l.* 11. § 7. *D. de interrog. in jur. fac.* ita restat, ut convincatur. quod cum fit: aufertur ei possessio; etsi petitor non probet, se dominum esse *d. l. ult.* nec inique: cum alter neget, se possidere: id est, fateatur, se non habere jus retinendi.

Datur igitur rei vindicatio domino adversus eum qui possidet. at quo tempore? tempore litis contestatæ, & tempore rei judicandæ. Sic Paulus in *l.* 27. §. 1. *D. h. t.* sed noli eum acccipere; quasi putet, non sufficere, reum tempore rei judicatæ possidere; nisi etiam possederit tempore litis contestatæ. potius suadeam, sic intelligi Paulum; quasi dicat, non esse satis, reum possidere tempore litis contestatæ: nisi etiam possideat tempore rei judicatæ. nam si quidem possideat litis contestatæ tempore; cum autem judicatur, possessionem amiserit sine dolo malo: absolvit eum Paulus. quod si non possideat tempore litis contestatæ, quo autem judicatur, possideat: ait Paulus, putavisse Proculum, Sabino forte contradicente, omnimodo condemnari eum oportere. Aliquis dicat, non videri in judicium venisse quod post acceptum judicium accidisset *l.* 23. *D. de judiciis.* eoque nec ad officium Judicis pertinere *l.* 18. *D. Commun. divid.* Sed hæc objectio Proculi sententiam non infirmat: nam quod dicitur: in judicium non venisse quod post acceptum judicium accidisset, hunc habet sensum: non venisse in judicium quod postea in jure petitoris accidisset. nam si is tempore litis contestatæ non habuit jus petendi; causa cadit, etsi postea jus acceperit: quia non habuit tempore litis contestatæ. quod si quis aliquid sui juris petiit ab alio qui id non possidebat, cum diceretur possidere: is utique rem sui juris in judicium deduxit, si deinde possideatur: eoque erit ei restituenda tempore rei judicatæ: quia possidetur, & potest restitui. Exposui Proculi sententiam, approbatam a Paulo *d. l.* 27. §. 1. etiam ab Ulpiano, & tandem ab omnibus *l.* 30. *D. de peculio.*

Huc usque ostendi, quod rei vindicatio datur adversus possessorem. porro addam, aliquando etiam dari adversus eum qui non possidet; modo se-

fecerit dolo malo, quo minus possideret. at hoc non venit ex Edicti verbis: (nam in his altum de eo silentium) sed receptum est per consequentiam Senatusconsulti: quo inductum est in hereditatis petitione; ut qui desiit possidere dolo malo, quamvis ante litem contestatam, nihilominus pro possessore habeatur. sed hoc optime observavit Ulpianus *d. l.* 27. §. 3. & convenit paritati rationis.

Idem jus est: si quis non possideat, sed interim se obtulerit rei defensioni: dicens, se possidere. nam is quia mentitus est se possidere; & petitorem decepit: deinde lite contestata, perinde ac si possideret, damnandus est: præsertim si actor ignoraverit; eum non possidere. nam si sciens eum non possidere, cum eo litem sit contestatus; contra dicendum est: quia magis ipse se decepit, quam deceptus est. Simile jus est, si quidem mentitus quis sit se possidere; sed mendacium ante litem contestatam correxit, re adhuc integra: nam nec tum decepit petitorem; nec videtur se qui discessit, liti obtulisse *l.* 25. *&* 26. *D. h. t.* Nisi forte, cum a Titio vellem petere, aliquis dixerit, se possidere, & ideo se liti obtulerit, ut res interim a possessore usucaperetur. tum enim condemnandus est omnimodo: id est, etiamsi eum pœniteat. *l.* 27. *D. h. t.* Sit exemplum. aliquis voluit agere adversus Titium bonæ fidei possessorem. tu mendacio tuo fecisti, ne adversus eum ageretur. ita Titius implevit usucapionem. actori nocuit mendacium, etsi tu ante litem contestatam velis mendacium corrigere. quid ni igitur sis damnandus ei cui nocuisti? est tamen id cum maxime verum: si actor in re agenda protestatus sit, se cum Titio non agere ideo: quod tu diceres, non Titium, sed te possidere. cæterum te damnato ob tuum mendacium adhuc poterit dominus rei vindicatione cum vero possessore experiri; si is usucapionem nondum implevit: nam ab illo vindicabit rem suam nondum usucaptam *l.* 7. *D. h. t.* a te vero qui mentitus es, accipiet quanti sua interest: quia tuo nomine tu damnatus es ob dolum proprium, non nomine possessoris.

Superest tradi, ad quid danda sit rei vindicatio: eademque opera, quod in ea sit Judicis officium. de utroque sic Prætor: *Neque ea res arbitrio Judicis ei restituatur, judicium dabo.* Verba hæc in oculis habuit Ulpianus *l.* 9. *D. h. t.* testatus, Judicis officium in hac actione in hoc fore; ut inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinere, ex qua causa possideat. Nec displicet adjectio, ubi probavi, rem meam esse, necesse habiturum possessorem, restituere qui non objecit aliquam exceptionem. Non magis dubito, quin his convenienter Justinianus §. 31. *Inst. de actionib.* inter cæteras actiones ab arbitrio Judicis pendentes, quas arbitrarias vocat, etiam præsentem intelligat: & ut in aliis passim, sic in hac, velit Judici permitti, ex æquo & bono secundum cujusque rei, de qua actum est, naturam æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat. Sed ut ex solido intelligatur res sciri digna: primum accipe a Justiniano §. 2. *Inst. de officio Judicis*, esse in proposito Judicis officium, possessorem absolvere, si non pareat actoris intentio: & si pareat, declarare, rem petitoris videri. formula extat in *l.* 35. §. 1. *D. h. t.* parique modo traditum *l.* 8. §. 4. *Si servit. vindic.* servitutem actione confessoria petitam, Judicis sententia non constitui, sed quæ est, declarari. In judiciis divisoriis, qualiasunt finium regundorum, familiæ erciscundæ, & communi dividundo, aliud obtinuisse, liquet in §. *penult. Inst. de offic. Judic.* & plenius infra *lib.* x. Verum quod in præsenti dixi, est proprium rei vindicationis. Cæterum declarato in ea domino, ait in *d. l.* 9. Ulpianus, esse consequens Judicis officio, jubere, rem petitam domino a possessore restitui, & statim: ac cessantem ad hoc condemnare. nisi si neget, in præsenti se posse restituere: & sine frustratione videbitur tempus restituendi causa petere. tum enim indulgendum ei esse, Justinianus censet: modo de litis æstimatione caveat cum fidejussore, si intra tempus quod ei datum est, non restituerit *d.* §. 2. Sic, si justa allegetur causa, cur restitutioni non pareatur. at si jussus restituere, Judici non pareat, contendens non posse restituere, & tamen habeat rem: ait Ulpianus *l.* 68. *D. h. t.* possessionem ab eo manu militari transferri, & fructuum dumtaxat, omnisque causæ nomine condemnationem fieri. Quid, si res non possit restitui? finge, periisse aut amissam esse: ait Ulpianus *d. l.* si quidem dolo malo fecit possessor, quo minus possit restituere, in quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandum esse: ea ratione quam lib. XII. dabit Titulus, *De in litem jurando.* Quod si nec possit restituere, nec dolo fecit, quo minus possit? contra ait, non pluris, quam quanti res est, id est, quanti adversarii interfuit, condemnandum esse: modo ejus culpa accusetur: qualiscumque sit, sive in faciendo consistat, sive in non faciendo. & sunt utriusque exempla in *l.* 36. §. 1. *h. t.* De fatali casu videamus. In hoc oportet malæ fidei possessorem distingui a possessore bonæ fidei. quid deinde? illum quidem qui est malæ fidei, ad restitutionem rei petitæ perinde teneri, ac si illa adhuc extaret: jure interpretante, eum semper moram facere, & hac perpetuari ejus obligationem. at in hoc qui est bonæ fidei, benignior recepta est observatio: maxime ante litem contestatam. nam post eam etiam malæ fidei est qui ante erat bonæ fidei: non peræque in omnibus; sed tum demum, ubi sine causa temere ad judicium provocavit. alioquin quoad fructus quidem, dicitur & in mora & in mala fide esse a tempore litis contestatæ *d.* §. 2. *Inst. de offic. Judic.* verum quantum ad restitutionem rei petitæ, non videtur inde moram facere, eoque nec tenetur præstare casum aut mortalitatem, ab ejus providentia diligentiaque non pendentem exemplo restitutionis fructuum, *l.* 40. *D. de hered. petit. l.* 15. §. *ult. & l.* 16. *D. h. t.* Illud adhuc potest quæri, an aliquando vel in malæ fidei possessore fiat, ut ne ob casum quidem teneatur? & æquitatis esse creditum, etiam ita servari: si ea res quo modo apud possessorem periit, eodem apud petitorem peritura fuisset: nec hic ex re distracta interim fuisset pretium accepturus *dd. ll.* Simile obtinuit temperamentum: si rem corruptioni obnoxiam, quia servando servari nequit, ut est fructus, ex necessitate vendidit. sic enim sufficere ei, pretium quod accepit, restituere: non etiam veram æstimationem *l.* 15. §. 1. *D. h. t.*

Non contemnenda fuit superior observatio circa Judicis officium. sed æque necessaria est sequens Gaji *l.* 20. *h. t.* dicens, Judici non sufficere, domino a possessore ipsum restitui corpus: sed opus esse, ut & causa illi restituatur; id est, ut omne habeat, quod habiturus foret, si eo tempore quo judicium accipiebatur, corpus restitutum fuisset. cedo, qua ratione? manifesta. en: conventus rei vindicatione possessor, noluit rem restituere, nisi probato a petitore ante dominio. quisquamne iniquum putabit, moram ea re factam possessori potius, quam adversario nocere? imo quis non contra sinat, rem perinde haberi, quasi inter eos esset litis contestatione actum, ne sic alteri noceretur? Mihi probabile est, huc ivisse

Veteres; judicio contrahi, & judicati obligationem nasci, profitentes *l.* 3. §. 11. *D. de peculio.* Et jam lubet inde inferre, quod possessore a Judice jusso, rem petitam statim restituere, nihil prodest, illam inter moras judicii esse usucaptam: eo utcumque litis contestatione obligato, rem restituere ea in causa in qua erat, cum peteretur. nam eo tempore non erat usucapta: & quamquam subtilitate juris inde perseveraret usucapio, ob non ablatam interim possessori possessionem, ne ab executione inciperet judicium: tamen rationis est, impletam per sententiam adversus petitorem rescindi: id est, sic haberi, ac si impleta non esset: lite contestata, ut dixi, inter litigantes convento, rem restitui, non in ea causa in qua foret tempore rei judicatæ, sed in qua tempore litis contestatæ fuit *l.* 18. *D. h. t.* §. 3. *Inst. de offic. Judic.* Sed id citra dubium est; & ea propter, si possessor rem a se sic usucaptam, ut potest, oppignoraverit, aut servum manumiserit, aut animal deterioratum vulneratumve restituerit: nec fuerit consentaneum arbitrio Judicis, tamquam viri boni, eum hujusmodi restitutione liberatum interpretari. quin ut facile latere possunt talia; multo æquius est, postulante in hoc incerto petitore cautionem, Dolum malum abesse abfuturumque esse, hanc a possessore præstari; ac si contra factum esse appareat, ex ea teneri eum in id quod interest *l.* 18. & *l.* 19. *D. h. t.*

Ita re integra. De parte quid dicemus? noli quærere. quidquid possidetur, id a possessore petitori restitui, ejusdem æquitatis est *l.* 76. *h. t.* nulla differentia, utrum initio pars fuerit, an postea esse cœperit. exemplo sit alluvio: qua quo tempore quid fundo accrevit, id fundi pars est *l.* 34. *d. t.* idem in superficie *l.* 16. *C. d. t.* Celsus *l.* 49. *D. d. t.* etiam solum ædium partem esse existimat: nec alioquin subjacere, uti mare navibus. Jam in §. 1. meum, infit, est quod ex re mea superest, cujus vindicandi jus habeo. præterea vult Gajus *l.* 20. restitui, post acceptum judicium per servum adquisita non ex re possessoris: in iisque esse hereditatem legataque quæ per servum obvenerunt, addit Gajus ancillæ partum. An & fructus? ne dubita; si pendeant: nam in *l.* 44. fructus, inquit, pendentes pars fundi videntur. Paulus vero *l.* 35. §. 1. hoc etiam extendit ad fructus cæteros: & quod notandum, usque adeo; ut velit Judicem, quamvis in sententia per errorem declaraverit, fundum meum videri, possessorem eodem errore tam ad fructuum, quam ad fundi restitutionem condemnare. optime: recepto, ut dixi, oportere fundum non simpliciter, sed cum omni causa restitui. Ita est: atque id significat hæc Pauli adjectio: *Non debere lucro possessoris cedere fructus, cum victus sit.* Item illa: *Quod alioquin (ut Mauricianus ait) nec rem arbitrabitur Judex restitui.* imo ait, *Quare habeat, quod non esset habiturus possessor. si statim possessionem restituisset.*

Sed ut in plena luce ponatur nobilis, & aspera, nec adhuc, ut optes, expedita quæstio: age, quid & quotuplex sit fructus, dispiciamus. Est autem fructus proprie, rei utilitas ex ipso corpore obveniens. quod si quæ non ex ipso proveniat corpore, sed ejus occasione ex alia causa, puta ex nova obligatione, hæc proprie rei fructus non est *l.* 121. *D. de verb signif.* & tamen quia in communi usu præstat commoditatem fructui non absimilem, juris interpretatione pro fructu non male habetur. Ergo sic duplex sit fructus: alius naturalis, alius civilis. in posteriore est usura pecuniæ, vectura navium, merces servi, pensio prædii *l.* 62. *D. h. t.* in priore sunt frumenta, poma, alia. Proxima observatio est, quod hi naturales fructus vel sua sponte nascuntur naturæ beneficio, & naturales in specie appellantur: vel demum humano facto atque opera producuntur, & vocantur industriales. utriusque generis meminit Auctor *Dialog. De caussis corruptæ eloquentiæ*, sive sit Tacitus, sive Quintilianus *c.* 6. his verbis: *In ingenio quoque sicut in agro quamquam alia diu elaborantur, gratiora tamen, quæ sua sponte nascuntur.* Exempla apud Pomponium *l.* 45. *D. de usuris.* Postrema observatio est, fructus aliquos esse pendentes, aliquos perceptos, aliquos percipiendos, aliquos extantes, aliquos consumptos. In his nunc quod jus sit, quæris? Mea sententia, interest inter bonæ & malæ fidei possessorem. ac per te liceat mihi, hic uti hoc ex Terentio *Adelph.* 5. 3. 37.

Duo cum idem faciunt, sæpe ut possis dicere,
Hoc licet impune facere huic, illi non licet:
Non quo dissimilis res sit, sed quod is qui facit.

Sic meditor esse Jurisprudentiæ utilis: & res, spero, procedet bene. quo modo? attende, intelliges. Etsi adhibita ab utroque possessore in fundo a non domino accepto, par sit cultura & cura: ob eam tamen uterque non eodem utetur jure; ne emptione quidem aut simili justa causa ad transferendum dominium hic, aut illic, interveniente. primum agam de possessore malæ fidei: & puta, eum ne si acceperit quidem justa ex causa fundum a non domino, ob id umquam habere ejus dominium, in eove jus culturæ & curæ, & consequenter numquam jus ad fructus ex eo natos: non magis, quam ad fundum, Judicis sententia nunc petitoris declaratum. quid ni igitur arbitretur Judex, eum possessorem oportere fundum domino cujus est, restituere, & cum eo fructus omnes *l.* 22. *C. h. t.* civiles *l.* 62. *D. d. t. l.* 29. *D. de hered. petit.* naturales, industriales §. 35. *Inst. de rer. divis.* pendentes, perceptos *l.* 44. *l.* 35. §. 1. *D. h. t.* etiam inhoneste *l.* 27. *l.* 28. & *l.* 52. *D. de hered. petit.* amplius percipiendos, hos tamen tum demum, si honeste percipi potuerint *l.* 33. *D. h. t.* a quo? Papinianus *d. l.* 62. §. 1. generaliter, inquit, cum de fructibus æstimandis quæritur, animadverti debere, non an malæ fidei possessor fruiturus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset. Nec illud omittendum in *d. l.* credidit Papinianus, esse æqui & prudentis Judicis, etiam hic aliquo in usuris uti temperamento; cui in vecturis navium, & pensionibus prædiorum, similibusque non faciat locum; quamquam alioquin non minus illæ, quam hæ, civiles fructus habeantur. Sed est manifestæ rationis, aliud in usuris, aliud in cæteris suadere. quid? nempe, quod malæ fidei possessori juste imputatur, si aut dolo malo aut culpa non exegerit vecturas, pensiones, similesve civiles fructus: quia potuit eos non modo honeste, sed sine periculo quoque, percipere: sed ut pecuniam natura sterilem atque infœcundam, fœnerando faceret fertilem, id ab eo, etsi honeste, tamen cum ejus periculo exspectari, sane durum foret, & ideo omissum ei imputari non oportet *d. l.* 62. *h. t.* Similis moderatio observatur, si qui tales fructus possessoris beneficio rei petitæ accesserunt. exemplum in *l.* 31. *d. t.* in fructibus perceptis ex artificio servi, eo instructi sumptibus possessoris: quos æstimari, a petitore improbe peti, Paulus ait: arbitratus, sufficere, eos cum sumptibus compensari. Satis de malæ fidei possessore.

Nunc de bonæ fidei possessore quid juris sit, scire expetis. Idem autem, vel in eo puta: at non in infinitum, nec semper: sed a tempore litis contestatæ *l.* 22. *C. h. t. l.* 2. *C. de fructib. & lit. expens.* imo is vel ante ex quo rem alienam esse intelligit, malæ fidei possessor esse cœpit. Adeo verum

rum est, eum cum de fructibus disputatur, in bona fide singulis momentis esse oportere *l.* 23. §. 1. *D. de adq. rer. domin.* Nec me mordet, quod in usucapione bonam fidem ab initio esse sufficit; superveniens autem mala fides ei non nocet ab initio recte inchoatæ. Nam refert, quod fructuum adquisitio, una subnixa æquitate naturali, facile contraria naturali æquitate tollitur: usucapio vero formam sortita a jure civili, eam non contraria ratione, sed demum contraria juris forma amittit. Atque huc intendit a me expositus *lib. sing. Ad Edict. De Pact. c.* 8. Paulus *l.* 48. §. 1. *D. de adq. rer. domin.* præfatus, usucapionem esse juris; cum fructuum adquisitio sit facti.

Videamus igitur, quid obtineat circa fructus, si quis fundum a non domino bona fide acceperit ex emptione, donatione, aut alia simili justa causa: ac deinde dominus superveniat, & fundum vindicet. Non est levis moliminis quæstio: magna in ea lite, propter duos præsertim locos in §. 35. *Inst. de rer. divis.* & in *l.* 45. *D. de usuris.* Sed ne in mora deinceps cuiquam sint, an præstare meæ liceat tenuitati, lubet porro experiri. Initium sumam a *d.* §. 35. adscriptis prius Justiniani verbis: *Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave qualibet justa causa æque bona fide acceperit: naturali ratione placuit fructus quos percepit, ejus esse pro cultura & cura. Et ideo si postea dominus supervenerit, & fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Ei vero qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est: itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere.* Verba, *pro cultura & cura*, hic offendunt omnes Viros Doctos: opinatos, diversum quid & separatum significare: eoque fructus perceptione suos facturo bonæ fidei possessori, fundo a non domino ex justa causa accepto, esse necessariam culturæ ac curæ conjunctionem: hanc vero ei sine illa non prodesse: & ideo solos industriales fructus ejus fieri, naturales non fieri. Sed ea sententia mihi semper displicuit: & jam olim *lib.* 2. *Probabilium c.* 7. docui, hic *culturam* valere idem *curæ*; paremque esse utriusque verbi potestatem; nec aliam videri ea conjungendi rationem, quam ut oratio sit aliquanto modulatior, aptiorque, & efficacior, quam si simpliciter sit dicaturque, *pro cultura.* Hanc sententiam in *d. c.* 7. idoneis confirmavi Virgilii, Ovidii, Senecæ, & Quintiliani testimoniis: nec quæras alia aut plura. Demus, quid hæc evincit observatio? Nimirum, Justinianum velle, generaliter omnes fructus nullo discrimine, id est, tam naturales, quam industriales, nullos enim excepit, perceptione fieri ejus qui a non domino quem dominum esse putabat, fundum accepit ex emptione, donatione, aut simili causa ad transferendum dominium apta. Qua ratione? Imperator ait, *pro cultura & cura:* utroque verbo utrumque fructuum genus peræque complexus. Sic feliciter conjeci. Nec tamen hoc steti fine. plus observavi, Imperatorem definitionis suæ rationem uni adstringentem culturæ & curæ, non operæ pretium designare: non etiam factum merum, sive qualem qualem culturam & curam nullo jure subnixam. Si hoc aut illud esset Imperatori propositum: debuisset eosdem fructus eodem modo adscribere prædoni: æque fundo a se possesso adhibenti culturam & curam, ac ei a possessore bonæ fidei adhibetur. Nunc contra ait, illum nullos fructus perceptione suos facere: imo ait, domino supervenienti omnes etiam consumptos, cum fundo restituere. Absit igitur, ut tam inepte disputasse videatur Imperator *d.* §. 35. Potius putaverit, cum idem faciunt illi duo possessores, non esse idem. Ita sane est: voluit fructus omnes perceptos ideo bonæ fidei possessoris fieri: quod is in fundo contemplatione bonæ fidei judicatur habere quasi jus dominii, & per hoc fundi culturam & curam, sive jus curandi & colendi fundum justa ex causa a non domino acceptum. Ain' vero? an est dubium, fructuum adquisitionem sola constare accessione, hoc est, jure corporis ex quo nascantur? non est. proinde si quis est dominus fundi ex quo nascuntur fructus; is naturali ratione est dominus fructuum ex eo natorum §. 19. *Inst. de rer. divis.* sive sint industriales, sive sint naturales: quia cum corpore cohærentes tam hi, quam illi, sunt pars corporis *l.* 44. *D. h. t.* & oportet corporis dominum esse partium dominum *d. l.* 25. *pr.* & §. 1. *D. de usuris.* omitto pendentes. quid percepti, id est, jam a corpore separati? vel hi, cum penderent, erant pars corporis, eoque corporis domini. separatione vero, seu perceptione, dic, si potes, quid contigit, quo desinerent esse ejus? Sed jus manifestum est circa fructus, si quæratur de ipso corporis domino. Nec aliud in fructibus corporis, a non domino bona fide accepti vel ex emptione, vel donatione, vel alio justo titulo: nam hi eodem modo pro cultura & cura fiunt possessoris bonæ fidei, tam naturales, quam industriales *d.* §. 35. præsertim pendentes, quia cum corpore cohærentes, ejus pars sunt. porro bonæ fidei possessor, etsi jure civili non habeat fundi culturam & curam, quia hoc jure non est ejus dominus. quamdiu tamen verus dominus non apparet, interea jure Prætorio, monstrante Publiciana in rem actione, quasi dominus habetur adversus extraneum §. 3. & 4. *Inst. de actionib.* fit igitur hoc modo etiam dominus partium, id est, jure culturæ & curæ dominus fructuum cum eo cohærentium, sive sint industriales, sive naturales. Atque hoc cum exploratum sit in pendentibus, an dubitationem recipit in perceptis? minime: percepti enim æque manent possessoris bonæ fidei, ac pendentes sunt illius: propterea quod ante separationem a corpore factam fuerunt ejus; neque hac est factum quidquam quo desinerent esse *d. l.* 25. §. 1. *D. de usuris* & *l.* 48. *D. de adq. rer. domin.* Tenes Justiniani sensum in *d.* §. 35. eumque, cum sit evidentissimus, non fuisse antehac aut animadversum aut demonstratum a tot nobilibus & claris ingeniis a tot retro seculis, summopere miror. Nec quem torqueat quod præ me fero, *culturam* & *curam* in *d.* §. 35. non significare rem facti, sed juris, id est, culturam & curam bonæ fidei possessori, tamquam domino, sive jure dominii, concessam. Nam ea loquendi forma est Jureconsultis non insolita: si recordemur, alluvionem similiter pro jure alluvionis; haustum pro jure hauriendi; actum pro jure agendi; iter pro jure eundi; appulsum pro jure appellendi dici *l.* 16. *D. de adq. rer. domin. l.* 5. §. 1. *l.* 13. §. 2. *D. de serv. rustic. præd.*

Aliquem in diversum rapiat *l.* 45. *D. de usuris* quæ est Pomponii, & sequente loco, ut promisi, expedienda. Verba Pomponii sunt: *Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit: illos tamen quos suis operis adquisierit, veluti serendo. nam si pomum decerpserit vel ex sylva cædit, non fit ejus: sicuti nec cujuslibet bonæ fidei possessoris: quia non ex facto ejus is fructus nascitur.* Hæc verba primo adspectu videri contraria a me dictis ad *d.* §. 35, vix ipse inficiari ausim. Sed mihi crede, quisquis es, a Pomponio non tractari casum, quem præ manibus habet Justinianus. ita non obstat: nam sermo Imperatoris in *d.* §. 35. est de bonæ fidei possessore, habente titulum justum & aptum ad transferendum dominium. Pomponius vero in *d. l.* 45. lo-

loquitur de marito fundum quidem possidente bona fide, sed non ex hujusmodi titulo ad dominii translationem idoneo. nec te fallat, quod is maritus fundum accepit ex donatione uxoris. nam inter virum & uxorem prohibita est donatio, accipientem faciens locupletiorem & donantem pauperiorem. putemus igitur, interesse inter utramque speciem. Nec hoc ignorarunt alii. fateor. Sed quem habeat id effectum aut finem, nemo pervidit. hunc igitur nunc a me accipe. Apud Justinianum in *d.* §. 35. ponitur bonæ fidei possessor ex causa veræ & non improbatæ emptionis aut donationis: & videri potest ille fundi a non domino empti aut donati traditione quasi dominus fieri; eaque ratione in ipso habere jus actionis Publicianæ; amplius usucapionis; & eodem modo jus in fructus ex eo natos, sine discrimine, utrum ex ejus facto sint nati, an sua sponte solo naturæ beneficio: quia pendentes, qualescumque sint, omnes sunt partes fundi, cujus jure Prætorio adversus extraneos habetur quasi dominus. Sed aliter est apud Pomponium in *d. l.* 45. ibi collato in maritum ex uxoris donatione fundo. nam ejus fundi maritus uxoris traditione nec quasi dominus fieri, nec usucapionem accipere, aut utilem vindicationem habere intelligitur: irrita in totum fundi donatione, & cætera omni ejus consequentia *l.* 3. §. 10. *D. de donat. int. vir. & uxor.* Tantum potest quæri, an prohibita fundi donatione, etiam prohibita fructuum donatio esse videatur. Ac fuisse hanc quæstionem apud Veteres, intelligitur ex *l.* 15. §. 1. *& l.* 17. *D. de donat. int. vir. & uxor.* Hic vero distinguit Pomponius inter fructus naturales & industriales: existimans, industrialium donationem valere, naturalium non valere. videlicet, quia uxor horum donatione fit pauperior, & maritus locupletior: contra illorum donatione maritus quidem fit locupletior, uxor vero non fit pauperior: certo, quod naturales, non facta hac donatione, vel apud eam fuissent sponte nati indulgentia naturæ: industriales non item, nisi essent facto mulieris producti. altera igitur fructuum species resistit manifesto juri, donationem inter conjuges prohibenti; altera non. ac secundum hæc exponi possunt etiam species *d. l.* 15. §. 1. *& d. l.* 17. Illud adhuc obscurum, quod in fine *d. l.* 45. Pomponius sic scribit: *Sicuti nec cujuslibet bonæ fidei possessoris*; & addit, *Quia non ex facto ejus is fructus nascitur.* Ad tollendas has tenebras, quæ sunt ingentes, multa adferunt Docti Interpretes, suo quisque modo: sed nullam inferunt lucem. Mihi fas sit suspicari, non cohærere a Pomponio scripta. &, spero, facilius hoc impetrabo; quia nihil corrigo: tantum postulo, intellectu inverti disputandi ordinem a Pomponio institutum. quo modo? conjungenda cum hoc versu, *Nam si pomum decerpserit vel ex sylva cædit, non fit ejus*, est sequens ratio postremi versus, *Quia non ex facto ejus is fructus nascitur:* & tum subjicienda intermedia illa comparatio, *Sicuti nec cujuslibet bonæ fidei possessoris.* Ita interpretatione sublata Synchusi, erit bonus & superioribus conformis Pomponii sensus: Ubi uxor viro donavit fundum, irrita est ejus fundi donatio: facta quippe adversus prohibitionem juris. consequenter secuta traditione, transit quidem ad maritum fundi naturalis possessio: dominium vero apud uxorem manet. *l.* 1. §. 4. *D. de adq. possess. l* 3. §. 10. *D. de donat. int. vir. & uxor.* Sic quantum ad fundum. Sed de fructibus quid dicemus? illos posse mariti fieri. an jure fundi ex quo nati sunt? Aliquis putet. Sed cave, ei accedas. non enim est ita: quia maritus illo in fundo nullum plane jus habet: tantum accepit ejus possessionem naturalem: jus vero omne apud uxorem mansit. Ullone igitur modo potest maritus ex alieno fundo in quo nihil juris habet, fructus percipiendo suos facere? potest. quo jure? donationis: id est, jure perceptionis ex voluntate dominæ. tamen nec ex illa suos faciet fructus cunctos: sed illos solos quos suis operis adquisierit, veluti serendo. quid, si pomum decerpserit, vel ex sylva cædat? jam non fit ejus: hac verissima ratione, quia non ex facto ejus is fructus nascitur, & tum obtinet prohibitæ causa donationis: quæ ubi ex opera & facto nascitur, non est. Igitur putemus, maritum in proposito, quia fundi traditione ab uxore facta ex causa donationis, neque fit fundi dominus, neque in fundo accipit jus aliquod dominio simile, etsi possessionem saltem naturalem habere bona fide possit, fundi fructus percipiendo ex uxoris voluntate, hoc est, sola ejus donatione, suos facere; & ideo non alios, quam quos illi ab illa donari sinit jus civile: exemplo omnium hujusmodi possessorum bonæ fidei: qui ut fundum teneant naturaliter bona fide, at destituti titulo ad transferendum dominium justo & apto, numquam fructus aliquos sive naturales, sive industriales, fundi jure ex eo suos faciunt: quia numquam in eo aut dominium habent, aut jus dominio proximum: ex quo uno demum fonte jus percipiendi fructus ex fundo proficiscitur. Sic censeo, ac nescio, an vel ad tales aptari possessores etiam possit hoc Pauli in *l.* 136. *D. de reg. jur. Bona fides tantumdem possidenti præstat, quantum veritas.* at non ubique, nec semper: quando igitur? *quoties Lex impedimento non est.*

Igitur, ut faciamus finem prolixæ disputationis de officio Judicis circa fructus, apparet, omnes, cum industriales, tum naturales, perceptione fieri possessoris bonæ fidei, & (ut ait Gajus *l.* 28. *D. de usuris*) statim pleno jure. non tamen sine temperamento, a Paulo observato *l.* 48. *D. de adq. rer. domin.* id quale? ait, *Bonæ fidei emptorem non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos* interim *facere.* quos? *non tantum eos qui diligentia & opera ejus pervenerunt, sed omnes.* quo jure? *quia quod ad fructus attinet, loco domini pene est. denique etiam priusquam percipiat, statim ubi a solo separati sunt, bonæ fidei emptoris fiunt.* Omnia hæc superioribus sunt convenientia. Sed quid denunciat hoc, *Interim?* puta, bonæ fidei possessorem fructus omnes perceptione suos non usque quaque facere, nec in perpetuum: sed dumtaxat, quamdiu verus dominus ignoratur: nam si is superveniat, & fundum ejus videri, Judicis sententia declaretur, jam est hic exitus, ut ei a possessore sicut fundus ipse, ita fructus in eo pendens; ex eove adhuc extans, restitui debeat. nimirum, quia melior est causa ipsius domini, quam cujuscumque bonæ fidei possessoris, qui re vera non est dominus; & quamquam in actione Publiciana jure Prætorio interim, dum ignoratur dominus, adversus extraneum pro domino habetur: in ea tamen actione adversus ipsum dominum pro domino non habetur: ut sequente Titulo demonstrabitur. Igitur quid restat? nisi quod bonæ fidei possessor omnes fructus perceptione statim suos pleno jure faciat hactenus, ut possit eos tamquam dominus consumere, & a tertio actione Publiciana vindicare: sed non æque adversus ipsum dominum. quin si is superveniat, ac fundum vindicet, quam fundi, tam pendentium, aut extantium, fructuum dominus esse definat Judicis sententia: ejusque officio sic teneatur ei cum fundo fructus restituere: nisi eos aut consumpserit *d.* §. 35. aut usuceperit *l.* 4. §. 19. *D. de usurp. & usucap.* altero casu, quia est jure civili dominus

fa-

factus: altero, quia non potest eos restituere, & nullo suo vitio, eoque eos lucratur, vel locupletior factus *d.* § 35. *l.* 4. §. 2. *D. Fin. reg.* quamvis aliter placeat in hereditatis petitione. sed est manifesta in utraque actione differentia.

Huc usque functus officio suo Judex, suum petitori jus adversus possessorem in rei vindicatione servaturus. Sequente loco erit pro hoc sollicitus: nam ne eum quidem, si quid ei competat, negligi oportet, etsi petitori teneatur ad restitutionem rei petitæ cum omni causa. nam si propter eam sit facturus damnum; proxima erit Judicis cura, ne cogatur eam restituere ante, quam id citra damnum facturus sit. sed petitorem cum injuria possessoris juris subtilitate locupletiorem fieri, vix pati naturam, æqualitatis studiosam, quis non videt? obvenit autem tale damnum possessori, ut plurimum, ob impensas vel in fructus vel in rem petitam ab eo factas. sed non est una omnium ratio: nam si quidem factæ sint in fructus aut quærendos, aut colligendos, aut conservandos, nullus labor est: quando omnes sine distinctione, atque ab omni possessore tam malæ, quam bonæ fidei, deducuntur *l.* 36. § *ult. D. de hered. petit.* verum aliter est in factis circa rem ipsam: nam tales putantur triplices, aut necessariæ, aut utiles, aut voluptariæ. singulas attingit & definit Paulus *l.* 79. *D. de verb. signif.* ubi licet videre *pr.* §. 1. & 2. Interim quod ad necessarias attinet: has omnis recipit possessor, tam malæ, quam bonæ fidei, & ut post dicetur, doli mali exceptione. videlicet, quia dominus, hisce non restitutis, semper vult locupletari cum injuria possessoris. Nisi possit huic objici, quod temere fecit impensas in rem quam sciebat esse alienam. At hoc quis ferat? nam judicio repetens rem, his non factis aut interituram aut deteriorem futuram, si eas recuset restituere, prætexens, maluisse se, rem periisse, quam sic servatam: sibi contradicit; eoque per exceptionem doli mali justissime repellitur. Sic in impensis necessariis. In utilibus non eadem incedam via. quin distinguam circa has possessorem bonæ fidei a possessore malæ fidei. & in priore, qui est bonæ fidei, mihi placet notabilis Celsi moderatio in *l.* 38. *b. t.* dicentis: quod bonus Judex varie ex personis causisque constituet. ejus summa est, nam huc redeunt omnia, animadvertere: ne dominus, non restitutis impensis locupletior sit cum injuria possessoris. Igitur finge, in fundo alieno quem imprudens, id est, bona fide emeras, ædificasti aut conseruisti: id est, nullas in tutelam ejus quod jam erat, impensas fecisti: sed ædificatione aut plantatione quæ non erat, fundum fecisti meliorem; ita impensas utiles. deinde dominus supervenit, & fundum evincit. quid juris? aut est, inquit Celsus, dives & idem facturus, aut pauper & non facturus idem. priore casu potest videri locupletior fieri cum injuria possessoris bonæ fidei. igitur reddat impensas, ut fundum recipiat: usque eo dumtaxat quo pretiosior factus est: & si plus pretio fundi accessit; solum quod impensum est. Rursus finge, pauperem dominum, nec idem facturum. contra Judex pro sua moderatione, fore durum putabit, ut id reddere cogatur, carendum habere laribus, sepulchris avitis, id est, his propter quæ fundi vindicationem instituit. quid ergo? ex sententia Celsi sufficere judicabit Judex, tibi permitti, tollere ex his rebus quæ possis: dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret ædificatum. Si tamen paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor, his rebus ablatis: quis vir bonus & sapiens hoc ei invideat? nullus. Ego in transitu hoc quoque probo Celsi, *Constituimus vero ut fiat ei potestas.* nam *constituere* tam Jurisconsulti dicuntur, quam Principes: & annotavi alibi hujusmodi locutiones. Quod sequitur, merito videtur Celso dignum, ut est plenum honestatis, *Neque malitiis indulgendum est, si tectorium (puta) quod induxeris picturasque corradere velis, nihil laturus, nisi ut officias.* Res pulchra, & clara. tantum addam, quod de his elegantiis, earumque laude, arte, pretio scripsi *De usufruct. lib.* 1. *c.* XI. Postrema Celsi observatio est, & ipsa non iniqua: Si ea sit persona domini quæ receptum fundum mox venditura sit: nisi si reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es. Nempe, quia jam nihil refert, cui vendas, possessori, an alii: utique venditurus, id est, fundum cum pretio mutaturus. Ita fere Celsus *d. l.* etiam Paulus, Gajus, Pomponius *l.* 27. §. *ult. l.* 28. *l.* 29. & 30. *b. t.*

Dixi de jure bonæ fidei possessoris circa impensas utiles. quid in possessore malæ fidei? posita ab eo domo in aliena area, id est, in vacuo loco, in quo non erat domus, factæ sunt impensæ utiliter, non necessario. jam ædificanti negat Justinianus §. 30. *Inst. de rer. divis.* exceptionem doli mali ad repetitionem impensarum: præfatus, ei posse objici culpam. quam? quod ædificaverit temere in eo solo quod intelligebat esse alienum. Sic Justinianus: etiam Ulpianus *l.* 37. *D. b. t* nisi quod aliquanto plus observat. Thema Ego ædificavi in aliena area, cujus bonæ fidei quidem emptor fui, verum eo tempore ædificavi, quo jam sciebam alienam, an nihil mihi exceptio prosit? negat ex Juliano Ulpianus. etsi, inquiens, alicui possit videri, debere prodesse de damno sollicito. in priore tamen sententia perstat Ulpianus, non prodesse huic exceptionem. quam ob rem? nimirum, quod non debuit jam alienam certus, ædificium ponere: quod ex Justiniano tantum quod dictum. sed hoc plus ait Ulpianus, Ei concedendum esse, ut sine dispendio domini areæ tollat ædificium quod posuit. in eamque sententiam etiam Herasiano cuidam rescripsit Gordianus *l.* 5. *C. b. t.*

Superest, ut de voluptariis impensis videamus: est autem harum, qua talium, nulla deductio: cessante causa ei locum faciente. Nisi si probetur Judici, aut dominum fuisse easdem facturum impensas, aut eum rem habere venalem, & propter impensas plus fore consecuturum: nam hoc casu quodammodo mutatur impensarum indoles, & quæ ante erant voluptariæ, nunc quasi utiles haberi possunt. nec fuerit absurdum, ab hac causa locum fieri exceptioni, cui alioquin non esset locus: utique si sit bonæ fidei possessor qui eas fecit: nam prædoni probe dicetur, non debuisse, in rem alienam supervacuas impensas facere. ut tamen potestas ei fieret tollendorum eorum quæ sine detrimento ipsius rei tolli possunt. *l.* 39. §. 1. *D. de hered. petit.*

Satis, ut opinor, liquet, summæ esse in hoc judicio æquitatis; ne petitor ob impensas vel in fructus vel in rem petitam a possessore factas, cum ejus injuria fiat locupletior: idque officio Judicis contineri; usque adeo, ut possessor petitori rem suam restituere jussus, non cogatur parere, quamdiu ex his aliquod ei damnum imminere possit. Formam vero servandi impensas esse dixi, exceptionem doli mali; sed, quod nunc insuper observari velim, eam non dari, nisi possidenti. quia nemo, præter possessorem, convenitur rei vindicatione, & sine ea usum non habet exceptio doli mali. Sit igitur repetituro in præsenti impensas paratum exceptionis remedium, si possideat. Verum an unum

hoc fit, quæri folet? & puto, non effe aliud: qualiscumque fit impenfa, etfi neceffaria. res certa ex *l.* 33. *D. de condict. indeb. l.* 14. *D. de dol. mal. except. l.* 14. §. 1. *D. Commun. divid. l.* 48. *D. h. t.* Adeo cautione opus eft poffeffori, impenfas in re aliena facienti fuo nomine, ne poffeffione excidat: alioquin cum exceptione omnem amisfurus fpem eas recipiendi: actionem certe pro iis non habiturus ullam. nam de indebiti condictione conftat ex *d. l.* 33. atque optima ratione quam ibi licet reperire: & poteft addi fequens regula: *Ex quibus caufis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea fi folverimus, repetere non poffumus l.* 51. *D. de condict. indeb.* Idem fentio de actione negotiorum geftorum: obftante ejus natura, ne locum habeat. ita nec eft metuere a *l.* 6. §. 3. *D. de negot. geft.* etfi moleftiffima hac in parte. nam effe corruptam, jam dudum obfervavi: etiam malo remedium dedi, ad intellectum falubre, fub eo Titulo, & ante *lib.* 3. *Probabil. c.* 9. An extricabo etiam excerpta ex *l.* 5. *C. h. t.* verba fequentia: *Malæ fidei poffeffores ejus quod in rem alienam impendunt, non eorum negotium gerentes, quorum res eft, nullam habeant repetitionem, nifi neceffarios fumptus fecerint.* Extricabo: nam ex his poffit alicui videri poffeffor malæ fidei utilium quidem carere repetitione: quafi non gefto domini negotio, illis temere in re aliena factis fine domini voluntate: ideoque parata ei objectione, cur eas fecerit in re quam fciebat effe alienam: fed in neceffariis fumptibus eam temeritatem non effe: contra nemo neget, effe per hos valde utiliter ac neceffario geftum domini negotium, his omiffis perituro, aut deteriore futuro, quod nunc vindicatur. quid ni igitur æquum putari, neceffario factos repeti actione negotiorum geftorum? hoc vero fi in malæ fidei poffeffore jus eft: in bonæ fidei poffeffore quanto juftius intelligi? Sic in *d. l.* 5. prima ratione Gordianus. At fi rem putemus: non eft hoc illi propofitum. quid igitur? nempe quod malæ fidei poffeffores in rem alienam quid impendentes, numquam funt hoc animo, ut eorum quorum res eft, negotium gerant, eosve fibi obligent ejus nomine. tantum fe fpectant, & quod ex re fua eft: alium minime. utiles igitur impenfas domino cujus res eft, ne imputent invito. & fufficiat æquitati, malæ fidei poffeffori permitti licentiam, eas tollere fine læfione prioris ftatus rei. fin autem neceffarias fecerit, effe quidem earum repetitionem: at non per actionem negotiorum geftorum; nam ejus deficit & finis & ratio: fed fuo modo & jure cognito, id eft, fi poffideat, oppofita exceptione doli mali. ita diferte Veteres in bonæ fidei poffeffore *l.* 48. *D. h. t. l.* 14. §. 1. *D. Commun. divid. l.* 14. *D. de except. dol. mal.* & alibi. quanto magis in *d. l.* 5. *C. h. t.* ubi proponitur poffeffor malæ fidei? fed quid hæreo ineptus? non aliam inelligi eo in loco repetitionem, quam per exceptionem doli mali, evidentiffime apparet ex facto Imperatori ab Herafiano quodam ad refcribendum oblato. nam in facto illo is qui impenfas repetit, eft poffeffor: atque idem domum quæ vindicatur, dicitur occupaffe; & officio Judicis effe juffus, ejus poffeffionem domino reftituere cum penfionibus quas percepit, & omni caufa. ne tamen dominus eo modo cum ipfius injuria fiat locupletior, impenfas neceffarias ab eo repetit. quo modo? per exceptionem doli mali: aliter non poteft.

Explicui Edictum Prætoris: dominis amiffa rei fuæ poffeffione civilem in rem actionem adverfus poffeffores proponentis. Porro de Prætoria dicam: nam cum effent quibus amiffam rem vindicare non fineret anguftia juris civilis; eo quod non effent ejus domini jure civili aut gentium: tamen quod haberent aliquod in ea jus, in eoque deferi eos, non effet æquum; Prætor molliturus juris rigorem, etiam eis, quafi dominis, adverfus poffeffores accommodavit in rem actionem, fed utilem. Hujus humanitatis meminit Imp. Juftinianus §. 3. *Inft. de actionib.* & pro exemplo ex §. 5. erit actio refcifforia, jam explicita fupra fub Titulo *Quibus ex cauf. major.* Aliud præfens fuggerit Titulus in fuperficiario: quem Gajus in *l.* 19. *D. de damn. infect.* ait non videri dominum; fed aliquid, id eft, ut alibi obfervo, aliud quid, in re jus habere. De hoc fuperficiario in *l.* 73. §. 1. *l.* 74. & *l.* 75. *h. t.* ita fcribunt Ulpianus & Paulus: *Superficiario, id eft, qui in alieno folo fuperficiem ita habet, ut certam penfionem præftet, Prætor caufa cognita in rem actionem pollicetur.* Edictum non appono. exftat infra *lib.* 43. *tit.* 18. *De fuperficiebus:* ibique expofitum.

TITULUS II.

De Publiciana in rem actione.

Succedit aliud exemplum Prætoriæ rei vindicationis, Publiciana in rem actio: fic appellata, quoniam a Prætore Publicio in Edicto propofita eft §. 4. *Inft. de actionib.* quis autem fuerit ille Publicius, non eft facile dictu. meminit quidem Cicero *Pro Cluentio c.* 45. Q. Publicii Prætoris: fed utrum illi debeatur hæc actio, (quod putat Bertrandus, *De vitis Jurifconfultorum, pag.* 244.) an alii; eft facti: in quo fine aliis adminiculis difputando nihil definiri, fuadeam: cum potuerint plures fuiffe Prætores ex gente Publicia, quam Quintus a Cicerone adductus. Similiter a Macrobio *lib.* 1. *Saturnal. c.* 7. adfertur Lex quædam Publicia de cereis, ejusque auctor Publicius Tribunus plebis: non tamen hinc fequitur, ei idcirco deberi quoque Publiciam de ludis, allegatam a Paulo *l.* 3. *D. de aleatorib.*

Utilius inveftigabo Edicti verba: nam nec ea liquent hactenus. In *l.* 1. §. 1. *h. t.* fequentia prodit Ulpianus: *Si quis id quod traditur ex jufta caufa non a domino, & nondum ufucaptum petet, judicium dabo.* Sed primum illud, *Traditur,* offendit Francifcum Hotmanum & Antonium Fabrum: pro eo ponentes, *Traditum.* In omnibus tamen libris eft, *Traditur:* idque dici pro *Traditum;* ut *Oritur,* pro *Ortus* in *l.* 28. §. 1. *C. de Epifcop. & Cleric.* dudum animadvertit Accurfius: & præfens tempus pro præterito fæpe poni, fuis exemplis nuper oftendit Jacobus Perizonius, V. CL. *Not. ad Sanctii Minerv. lib.* 1. *c.* 13. Illa porro verba, *Ex jufta caufa,* mihi non videntur effe Prætoris: fed Ulpiani. Prætor, me conjectore, edixit, *Emit.* indicio *l.* 7. §. 11. 15. 16. item *l.* 3. §. 1. & *l.* 8. *h. t.* fed Ulpianus Prætoris verbis præferens ejus fententiam, pro *Emit,* cum in Edicto, tum in *d. l.* 3. §. 1. pofuit, *Ex jufta caufa.* non fine exemplo: nam fimile quid in recitatione Legis Aquiliæ Gajum feciffe *l.* 2. *D. Ad leg. Aquil.* obfervavi *lib. fing. Ad Leg. Aquil. c.* 2. Exciderunt infuper ex Edicto verba, *Bona fide.* fervavit hæc Ulpianus *d. l.* 7. §. 11. & quia ad hæc pertinet etiam tenor *d.* §. 15 & 16. miror, Bertrandum V. CL. fequutum Accurfii Gloffam, negare, ea verba Edicti effe. Præterea puto, Prætorem hoc judicium

cium *adversus possessorem* promisisse, & *causa cognita:* monstrante Papiniano *l.* 57. *D. Mandati.* Postrema observatio erit: quod Imp. Justinianus §. 31. *Inst. de actionib.* Publicianam actionem vocans arbitrariam, significat, Prætorem in Edicto fecisse mentionem restitutionis, arbitrio Judicis faciendæ. Audebo igitur Edictum ad hunc formare modum: *Si quis id quod traditur, emit non a domino bona fide, & nondum usucaptum petet, nisi arbitrio Judicis ei restituatur, adversus eum qui possidere dicetur, causa cognita judicium dabo.* Daturus Prætor Publicianam in rem actionem duo desiderat: primum id quod petitur, nondum esse usucaptum. deinde bona fide quem emisse, & rem emptam eo nomine ei esse traditam. utrumque continetur his Edicti verbis: *Si quis id quod traditur, emit non a domino bona fide, & nondum usucaptum petet.* Hoc præmonendum fuit. nunc singula exequar. Merito Prætor ait: *Nondum usucaptum.* nam si usucaptum est, habet emptor bonæ fidei civilem actionem, nec desiderat honorariam *l.* 1. §. 1. *b. t.* videlicet factus usucapione dominus. ante non est dominus, nec habet directam in rem actionem: quippe cum hæc ita prodita sit jure civili, ut quis dominium suum vindicet. sed quia sane durum erat, eo casu deficere actionem, præsertim adversus malæ fidei possessorem cujus nec jus, nec species juris, erat: inventa est a Prætore hæc actio: in qua ne videatur fieri adversus Leges, is qui possessionem amisit, dicit, se quasi usucepisse quod non usucepit: sub eoque colore (de quo complura *lib.* 3. *Probabil. c. ult.*) rem alienam, quasi suam esse vindicat: quamdiu verus ignoratur dominus, & ipse cum alio comparatur §. 3. & 4. *Inst. de actionib.* Sic apparet, (quod Paulus ait *l.* 35. *D. de oblig. & act.*) Publicianam dari ad exemplum rei vindicationis. Ulpianus *l.* 7. §. 6. *D. b. t.* dicit, ad instar proprietatis, non ad instar possessionis, respicere. ut igitur obtineat Publiciana in rem actione; vult Prætor id quod petitur, esse in conditione usucapiendi, sed nondum usucaptum. Hæc prior Ulpiani observatio. Quæ altera? illa debere concurrere, ut & bona fide quis emerit, & res empta ei eo nomine sit tradita. Sic observat Ulpianus *l.* 7. §. 16. *b. t.* Primum oportet rem esse traditam: quamvis enim Prætor nolit, impletam esse usucapionem: voluit nihilominus, possessionem esse traditam ex causa emptionis; eoque rem positam in conditione usucapiendi. quod ante traditionem possessionis non fit: *l.* 25. *D. de usurp. & usuc.* substantia obligationis in eo tantum consistente; ut personam adstringat ad aliquid dandum, vel faciendum *l.* 3. *D. de oblig. & act.* Hac igitur ratione Ulpianus *d. l.* 7. §. 16. ante, inquit, traditionem quamvis bonæ fidei quis emptor sit, Publiciana experiri non poterit. Plane tradita possessione, non quærit Prætor, quamdiu possessa res sit; & ait Paulus *l.* 12. §. 7. *D. b. t.* sufficere, vel momento, id est, exiguo tempore, possessam esse. sic sonat *momentum:* ut apud Livium *lib.* 21. *c.* 44. Non magis refert Prætoris, utrum vera intervenerit traditio, quæ in rebus mobilibus est de manu in manum datio, in immobilibus inductio in vacuam possessionem: an impropria traditio, quæ fit per brevem manum, aut aliam juris fictionem. pone: (quod est exemplum *l.* 9. §. 1. *b. t.*) aliquis rem suam apud me deposuit, vel mihi commodavit, aut pignori dedit: mox eam mihi vendidit; & passus, eam apud me remanere ex causa emptionis: etsi nulla corporalis traditio ex hac causa interveniat; erit tamen res pro tradita: eo quod nova traditio rei, sub custodia mea domini voluntate constitutæ, mihi non plus concedet, quam jam habeo §. 44. *Inst. de rer. divis.*

Volens igitur Prætor, petitorem tamquam dominum considerari, cum non sit, meminit traditionis & usucapionis; sed harum tantum. quamquam (ut Ulpianus observat *l.* 1. §. 2. *b. t.*) satis multæ, id est, plures, præter eas, sint juris partes quibus dominium quis nancisceretur: ut puta, legatum. Paulus *l.* 2. addit mortis causa donationes: & sic præfatur, *Nam amissa possessione, competit Publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur.* Sensus: Si res legata aut mortis causa donata sit a domino, qui amiserit ejus possessionem: competit legatario, ejusque exemplo etiam donatario, directa rei vindicatio; etsi nulla intervenerit defuncti aut heredis traditio. proinde si quid legatum aut mortis causa donatum sit a non domino, & ab eo casu abierit possessio; datur legatario, ejusque exemplo donatario, Publiciana; licet ei a defuncto, ejusve herede tradita non fuerit possessio. Subjicitur in *l.* 3. ex Ulpiano: *Sunt & aliæ pleræque.* Exemplum in hoc Pauli *l.* 12. §. 1. *b. t. Is cui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiam si non fuerit nanctus possessionem, uti potest Publiciana.* Nimirum restituitur fideicommissaria hereditas ex Senatusconsulto Trebelliano non tantum re ipsa, sed verbo quoque: utroque autem modo res statim incipiunt esse in bonis ejus cui facta est restitutio; licet nondum nanctus sit possessionem *l.* 37. & *l.* 63. *D. Ad Senatusc. Trebell.* Quid ergo est? Prætor Edicti verbis exprimit adquirendi dominii modos dumtaxat duos: traditionem & usucapionem: idcirco quod in emptione, quam solam attingit causam, dominium fere traditione aut usucapione transfertur. cæterum reliquos adquirendi dominii modos, qui extra traditionem & usucapionem sint, non excludit. Itane? sic convenit similitudini rationis; & suadet Ulpianus *d. l.* 1. §. 2. *b. t.* nam cum miratur, a Prætore modos dumtaxat poni duos; & fatetur, plures esse; nec eam solvit difficultatem: credendus est, tacite supplere quod palam deest ipsius verbis: quasi sub expressis omnes ejus sententia contineantur. Antequam ab hac discedam parte, non debeo prætermittere, Prætorem, cum vult possessionem rei quæ Publiciana petitur, esse traditam, corporalem rem designare: nam sola corporalis traditur & possidetur: incorporalis, ut servitus, proprie neque traditur, neque possidetur: ideoque ex Edicti verbis nulla petitur. & tamen, postquam nancta est etiam sui generis traditionem per usum accipientis & patientiam tradentis *l. ult. D. de servitutib. l.* 3. *D. de usufruct.* placuit, vel eam ex Edicti mente vindicari utili Publiciana. Hoc sensu Ulpianus *l.* 11. §. 1. *b. t. Si*, inquit, *de usufructu agatur tradito, Publiciana datur. itemque servitutibus urbanorum prædiorum per traditionem constitutis, vel per patientiam: forte si per domum quis suam passus est aquæ ductum transduci. item rusticorum. nam & hic traditionem & patientiam tuendam constat.* Hunc Ulpiani locum, ut meretur, exposui *lib.* 2. *De usufructu c.* 2. nec jam repetam quæ illic possunt videri. tantum sinas, quæso, quod ibi omisi verecundia emendandi, nec interim ab aliis tentatum, me nunc expungere hæc verba: *Forte si per domum quis suam passus est aquæ ductum transduci.* Non enim sunt Ulpiani, sed Interpretis Veteris, exemplum servitutis urbani prædii imprudenter petentis non a dominante prædio, ut solent Veteres; sed a serviente: quod ab illis numquam est factum, neque sinit ratio juris certi & indubitati.

Voluit igitur Prætor, id quod Publiciana vindicatur, quo in conditione usucapiendi & quasi domini sit, esse traditum: verum ex justa causa, em-

emptione & venditione, verbi gratia. nam sic loquitur: *Si quis id quod traditur, emit non a domino bona fide, & nondum usucaptum petet.* Ita est: Prætor verbo, *Emit*, significat, traditionem, nisi ex causa emptionis factam, acturo Publiciana non prodesse: cum usucapio in cujus conditione posita res esse debet, sine justa causa minime procedat. Ait igitur Prætor, *Emit.* De pretio vero soluto nihil exprimit: & arbitratur Gajus *l.* 8. *D. h. t.* inde posse conjecturam capi; quasi nec sententia Prætoris ea sit; ut requiratur, an solutum sit pretium. Illud parum refert, si intervenerit emptio, utrum præcesserit traditionem, an secuta sit. tantum enim vult Prætor, traditam esse rem emptam. sic accipio *l.* 9. §. 2. *h. t.* pone; res est tradita sub conditione, si vendatur. quamdiu sequuta non est venditio; nuda dicitur traditio: quæ neque dominium transfert *l.* 31. *D. de adq. rer. domin.* neque ad usucapionem valet. sequuta deinde venditione, efficax fit ad transferendum dominium, aut alioquin ad usucapionem. Oportet igitur, ut obtineat Publiciana, rem quæ petitur, tam emptam esse, quam traditam. Estque id diligenter inquirendum: quia potest incidere aliquando dubitatio; sitne empta res, an non sit? Ecce: qui est casus *d. l.* 9. §. 3. emi hereditatem. ex ea tradita mihi est res aliqua. ejus possessionem amisi casu. estne Publiciana: sive, an habeo Publicianam? quærendi causa: quod vendita hereditate, vendita quidem est universitas: sed singulæ res hereditatis venditæ non sunt. & præbet argumentum: quod evicta re singulari ex hereditate vendita, ob eam non tenetur venditor de evictione *l.* 1. *C. de evict.* proinde si tradita sit res singularis, atque ipsa casu amissa, possit quis putare, non esse Publicianam, quasi traditione facta sine causa. Sed Neratio placuisse, Ulpianus ait, esse Publicianam vel hac in specie: nempe, quia vendita hereditate, venditum est, quidquid heredis sit futurum; non amplius, non minus *l.* 2. *D. de hered. vend.* ita tenetur venditor emptori tradere res hereditarias *l.* 14. §. 1. *d. t.* eæ vero traditæ habentur pro emptis venditisque. Non obstat *d. l.* 1. *C. de evict.* nam quod ob evictas res hereditarias cessat de evictione actio, non hanc habet causam, quasi vendita hereditate, venditæ non sint res singulæ: sed quod ea venditione agitur, ne emptor habeat plus minusve, quam venditor habiturus foret *d. l.* 2. unde si res evicta non sit hereditaria: de evictione idcirco non agitur, quia non est vendita: & si fuit hereditaria, est evicta Judicis injuria imperitiave: quo casu cessat actio de evictione *l.* 51. *D. de evict.* Ait igitur Prætor, *Emit*: sed utrum ad factum respicit, qualicumque contentus emptione: an ad jus, id est, ad emptionem jure approbatam & validam? eam quæstionem silentio transire noluit Ulpianus *l.* 10. *D. de curat. fur. & al. extr. min. dand.* Verba ejus sunt obscura, etiam corrupta; ideoque nec mihi negligenda: cum præsertim sint ex lib. XVI. Ad Edictum: quo eum præsens Edictum exposuisse intelligitur ex *l.* 1. *l.* 3. *l.* 5. *l.* 7. *& aliis sub h. t.* Verba: *Julianus scribit, eos quibus per Prætorem bonis interdictum est, nihil transferre posse ad aliquem: quia in bonis non babeant, cum eis deminutio sit interdicta.* Quæsitum fuit, (sic suspicor) si a prodigo, cui interdicta a Prætore sit administratio bonorum, alicui vendita & tradita sit res aliqua: an ei amissa possessione, danda a Prætore sit Publiciana in rem actio: quasi traditione ex ea emptione facta, res posita sit in conditione usucapionis: quod Prætor postulat? Sed negat Ulpianus auctoritate Juliani: scribentis, *Eos quibus per Prætorem bonis interdictum est, nihil transferre posse ad aliquem, quia in bonis non habeant, cum eis deminutio sit interdicta.* Sic ubique editur, *quia in bonis non habeant.* Sed deest aliquid integro sensui. suppleo ope Siglorum: *quia* 1. *b.* vel, *quia* 1. *in bonis non habeant:* & expono, Siglum: *quia jus bonorum*, vel *quia jus in bonis non habeant.* Sensus, Si venditio facta sit a prodigis quibus a Prætore bonis interdictum sit; eam nullius esse momenti: ideoque ea nihil tranferri ad emptorem: nam cum interdicta eis sit deminutio, deinde eos jus bonorum, vel jus in bonis, id est, jus administrandi sua bona, non habere. prorsus convenienter huic Horatii *lib.* 2. *Serm. Sat.* 3. *vers.* 217.

—— *Interdicto huic omne adimat jus
Prætor.*

Quod de prodigo dixi, etiam in pupillo & furioso observatur. Ecce: aliquis a pupillo emit aliquid sine tutoris auctoritate, aut a furioso sine curatoris consensu. neutra valet emptio & venditio. proinde nec Publiciana est, nec usucapio, nec accessio possessionis, nec actio de evictione: si emptor scivit, venditorem esse pupillum aut furiosum, & illis jus vendendi esse putavit: nam juris error nulli prodest. quid, si puberem aut sanæ mentis esse existimavit, lapsus errore facti? nec sic est emptio & vendito: & ideo non magis dabitur Publiciana, nec usucapio procedet; nec erit accessio possessionis; nec actio de evictione. Sic stricta juris ratione: numquam sinente, effectum sine causa esse. Sed auctorem habeo Paulum, hunc rigorem a Veteribus esse laxatum: non peræque in omnibus; sed in usucapione. nam de illa sic scribit *l.* 13. §. 1. *D. de usurp. & usucap. Eum qui a furioso bona fide emit, usucapere posse, responsum est.* Paulus, cum ait, *Bona fide*, ponit casum in quo quis emit a furioso: arbitratus, eum habere jus vendendi; id est, esse dominum, & sanæ mentis: permittitque eo in casu usucapionem, quantumvis destitutam justa causa, alioquin in usucapione necessaria: aitque, ita esse responsum, puta, utilitatis causa: nam sic finit *l.* 2. §. 15. & 16. *D. Pro emptore.* De Publiciana videamus. de ea in *l.* 7. §. 2. *h. t.* hæc extant Ulpiani verba: *Marcellus lib.* 17. *Digestorum scribit, eum qui a furioso, ignorans eum furere, emit, posse usucapere.* Sic ex Marcello Ulpianus: & ex eo ipse porro infert, *Ergo & Publicianam habebit.* Rursus §. 4. *Si a minore quis emerit, ignorans eum minorem esse, habebit Publicianam.* Sic Ulpianus: ut apparet, a simili argumentatus ad simile. At aliam viam tenuit Paulus *d. l.* 2. §. 15. & 16. existimans, (quod convenit *l.* 15. *D. de legibus*, & est verissimum) ubi utilitatis causa, sive jure singulari, quid est receptum, ut in proposito de usucapione traditum; argumentum a simili ad simile non procedere. atque ita est: secundum Paulum, non valet argumentum a recepta usucapione ad recipiendam Publicianam: sicut nec actio de evictione, aut accessio possessionis, intelligitur esse concessa: eo quod ex inutili hac emptione utilitatis causa, id est, ut dixi, singulari jure, recepta est usucapio. Is est sensus Pauli *d. l.* 2. §. 15. & 16. Ulpiano contrarius, & sine spe pacis, quidquid excogitetur a felicibus & claris ingeniis: cum uterque Jurisconsultus eodem vixerit tempore; & alter æquitati plus, alter minus, indulserit adversus severitatem juris; eoque in discidio quid maluerit Populus Romanus, est facti: in quo sine evidente vetustatis testimonio nostra ratiocinatio nihil ad liquidum adducere potest: præsertim pari utriusque auctoritate.

Ut ut erit: Prætor vult, acturum Publiciana emisse id quod traditum & nondum usucaptum. Unam nominat adquirendi dominii causam, emptio-

ptionem; cum ſint plures. ex una tamen, quid agat, intelligitur: pervulgato apud Veteres, quoties lege aliquid unum vel alterum introductum eſt, bonam eſſe occaſionem, etiam cætera quæ ad eamdem tendunt utilitatem, interpretatione vel jurisdictione ſuppleri *l.* 11. 12. 13. *D. de legib.* Igitur Ulpianus in *l.* 3. §. 1. *D. h. t.* ex Edicti ſententia (ad hanc enim reſpicit) ſic infit: *Qui igitur juſtam cauſam traditionis habet, utitur Publiciana.* Magis liqueſcet hoc verbis ſequentibus: *Et non ſolum emptori bonæ fidei* (de quo ſolo in Edicto locutus fuerat Prætor) *competit Publiciana; ſed & aliis.* Quibus? omnibus emptioni ſimilibus: ut eſt permutatio *l.* 7. § 5. *h. t.* etiam dos, ſive æſtimata, ſive inæſtimata; tum res ex cauſa judicati, vel ſolvendi cauſa, vel cauſa noxæ deditionis tradita, ſive vera ſit, ſive falſa: item ſi ſervum ex cauſa noxali, quia non defendebatur, duxero juſſu Prætoris, & amiſero poſſeſſionem: ſed & ſi res adjudicata ſit: item ſi lis fuerit æſtimata, ſimilis eſt venditioni: & ait Julianus, ſi reus obtulit æſtimationem, Publicianam competere. ſed & ſi quis ex lucrativis cauſis accepit, habet Publicianam; eamque adverſus donatorem etiam competere, Ulpianus putat: cauſatus, quod eſt juſtus poſſeſſor & petitor qui liberalitatem accepit. Tenes exempla ab Ulpiano & Paulo enumerata *l.* 3. §. 1. *l.* 4. *l.* 5. *l.* 6. & *l.* 7. *pr.* §. 1. & 3. *h. t.* Summam Gajus *l.* 13. hanc facit: *Quæcumque ſunt juſtæ cauſæ adquirendarum rerum, ſi ex his cauſis nancti res amiſerimus, dabitur nobis earum rerum perſequendarum gratia hæc actio.* Nec tamen temperamento vel hic abſtinuit *d. l.* 13. §. 1. verbis ſequentibus: *Interdum quibusdam nec ex juſtis poſſeſſionibus competit Publicianum judicium.* Et rationem duobus exemplis indicat: *Namque pigneratitiæ & precariæ poſſeſſiones juſtæ ſunt, ſed ex his non ſolet competere tale judicium: illa ſcilicet ratione, quia neque creditor, neque is qui precario rogavit, eo animo nanciſcitur poſſeſſionem, ut credat ſe dominum eſſe.* Is vero animus ad poſſeſſionem, uſucapioni & dominio adquirendo aptam, deſideratur. Et jam Paulus *l.* 13. *D. de uſurp. & uſuc. Pignori*, inquit, *rem acceptam uſu non capimus: quia pro alieno poſſidemus.* Non male tamen Paulus *l.* 18. *D. de pignoribus*, (quæ eſt hujus loci: quippe cum ſit ex ejus lib. 19. Ad Edictum ex quo ſunt *l.* 2. *l.* 4. & aliæ ſub *h. t.*) Si, inquit, ab eo qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, ſic tuetur me per Servianam Prætor, quemadmodum debitorem per Publicianam.

Porro ait Prætor, *Qui bona fide emit non a domino.* Igitur non omnis emptio acturo Publiciana proderit: ſed quæ habet bonam fidem: nam emens a non domino, licet ejus traditione non fiat dominus; conſtitutus tamen propter bonam fidem in conditione uſucapiendi, interim pro domino habetur *l.* 136. *D. de reg. jur.* Dicitur autem *l.* 109. *D. de verb. ſignif.* bonæ fidei emptor is qui ignoravit, eam rem alienam eſſe: aut putavit, eum qui vendidit, jus vendendi habere, puta procuratorem eſſe. Ait igitur Prætor: *Qui bona fide emit.* Et fidem bonam ſolius emptoris continet. proinde hoc ſufficit, me bonæ fidei emptorem fuiſſe, quamvis non a domino emerim, licet ille callido conſilio vendiderit: neque enim dolus venditoris mihi nocebit *l.* 7. §. 11. & §. 15. *h. t.* Quid, ſi ſucceſſor, id eſt, heres, ſum, & dolo feci, cum is in cujus locum ſucceſſi, bona fide emisſet? In hac actione non oberit mihi. Eodem modo nec proderit; ſi dolo careo, cum emptor cui ſucceſſi, dolo feciſſet *d. l.* 7. §. 12. Sed enim ſi ſervus meus emit, dolus ejus erit ſpectandus, non meus, vel contra *d. l.* 7. §. 13.

De eo fuit dubitatum: utrum ſufficiat, bonam fidem eſſe tempore emptionis, an oporteat etiam eſſe tempore traditionis. dubitationem faciebant Prætoris verba: *Si quis id quod traditur, emit non a domino bona fide.* Sed Julianus lib. 7. Digeſtorum ſcripſit, apud Ulpianum *d. l.* 7. §. 17. traditionem rei emptæ oportere bona fide fieri: ideoque ſi ſciens alienam poſſeſſionem apprehendit, Publiciana eum experiri non poſſe: quia uſucapere non poterit. Ulpianus tamen hoc, cum poſſit obſcurum videri, ſic temperat: Nec quisquam putet, hoc nos exiſtimare, ſufficere initio traditionis ignoraſſe rem alienam, uti quis poſſit Publiciana experiri: ſed oportere & tunc bona fide emptorem eſſe. Sic Ulpianus: atque inde explicanda *l.* 10. *D. de uſurp. & uſucap.* quæ eſt ſimiliter Ulpiani, atque ex eodem *lib.* 16. *ad Edictum* ex quo eſt *d. l.* 7. §. 17: & ſic habet: *Et obtinuit Sabini & Caſſii ſententia traditionis initium ſpectantium.* Debet enim perinde accipi, quaſi dixiſſet, etiam traditionis initium ſpectantium: ut jam indicavi alibi. Eſt vero hoc ſingulare in emptione: nam in cæteris contractibus ſufficit, bonam fidem adeſſe tempore traditionis *l.* 2. *D. Pro emptore.* In ipſa quoque emptione & venditione ſi emptoris bona fides fuerit tempore contractus & tempore traditionis, deinde ſuperveniens mala fides non nocet Publicianæ: quia Prætor eam tantum duobus illis temporibus deſiderat, ultra non deſiderat: exemplo uſucapionis, etſi in fructuum adquiſitione aliud ſit. atque hoc modo, puto, explicandus ſequens Ulpiani locus *d. l.* 7. §. 14. *Publiciana tempus emptionis continet: & ideo neque quod ante emptionem, neque quod poſtea dolo malo factum eſt, in hac actione deduci, Pomponio videtur.*

Sequitur in Edicto: *Et nondum uſucaptum petet.* Ex his verbis intelligitur, Prætorem, ut Publiciana ſit, non poſtulare, bona fide emptum traditumque etiam uſucaptum eſſe: ſed tantum velle, eſſe in conditione uſucapiendi poſitum. prorſus ut emptor cum non fuerit dominus factus, fieri tamen uſucapione potuerit dominus. Sic hinc placet quoque, quod in *l.* 12. §. 4. *h. t.* ſcribit Paulus, Si res talis ſit, ut eam Lex alienari prohibeat, eo caſu Publiciana non competit. Et præfatur: Quod his caſibus neminem tuetur Prætor; ne contra Leges faciat. Nimirum movet Paulum: quod Prætor hanc actionem proponit, tamquam ex Legis mente, ſub colore dominii uſucapione adquiſiti: videturque adeo fuiſſe ejus conſilium, Legis voluntatem exequi fictione dominii: ſed nihil contra Legem facere ficta uſucapione & alienatione rei, quam Lex aut Conſtitutio alienari prohibet *l.* 9. §. 4. *h. t.* Non aliam ob cauſam Ulpianus *d. l.* §. 5. Hæc actio, inquit, in his quæ uſucapi non poſſunt, puta, furtivis, vel in ſervo fugitivo locum non habet. His enim & ſimilibus rebus cohæret vitium, propter Legem Duodecim Tabularum & Legem Atiniam quæ earum uſucapionem prohibuere. Non ita eſt in vectigalibus & aliis prædiis, etſi nec illa uſucapi poſſint. nam in his Publiciana competit, ſi forte bona fide mihi tradita ſunt *l.* 12. §. 2. & 3. *h. t.*

Promittit igitur Prætor Publicianam petenti totum id quod ſit bona fide emptum traditumque & nondum uſucaptum: hoc enim ſonant verba. nec tamen aliud eſt, petita parte: eſt enim eadem partis ratio quæ eſt totius *l.* 76. *D. de rei vindic.* quando eſt meum quod ex re mea ſupereſt; eoque vindicari poteſt *l.* 49. §. 1. *eod. tit.* hoc exemplo procedet Publiciana; ſi petantur reciſæ partes emptæ ſtatuæ *l.* 11. §. 8. *h. t.* idem eſt, ædibus emptis, ſi fuerint dirutæ. poſſunt enim ea quæ ædificio acceſſerunt, hujusmodi actione peti §. 6. *d. l.* 11. æque, ſi inſulam emi, eaque ad aream pervenit: potero Publiciana uti §. *ult. d. l.* De eo

eo quæritur; si emi aream, in eaque insulam ædificavi, an recte utar Publiciana? nam emi aream, non emi insulam; & hanc possideo sine causa. qua igitur fronte eam vindicem Publiciana quæ non est contenta possessione, nisi tradita ex justa causa. Sed videamus; ne sufficiat, emptam a me esse aream, ejusque partem fieri superficiem a me impositam, etsi a me empta non sit; nec sit a ratione alienum, in parte obtinere quod in toto jus sit. igitur sicut possum domum meam dicere, quam posui in fundo mihi a domino ex causa emptionis tradito: intelligor quasi dominus insulæ a me positæ in area quam a non domino bona fide accepi ex causa emptionis *d. l.* 11. §. 9. plane, quod per alluvionem fundo accessit, simile fit ei cui accedit: & ideo non petetur Publiciana, si ipse fundus non potest ea peti: quod si potest peti; etiam petetur pars quæ per alluvionem accessit *d. l.* 11. §. 7.

Sequitur, adversus quem detur Publiciana. & apparet, a Prætore promittti adversus possessorem. recte: nam cum fundat eam jure in re, id est, quasi dominio; ne miremur, dari adversus possessorem, præsertim malæ fidei: cujus nullum jus est. de bonæ fidei possessore quæri solet. pone: aliquis rem bona fide accepit ex justa causa: & eam casu amisit ante impletam usucapionem. num habet Publicianam? Julianus (apud Ulpianum *l.* 9. §. 4. *h. t.*) distinguit, utrum duo rem emerint ab eodem non domino, an a diversis non dominis. & si quidem ab eodem emerint non domino: putat, potiorem esse cui priori res sit tradita: sicut obtineret, re duobus vendita a vero domino *l.* 15. *C. de rei vindic.* si vero emerint a diversis non dominis; meliorem esse causam nunc possidentis, quam ejus qui nunc agit Publiciana; licet ei priori res sit tradita. Sic Julianus. contra Neratius *l.* 31. §. 2. *D. de act. empt.* Sive, inquit, ab eodem emimus, sive ab alio atque alio: is ex nobis tuendus est qui prior jus ejus apprehendit, hoc est, cui primum tradita est. Sic Neratius. Sed præstat Juliani sententia: cum præsertim ei accedat Ulpianus *d.* §. 4. *l.* 9. dicens, veram esse. videlicet, ubi suum quisque venditorem habet, par est utriusque emptoris causa; & intelligitur in sua quisque emptione & possessione esse prior, non inveniens alium, qui ab eodem emerit prior aut posterior. sed aliud est, si uterque separatim emerit & acceperit ab eodem: quia in ea re emenda accipiendaque alter est altero prior. Sic egregie Ulpianus: & est similis Pauli observatio in duobus creditoribus: quibus eadem res sit pignerata *l.* 14. *D. Qui pot. in pign.*

Promittit igitur Prætor actionem Publicianam adversus possessorem: sed causa cognita: ut ex *l.* 57. *D. Mandati* in Edicto posui. Ita non passim dabit, nec semper: sed cum æquum erit: nec est dubium, quin adversus dominum eam daturus non sit. scilicet, quia semper melior est conditio domini, quam cujusvis bonæ fidei possessoris, qui non sit dominus: licet eum interim, cum non apparet dominus, adversus alios pro domino haberi, non iniquum sit. Sed rationis fuit, dominum, a bonæ fidei possessore conventum actione Publiciana, adjuvari exceptione, Si ea res possessoris non sit *l.* 16. *l. ult. D. h. t.* verum, ut dixi, causa cognita: nempe, ne exceptio adversus æquitatem manifestam ei negetur: imo nec detur temere. sit hoc exemplum ex Ulpiano *l.* 4. §. 32. *D. de except. doli mali.* Titius vendidit tibi fundum qui erat Sempronii. tu eum soluto pretio traditum accepisti bona fide. Titius deinde factus Sempronii heres, simul fundi dominus, eum aliquo receptum casu vendidit & tradidit Mævio. quæstio est, utrum tueri debeat Prætor, te, an Mævium? nam tu fundum bona fide emisti, & traditum accepisti a Titio, cum non esset fundi dominus: competit ergo tibi Publiciana. Mævius eum contra accepit a Titio, postquam extitit Sempronio heres; eaque successione factus est fundi dominus. agenti autem Publiciana adversus dominum obstat exceptio, Nisi fundus sit possessoris. Atque ita in proposito foret, si Prætor domino exceptione dominii semper & sine discrimine succurreret. sed hoc illi non fuit propositum: nam hanc exceptionem ei non simpliciter promittit, sed causa cognita: id est, nisi æquitas reclamet. Ergo ab hac causa Ulpianus Julianum sequutus, ait, æquius esse, Prætorem te tueri: & causatur, quod & Titius ipse, si fundum a te peteret, exceptione in factum comparata, vel doli mali summoveretur: & si ipse eum possideret, tu vero Publiciana ageres; adversus excipientem, Si non suus esset, replicatione utereris; ac per hoc intelligeret Prætor, eum fundum rursus vendidisse, quem in bonis non haberet. Sic ex Juliano Ulpianus *d. l.* 4. §. 32. & ad eumdem plane modum *l.* 72. *D. de rei vindic.*

Superest, ut de officio Judicis dispiciamus. ait Prætor: *Nisi arbitrio Judicis restituatur, judicium dabo.* Prætor significat, duplex esse Judicis officium: primum inspicere, an actor potuerit dicere, se id quod petit, quasi usucepisse, id est, an probaverit, se rem petitam ex justa causa traditam non a domino bona fide accepisse, & ante impletam usucapionem amisisse. alterum, an is a quo petitur, eam possideat. utrumque si cognovit: declarat, petitorem quasi usucepisse quod non usucepit; id est, eum esse quasi dominum; simul jubet, possessorem petitori id quod petitum est cum omni causa restituere. huic porro jussui si pareatur, bene est: sin minus possessorem condemnat ita, ut in rei vindicatione dictum. idque est, quod Ulpianus *l.* 7. §. 8. *h. t.* ait: *In Publiciana actione omnia eadem erunt, quæ & in rei vindicatione diximus.*

TITULUS III.

Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur.

Sub hoc Titulo adhuc tradendum putavit Imperator exemplum Prætoriæ in rem actionis: quæ in Rubrica vocatur Si ager vectigalis petatur, credo, a primis Edicti verbis. quinam autem sint tales agri, Paulus *l.* 1. & 3. *D. h. t.* ita tradit: agri civitatum alii vectigales vocantur, alii non. vectigales vocantur, qui in perpetuum locantur: id est, hac lege, ut tamdiu pro illis vectigal pendatur, quamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat. Non vectigales sunt, qui ita colendi dantur, ut privatim agros nostros colendos dare solemus. Idem est, & si ad tempus habuerint conductum, nec tempus conductionis finitum sit. Igitur si cui talis ager a municipibus datus sit suo arbitrio fruendus meliorandusque, constituto annuo vectigali, is, quamvis non efficiatur jure civili dominus fundi vectigalis, tamen quia in eo habet jus aliquod dominio proximum: placuit Prætori, ei accommodare utilem in rem actionem adversus quemvis possessorem; imo etiam adversus ipsos municipes *d. l.* 1. §. 1. ita tamen, si vectigal solvat *l.* 2. *h. t.* Hoc nunc breviter: nam de jure emphyteutico alias agam ex professo *lib.* 19. *tit.* 2. qui est *Locati conducti.*

LIBER

LIBER SEPTIMUS.

Titulus I.

De usufructu & quemadmodum quis utatur fruatur.

Exposita superiore libro vindicatione rei corporalis, tradita hoc & sequente fuit actio qua servitutes, id est, res incorporales, vindicantur. ea actio vocatur confessoria; distincta a negatoria. altera datur contendenti, servitutem sibi suove prædio competere: altera datur domino qui negat *l.* 2. *D. Si servit. vindic.* Usus utriusque ut intelligatur, altius repetenda res fuit: initio facto a definitione & divisione servitutis.

Ea servitus est, jus in re aliena, quo dominus ad alterius commodum in re sua aliquid pati, aut non facere, cogitur. Primum dixi, servitutem esse jus: eo quod omnes servitutes passim jura appellantur: ut in loco apparebit. Jus porro est, facultas jure concessa: ut alibi sæpius observavi. dicitur autem servitus jus respectu ejus, cui debetur: nam hujus jus augetur constituta servitute: at respectu ejus qui servitutem debet, non jus est, sed juris deminutio *l.* 5. §. 9. *D. de novi oper. nunciat.* cogitur enim is, constituta servitute, pati aut non facere, ad quod ea non constituta, non teneretur. Deinde dixi, quod servitus est *jus in re.* Nempe, quia servitus est qualitas ipsius rei; non personæ cujus res est: ideoque eam non homo, sed res, debet; nec amittitur dominii mutatione *l.* 19. *D. Quib. mod. ususfr. amitt.* denique domino licet rem derelinquere *l.* 6. §. 2. & 3. *D. Si servit. vindic.* aut alienare; & derelictam aut alienatam sequitur servitus, ad quemcumque devenerit. *l.* 12. *D. Commun. prædior. l.* 36. *D. de servit. præd. rustic.* Præterea dixi, servitutem esse jus *in re aliena:* sequutus Paulum qui in *l.* 26. *D. de servit. præd. urb.* confitetur, nulli rem suam servire. ita in re sua aut in fundo suo jure servitutis nil facit dominus: contra utitur & fruitur re sua jure dominii: magisque, si in ea quid facit, libertas appellatur. Addit definitio: *Quo dominus, ad alterius commodum in re sua aliquid pati aut non facere cogitur.* Definitio vult, servitutem finiri utilitate alterius sive hominis, sive prædii: alioquin nullam esse. & clara ratione: ea ratio est, quod non est alicui permittendum, ut præsumat alterius libertatem imminuere, nullo commodo ad eum perventuro. id enim quod habet propositum, nisi feritatis, invidiæ, malitiæque? cui neque communis sensus indulget, neque jus civile. optime Arnobius *lib.* 7. *Adversus Gentes c.* 1. *Quidquid geritur, debet habere causam sui, neque ita esse a ratione sejunctum, ut in operibus feratur cassis, & in vacuis ludat inanitatis erroribus.* Et in proposito Pomponius *l.* 15. *D. de servitutibus. Quoties nec hominum, nec prædiorum, servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet: veluti ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas. & ideo si mihi concedas, jus tibi non esse, fundo tuo uti frui, nihil agitur. aliter atque si concedas mihi, jus tibi non esse, in fundo tuo aquam quærere, minuendæ aquæ meæ gratia.* Postremo ait definitio, *Aliquid in suo pati, aut non facere.* Hoc ex *d. l.* 15. §. 1. Tantum de definitione.

Sequitur divisio. de qua ita Marcianus *l.* 1. *D. de servitutibus: Servitutes aut personarum sunt, ut ususfructus & usus: aut rerum, ut servitutes rusticorum prædiorum & urbanorum.* Personarum servitutes dicuntur, quæ personis debentur: rerum, quæ prædiis rusticis aut urbanis. Hæ in specie servitutes appellantur. §. 3. *Inst. de reb. corporalib. l.* 4. *D. de servitutib.* & alibi. nec alia ratio est: cur Titulus Pandectarum, *De servitutibus*, item Titulus Codicis, *De servitutibus & aqua*, tantum ad prædiorum servitutes pertineat.

Hic liber occupatur servitutibus personalibus, & initium sumit ab usufructu: cujus nobilis materia meretur examinari: sed explicita a me nuper duobus libris *De usufructu*, ulteriorem diligentiam hoc loco non desiderat. omissis igitur Titulis cæteris eo spectantibus, tantum attingam VII. & VIII.

Titulus VII.

De operis servorum.

Expositis plerisque quæ dicenda fuere de usufructu, adhuc monendum aliquid fuit de operis servorum. legato enim usufructu servi, placet Gajo *l.* 4. *h. t.* fructum hominis in operis consistere, & retro in fructu hominis operas esse. sed non ita semper est; si legatæ proponantur hominis operæ. tum enim sæpe aliter se res habet: nam tale legatum aliquando usufructui assimilatur, aliquando magis usus videtur, *l.* 5. *h. t.* est etiam, ubi neque ususfructus dicitur, neque usus; sed jus tertium, ab usu & usufructu separatum *l.* 1. §. 9. *D. Ad leg. Falcidiam. l.* 2. *D. de usu & usufructu legato.* Verissime, rem ex effectis æstimantibus. quo modo? non addo, nec explico leges eo pertinentes; etsi obscuras: quia est mihi religio, hic aliquid tentare post Jacobum Cujacium: qui unus sufficit pro omnibus. eum vide ad *d. l.* 2. *Tom.* 4. *Oper. posthum. parte priore.*

Titulus VIII.

De usu & habitatione.

Exposito usufructu, id est, una specie personalis servitutis, optime Gajus *l.* 1. *h. t.* nunc, inquit, videndum de usu & habitatione. sed primum de usu: qui est altera ejus servitutis species. nec omittendum *d. l.* §. 1. putavit Gajus evitandæ confusionis gratia, usum constitui etiam nudum sine fructu. nimirum, quia fructui & usus inest: usui fructus deest. & fructus quidem sine usu esse non potest: usus sine fructu potest. sic Ulpianus confirmat *l.* 14. §. 1. *h. t.* de qua vide a me tradita *lib.* 2. *De usufr. c.* 1. De hoc igitur usu qui est sine fructu, præsens agit Titulus. potest vero is definiri jus alienis rebus utendi. cum dixi, esse jus; volo, esse facultatem usuario jure concessam. nam ejus respectu jus est, pariter ut ususfructus respectu fructuarii: aucta utriusque facultate, constituto jure ususfructus, aut usus; cum respectu domini proprietatis uterque sit servitus, id est,

juris imminutio: pariter ut in usufructus definitione jam est observatum *lib.* 1. *De usufructu c.* 1. Usufructus porro exemplo dixi præterea, quod usus est jus alienis rebus utendi: quia servitus semper est in re aliena, numquam in re propria: etsi negari nequeat, dominum æque re sua uti, ac usuarius utitur re aliena. Sed qui est usus, aut usufructus, in persona domini dominium appellatur: in persona extranei non est dominium; sed usus aut usufructus tantum: ea ratione quam in usufructus definitione attuli *d. c.* 1. Postremo dixi, quod usus est jus utendi: non addidi fruendi. quia, ut in antecessum monui, usus præsens est nudus sine fructu. & ideo nec opus fuit addi, salva rerum substantia. nam uti re est, ex ea commodum & utilitatem percipere: non in infinitum, sed quantum satis est; id est, non ad compendium, sed ut necessitati vitæ pro cujusque conditione, & dignitate consulatur. nec hoc fine subsistit vis verbi: sed præterea vult, eam percipi ad modum, sive ad conditionem ad quam res vel a natura vel ex instituto patrisfamilias comparata est: tum postremo, ne sic consumatur, aut minuatur, sed ut salva maneat ejus substantia. quod si quis aliter, aut ultra, uti velit, is non uti, sed abuti dicitur. Frui plus significat: nam frui est, omnem habere utilitatem ac commoditatem quæ ex re vel occasione rei percipi potest, sive salva rei substantia, sive extincta; item sive ad rei conditionem, sive contra eam: & hoc demonstravi plene *d. c.* 1. Sic vero intelligitur, quid indigitet Ulpianus *l.* 2. *b. t.* Cui, inquiens, usus relictus est, uti potest, frui non potest. ostendit enim, minus esse in usu, quam in usufructu, nec tamen in totum ab usufructu recedere. Utriusque communia (a posteriore enim parte incipiam) hæc sunt præcipua: quod iisdem illis modis, quibus usufructus constituitur, etiam nudus usus constitui solet: iisdemque illis modis finitur, quibus & usufructus desinit *pr. Inst. b. t.* præterea sicut fructuarius fructus percipere debet cum secundum rei conditionem, tum ut salva maneat ejus substantia: ita similiter usuarius debet eos percipere ad modum rei, & ut salva sit ejus substantia, quamdiu durat aut usufructus aut usus: finito autem alterutro jure, debet uterque quod superest, proprietario restituere. ac sicut eo nomine fructuarius a Prætore jubetur de utroque cavere datis fidejussoribus, quo de jure suo certus sit dominus proprietatis: ita similiter Prætor, si usus sine fructu legatus erit, jubet usuarium, adempta fructus causa, satisdare *l.* 5. §. 1. *D. usufr. quemadm. cav.* Summa illa similitudinis. Differentiæ hæc est: quod in usu minus juris est, quam in usufuctu §. 1. *Inst. l.* 10. §. 4. *D. b. t.* nam fructuarius rem fructuariam exercet non ad necessitatem tantum, sed ad compendium quoque: usuarius autem eam non habet ad compendium, sed tantum ad necessitatem suam quotidianam, pro dignitate tamen. ita alter potest eam cum aliis communicare locando, vendendo, donando: alter non potest, præterquam in paucis casibus qui sunt in *l.* 12. §. 4. & *l.* 22. *D. b. t.* recepti jure singulari.

A superiore differentia pendet etiam sequens, quod usufructus est dividuus *l.* 5. *D. de usufr.* usus omnem divisionem respuit *l.* 19. *b. t.* Ab eadem quoque ratione in oneribus differt usus & usufructus: nam si omnis fructus ad usuarium pertinet; rationis est, etiam onera ad eum pertinere, sin ad proprietarium redeant commoda, ad eum etiam spectent onera: postremo si communia utriusque sint commoda, etiam communia utriusque sint onera *l.* 18. *D. b. t.* Nec hoc omitto: cum similiter sit ab eodem fonte: quod usufructus extinctus non semper redit ad proprietatem propter jus accrescendi: usus vero jus accrescendi non agnoscit. Hæc sic in genere sunt vera & clara: sed ut Fori disputatione pleraque sunt in singulis definita, variatum admodum fuit a Veteribus, ideoque generali hac expositione contentus non fuit Ulpianus, sed separatim videri voluit de usu domus, fundi, servi, pecoris. De quibus præclare Janus a Costa *ad b. t. Inst.* quem vide.

Superest altera pars Rubricæ, De habitatione: tertiam adferens speciem servitutis personalis §. *ult. Inst. b. t.* non tamen ex regulis juris: & præbet argumentum quod has Marcianus *l.* 1. *D. de servitutibus* quæ est ex *lib.* 3. *Regularum*, personarum servitutes enumerans, eas esse ait, *usum & usumfructum;* nulla habitationis facta mentione. Modestinus etiam *l.* 10. *D. de capite minutis*, *Si*, inquit, *babitatio legetur*, *morte quidem legatarii legatum intercidit*, *capitis diminutione tamen interveniente perseverat:* & pro ratione sic subjicit: *videlicet quia tale legatum in facto potius*, *quam in jure consistit.* quomodo a Paulo *l.* 27. §. 2. *D. de pactis* in stipulationibus dicitur jus contineri, in pactis factum versari. Et in *l.* 48. §. 1. *D. de adq. rer. dom.* dicitur usucapio quidem ad jus, fructuum vero perceptio ad factum pertinere. Putemus igitur, habitationem extra regulas juris fuisse receptam pro servitute personali, idque etiam indigitare Imperatorem *d.* §. *ult.* cum ait, habitationem neque usum videri, neque usumfructum, sed quasi proprium aliquod jus. quamquam, ut ab utroque distinguatur, magis ad usum, quam ad usumfructum accedere, Ulpianus censet. *l.* 10. *D. b. t.* Verba Ulpiani: *Si babitatio legetur*, *an perinde sit*, *atque si usus*, *quæritur? & effectu quidem idem pene esse legatum usus & babitationis*, *& Papinianus consensit lib.* 18. *Quæstionum. Denique donare non poterit. sed eas personas recipiet quas & usuarius. Ad beredem tamen nec ipsa transit: nec non utendo amittitur*, *nec capitis diminutione.* Sic editur. Male. scribo: *Ad beredem nec ipsa transit: nec tamen non utendo amittitur*, *nec capitis diminutione.* verissimo sensu quem probavi *lib.* 3. *Probabilium c.* 7. Atqui idem Ulpianus *l.* 5. §. 3. *D. Usufruct. quemadm. caveat*, *Et si*, inquit, *babitatio*, *vel operæ bominis*, *vel cujus alterius animalis*, *relictæ fuerint*, *stipulatio locum babebit; licet per omnia bæc usumfructum non imitantur.* Sic omnes libri. si vere: habitatio magis ad usumfructum accedat, quam ad usum. Sed videamus, ne hic quoque laboret scriptura, & præstet restitui, *Licet per omnia bæc usum fructumve non imitantur.* Ita conjeci *d. lib.* 3. *c.* 8. ubi vide. Dixi, quid obtinuerit, legata habitatione. sed quid, si χρῆσις sit relicta, aut relictus domus usufructus habitandi causa: vel usus habitandi causa? de omnibus his ex Veterum sententia Ulpianus *d. l.* 10. §. 1. & 2. Sed a vetustate abit Justinianus *l.* 13. *C. de usufructu.*

LIBER

LIBER OCTAVUS.

TITULUS I.

De servitutibus.

Titulus hic, etsi inscribatur *De servitutibus*, tantum prædiorum servitutes complectitur: cum alioquin ususfructus & usus etiam servitutes indigitentur *l.* 1. *h. t.* Sed quæ prædiorum jura sunt, servitutes per excellentiam appellari, dictum est *Tit.* 1. *superioris libri.* De his sic Paulus *l.* 3. *h. t.* *Servitutes prædiorum aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt.* Hæ urbanæ *l.* 20. *D. de servit. præd. urb.* illæ rusticæ, appellantur *l.* 13. *D. de servit. præd. rustic.* inde quæsitum ibi; an vel vineis acquiratur servitus rustica. erat dubitatio; quod vineæ videntur ad superficiem respicere: cum rusticæ servitutis sit, solo prodesse. Sed placuit Javoleno, vineis acquiri rusticam servitutem: quasi his debita servitus, magis ad solum respiciat. ideoque, inquit, Javolenus, sublatis vineis, servitus manebit, vineis imposita, quasi solo, non superficiei, inhærens.

TITULUS II.

De servitutibus prædiorum urbanorum.

Ait igitur Paulus *l.* 3. *D. de servitutib.* servitutes urbanorum prædiorum (inde ordietur interpretatio) in superficie consistere. quia vero ædes superficiarias vocamus *l.* 2. *D. de superficiebus*, Justinianus §. 1. *Inst. de servit. præd.* convenienter Paulo, urbanorum, inquit, prædiorum servitutes esse has quæ ædificiis inhærent. nec male addit, ideo urbanorum prædiorum dictas: quoniam ædificia omnia urbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sint. Idque & Ulpianus confirmat *l.* 1. *D. Commun. præd.* Exempla porro servitutum urbanorum prædiorum Gajo *l.* 2. *h. t.* talia sunt: jus altius tollendi & officiendi luminibus vicini, aut non extollendi. Item stillicidium avertendi in tectum vel aream vicini, aut non avertendi. Item immittendi tigna in parietem vicini: & denique projiciendi protegendive: cæteraque istis similia. Primum Gaji exemplum est, jus altius tollendi & officiendi luminibus vicini. An recte? aliquis dubitet: eo quod unicuique jure naturali licet, in suo facere id quod velit, etiam cum alieno incommodo *l.* 9. *D. h. t.* modo nihil immittat in alienum *l.* 8. §. 5. *D. Si servit. vindic.* certo, eum qui jure suo utitur, nulli injuriam facere *l.* 55. *D. de reg. jur.* sic vero, cur jus altius tollendi, cum libertatis sit, a Gajo servitus urbani prædii appelletur, causa non est. Sed mihi probabile est, ad servitutem accedere: si ponatur, quod Romæ legibus definita fuit altitudo, intra quam unusquisque ædificando deberet consistere. talem autem Romæ fuisse formam, inter alios observant J. Lipsius *lib.* 3. *De magnitud. Rom. c.* 4. B. Brissonius *lib.* 1. *Select. antiq. c.* 1 & P. Faber ad *l.* 61. *D. de reg. jur.* etiam attingunt hanc *l.* 1. *C. de ædific. privat. l.* 1. *C. de servit. l.* 11. *D. h. t.* In hoc igitur juris statu si maneat ædificatio infra præscriptam formam, libertas est: si eam superet, vicino permittente, appellatur servitus. Licuit vero vicinis, ut apparet, pactionibus & stipulationibus in hoc venire adversus leges: postquam creditum est, talem formam magis ad privatam, quam ad publicam, utilitatem pertinere. Sed hoc ex *d. l.* 11. *& l.* 12. §. 1. *C. de ædific. privat.* intelligitur.

Alterum urbanæ servitutis exemplum Gajo *d. l.* 2. *h. t.* venit jus altius non tollendi. obtinet illam vicinus, a vicino impetrans; ne ædes suas tollat ad præscriptam legibus altitudinem. Indicio hoc Impp. Diocletiani & Maximiani, Aniceto cuidam rescribentium, *Altius ædificia tollere, si domus servitutem non debeat, dominum ejus minime prohiberi l.* 8. *C. de servitut.* Ita, si hoc modo non obscurentur vicinæ ædes. Imo Ulpianus *l.* 9. *D. h. t.* scribit, *Cum eo qui tollendo obscurat vicini ædes quibus non serviat, nullam competere actionem.* Proinde quisquis nolit, ædes suas ædificando fieri obscuriores, eum oportet a vicino impetrare, ne ædes suas altius tollat. Sic apparet civilis ratio admittendæ hujus servitutis, tam certa ejus utilitate, ne luminibus officiatur. is vero finis interdum subauditur a Veteribus: ut fit in *l.* 2. *& l.* 12. *D. h. t.* interdum exprimitur hoc modo: Ne altius quis tollat ædes, ne luminibus officiatur: ut in §. 1. *& ult. Inst. de servit. prædior.* Gajus *lib.* 2. *Inst. tit.* 1. §. 3. ita indicat: *altius erigendæ domus aut non erigendæ, ut ita quis fabricet, ut vicinæ domui lumen non tollat.* Locus Gaji huc usque fuit in vitio: sed me conjectore, est ad hanc faciem reformandus. Hoc infra ostendam. interim non præteribo; quod hæc servitus, sic concepta adjecto ejus fine, non est duplex servitus; sed una dumtaxat: in qua posteriora verba pendent a prioribus; ab iisque sic coarctantur, ut solam impediant obscurationem luminum, ædibus altius sublatis contingentem. & est hinc consequens; (auctore Javoleno *l.* 12. *D. h. t.*) ut ædificia quæ patiantur servitutem Ne quid altius tollatur, possint supra eam altitudinem habere viridaria: puto, quod ea formula de viridibus tacet: solum cavet, ne altius ædificetur. &, si plus voluit stipulator, debet sibi imputare: quod ubi poterat stipulatione plus complecti, non fuit plenius locutus: Jurisprudentia semper libertatis, numquam servitutis, studiosa sine expressa stipulatione *l.* 99. *D. de verb. oblig.* Viridia porro, ut hoc addam, apud Javolenum sunt arbores, silvæ, pomaria, similia, in summis tectis posita. Auctor Plinius *lib.* 15. *Hist. nat. c.* 14. verbis sequentibus. *In tecta jam silvæ scandunt.* Seneca quoque *Epist.* 122. *Non vivunt contra naturam, qui pomaria in summis turribus serunt? quorum silvæ in tectis domorum ac fastigiis nutant, inde ortis radicibus quo improbe cacumina egissent?* Item Rutilius Numatianus, *Itinerario lib.* 1. *vers.* 111.

Quid loquar inclusas inter laquearia silvas
Vernula qua vario carmine ludit avis.

Huc usque de jure Ne altius tollatur, ne luminibus officiatur

Proxima deliberatio erit de servitute Ne luminibus officiatur. quæ servitus, ut apparet ex *l.* 4. *l.* 15. *l.* 16. *l.* 23. *D. h. t.* etiam Lumen appellatur, & servitus Luminum: pari forma qua servitus Prospectus alias dicitur jus Prospectus, & Ne prospectui officiatur: cum sit una servitus, pluribus nominibus designata: ut in sequentibus appare-

rebit. Sed quid eſt? Servitus quam vocamus Lumen, vel jus Luminum, vel Ne luminibus officiatur, latiſſime patet. ſimpliciter quippe concepta; nec, ut ſuperior illa Ne altius tollatur, ne luminibus officiatur, ullo fine aut modo coarctata, conſequenter fit adverſus eam quocumque modo obſcurentur ædes; ſive ædificando, ſive aliter. Id in oculis habuit Paulus *d. l.* 4. *h. t.* ſi recte exponantur ejus verba admodum obſcura. *Luminum ſervitute conſtituta, id adquiſitum videtur, ut vicinus lumina noſtra excipiat. Cum autem ſervitus imponitur, Ne luminibus officiatur, hoc maxime adepti videmur, ne jus ſit vicino, invitis nobis altius ædificare, atque ita minuere lumina noſtrorum ædificiorum.* Quid hic Paulus? putat, unam eſſe ſervitutem: quæ brevius dicitur Lumen, vel ſervitus Luminum: plenius ſervitus Ne luminibus officiatur: pari formularum poteſtate. Nec te offendat vocula, *autem*, qua utitur Paulus: ſumenda enim pro *etiam:* ut ſæpe apud noſtros & alios auctores. Atqui Paulus, impoſita ſervitute, Ne luminibus officiatur, ait, nos hoc maxime videri adeptos, ne vicino jus ſit, invitis nobis altius ædificare, atque ita minuere lumina noſtrorum ædificiorum. Recte mones. Paulus non ſimpliciter ait, hoc nos adeptos eſſe; ſed ait, videri nos hoc maxime adeptos. indigitans, nos ea formula non eſſe adeptos ſolum, ne ædes noſtræ altius ædificando obſcurentur: ſed etiam aliud præterea. quid autem hoc ſit, ipſe non declarat Paulus *d. l.* 4. ſed Ulpianus *d. l.* 15. *h. t.* ſic loquens, edente Haloandro: *In luminibus autem ne lumina cujusquam obſcuriora fiant:* Ulpianus in ſervitute Luminum, ſive Ne luminibus officiatur (nam de ea agit) ita obſervari refert; ne lumina qualicumque modo fiant obſcuriora. & inde mox ſic infert: *Quodcumque igitur faciat ad luminis impedimentum, prohiberi poteſt, ſi ſervitus debeatur.* Senſus eſt, conſtituta ſervitute Luminum, ſive Ne luminibus officiatur, prohiberi, quidquid fiat ad luminis impedimentum; ſive altius ædificando, ſive poſitis arboribus. Hoc poſui exemplum, ut ab ipſo ſuggeritur Ulpiano *l.* 17. *h. t.* quam ſoleo conjungere cum *d. l.* 15. ſicut olim cum ea cohæſit monſtrante utriusque cum Inſcriptione, tum argumento. ſic vero ſonat: *Si arborem ponat, ut lumini officiat, æque contra impoſitam ſervitutem eum facere.* Quam ob rem? præfatur Ulpianus, *Et arborem efficere, quo minus cœli videri poſſit.* Nec hoc fine terminat formulæ amplitudinem. quin eam latius porrigit: quid enim, *ſi id quod ponitur, lumen quidem nihil impediat, ſolem autem auferat?* ſic pergit Ulpianus: *Si quidem eo loci quo gratum erat, eum non eſſe, poteſt dici, nihil eum contra ſervitutem facere: ſin vero heliocamino vel ſolario, dicendum erit, quia umbram facit in loco, cui ſol fuit neceſſarius, contra ſervitutem impoſitam fieri.* Ulpianus appellatione *heliocamini* vel *ſolarii*, quæ verba idem ſignificant, intelligit locum in ædibus aliquando tectum, aliquando ſubdialem, excipiendo ſoli comparatum. ejus ſolarii meminit Plautus *Milit. glorioſ. act.* 2. *ſc.* 3. *verſ.* 69. & Suetonius *Claudio c.* 10. heliocamini Plinius *lib.* 2. *Epiſt.* 17. Utebantur tali loco Veteres apricantes: in ſole jacentes, aut ambulantes nudi: ut apud eumdem Plinium, *lib.* 3. *Epiſt.* 5. *&* *Epiſt.* 1. Sic apparet, Ulpiano recte videri, etiam contra hanc ſervitutem fieri; cum umbra ſit in ſolario vel heliocamino: cui ſol eſt neceſſarius. Sequitur apud Ulpianum *d. l.* 17. §. 1. *&* 2. *Per contrarium ſi deponat ædificium vel arboris ramos quo facto locus opacus quondam cœpit ſolis eſſe plenus: non facit contra ſervitutem. hanc enim debuit, ne luminibus officiat. nunc non luminibus officit, ſed plus æquo lumen facit.* Nec hoc omittendum putavit Ulpianus, *Interdum dici poſſe, eum qui tollit ædificium vel deprimit, luminibus officere: ſi forte κατ' ἀνάκλασιν, id eſt per refractionem, ſeu repercuſſionem vel preſſura quadam, lumen in eas ædes devolvatur.*

Dedi integrum ſenſum formulæ ſervitutis Luminum, ſive Ne luminibus officiatur, interpretatus Paulum poſteriore parte *d. l.* 4. *h. t.* Reſtat, quid priore deſignet, ſic ſcribens: *Luminum ſervitute conſtituta, id adquiſitum videtur, ut vicinus lumina noſtra excipiat.* Paulus, *Lumina excipi*, ait: ut in *l.* 20. §. 6. *h. t.* dicit, *recipi ſtillicidia:* adverſus quæ nihil jure fieri poteſt. Quod ſi eſt: apparet Paulum *d. l.* 4. voluiſſe ſervitutem Luminum idem complecti jus, quod comprehenditur ſervitute, Ne luminibus officiatur. adeoque unam eſſe ſervitutem, formulas duas: nec intereſſe, hac, an illa, utamur: utraque eodem exeunte. Sic mihi incidit. aliis placet, Paulum conſtituta ſervitute Luminum, vicino concedere jus aperiendi ſuum parietem, & lumina ſive feneſtras in apertum immittendi. Male: quando poteſt unusquisque dominus, niſi lege prohibeatur, (quod in propoſito nusquam invenio factum) æque lumina, ſive feneſtras, in ſuum parietem immittere ſuo jure; ac poteſt ſua libertate in eo facere quæ velit, alia omnia *l.* 8. §. 5. *D. Si ſervit. vindic.* etſi vicino quod facit, ſit moleſtum. Hoc Paulo fuiſſe negotium, vel hinc evidens eſt, quod non dicit, Luminum ſervitute conſtituta, eſſe adquiſitum; ut poſſimus lumina noſtra immittere, ſed ut vicinus lumina noſtra excipiat. quod (ut modo demonſtratum) ſignificat, vicinum a quo ceſſa ſit ſervitus Luminum, non poſſe immiſſis luminibus jure officere.

Hoc conſtituta Luminum ſervitute, quam dixi etiam vocari ſervitutem Ne luminibus officiatur. Idem ea non conſtituta: vel ſic indubitato dominii jure. Lubet tamen, quo magis liqueat res elegans, etiam ei lucem petere ab hoc Ulpiani *l.* 11. *D. h. t. Qui luminibus vicinorum officere, aliudve quid facere contra commodum eorum vellet, ſciet ſe formam ac ſtatum antiquorum ædificiorum cuſtodire debere.* Aliquis aperuit ſuum parietem, inque apertum immiſit lumina ſeu feneſtras, non impetrata a vicino ſervitute Luminum, ſive ſervitute Ne luminibus officiatur. Hæc ſpecies. Quid Ulpianus? putat, Eum qui lumina ſeu feneſtras in proprium parietem immiſit, non conſtituta Luminum ſervitute, in ſuo uſum eſſe jure ſui dominii: ſed vicinum contra in ſuo ædificantem, ponentemve aliquid, ejus luminibus poſſe officere pari dominii jure, ſervata forma ac ſtatu antiquorum ædificiorum. Siccine? quæris? ſi putaſſet Ulpianus, lumina nullo jure eſſe a domino in ſuum parietem immiſſa, non conſtituta Luminum ſervitute: juſſiſſet, vicinum agere actione negatoria, non eſſe adverſario jus, ita lumina ſive feneſtras habere. Nunc id non agit: tantum facit vicino jus, adverſarii luminibus officere: modo inter hoc quod ponit ædificatve ad luminum obſtructionem, ſpatium legitimum relinquat. Exiſtimat igitur Ulpianus, lumina ab uno domino in parietem ſuum jure immitti, quamvis citra ſervitutem: & ab altero in ſuo jure obſtrui, pari utrique libertate. quod ſi nolit quis, feneſtras in ſuum immiſſurus: ei neceſſe eſſe, a vicino impetrare non jus immittendi lumina ſive feneſtras, quod ultro habebat: ſed jus Luminum, ſive jus Ne luminibus officiatur, quod non habebat. Sic Ulpianus. Simile innuit Pomponius *l.* 23. *D. h. t.* hisce verbis: *Si ſervitus impoſita fuerit,* lumina quæ nunc ſunt, ut ita ſint, *de futuris luminibus nihil caveri videtur. Quod ſi ita ſit cautum,* ne lumi-

minibus officiatur, *ambigua est scriptura: utrum ne bis luminibus officiatur, quæ nunc sunt, an etiam bis quæ postea quoque fuerint? & humanius est verbo generali omne lumen significari, sive quod in præsenti, sive quod post tempus conventionis contigerit.* Mea sententia, Pomponius domino permittit, fenestras sive lumina in parietem suum immittere, etsi non impetrata servitute Luminum, vel Ne luminibus officiatur: ita tamen, ut vicino quoque jus sit, eis officere. nam quæsito, utrum sub jure Luminum, vel Ne luminibus officiatur, tantum præsentia, an futura quoque, lumina comprehendantur; si nolit, domino licere, lumina in suum parietem immittere sine vicini consensu: possit metui; ne nullus sit ejus quæstionis usus, siquidem nihil attineret quærere; an vicino liceat officere luminibus ab altero immissis, quod est minus: cum possit, quod plus est, agere actione negatoria, adversario non esse jus, se invito ea lumina immissa habere.

Hactenus de proprio pariete. De alieno quæris? vix opus: nullo dubio, quin vicinus in eum, domino invito, nequeat lumina immittere, & contra dominus, ei cesso jure immittendi lumina, immissa teneatur excipere, id est, immissis non officere. Illud non inutiliter conjecero, hanc servitutem quæ est jus immittendi lumina, seu immittendi fenestras, in vicinum, id est, in alienum parietem a Gajo *lib.* 2. *Inst. tit.* 1. §. 3. proprio nomine jus fenestræ appellari. Gaji verba quia adhuc corrupta circumferuntur, apposui, ut corrigam, sicut promisi supra. sunt autem hæc: *Prædiorum urbanorum jura sunt, stillicidia, fenestræ, cloacæ, altius erigendæ domus, aut non erigendæ, & luminum, ut ita quis fabricet, ut vicinæ domui lumen non tollat.* Sic editur. sed videamus, ne forte melius scribatur, *stillicidia, cloacæ, fenestræ, altius.* Etiam suspicor, post verba, *aut non erigendæ*, vacare hæc, *& luminum;* cum sufficiant sequentia, *Ut vicinæ domui lumen non tollat.* Sane exemptis inde verbis, *& luminum*, plenus est Gaji sermo, nec dissimilis huic Justiniani in §. 1. *Inst. de servitut. præd. Ne altius quis tollat ædes suas, ne luminibus vicini officiat.* Interim expungi verba, *& luminum*, non placet mihi, malim, rejici ad loci finem: distincturo sic Gajo jus luminum, sive jus non officiendi luminibus, a jure domus altius non erigendæ, ut ita quis fabricet, ut vicinæ domui lumen non tollat: quibus verbis ille, ut ante dictum, designat jus altius non tollendi, ne luminibus officiatur. Sic domi conjeci, atque a Gajo nominari tres distinctas species servitutum: jus immittendi lumina seu fenestras; jus luminum, sive ne luminibus officiatur; & jus altius non tollendi, ne luminibus officiatur: & restituendum hoc modo esse Gajum: *Prædiorum urbanorum jura sunt, stillicidia, cloacæ, fenestræ, altius erigendæ domus, aut non erigendæ, ut ita quis fabricet, ut vicinæ domui lumen non tollat, & luminum.* Dixi quid juris sit, fenestris in alienum parietem immissis constituta servitute: ac si quis eas in alieno fecerit, vel vi, vel clam, vel precario, nullo jure fecisse. optimo igitur jure placet Diocletiano ac Maximiano, eum compelli, opinor, actione negatoria, suis sumptibus opus tollere, & integrum parietem restituere *l.* 8. *C. de servitut.*

Tantum de pariete plane alieno. Age, videamus de communi, id est, de alieno ex parte. Paulus *l.* 40. *D. h. t.* sic scribit: *Eos qui jus luminis immittendi non habuerunt*, aperto pariete communi, *nullo jure fenestras immisisse respondi.* Hæc recepta lectio: in qua duo notabo: primum, non fieri mentionem juris luminum, neque juris non officiendi luminibus; sed juris luminis immittendi, id est, ut supra dixi, juris fenestræ. Deinde monebo, parietem quem communem vocat Paulus, accipi oportere communem non pro indiviso, sed pro diviso regionibus: ut de lapide, deque insula, dicitur *l.* 7. § *ult. l.* 8. *l.* 29. *D. de adq. rer. dom. & l.* 83. *D. Pro socio.* id ideo: quod sic paries est pro parte alienus, eoque capax servitutis: cujus non foret capax, si esset communis pro indiviso: non solita servitute pro parte imponi aut adquiri *l.* 6. §. 1. *D. Commun. præd.* Immisit igitur vicinus fenestras in parietem pro diviso communem. An jure? Paulus affirmat, si fuerunt immissæ ab eis qui habuerunt jus immittendi luminis: sive jus immittendi fenestras: alioquin negat. ita constat ratio receptæ lectioni, *aperto pariete communi.* Sed huic litem de sinceritate movet Dominus Cujacius *lib.* 1. *Observ. c.* 31. pro ea ponens, *aperto cæco pariete:* non improbante Leunclavio, V. CL. *lib.* 2. *Annot. c.* 29. quamquam ipse malit, *aperto pariete inlumini.* Illis causa sic emendandi fuit; quod putarent, luminum immissionem, quantumvis factam in parietem proprium, qui erat cæcus, nisi constituta luminum servitute, legibus fuisse prohibitam. Sed talis prohibitio est facti, & probanda; nusquam vero liquet in Pandectis aut alibi Pauli tempore. contra demonstravi evidenter, unicuique tum licuisse, in suum parietem fenestras jure suo immittere; vicino autem ad removenda illa immissa non competiisse actionem negatoriam: sed dumtaxat jus officiendi luminibus. Est igitur retinenda recepta lectio, *aperto pariete communi.* ac ne quem offendat inhumanitas curiosi vicini, facile lites ac rixas paritura: contra oportet meminisse differentiæ quam alibi feci inter juris regulas & juris præcepta. nec frustra addam hoc ex Harmenopulo *lib.* 2. *tit.* 4. *pag.* 166. *Curiosi quidam atque invidi probibere eos nituntur, qui domos extruunt, unde in ædeis vicini pateat aspectus. id quod neque legibus cavetur, neque ex veterum ædificiorum ratione colligere licet, veteres hanc injuriam putasse. videmus enim omnes fere domos se invicem spectantes. Nulla enim veteres illi invidia laborabant. Quocirca neque nos damnum ullum in tali aspectu esse censemus. unusquisque igitur ex iis qui hoc incommodi loco ducunt, vicino quidem more suo ædificare permittat, ipse vero suas muniat & ita obstruat ædeis, ne spectari possit: idque vel apertis qui dicuntur, cancellis, vel sepibus, vel utut aliter libuerit. Neque enim propter alterius damnum æquum est, quemquam sua munire ac obstruere.*

Ostendi, ex sententia Pauli in *d. l.* 4. *h. t.* unam esse servitutem, quæ alias Lumen vocatur, alias Luminum, alias Ne luminibus officiatur. Videamus, an liceat hoc exemplo putare, etiam unam esse servitutem; quæ modo dicitur Prospectus, modo Jus prospectus, modo Jus ne prospectui officiatur? Sed, puto, etiam hæc, cum una sit, tot nominibus optime indigitatur *l.* 15. & 16. *D. h. t.* Verba loci utriusque adscribam: quia præterea faciunt discrimen inter Lumen & Prospectum, ipsum non indignum annotari. Verba *d. l.* 15. ex Ulpiano hæc sunt: *Inter servitutes*, Ne luminibus officiatur, & Ne prospectui offendatur, *aliud & aliud observatur: quod in* prospectu *plus quis habet, ne quid scilicet officiatur ad gratiorem prospectum & liberum. in* luminibus *autem, ne lumina cujusquam obscuriora fiant. quodcumque igitur faciat ad luminis impedimentum, prohiberi potest, si servitus debeatur.* Verba *d. l.* 16. ex Paulo talia sunt: *Lumen, id est, ut cælum videretur. & interest inter* lumen & prospectum. *nam* prospectus *etiam ex inferioribus locis est:* lumen *ex inferiore loco esse non potest.*

Sc-

Sequuntur aliæ duæ servitutes prædiorum urbanorum: una est jus immittendi tigna in parietem vicini *l.* 2. *D. h. t.* altera oneris ferendi §. 1. *Inst. de servit. præd.* Differunt, illæ: quod qui habet jus tigni immittendi, potest tignum ex suo pariete immittere in vicini parietem, ita ut ibi quiescat *l.* 242. §. 1. *D. de verb. signif. l.* 8. §. 2. *D. Si serv. vindic.* at in servitute oneris ferendi hoc plus venit, quod qui hanc debet, tenetur columnam aut parietem reficere *l.* 33. *D. h. t.* Non sinebat hoc natura servitutum *l.* 15. §. 1. *D. de servitut.* ideoque cum ea res in Fori disputatione verteretur, negabat Gallus, servitutem ita posse imponi; ut quis aliquid facere cogeretur; sed ne me facere prohiberet. Cæterum ait Ulpianus, evaluisse Servii sententiam in proposita specie: ut quis possit defendere, sibi jus esse, cogere adversarium, reficere parietem ad onera sua sustinenda *l.* 6. §. 2. *D. Si servit. vindic.* hoc, opinor, colore: quod omnes servitutes sunt perpetuæ, exemplo prædiorum quibus inhærent. parietes & columnæ contra, nisi reparentur, tempore pereunt. igitur qui debet jus oneris ferendi, tenetur ad parietis aut columnæ refectionem: eo quod in lege ædium ita esset scriptum, Paries oneri ferundo uti nunc est, ita sit: eaque formula postulat, eum parietem oportere esse in perpetuum: nec tamen hac agitur, ut in perpetuum idem paries æternus esset; quod ne fieri quidem potest: sed uti ejusdem modi in perpetuum esset paries oneri ferundo idoneus. quemadmodum si quis alicui cavisset, ut servitutem præberet qui onus suum sustineret, si ea res quæ servit, & tuum onus ferret, perisset, alia in locum ejus dari debeat *d. l.* 33. Interim quia ipsa res, non homo cujus ea sit, debet servitutem, ideo licet domino, volenti impensas refectionis evitare, fundum relinquere *d. l.* 6. §. 2. Plane sicut refectio pertinet ad vicinum, ita fultura ad eum cui debetur servitus *l.* 8. *D. Si servit. vindic.*

Sequitur apud Gajum *l.* 2. *h. t. Item stillicidium avertendi in tectum vel aream vicini aut non avertendi.* Imp. Justinianus §. 1. *Inst. de servit.* etiam meminit *fluminis.* Interest autem inter utramque servitutem: nam stillicidium est, cum aqua pluvia stillatim cadit de summo tecto. flumen, cum per imam ædium partem more fluminis effunditur. Ita servitus stillicidii est; cum vicinus cogitur pati, ut aqua pluvia de vicini tecto casitet in ejus ædes, aream, aut cloacam: fluminis vero, cum vicinus tenetur pati, ut aqua in canalem collecta, in ejus aream aut cloacam effundatur. utraque servitus est avertendi, vel non avertendi. jus avertendi stillicidium vel flumen est, cum vicinus nostrum stillicidium aut flumen cogitur recipere in suam domum, aream, aut cloacam. jus non avertendi est, cum vicinus prohibetur suum flumen aut stillicidium derivare in vicini aream, domum, aut cloacam. habetque ea servitus usum ubi vicino legibus aut moribus licet, suum stillicidium aut flumen in vicini aream avertere Ita D. Vinnius *ad d.* §. 1. *n.* 5. Est porro jus stillicidii levius, quam fluminis: ideoque altius tolli potest stillicidium: dimittere jus non est. similiter licet stillicidium retro ducere; producere non licet. præterea si ex tegula cecidit stillicidium, deinde non potest fieri, ut ex tabula casitet *l.* 20. §. 4. *& 5. h. t.* uno verbo, potest levior fieri servitus, durior non potest. Est & alia præter hanc observatio: quod domino fundi servientis ibi, ubi casitare cœpit stillicidium, ædificare non licet *d. l.* 20. §. 3. nisi ædificatione non præjudicetur servituti *d. l.* 20. §. *ult & l. fin.* §. *fin. h. t.* aut dominus fundi dominantis patiatur: existimandus servitutem suam sic amisisse *l.* 8. *D. quemad. servitut. amitt.* Non obstat *l.* 21. *D. de servit. præd urban.* Quia eædem ædes ibi duas debebant servitutes: unam, ne altius tollerentur; alteram, ut stillicidium reciperent. ac proinde altiore ædificatione concessa, uni tantum servituti, non alteri quoque, renunciatum videri, manifestum est. ideoque sic ædificari licebit, ut nihilominus recipiatur stillicidium.

Illud pulchræ est quæstionis, ædificio ex quo cadit stillicidium, sublato, ut eadem qualitate & specie reponatur: idemne, an aliud, ædificium intelligatur? Proposita & decisa ea quæstio a Paulo *l.* 20. §. 2. *h. t.* latiusque a me tractata, *De usufructu lib.* 1. *c.* XI.

Postremo ait Gajus *l.* 2. *h. t. Et denique projiciendi, protegendive, cæteraque istis similia.* Supra de immissis dictum. ab his nunc projecta & protecta distinguuntur. nam immissum dicitur tignum, quod aliquo requiescit loco. projectum, quod extra ædes ita projectum, ut nullo loco requiescat *l.* 242. §. 1. *D. de verb. signif.* Talia projecta sunt mœniana: de quibus inter cæteros Isidorus *lib.* 15. *Origin. c.* 3. *pag.* 1195. sunt etiam alia. Pertinet igitur projectum ad urbanas servitutes. Atque ab hac causa Alfenus *l.* 17. *D. Si servit. vindic. Si quando*, inquit, *inter binas ædes paries esset, qui ita ventrem faceret, ut in vicini domum semipedem aut amplius procumberet: agi oportet, jus non esse, illum parietem ita projectum in suum esse invito se.* Igitur remedium quo hoc incommodum emendatur, est actio negatoria. Illud quæritur, an projecta, immissave, aut similia, etiam possint perdi aut dirui privata auctoritate ejus cujus injuria sit? ea quæstio est propter *l.* 27. *D. h. t. & l.* 29. §. 1. *D. Ad Leg. Aquil.* Sed has explicui *lib. sing. Ad Leg. Aquil. c.* 19.

TITULUS III.

De servitutibus prædiorum rusticorum.

HIC Titulus a servitutibus urbanorum prædiorum transit ad rusticorum prædiorum servitutes. De his statim occurrunt in *l.* 1. sequentia Ulpiani verba: *Servitutes rusticorum prædiorum sunt hæ: iter, actus, via, aquæductus.* Hic vero mireris apposita verba, *sunt hæ:* cum sint species plures, quam enumeratæ. Sed, credo, respicit Ulpianus ad Artis nostræ initia: & vult, has solas, non alias, tum regulis juris fuisse designatas. Melius hoc in sequentibus apparebit. nunc præsentia expositurus Ulpiani verba, primum attingam iter. id ille sic definit: *Iter est jus eundi, ambulandi homini, non etiam jumentum agendi.* Ire vero est, pergere, fere negotii causa. ambulare contra est, spatia facere, & spatiis factis in eadem vestigia reverti, amœnitatis plerumque gratia. Hanc verborum proprietatem annotavit antehac V. CL. Ausonius Popma *lib.* 1. *De differentiis verborum.* Si vere, ut puto: audebo, confiteri, *ambulandi spatiandive* verba itineris definitioni initio non convenisse: resistente rigore juris qui tum erat, ne prædii servitus ultra ejus necessitatem egrederetur *l.* 8. *D. de servitutibus.* & tamen potuere illa ambulandi & spatiandi verba ab Ulpiano itineris definitioni in *d. l.* 1. optime inseri: postquam adversus juris regulas moribus obtinuit, prædii servitutem non tantum necessitatis prædii, sed etiam amœnitatis causa constitui. fac: aliquis prædio suo

a

a vicino impetrat jus spatiandi in amœnis deambulationibus quas ille Veterum more (de quo scripsi *lib.* I. *De usufruct. c.* 5.) in voluptario prædio habebat. Hoc igitur exemplo potest, opinor, iter ab Ulpiano verissime dici jus eundi ambulandi. Quo modo? sive quis pedes, sive eques commeare velit. sic observat Modestinus *l.* 12. *h. t.* non male: nam & equis ire dicuntur homines. De Parthis Justinus *lib.* 41. *c.* 3. *Equis omni tempore vectantur; illis bella, illis convivia, illis publica ac privata negotia obeunt; super illos ire, consistere, mercari, colloqui. hoc denique discrimen inter servos liberosque est: quod servi pedibus, liberi non nisi equis incedunt.* Paulus *l.* 7. *d. t.* plus ait: *Qui sella vel lectica vehitur, ire non agere dicitur.* Cum *sellam*, vel *lecticam* nominat: intellige *gestatoriam*, & utriusque fuisse usum, impetrato a vicino gestandi jure in locis prædii amœnis, quos Veteres *gestationes* indigitasse, monui *d. c.* 5. *lib.* I. Jam vero *lecticæ* & *sellæ* differentiam, item cur his iri, non agi dicatur, si quis quærat, ei videre licebit pridem tradita a V. Cl. Josepho Averanio *lib.* I. *Interpret. jur. c. ult.* Cæterum quod de equo, sella, & lectica dixi, an in nave quoque placet? Paulo videtur *l.* 23. §. I. *h. t.* Verba Pauli: *Si lacus perpetuus in fundo tuo est, navigandi quoque servitus, ut perveniatur ad fundum vicinum, imponi potest.* Et recte: nam & navigio iter deterius fieri, dicit Prætor *l.* I. *D. de flumin.* Et Ulpianus §. 14. *ibidem*, iter navigii in Edicto pro navigatione positum esse ait. Et posse sic accipi iter navi deterius fieri. Et mox: Si pedestre iter impediatur, non ideo minus iter navigio deterius fit. Postremo addit Ulpiani definitio, *Iter esse jus eundi ambulandi homini:* cum etiam cætera ire dicantur animalia, ut in illo Virgilii *Eclog.* I. *vers.* 75. *Ite meæ, quondam felix pecus, ite capellæ.* Et *Eclog.* 10. *vers. ult. Ite domum saturæ, venit hesperus, ite capellæ.* Sed cæteris animalibus, ne vagentur eo, quo non oportet, solet addi pastor. tum vero est actus, non iter.

Vidimus iter. quis actus? Ulpianus *d. l.* I. *h. t.* sic definit: *Actus est, jus agendi vel jumentum, vel vehiculum.* addit: *Itaque qui iter habet, actum non habet: qui actum habet, & iter habet etiam sine jumento.* Primum ait, *jumentum:* puto, exempli causa. nam actum esse, ubi & armenta trajicere licet, testis est Modestinus *l.* 12. *D. h. t.* Deinde ait Ulpianus *vel vehiculum.* Hotmanus legit, *non etiam vehiculum.* sed errat: nam actus vel cum vehiculo, plaustro verbi gratia, vel sine vehiculo est. illud apparet ex *d. l.* 12. *l.* 7. *D. h. t.* & *l.* 11. *D. Quemadmod. servit. amitt.* hoc ex *l.* 13. *D. de servit.* Quod sequitur apud Ulpianum *d. l.* I. *Itaque qui iter habet, actum non habet: qui actum habet, & iter habet, etiam sine jumento.* id etiam confitetur Julianus *l.* 58. *D. verb. oblig.* Nulla tamen fit in actus definitione eundi mentio. Nempe, quia iter ab actu separatum, non est de substantia actus: sicut nec iter continetur proprietate verbi, *actus.* aliud enim est iter, aliud actus *l.* 9 §. 2. *D. de novat.* quin iter sequitur actum, fere ex tacita voluntate paciscentium, qui volentes actum quo plus continetur, iter quod minus est, noluisse, intelligi non debent *l.* 21. *l.* 110. *D. de reg. jur.* nisi hoc egisse manifeste appareat. Eo sensu dicit Ulpianus *l.* 4. §. I. *D. Si servit. vindic.* eum qui actum sine itinere habet, actione de servitute uti. plane, si quæratur de itinere ad agendum necessario, sine hoc actus numquam esse potest: & de tali itinere accipi solet Paulus *l.* I. *D. de adim. legat.* Putemus igitur, cui actus debetur, ei vel iter separatum, nisi exceptum sit, deberi tacite.

Nunc viam consideremus. id meretur res obscura & difficilis. Eam sic definit Ulpianus *l.* I. *D. h. t. Via est, jus eundi & agendi & ambulandi. nam & iter & actum via in se continet.* An recte? est quod metuas. nam sic inter viam & actum nihil interest; etsi eas servitutes Ulpianus manifeste distinguat. at nec potest negari; quod ut actus ab agendo, sic via a vehendo, dicitur. Varro *lib.* 4. *De ling. Latin. pag.* 7. *Ut quo agebant actus, sic qua vehebant, viæ dictæ.* Et *lib.* I. *De re rustica c.* 3. *A quo rustici etiam nunc quoque viam veham appellant.* Ubi tamen vehiculum in definitione viæ apud Ulpianum? nusquam. proinde visum quibusdam, Ulpiano in *d. l.* I. pro verbo, *eundi*, reponere, *vehundi:* ut via sit jus vehundi, agendi, eundi atque ambulandi. Alii observant, Florentiæ exhiberi a Taurellio, *Nam & iter & actum & se via continet.* Et perinde accipiendam lectionem putant, ac si diceret Ulpianus, viæ appellatione non solum comprehendi quod ei sit commune cum itinere & actu; sed etiam quod ei maxime proprium sit, id est, vehiculum. Interea constans est cæterorum Codicum lectio: *Via est, jus eundi & agendi, & ambulandi. nam & iter & actum via in se continet.* Atque hanc lectionem etiam Græci retinent in *Basilic. lib.* 58. *tit.* 3. *tom.* 6. *pag.* 769. nec inde abhorret Celsus *l.* 6. §. I. *D. Quemadm. serv. amitt.* & *l.* 9. *D. de servitutibus:* verbis, *ire agere*, utroque in loco omnem viæ potestatem describens. Eodem sensu Paulus *l.* 2. *D. Quemadm. servit. amitt. Qui*, inquit, *iter & actum habet:* pro, qui viam habet. Et in *l.* 9. *D. Si servit. vindic. Si eo loco per quem mihi iter debetur, tu ædificaveris, possum intendere, jus mihi esse ire agere.* Paulus *iter* dicit; sed scripsit, *Si eo loco per quem mihi iter actus debetur:* nam de via ei sermo est in sequentibus manifestus; & de ea par expressio: nec alia in hac Inscriptione ex Corpore J. Gruteri V. Cl. *pag.* 201. *Inscr.* 3.

PER. HANC
VIAM. FUNDO
C. MARCI. C. L
PHILERONIS
ITER. ACTUS
DEBETUR

Volvimur circa definitionem Ulpiani: & ipse in *d. l.* 13. §. I. *D. de acceptilat. Si*, inquit, *iter & actus accepto fuerit latus: consequens erit dicere, liberatum eum qui viam promisit.* Ulpianus indicat, quia via conficitur ex duobus, id est, ex itinere & actu: ideo promissa via, promissorem, si ei accepto feratur iter & actus, a viæ promissione liberari. Hæc me, ne ausim a recepta abire scriptura, retinent solius curiosum sensus. huc autem redit: quod via in se comprehendit omnia, itineri atque actui qualicumque ratione convenientia. ita fuerit viæ & actus differentia: quod via neque sine vehiculo, esse potest. at actui sine itinere, etiam sine vehiculo, esse licet. illud, quia is qui it, non utique agit: hoc, quia jumentum ducens, non minus agit, quam agens vehiculum. porro actus definitio altero contenta est actu aut jumenti aut vehiculi: via indefinite dicitur jus agendi: adeo non stat intra jumenti actum: quin omnem agendi facultatem etiam vehiculi desiderat *l.* 4. *D. de servitutibus.* amplius admittit jus trahendi tignum & lapidem. addo, cum it, jus ferendi hastam rectam, modo fructus non lædat *l.* 7. *D. h. t.* ea vero cum neque in itinere, neque in actu, insint: tandem liquet, viam ab itinere & actu separari: nec eo minus verbis, *ire & agere*, absolvi: dum ea in via liberam, plenam, atque omnimodam inveniant eundi & agendi facultatem, quam vim in itinere & actu non habent. Mea opinione apud Ulpianum huc eunt sequentia verba:

ba: *Via est jus eundi & agendi & ambulandi. nam & iter & actum via in se continet.* Et est sensus: quidquid est itineris aut actus ullo modo, nullo excepto, hoc via consummatur. Illud non omittam, in *l.* 23. *D. b. t.* laborare hæc Pauli verba: *Via constitui vel latior octo pedibus, vel angustior, potest, ut tamen eam latitudinem habeat, qua vehiculum ire potest: alioquin iter erit, non via.* Sic editur: sed est lacuna, sic integranda: *alioquin iter vel actus erit, non via.* Nempe latitudo actus si non sit demonstrata, est ista ab arbitro statuenda qua animal quadrupes ire potest. In via aliud juris est: non enim dicta latitudine, debetur legitima *l.* 13. §. 2. *D. b. t.* habens ex Lege Duodecim Tabularum in porrectum pedes octo: in anfractum, id est, ubi flexum est, sedecim *l.* 8. *d. t.* potest tamen latior, etiam angustior, constitui: modo vehiculum illa ire possit. sane Pomponius *l.* 13. *D. de servitutibus* sic ait: *Si tam angusti loci demonstratione facta, via concessa fuerit; ut neque vehiculum, neque jumentum ea inire possit: iter magis quam via aut actus adquisitus videbitur. sed si jumentum ea deduci poterit, non etiam vehiculum; actus videbitur adquisitus.* Est & alia, præter hæc, differentia inter actum & viam, notata a Paulo *l.* 7. *D. b. t.* ad quam D. Cujacius *lib* 22. *Observ. c.* 35.

Ex quatuor servitutibus rusticis ab Ulpiano *l.* 1. *b. t.* enumeratis, superest aquæductus: isque definitur ibi, jus aquæ ducendæ per fundum alienum. quo modo? aut forma structili, aut plumbeis fistulis, aut canalibus ligneis, aut fictilibus tubis. sic Palladius *lib.* 9. *De re rustica. c.* 11. ad aquam vero quod attinet: ait Ulpianus, solam duci perennem: talemque esse quæ a capite ducitur, non aliunde: & hujus tantum aquæ servitutem civili jure constitui. addit, caput esse, unde aqua nascitur: si ex fonte, ipsum fontem: si ex flumine vel lacu, prima incilia, vel principia fossarum quibus aquæ ex flumine vel ex lacu solent in primum rivum communem pelli. plane, si sudoribus manando in aliquem primum locum effluere atque ibi apparere aqua incipit, ejus hoc caput dici, ubi primum emergit. Sic Ulpianus *l.* 1. §. 5. 7. & 8. *D. de aqua quotid.* eique accedit Paulus *l.* 9. *D. b. t.* verum addit, hodie ex quocumque loco constitui solere. *Hodie* autem esse post Rescriptum Antonini ad Tullianum, intelligitur ex Ulpiano *l.* 2. *D. Commun. præd.* estque illi exemplum in aqua per rotam tollenda ex flumine; vel si castello, id est, receptaculo aquarum, imponatur servitus: qua de re ad sequentem Titulum. Hæc de definitione aquæductus. pauca sequuntur de causa. Ea ab initio una fuit rigandi agri siccanei, quatenus ei erat opus; non ultra. adeo non potuit aqua duci ad quem personæ usum commoditatemve, ut pecoris causa, vel amœnitatis, in prædia rustica vel urbana: nec magis potuit ducta cum alio communicari prædio, aut alio prædii loco, quam cui adquisitus esset aquæductus. fundamentum regulæ erat: quod aquæductus non putabatur esse jus sive qualitas ipsius domini, sed prædii, ideoque extra prædium, ejusque necessitatem, non intelligi. Is rigor placuit ab initio. At invalescente paulatim cultiore vita, an luxuria, deinde inductum fuit adversus veteres regulas, ut aqua duci posset non tantum rigandi agri causa, sed etiam ob domini ipsius commoditates alias, ut est pecoris causa, vel amœnitatis, cum in rustica, tum in urbana prædia. Sic accipiendum: quod in *l.* 3. & *l.* 1. §. 11. *D. de aqua quotidiana* dicitur, *Hoc jure utimur:* nam ejus verbi vis est, Sic post multas variationes, tandem obtinuisse adversus juris regulam. Non minus obtinuit, ut aquæductus loco certo aut fundo certo adquisitus, cum alio loco aut fundo quam cui constitutus sit, communicari posset: si præsertim fieret sine damno servientis prædii, aut si in constituenda servitute sic placuisset pactis aut stipulationibus: alterum, quod servanda crederetur fides pacti: alterum, quod non videretur jus invidiosum postulare: volens sibi prodesse, cum non nocet alteri. Sed hæc, aliaque, ut sunt elegantia & nondum pervulgata, diligentissime a me exposita *lib.* 1. *Probabilium c.* 2. & 3 hic pro repetitis haberi cupio.

Tenes servitutes rusticorum prædiorum, ab Ulpiano in *l.* 1. *pr. D. b. t.* enumeratas. Nunc accipe cæteras, mox in §. 1. subjectas. Verba Ulpiani sunt: *In rusticis computanda sunt, aquæ haustus, pecoris ad aquam appulsus, jus pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.* Visæ igitur Ulpiano etiam hæ servitutes rusticæ fuere: at non ab initio ex regulis juris: sed postquam ampliatis rebus privatis, & mutatis civitatis moribus, sic usui placuit. Nec dubito, quin in §. 2. *Inst. de servit. præd.* huc eat hoc Justiniani: *Inter rusticorum prædiorum servitutes quidam computari recte putant aquæ haustum, pecoris ad aquam appulsum, jus pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.* Ita est: illa & similia de quibus in *l.* 3. 4. 5. & 6. *b. t.* jure civili aliquando non fuere pro servitutibus rusticis. Movebat, quantum conjicio, quod ad agriculturam illa proprie non putabantur pertinere: etsi possent aliquam personæ domini adferre utilitatem. Verum adversus hanc subtilitatem prævaluit tandem sententia existimantium, a domino percepta ejus generis commoditate, non suo, sed fundi nomine, non idcirco separanda a servitutibus rusticorum prædiorum esse ea jura: quemadmodum ubi haberi possint, a bono rustico negligi ideo non oportere, quod ad agriculturam proprie non pertineant, bene & sapienter observat Varro *lib.* 1. *de re rustica c.* 4.

De singulis videamus. primum Ulpiani exemplum in *d. l.* 1. §. 1. venit aquæ haustus: estque is jus hauriendæ vicinæ aquæ ad usum fundi vel familiæ rusticæ. Unde? possit quæri: quia de procuranda villæ aqua necessaria hæc est Varronis deliberatio *d. lib.* 1. *c.* 14. *In villa ædificanda hoc potissimum, ut intra septa villæ habeat aquam, si non quam proxime. primum quæ ibi sit nata, secundum, quæ influat perennis. si omnino aqua non est viva, cisternæ faciundæ sub tectis, & lacus sub dio, ex altero loco ut homines, ex altero ut pecus uti possit.* Sic Varro. Sed quid Jureconsultis placuit? aquæ haustum concedi ex vicino fonte vel puteo: in quibus est aqua viva & perennis: sicut causam servitutis fundi perpetuam esse, illi civili jure voluere *l.* 1. §. 6. & 7. *D. de aqua quotid.* An ex cisterna quoque? negat Ulpianus *l.* 1. §. 4. *D. de fonte:* addita ratione; quod cisterna non habet perpetuam causam, nec vivam aquam: sed cisternæ imbribus concipiuntur. idem esse ait Ulpianus; si lacus, piscina, puteus, vivam aquam non habeat. præterea observat Ulpianus *l.* 3. §. 3. *b. t.* quod ne ex flumine publico quidem, licet viva & perennis sit ejus aqua, aquæ haustus conceditur: scilicet, quia hæc est communis omnium jure naturali. ad flumen igitur solum cedi ait iter: & si quis tantum haustum cesserit, nihil agi. Hoc in flumine publico. in privato autem fonte censet, etiam eum qui haustum habet, intelligi, iter ad hauriendum habere: proinde, sive cessum ei sit jus hauriendi & adeundi, utrumque habiturum: sive tantum hauriendi, inesse & aditum: sive tantum adeundi ad fontem, inesse & haustum. Sic Ulpianus *d. l.* 3. §. 3. cum eoque conjungendum hoc ex *l.* 5. (est enim ex eodem Ulpiani libro ex quo *d. l.* 3.) *Ergo secundum eum* (Neratium) *etiam vindicari poterit.* Id vidit Jacobus Labittus V. Cl. *de usu indicis*

cap.

cap. 3. §. 1. Ego hoc plus addam, idem in *l.* 4. §. 6. *D. Si servit. vindic.* significari his Ulpiani verbis: *Sed & de haustu, quia servitus est, competunt nobis in rem actiones.* sensus: In rem actiones etiam de aquæ haustu nunc competere: quia ut olim dubitaretur, an aquæ haustus esset prædii servitus: tamen hodie prædii servitus habetur: pro eaque vindicanda in rem actiones certo jure competunt.

Tantum de primo Ulpiani exemplo in *l.* 1. §. 1. *h. t.* Quod alterum? pecoris ad aquam appulsus: est & tertium, jus pascendi. atque utrumque ait in rusticis computandum esse, licet initio fuerit aliter. id eo verius: quia illas rusticas esse servitutes, etiam a Paulo traditum *l.* 6. §. 1. *h. t.* Non minus hoc probat *l.* 3. Ulpianus: sed usus testimonio Neratii: quo non esset opus, si juris regulis deberetur. Verba Ulpiani sunt: *Item sic possunt servitutes imponi, & ut boves per quos fundus colitur, in vicino agro pascantur, quam servitutem poni posse, Neratius lib.* 2. *Membranarum scribit.* Superioribus adhuc addam sequens Papiniani responsum ex *l.* 4. *h. t. Pecoris pascendi servitutes, item ad aquam appellendi, si prædii fructus maxime in pecore consistat, prædii magis, quam personæ videtur.* Addit Papinianus: *Si tamen testator personam demonstrat cui servitutem præstari voluit, emptori vel heredi non eadem præstabitur servitus.* Est igitur jus pascui, item pecoris ad aquam appulsus jure Pandectarum servitus rustici prædii, si dominus eo jure prædii sui nomine utatur. alioquin personæ. sed de hoc in sequentibus plura.

Postrema rusticarum servitutum exempla in §. 1. *d. l.* 1. *h. t.* sunt, jura calcis coquendæ & arenæ fodiendæ. Paulus *l.* 6. §. 1. addit jus lapidis eximendi, ædificandi ejus gratia quod in fundo sit. Rursus ait Ulpianus *l.* 3. §. 1. ut fructus in vicina villa exportentur, coactique habeantur, & pedamenta ad vineam ex vicini prædio sumantur servitutem constitui posse. plus ait *d. l.* 3. §. 2. posse te vicino, cujus lapidicinæ fundo tuo immineant, cedere, ei jus esse, terram, rudus, saxa, jacere, & ut in tuo lapides provolvantur, ibique positi habeantur, indeque exportentur. Insuper ait Ulpianus *l.* 5. §. 1. constitui servitutem cretæ eximendæ: veluti (quod est exemplum Pauli *d. l.* 6.) si quis figulinas haberet in quibus vasa fierent, quibus fructus ejus fundi exportarentur: aut ut dolia fiant, vel tegulæ [vel] ad villam ædificandam *l.* 6. *h. t.* Non tamen hæc concedit in infinitum: sed dumtaxat, quatenus ad eum fundum opus sit *d. l.* 5. §. 1. Verissime: si aliter non convenerit. Quid si hoc fit? Jam video metui: ne magis ususfructus, quam prædii servitus, sit; præeunte, ut creditur, Paulo in *d. l.* 6. Etsi non desunt quoque: qui tantum personalem hac in specie obligationem esse, existiment. Verum ego calculum meum nec his, nec illis, adjeci umquam: arbitratus, Paulum certa uti distinctione: utrum jura illa a persona percipiantur ejus, an prædii, contemplatione: & priore casu personæ, posteriore prædii, servitutem appellare. Nec tamen dissimulem, mihi confusa & turbulenta apparere Pauli verba, mutato eorum ordine ab Architectis juris: definitionem *d. l.* 5. §. 1. per exemplum adjuturis ex *d. l.* 6. Quid, si præterea suspicor, Paulum ante versum, *Quid ergo*, in §. 1. *d. l.* 6. aliquas attigisse species, non ad fundi necessitatem, sed ad augendos ejus reditus, præstandamve quam personæ commoditatem, pertinentes? Mitto verba: res loquitur, absque his foret, parum cohæsurum cum superioribus quod in sequentibus a Paulo dicitur de jure tugurii in alieno habendi. hoc enim nihil confert ad supplendam fundi necessitatem quam exigere creditur Paulus: tantum spectat ad evitandam aëris injuriam; id est, tantum ad procurandam personæ commoditatem. Non differam te: id vel sequentia ostendunt Varronis verba ex *lib.* 2. *De re rustica c.* 17. *Qui autem sunt in saltibus & silvestribus locis pascunt, & non villa, sed casis repentinos imbres vitant.* Sic Varro. etiam Isidorus *lib.* 14. *Origin. c.* 12. *p.* 1202. Verba: *Tugurium casula est, quam faciunt sibi custodes vinearum ad tegimen sui, quasi tegurium, sive propter ardorem solis & radios declinandos, sive ut inde homines vel bestiolas, quæ insidiari solent natis fructibus, abigant. Hanc rustici capannam vocant: quod unum tantum capiat.* Ita sentio; & licebit mihi, Paulum retentis prope iisdem verbis in *d. l.* 6. *pr.* & §. 1. sibi hoc modo restituere: *Item longe recedit ab usufructu jus calcis coquendæ & lapidis eximendi & arenæ fodiendæ ædificandi ejus gratia quod in fundo est: item silvæ cæduæ, ut pedamenta in vineas non desint: item cretæ eximendæ, veluti si figulinas haberet in quibus ea vasa fierent, quibus fructus ejus fundi exportarentur; sicut in quibusdam fit, ut amphoris vinum evebatur, aut, ut dolia fiant, vel tegulæ [vel] ad villam ædificandam. Sed si ut vasa venirent, figulinæ exercerentur, ususfructus erit. Quid ergo, si prædiorum meliorem causam hæc faciant? Non est dubitandum, quin servitutis sit. Et hoc [&] Mæcianus probat: in tantum, ut & talem servitutem constitui posse putet, Ut tugurium mihi habere liceret in tuo, scilicet, si habeam pascui servitutem, aut pecoris appellendi, ut si hiems ingruerit, habeam, quo me recipiam.* Sic Paulum restitui jam olim *lib.* 1. *Probabilium c.* 3. nec adhuc piget. Sensus; In omnibus his speciebus magis videri domini commoda, quam prædiorum necessitatem, contineri: nec eo minus appellari prædiorum servitutes, quoties ad domini personam veniunt: non ipsius, sed prædii nomine: eo quod augentia prædii reditum pretiumque, faciunt meliorem ejus conditionem. cæterum, si quis habeat jus talia in vicini fundo faciendi, magis personæ suæ; quam prædii, contemplatione; hæc non deberi ei vi servitutis prædii, sed personalis servitutis. Sic Paulus, atque eo certius: quia tale jus personæ datum ejus causa, in *l.* 4. *D. de servit. præd. rustic.* servitus appellatur: & quidem usus, si subsistat intra personæ necessitatem *l.* 37. *D. eod. tit.* ususfructus vero, si ad compendium porrigatur *d. l.* 6. *pr. h. t.* quod si liqueat, aut testatorem aut contrahentes noluisse, hujusmodi jura vel prædii vel personæ servitute æstimari: non jam prædium convenietur confessoria in rem actione; sed heres aut promissor saltem actione in personam convenietur. Ne deessent exempla, curavi olim *d. c.* 3 *Probabilium lib.* 1. Nunc elegans hoc addo ex testamento Meconii, quod est in Corpore Gruteri, V. CL. *pag.* 215. *Inscript.* 2. hisce verbis: HOC. AMPLIUS. AB. HEREDIBUS. MEIS. VOLO. PRAESTARI. REIPUBLICAE. PETILINORUM. ET. A. REP. PETILINORUM. CORPORI. AUGUSTALIUM. EX. PRAEDIS. CAETERIS. MEIS. PALUM. DICARE. OMNIBUS. ANNIS. SUFFICIENS. PEDATURAE. VINEAE. QUAM. AUGUSTALIBUS. LEGAVI. formula hæc legati damnationis.

Ad intelligendum igitur in proposito juris progressum, quem ubique investigari & nosci interest Jurisprudentiæ, superior profuit observatio: sed non minus opportuna erit sequens. Audiamus. Hoc & superiore Titulo urbanas servitutes distinxi a rusticis; & suas utrique generi species adsignavi. Nunc dissimulare, neque volo, neque debeo, quas urbanas dixi, a Veteribus aliquando rusticas appellari, & quas rusticas nominavi, aliquando urbanis annumerari: eamque confusionem Interpreti-

bus claris & eruditis esse gravem: quia Artem nostram contemplantur, tamquam una hora de cœlo delapsam more imbris. id nollem factum; nec esse verum, alias serio monui. in præsentia quoque juvabit, contra ire; & putare, non tantum definitas initio regulis juris servitutes fuisse certas, & usum hominum deinde plures addidisse: sed plerasque insuper, moribus sic volentibus, a sua natura abiisse; & quæ ab initio dumtaxat rusticæ fuere, temporis progressu etiam urbanas esse cœpisse: & contra, quæ initio urbanæ saltem fuere, paulatim etiam ad rusticas inclinasse. Tantum valet usus! auctis, ut fit, rebus humanis, aut mutatis per luxuriam civitatis moribus. Cedo exemplum. en, evidens in itinere & actu. has servitutes ab Ulpiano rusticas dici in *l.* 1. *D. de servit. præd. rustic.* ut ob rustica prædia sunt comparatæ, nemo nescit. obtinuisse tamen, ut iter & actus etiam ad domum concedi posset, liquet ex *l.* 20. §. 1. *D. de servit. præd. urban. l.* 7. §. 1. *& l.* 14. *D. Commun. præd.* cœpisse igitur urbani quoque prædii esse servitutes, ne dubitemus *l.* 1. *d. t.* Simile est animadvertere in aquæductu. is est inventus in usum prædii rustici, & quidem rigandi causa tantum. alium finem ejus origo non invenit. ita proprie rusticam esse servitutem, verissime definit Ulpianus *l.* 1. *D. de servit. præd. rustic.* Sed fac, agi; ut non ad rigandum, verum pecoris causa, vel amœnitatis, aqua ducatur, puta, quod luxuria excogitavit, ut in domo sint aquæ salientes, vel flumina per cubicula fluentia. aliquando fuit dubitatum, non modo qualis esset servitus; sed etiam, an esset aliqua. non sine ratione: nam aquæductum sic alio produxit conventio, quam ad quod regulis juris fuit comparatus. Pomponius tamen *l.* 3. & Ulpianus *l.* 1. §. 11. *D. de aqua quotid.* hoc, inquiunt, jure utimur, id est, post multas tandem variationes obtinuit adversus regulas juris; ut vel sic valeat aquæductus. consequenter igitur, an etiam urbani prædii jam sit, ne quæramus *d. l.* 1. *D. Commun. præd.* Poteram his exemplis transfiguratæ servitutis naturæ esse contentus. non displicebit tamen sequens Pauli ex *l.* 12. *D. d. t. Cum fundus fundo servit, vendito quoque fundo servitutes sequuntur. Ædificia quoque fundis, & fundi ædificiis eadem conditione serviunt.* Aliquisne post hunc locum præ se ferat servitutibus vel urbanis vel rusticis eamdem semper inhæsisse formam quam initio acceperunt. at Paulus testatur, humanos usus, rebus sic exigentibus, modo veterem retinuisse, modo aliam indidisse. Ne Neratio quidem aliud sedit in verbis sequentibus *l.* 2. *D. de servit. præd. rustic.* quæ sunt ex ejus libro 4. Regularum. *Rusticorum prædiorum servitutes sunt, licere altius tollere, & officere prætorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum, vel prætorium, vel protectum habere licere.* Desinant igitur mirari Viri Docti, a Neratio rusticas appellari servitutes quæ alibi urbanæ dicuntur. Contra putent, ut jam cœpi dicere: vel Neratio fuisse negotium, juris progressum distinguere ab ejus origine sive regulam a sequuta consuetudine. mihi sic videtur; & ut sensus Neratio constet aptus & verus, placet hic, (quod alias pluribus observavi *lib. sing. Ad Edict. De pact. c.* 3.) omissam subaudire voculam, *etiam*: quasi dicatur, Etiam rusticorum prædiorum servitutes sunt; vel, etiam rusticorum prædiorum servitutes esse possunt; vel, quamvis regula juris ab initio non fecerit rusticas servitutes: tamen moribus receptum est, ut etiam rusticæ esse possint, licere altius tollere, & officere prætorio vicini, vel cloacam. & reliqua. Forte alius pro me hic quoque adduceret Ulpianum *l.* 11. §. 1. *D. de Publ. in rem act.* Sed non sinam mihi hoc officium fieri: arbitratus, Ulpiani verba ab imperito Interprete esse inquinata adjectis verbis spuriis, verissime se meo indicio detecturis. Ab omnibus sic eduntur. *Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur. Itemque servitutibus urbanorum prædiorum per traditionem constitutis, vel per patientiam; forte si per domum quis suam passus est aquæductum transduci; item rusticorum; nam & hic traditionem & patientiam tuendam constat.* Alium moveant verba, *forte si per domum quis suam passus est aquæductum transduci.* Sed quo spectant, quid volunt? tu, si potes, doce. mihi videntur vacare: imo esse plena erroris. Ulpianus scripsit: *Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur. Itemque servitutibus urbanorum prædiorum per traditionem constitutis, vel per patientiam; item rusticorum; nam & hic traditionem & patientiam tuendam constat.* Sic est integer & clarus sensus; exemplo non est opus. falsum non desideres. sed hoc jam ostendi sub Titulo, *De Public. in rem act.*

TITULUS IV.

Communia prædiorum tam urbanorum, quam rusticorum.

Superioribus Titulis separatim consideravi servitutes urbanorum & rusticorum prædiorum. hoc communia prædiorum aggrediar. primum erit, quod utraque servitus duo desiderat prædia: unum dominans, alterum serviens: nam utraque, ut supra dictum, est jus prædii, seu prædium qualiter se habens, ut bonitas, salubritas, amplitudo. *l.* 86. *D. de verb. signif.* eaque qualitas sine substantia cui inhæreat, cogitari non potest. aperte Ulpianus *l.* 1. §. 1. *h. t. Ideo hæ servitutes prædiorum appellantur, quoniam sine prædiis constitui non possunt.* Sed ut prædii servitus sit, non est satis, duo esse prædia: præterea oportet vicina esse; sive sint rustica *l.* 5. §. 1. *D. de servit. præd. rustic.* sive urbana. Viciniam tamen eam non tam suadeam prædiorum contiguitate æstimari, quam opportunitate utendi servitute. nam vicina etiam sunt quæ intermedium habeant prædium aut montem: quo non impediatur usus servitutis. alioquin neque vicina dicuntur prædia, neque potest illis adquiri aut imponi servitus *l.* 7. §. *ult. l.* 31. *D. de servit. præd. rustic.* Idem est, si ædes meæ a tuis tantum distent, ut prospici non possint, aut medius mons earum conspectum auferat. adeo nemo potest servitutem propriis ædibus imponere: nisi & is qui cedit, & is cui ceditur, in conspectu habeant ea ædificia, ita ut officere alterum alteri possit *l.* 38. *& l.* 39. *D. de servit. præd. urb.* Sed in proposito hoc pluribus ab Ulpiano & Paulo traditum *l.* 4. §. 8. *l.* 5. *& l.* 6. *D. Si servit. vindic.* nec est, quod te nunc moretur: quando generaliter vana atque inania contemnit non modo recta ratio, sed etiam Ars nostra: tantum de servanda sua cuique utilitate sollicita. Optime Phædrus, *lib.* 3. *fab.* 17. *Nisi utile est quod facimus, stulta est gloria.* Et in proposito Pomponius *l.* 15. *D. de servitut. Quotiens nec hominum, nec prædiorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet: veluti, ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas. & ideo, si mihi concedas, jus tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur. aliter atque si concedas mihi, jus tibi non esse, in fundo tuo aquam quærere minuendæ aquæ meæ gratia.* Ut igitur prædii servitus sit, oportet duo esse prædia, atque ipsa vicina: quia servitus dominanti uti-

utilis esse debet. Intelligo. at cui? utrum soli prædio, an ejus domino quoque? movet hinc, quod prædium est domini. contra, quod servitus est non qualitas seu jus domini, sed jus seu qualitas prædii. ita non servit personæ domini, sed prædio *l.* 20. §. *ult. de servit. præd. rustic.* ac si quando ad dominum refertur; non fit contemplatione ejus personæ, sed ejus prædii. Igitur obtinuit, omnem honorem, vim, utilitatem prædialis servitutis fine, modo & necessitate prædii solius terminari: ad domini autem commoditatem, fructum, amœnitatem, minime porrigi: cum appareat, extra prædium esse. Me interprete, sic primum fuit regulis juris definitum: Populo rustico & severo, nec deliciis valde indulgente. Sed ubi luxuria invaluit, & laxatus fuit vetus rigor: deinde alio jure uti cœpit politior, an corruptior, Populus. nec dubito, quin inde prædii servitus, etsi non posset ad domini commoditatem, amœnitatemve, regulis juris constitui: constituta tamen servaretur; modo a domino non personæ suæ, sed prædii, jure perciperetur: quasi huic inhærens perpetuo, utique id pretiosius, ideoque melius efficeret. Omnia me fallunt, aut hæc plenissime probavi jam in superioribus, & præsertim *lib.* I. *Probabilium c.* 2. & 3. multis locis impeditissimis meo more expositis. saltem nunc pro cumulo addam, etiam hinc lumen accipere hoc Labeonis *l.* 19. *D. de servitutibus. Ei fundo quem quis vendat, servitutem imponi, etsi non utilis sit, posse existimo: veluti, si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit: quædam enim habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt.* Labeo non attingit ductiones aquarum, ad rigandos agros siccaneos vetere more atque instituto pertinentium; sed in fundis aut ædibus magnificis salientium, aut per singula cubicula fluentium: ad quas pertinet quoque *l.* 3. *l.* I. §. XI. *D. de aqua quotid.* Harum nulla erat ratio, præterquam elegantiæ, patrimonia perdentis. talem aquam, etsi non expediat, nihilominus duci finit Labeo: præfatus, quod (ut tum erant mores publici) quædam habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt. Tantum potest luxuria! ex cujus usu similes delicias etiam in usufructu placuisse, refert Marcianus *l.* 41. §. I. *D. de usufructu.* & ipse pluribus probavi *d. lib.* I. *Probabilium c.* 2. & 3. & *lib.* I. *De usufructu c.* 12.

Est & alia hic extricanda dubitatio, utrum præsens esse debeat illa qua de agimus utilitas; an futura sufficiat? Aliquis putet, prius Labeoni, posterius Paulo, sedere *l. ult. D. Si servit. vindic.* est enim hæc ex Labeonis lib. I. Pithanon a Paulo epitomatorum: & prima sunt Labeonis verba: *Si qua aqua nondum apparet, ejus iter ductus constitui non potest.* his mox sequens hæc subjicitur Pauli Nota: *Imo puto, idcirco id falsum esse; quia cedi potest, ut aquam quæreres, & inventam ducere liceret.* Quid dicimus? Labeonem a Paulo non damnari; etsi a Labeone dictum, prima facie verum esse neget. non enim ita est; nec quis hoc certius ipso testetur Paulo. Atqui ille *l.* 10. *D. de servit. præd. rustic.* hoc loquentem ore facit Labeonem: *Labeo ait, talem servitutem constitui posse.* qualem? *Ut aquam quærere, & inventam ducere liceat.* Cur ita? subjicit: *Nam si liceat nondum ædificato ædificio servitutem constituere: quare non æque liceat, nondum inventa aqua eandem constituere servitutem? & si ut quærere liceat, cedere possumus; etiam ut inventa ducatur, cedi potest.* Sic apparet, eumdem hac in parte fuisse Pauli & Labeonis sensum: illam vero Pauli locutionem in *d. l. ult. Imo puto, idcirco id falsum esse*, magis ad juvandum, quam ad refutandum Labeonem, pertinere. estque hujusmodi loquendi forma non ita pridem etiam aliis in locis a me observata *lib. De form. emendand. dol. mal. c.* 2. *ad fin.* Similis est igitur, ut hoc addam, utriusque intellectus, qui est Pomponii in his verbis *l.* 23. §. I. *D. de servit. præd. urb.* satis obscurus: *Futuro quoque ædificio quod nondum est, vel imponi vel adquiri servitus potest.* Pomponii sermo est improprius: intelligendus de pactione & stipulatione: qua promitti futuro ædificio possit servitus. de jure servitutis, ipsi prædio inhæsura ex quasi traditione, non debet accipi. Ita est: non vult Pomponius, servitutem futuro prædio adquiri aut constitui traditione, priusquam ex ea capiatur utilitas: sed interim stipulatione aut pactione promitti. estque effectus ejus rei insignis: quod, si fundus interea alienetur; stipulatio evanescit: utique secundum eos qui vel ea quæ ab initio recte constiterunt, resolvi putant: cum in eum inciderunt casum, unde non potuissent consistere *l.* 98. *D. de verb. oblig.*

Igitur prædii servitus (redeat enim eo, unde incepit interpretatio) duo desiderat prædia, alterum dominans, alterum serviens, & utrumque vicinum: nempe quo alterum alteri utile esse possit. at ne id quidem sufficit: nisi ea servitus a dominis utriusque prædii constituatur. rationem non arcessam: Ulpiano *l.* I. §. I. *b. t.* sic finiente: *Nemo enim potest servitutem adquirere vel urbani vel rustici prædii, nisi qui habet prædium.* Sic Florentiæ editur. sed quid vetat, addi: *Nec quisquam debere; nisi qui habet prædium.* Hunc articulum res poscit; & agnoscit vulgata editio; etiam Theophilus ad §. 3. *Inst. de servit. præd.* Eo vero modo constat Ulpiano ratio in *l.* 13. *D. b. t.* neganti, servitutem imponi mari: nam si solus prædii dominus habet jus imponendæ servitutis: quomodo potest mari, natura patenti omnibus, id est, non habenti dominum, servitus privata lege, id est, privata ullius pactione, imponi? at non minus vere observat Ulpianus, si venditor fundi Geroniani fundo Botroniano quem retinebat, legem dederit, Ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur: adhuc convenire bonæ fidei, inter contrahentes, eorumque heredes custodiri legem contractus: non quidem confessoria in rem actione; (quia in proposito non est servitus) sed actione in personam ex stipulatu aut ex vendito. Atqui aliquis, mare, inquiet, est omnium commune. Sed curiose animadvertit Ulpianus, hoc velle, licere unicuique mari, si velit, uti, permittente natura: sed neminem eo uti, si nolit, invitum cogi: ideoque nec prohiberi quemquam, cum ei videtur, suo juri renunciare.

Igitur potest suo quisque prædio aut imponere aut adquirere servitutem: alieno non potest: ne pro parte quidem; quippe cum individua servitus sit *pr.* & §. I. *l.* 6. *b. t.* Hoc in tantum; ut Ulpianus *l.* 2. *D. de servitutibus* neget, unum ex dominis communium ædium servitutem imponere posse. plane *d. l.* 6. §. 2. ait, Si duo homines binas ædes communes habeamus, simul tradendo idem efficere posse, ac si ego solus proprias binas ædes haberem: sed & si separatim tradiderimus, idem fieri: sic tamen, ut novissima traditio efficiat etiam præcedentem traditionem efficacem. Sic ille subtili jure. sed benignius Celsus *l.* II. *D. de servit. præd. rustic.* ubi vide.

Oportet igitur eum quem volumus prædio servitutem imponere aut adquirere, prædii quidem esse dominum, & in solidum. nec tamen opus, eum dominum esse omni jure: dum sit dominus omni modo. Exemplum in possessore bonæ fidei: qui non est dominus jure civili, verum jure prætorio pro domino habetur, & quidem omni modo.

do. ideoque prædio bona fide possesso, & adquirit, & imponit, servitutem a Prætore servandam Publiciana in rem actione *l.* 11. §. 1. *D. de Public. in rem act.* Simile exemplum in superficiario. nam ne hic quidem jure civili est dominus superficiei; sed a Prætore pro domino habetur: data utili in rem actione, causa cognita *l.* 73. §. 1. *& l.* 74. *D. de rei vindic.* Igitur vel ille si superficiei imposuerit servitutem: rationis est, ipsam ad exemplum earum quæ ipso jure sustinentur, peti utilibus actionibus *l.* 1. §. 9. *D. de superficieb.* Ita ad imponendam adquirendamve servitutem non est opus, eam ab eo qui sit omni jure dominus, constitui: solum oportet eum esse dominum omni modo. fuitque id diligentius tractandum, propter prædium in quo unus nudam habet proprietatem, alius usumfructum: quæsito jam a multis seculis, possitne nudæ proprietatis dominus servitutem suo prædio imponere aut adquirere, invito aut consentiente fructuario? Quæstioni causam præbuere *l.* 15. §. *ult. l.* 16. *&* 17. *D. de usufructu.* item *l.* 2. *D. Si ususfructus petetur.* Sed vacationem faciet mihi diligentia: qua eam *lib.* 1. *De usufructu c.* XV. expedivi, servata scriptura *d. l.* 15. §. *ult.* quæ visa plerisque corrupta; cum sit integra.

Est & illa (ut ad alia veniam) pervulgata regula, omnes prædiorum servitutes debere perpetuam habere causam *l.* 23. §. 1. *D. de servit. præd. rustic. l.* 28. *D. de serv. præd. urb. l.* 1. §. 5. *D. de aqua quotid.* videlicet, quia creditum est, inhæsuram prædio servitutem ad alterius prædii utilitatem, esse ejus naturæ, quamdiu erit, aptam oportere. Causam talem Veteres vocarunt id cujus gratia servitus constituitur. est talis in aquæductu aqua: in stillicidio aqua pluvia: & sic in cæteris. tantum addam, quod cum est naturalis aqua, eam Veteres perpetuam dicunt *d. l.* 28. sive perennis sit aqua, ut fontis, *l.* 1. §. 4. *D. de fonte*, ut fluminis aut putei *l.* 1. § 5. *&* 6. *D. de aqua quotid.* sive non sit, ut in stillicidio *d. l.* 28. Idem putant; si quid manu fiat cujus gratia prædium dominans habeatur. sit pro exemplo in taberna casearia jus fumi immittendi *l.* 8. §. 5. *D. Si servit. vindic.* nam manu fit is fumus, atque ut serviat tabernæ caseariæ: etiam potest, quamdiu illa perseverat, manu fieri. credita igitur est perpetua ejus causa. usus clarior fiet, demonstrato more Veterum, fumo adjuvantium saporem caseorum: quem morem ex Plinio *lib.* 11. *Nat. hist. c.* 42. & Martiali *Xeniis* reduxit Vir CL. Barnabas Brissonius *lib.* 4. *Select. antiq. c.* 15. Quod si nihil tale sit: non putatur esse perpetua causa, ideoque nec servitus. Observatum hoc a Paulo *d. l.* 28. circa foramen pavimenti proluendi gratia in imo pariete conclavis aut triclinii: id est, in ima parte parietis: ut *extrema cera* ab Asconio Pediano *in Orat. Ciceronis in Verr. De Prætur. urb. pag.* 95. exponitur, *ultima parte tabulæ.* In tali foramine negatur aqua proluendi pavimenti gratia habere causam naturalem, & idcirco perpetuam: quia nec prædium, nec pars prædii ejus causa est: si præsertim nihil aquæ ex cœlo veniat eum in locum. Idem censet Paulus *l.* 28. in lacu & stagno: nisi perpetuus sit lacus, habens aquam vivam *l.* 23. §. 1. *D. de servit. præd. rustic.* id est, ut Cujacius *lib.* XI. *Observ. c.* 3. exponit, naturalis. nam ex aqua mortua ac collectitia & facile exarescente non solet aquæductus concedi *d. l.* 28. Simile in cisterna *l.* 1. §. 4. *D. de fonte:* nam & ista, habens aquam mortuam, non præbet aquæ haustum: licet in eam veniat ex cœlo aqua: puto, quod non hæc aqua, sed locus, præbet servitutem: nam hic cisterna dicitur; ejus vero aqua mortua non est perpetuo idonea ad præstandum aquæ haustum. Fuit & hoc quæsitum, an ex castello, id est, ex receptaculo aquarum, aut in aqua ex privato flumine tollenda per rotam, de qua Vitruvius *lib.* 10. *c.* 9. possit aquæductus constitui? non placuit subtili jure: eo quod illa aqua non venit naturaliter; sed opere manu facto: quod opus non est perpetuum. Contra tamen obtinuit Rescripto Antonini *l.* 2. *D. h. t.* in proposito non tam considerantis opus castelli aut rotæ, quam aquam ipsam, & quidem vivam, ex castello ductam, aut rota ex flumine haustam. inde Paulus *l.* 9. *D. de servit. præd. rustic. Servitus*, inquit, *aquæ ducendæ vel hauriendæ, nisi ex capite vel ex fonte constitui non potest: hodie tamen* (id est, post Rescriptum Antonini) *ex quocumque loco constitui solet.*

Præter hæc omnia ait Pomponius *l.* 15. §. 1. *D. de servitutibus*, hoc esse commune omnium servitutum: quod earum non ea natura est, ut aliquid faciat quis (veluti viridia tollat, aut amœniorem prospectum præstet, aut in hoc, ut in suo pingat) sed ut aliquid patiatur aut non faciat. Una (ut monui *Titulo* 2. *hujus libri, & lib. sing. Ad Edict. de pact. c.* 19. *pag.* 539.) exceptio in servitute oneris ferendi ex auctoritate Servii Sulpicii, ad consequentiam non trahenda. Nisi Paulus *l.* 2. §. 4. *D. de aqua & aquæ pluviæ arc. act.* sic infit. *Apud Atejum vero relatum est, eam fossam ex qua ad inferiorem fundum aqua descendit, cogendum esse vicinum purgare, sive extet fossæ memoria, sive non extet: quod & ipse puto probandum.* Quid Paulus? ait, vicinum cogi, fossam purgare. Sed noli, vicinum accipere eum qui servitutem debet; sed eum cui debeatur servitus. nam hic, quia in ejus fundo non est fossa, est fossæ vicinus. contra ille in cujus fundo est fossa, non est fossæ vicinus, sed fossæ dominus: ut bene animadvertit D. Connanus *lib.* 4. *Com. jur. c.* 7. *n.* 9. Non mutat, quod item Paulus in *d. l.* 2. §. 7. ait, *reficias:* eoque ei qui servitutem debet, onus reficiendæ fossæ injungit. Nam jam olim sensit Accursius, id verbum, *reficias*, sumi pro *refici permittas.* Scio: improbat Connanus: & pro *reficias* scribit, *reficiatur.* Sed mihi placet Accursii sententia: quando apud Paulum *d. l.* 2. §. 1. sic legitur: *Dicit igitur Labeo, aquæ pluviæ arcendæ cum inferiore agi posse, ut aut ipse purgaret, aut te pateretur in pristinum statum eam redigere.* Deinde convenienter Paulo Ulpianus *l.* 1. §. *ult. D. eod. tit. Non ergo*, inquit, *cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in ejus agro muniemus: eritque ea quasi servitus.* Postremo novum non est, aliquem dici facere, qui est in causa, ut fiat. non adfero ejus locutionis exempla: allata jam supra ad *Tit. De recept.*

Potius dicam, inter cætera utriusque prædii communia etiam numerari modos servitutes constituendi. sunt vero duo: domini voluntas, & Judicis sententia. hæc locum habet in judiciis divisoriis, quale est familiæ ercifcundæ, verbi gratia *l.* 22. §. 3. *D. Famil. ercisc.* in aliis, præter hæc, non obtinet *l.* 8. §. 4. *D. Si servit. vindic.* illa constat partim legato, partim pactionibus & stipulationibus §. *ult. Inst. de servit. præd.* sicut & in usufructu observatum ex Gajo est *l.* 5. *D. de servitut.* hisce verbis: *Via, iter, actus, ductus aquæ, iisdem fere modis constituitur quibus & usumfructum constitui diximus.* Verbum, *fere*, nescio an sit Triboniani, ab eo adjectum ex jure novo; quo placuit, usumfructum etiam lege constitui. quod Gajo fuit incognitum. illi in omni servitute, cum prædiorum, tum personarum, tantum duo innotuerunt eam constituendi modi quos dixi. Occurrit tamen & tertius, natura. Sed hic non est communis omnium, verum proprius aquæ: in qua (quod Ulpianus observat) inferiora loca semper ser-

serviunt superioribus in eo, ut aquam natura profluentem excipiant *l.* 1. §. 22. *D. de aq. & aq. pluv. arc. act.*

Esse hoc inferiorum incommodum, fatetur Ulpianus: sed addit, compensari rursus cum alio commodo: quod omnis pinguitudo terræ ad eam decurrit: sicut ad ea defluit aqua *d. l.* 1. §. 23. plane convenienter huic Columellæ *lib.* 2. *De re rustica c.* 18. *Macriora loca & utique celsiora stercorentur. nam editior clivus præbet etiam subjectis alimentum, cum superveniens imber, aut manu rivus perductus, succum stercoris in inferiorem partem secum trahit, atque ideo fere prudentes agricolæ etiam in aratis collem magis, quam vallem stercorant, quoniam, ut dixi, pluviæ semper omnem pinguiorem materiam in ima deducunt.*

Titulus V.

Si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur.

Duæ sunt Rubricæ partes: una est, *Si servitus vindicetur*, qua designatur actio confessoria: altera pars est, *vel ad alium pertinere negetur*, & complexa actionem negatoriam. de utraque Ulpianus *l.* 2. *D. h. t.* illam concedens ei qui servitutes sibi competere contendit. hanc domino qui negat. Pertinet igitur & hic Titulus ad communia prædiorum, tam urbanorum, quam rusticorum: siquidem servitutis appellatione in præsentia servitus rerum, id est, utriusque prædii rustici & urbani intelligitur. Sed quia de utraque actione ex professo egi *lib.* 2. *De usufructu c.* 14. suffecerit, hic indicasse locum, unde peti possit quod expectatur.

Titulus VI.

Quemadmodum servitutes amittuntur.

Ex his quæ communia sunt utriusque prædii, adhuc restant modi quibus servitutes constitutæ amittantur. Talis est interitus alterutrius prædii, sive dominantis, sive servientis *l.* 24. §. 1. *D. Quib. mod. usufr. amitt.* non obscura ratione. nam cum servitutes sint jura prædiorum, ut in loco dictum; apparet, eas sublatis prædiis quibus inhæreant, non superesse. Similis modus tollendæ servitutis est confusio. Hanc autem fieri ait Gajus *l.* 1. *h. t.* si idem utriusque prædii cœperit esse dominus. nimirum, quia servitus est jus in re aliena; numquam in re propria *l.* 10. *D. Commun. præd.* Estque hoc adeo verum, ut Paulus *l.* 30. *D. de servit. urb. præd.* scribat, si quis ædes quæ suis ædibus servirent, cum emisset, traditas accepit, confusam sublatamque servitutem esse, & si rursus vendere vult, nominatim imponendam servitutem esse, alioquin liberas venire. Præterea tollitur servitus, si dominus prædii dominantis vicino remittat servitutem prædio suo debitam *l.* 14. §. 1. *D. de servitutib.* Nec miremur, domini voluntate amitti domini voluntate adquisitam: cum sit sui quisque juris arbiter & moderator. Atqui servitus nuda voluntate sine traditione non constituitur *l. ult. D. de servitutib.* ita est: sed si dominus prædii servitutem sua voluntate remittit, ejus possessionem sua voluntate amittit *l.* 3. §. 6. *D. de adq. possess.* nec est causa, cur non videatur libertatem servientis prædii ejus domino genere quodam traditionis restituere. Superioribus addendum est, quod sublato jure constituentis servitutem, etiam sublata intelligitur servitus ab eo constituta: certo, neminem posse plus juris in alium transferre, quam ipse habeat *l.* 54. *D. de reg. jur. l.* 31. *D. de pignor. & hypoth.* Exemplum *l.* 11. §. 1. *D. h. t.* in qua Marcellus, Heres, inquit, cum legatus esset fundus sub conditione, imposuit ei servitutes: extinguentur, si conditio extiterit. Et observanda hæc ejus adjectio: videamus, an adquisitæ sequantur legatarium? & magis dicendum est, ut sequantur. puto, quod nemo alterius conditionem deteriorem facere potest: meliorem facere potest. Adfertur & alius modus tollendæ servitutis, temporis aut conditionis eventus, non quidem ipso jure, sed ope exceptionis. ita tradit Papinianus *l.* 4. *D. de servitutib.* videlicet, quod tempus non est modus introducendæ aut finiendæ obligationis jure civili *l.* 44. *D. de oblig. & act.* quamquam nescio, an id mutatum sit post decretum Papiniani in *l.* 40. *D. de reb. cred.* de quo vide quæ scripsi plane singularia *lib. sing. Ad Edict. De pact. & transact. c.* XII.

Insuper tollitur servitus, si quis ea non fuerit usus intra biennium: auctore Paulo *lib.* 1. *Sent. tit.* 17. §. 2. maxime, si id quod habet servitus, cotidianum est: quia tum una est servitus. secus, si conveniat, ut æstate tantum, aut uno mense, verbi gratia, ducatur aqua: tunc enim duplicato demum constituto tempore amittitur *l.* 7. *h. t.* Hæc sic obtinuerunt usque ad Imperatorem Justinianum. inde mutata *l.* 13. *C. de servitutib.* pro biennio substitutis annis decem inter præsentes, viginti inter absentes. Vidimus, quanto tempore servitus non utendo amittatur. videamus, quid sit servitute uti aut non uti. placet autem, eam retineri usu, cum ipse cui debetur, ea utitur, quive in possessione ejus est, aut mercenarius, aut hospes, aut medicus, quive ad visitandum dominum venit, vel colonus, aut fructuarius, licet suo nomine. denique quicumque quasi debita via usus sit, sive ad fundum nostrum facit, sive ex fundo, licet malæ fidei possessor sit, retineri servitutem *l.* 20. 21. 22. 23. & 24. *l.* 5. *h. t.* qui potest? placet Celso *l.* 6. *d. t.* satis esse, fundi nomine esse itum. proinde non improbo hoc Pauli *l. ult. h. t.* Servitute usus non videtur, nisi qui suo jure uti se credidit, ideoque si quis pro via publica, vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum, nec actio utiliter competit. idemque traditum *l.* 1. §. 6. *l. ult. D. de itin. act. priv.* Similiter si quis fuerit alia usus aqua, quam de qua in imponenda servitute actum est; perinde amittit servitutem, ac si ea non esset usus *l.* 10. §. 1. *l.* 11. *D. h. t.* ac secundum has exponendam esse *l.* 18. *d. t.* jam observavi *lib.* 2. *De usufructu c.* 9. Superioribus consequens est, quod apud Pomponium ait Labeo *l.* 17. *d. t.* si is qui haustum habet, per tempus quo servitus amittitur, ierit ad fontem, nec aquam hauserit, iter quoque eum amisisse. Plane si fons ex quo habeo ductum aquæ, exaruerit, isque post constitutum tempus ad suas venas redierit, æquitatis fuerit, restitui æquæductum interim amissum *l.* 34. §. 1. & *l.* 35. *D. de servit. præd. rustic.* Illud quale, quod in *l.* 4. *h. t.* Paulus, *Iter*, inquit, *ad sepulchrum non utendo numquam amittitur.* Dic, quæso, ejus quæ ratio, quod firmamentum? an iter ad sepulchrum, exemplo sepulchri, est religiosum? at idem Paulus *l.* 14. §. 1. *D. de ser-*

servitutib. contra ait, servitutem itineris ad sepulchrum privati juris manere. Si vere; ut non oportet dubitari: cur vult, iter ad sepulchrum non utendo non amitti: cum cæteræ servitutes, ut sunt privati juris, non utendo omnes amittantur? Sed ubi sepulchrum ipsum est religiosum, ideoque non utendo non amittitur: rationis fuit; ne iter quoque ad sepulchrum non utendo amitti debeat. Mea opinione, sic est creditum, animadverso, usum sepulchri, sine itinere ad sepulchrum, esse nullum. Non magis prætermittam, quod a Gajo annotatum *l. 6. D. de servit. præd. urb.* jura urbanorum prædiorum, similiter ut rusticorum, certo tempore non utendo perire: nisi quod hæc ei videtur esse dissimilitudo; quod non omnino pereunt non utendo: sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat. Hoc vero quo modo fiat, non adscribo: quia ibidem traditum deinde a Gajo: ut & ab Harmenopulo *lib. 2. tit. 4.*

Extinguuntur ergo his modis jura utriusque prædii. An etiam morte, aut capitis deminutione? Gajus negat *l. 3. D. h. t.* idcirco quod ita vulgo est traditum: & recte. nam ut prædii dominus aut moriatur, aut capite deminuatur: prædio tamen cujus est servitus, neque mors, neque capitis deminutio, accidit.

LIBER NONUS.

TITULUS I.

Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.

ACTIONES in rem de quibus actum hactenus, excipiunt hic actiones noxales: quia ut sint personales, sunt tamen in rem scriptæ; eoque in rem actiones quodammodo imitantur. Esse porro actiones noxales partim Legibus constitutas, partim Edicto Prætoris, Justinianus autumat §. 4. *Inst. de noxalib. act.* Prima occurrit actio Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. ea originem debet Legi Duodecim Tabularum. inde transiit in Edictum: nomenque ex primis ejus verbis sortita. Summam Legis recitat Ulpianus *l. 1. h. t.* Edicti hanc ipse confingo. *Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, noxiam sarciri, noxæve dedi jubebo.* Ratio Edicti est: ne dominus, propter animalis sui pauperiem, ultra ejus æstimationem oneretur.

Nunc quando locus sit huic actioni, consideremus. Prætor sic expedit: *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.* Hæc verba indicat Rubrica, ex primis Edicti verbis desumpta. Quadrupes autem (interprete Isidoro *lib. 12. Origin. c. 1.*) est generale vocabulum, complectens & bestias & pecudes, cætera quoque ab utrisque distincta, ut cervos, damas, onagros. Igitur sequentibus verbi latitudinem, ait Ulpianus *l. 1. §. 2.* hanc actionem pertinere ad omnes quadrupedes. nec tamen negat, ex Prætoris sententia restringi ad mansuetas pecudes, non assuetas nocere, nisi ab externa moveantur causa. accedit, quod hæ sunt domini; sive custodia coërceantur; sive ex ea sint egressæ. non ita est in feris bestiis. id conjicio ex conjunctione *d. §. 2.* cum *§. 10. l. 1.* cujus talia verba sunt. *In bestiis autem propter naturalem feritatem hæc actio locum non habet, & ideo si ursus fugit, & sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri: quia desinit dominus esse. & ideo & si eum occidi, meum corpus est.* Obscuram Ulpiani disputationem facit sermonis brevitas. sed vult; quod hæc actio cessat in bestiis feris, urso, verbi gratia. Quam ob causam? *propter naturalem feritatem.* Hæc causa duo continet: unum est, quod ursus sæviens naturali, sive, ut Imperator in *pr. Inst. h. t.* loquitur, genitali, feritate, non magis pauperiem facit, quam injuriam; suo usus ingenio, id est, naturæ suæ jure ac motu. alterum est, quod ursus, propter naturalem feritatem, nisi custodia coërcetur, est nullius; & ideo si fugit, ac sic nocuit, non est qui de pauperie conveniatur. nam qui dominus fuit ursi custodiæ inclusi, de custodia delapsi dominus esse desiit, amissa possessione. estque argumentum; quod si eum occidi, jam meum corpus est. Hæc Ulpiani sententia non est aliena a sequentibus Justiniani verbis *d. pr. Inst. h. t. Hæc actio in iis quæ contra naturam moventur, locum habet. cæterum si genitalis sit feritas, actio cessat. denique si ursus fugerit a domino, & sic nocuerit, non potest quondam dominus conveniri; quia desiit dominus esse, ubi fera evasit.* Illud non silendum: quod Ædilitio Edicto postea fuit prohibitum, ne quis canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi haberet, qua vulgo iter fit; & si adversus ea erit factum, nocitumque libero homini esse dicetur: placuit, quod bonum & æquum Judici videbitur, tanti dominum condemnari: cæterarum rerum, quantum damni datum sit, dupli. Inde usu obtinuit, (& notandus juris progressus) etiam hac in specie, si adhuc in potestate sit fera bestia, dari utilem actionem; etsi cesset actio directa: & ita accipe §. 1. *Inst. h. t.* item, quod de cane dicitur in *l. 2. §. 1. D. d. t.* nam canis non pecudi, sed bestiis, annumeratur *l. 2. §. 2. D. Ad Leg. Aquil.* verba *d. l. 2. §. 1. h. t.* apposui: *Si quis aliquem evitans, Magistratum forte, in taberna proxima se immisisset: ibique a cane feroce læsus esset: non posse agi canis nomine, quidam putant: at si solutus esset, contra.* Sensus, Si quis canem ferocem in taberna vel domo sua habet vinctum, ab eoque læsus sit qui se in domum vel tabernam immiserit, de via concedens Magistratui, cessare actionem utilem; aliter ac si in via publica eum habeat vinctum aut solutum; nam tum eam non cessare *l. 40. & seq. D. de Ædilit. Edict.* Pertinet igitur hæc actio ad quadrupedes: nam de his loquutus tantum fuit Prætor: sed similitudo rationis fecit, ut etiam ad alias porrigeretur ex Edicti sententia *l. 4. D. h. t.*

Porro ait Prætor: *Pauperiem fecisse dicetur.* Est autem pauperies (ut Ulpianus definit *l. 1. §. 3. h. t.*) damnum sine injuria facientis datum. cum ait, sine injuria facientis: & addit, Nec enim potest animal injuria fecisse quod sensu caret: sensus appellatione intelligit rationem. quomodo *sine sensu* accipitur apud Horatium *lib. 1. Sat. 4. vers. 77.* apud Justinum *lib. 34. c. 2.* est, *Sensu hominis carere*, etiam dicitur *sensus communis* inter alios apud Senecam *Epist. 5.* & Juvenalem *Sat. 8. vers. 73.* Itaque simpliciter Festus, *Pauperies*, inquit, *damnum dicitur quod quadrupes facit.* Vere: sed caute accipiendum. non enim omne damnum a quadrupede datum, pauperies indistincte dicitur: verum quod ab homine factum, sub injuriam cadit. pauperies igitur proprie non est injuria: (nulla nobis cum

cum bruto ſocietate rationis & juris) ſed injuriam imitatur: eoque ſenſu infra *noxia* appellatur: quia veluti noxiæ ſimulachrum eſt. Inde Ulpianus *d. l.* 1. §. 7. generaliter ait, pauperiem fieri, quoties fera contra naturam mota, pauperiem dedit. & eſt exemplum, ſi nocuit laſcivia aut pavore aut feritate *pr. Inſt. & d. l.* 1. §. 4. *D. h. t.* Quid, ſi genitali feritate utatur? contra dicendum eſt, non feciſſe pauperiem: quippe uſam jure naturæ ſuæ. fac: quæ exempla occurrunt in *d. l.* 1. §. 7. equus dolone concitatus, calce petiit. paſſim editur *dolore.* male, ſcribendum, *dolone:* & eſt ſimilis error in *l.* 52. §. 1. *D. Ad Leg. Aquil.* notatus a Budæo, V. Cl. *Annot. priorib. p.* 222. dolonem interpretante flagellum intra cujus virgam latet pugio ἀπὸ τοῦ δόλου, id eſt, a fallendo, quod decipiat ferro, cum habeat ſpeciem ligni. quid Ulpianus? ait, ceſſare hanc actionem: quia equus non dedit damnum contra naturam ſuam, ſed provocatus, & jure naturæ ſuæ ſe defendens. Simile exemplum eſt in §. 11. *d. l.* 1. ecce: duo arietes vel boves commiſerunt. committere (ut bene animadvertit Budæus *pag.* 219.) Latinis, atque ipſi Ulpiano *l.* 7. §. 4. *D. Ad Leg. Aquil.* eſt, ad contentionem & concertationem exhibere: ſed hic ſumitur pro pugnare. nove & vetuſte; ut erudite obſervavit Caſaubonus ad Suetonium *Octav. c.* 89. Duo igitur arietes vel boves commiſerunt, ſeu pugnarunt. unus occidit alterum. an occiſi domino competit actio de pauperie? Q. Mucius apud Ulpianum *d. l.* 1. §. 11. diſtinxit, utrum aggreſſor occiderit provocatum; an contra provocatus occiderit aggreſſorem. priore caſu ait, pauperiem eſſe; poſteriore non æque: arbitratus, etiam convenire naturæ cæterorum animalium, ſe adverſus vim defendere. Eſt & alterius generis exemplum in *d.* §. 7. Aliquis equum permulſit vel palpatus eſt. is equus eum percuſſit calce. an eſt locus actioni Si quadrupes? ait Ulpianus, contraria ratione. Quid, ſi quadrupes damnum dederit propter infirmitatem aut culpam rectoris? hic ceſſabit actio: quia non eſt quadrupedis, ſed rectoris, culpa. certe quadrupes non eſt mota contra naturam *d. l.* 1. § 4. & 5. Idem dicendum, ſi depaſta ſit alienum agrum: quia depaſtio ei permittitur naturæ inſtinctu. ita depaſci eſt, uti: non eſt, damnum aut pauperiem dare *l.* 30. §. 2. *D. Ad Leg. Aquil.* ideoque Lege Duodecim Tabularum conſtituta eſt ſpecialis actio de paſtu pecoris *l.* 14. §. 3. *D. de præſcript. verb.* Eſt igitur huic actioni locus; ſi quadrupes pauperiem fecerit. Nec refert; utrum eam corpore ſuo dederit, an concitata ab alia quadrupede, aut per aliam rem, a ſe motam. ſimpliciter enim ait Prætor, ſi quadrupes pauperiem feciſſe dicatur *d. l.* 1. §. 8. & 9.

Sequitur in Edicto, *Noxiam ſarciri, noxæve dedi jubebo.* Hæc verba indicant, hanc actionem ad hoc dari, ut noxia ſarciatur; niſi dominus malit dedere animal noxium. Noxiam autem Ulpianus *d. l.* 1. §. 1. interpretatur ipſum delictum: quamquam bruti animalis quod ratione caret, proprie non ſit delictum. ſed noxiam cum ait Prætor, intelligit tamquam noxiam. quomodo Seneca *lib.* 5. *De benefic. c.* 13. *Quædam*, inquit, *etiamſi vera non ſint, propter ſimilitudinem eodem vocabulo comprehenſa ſunt. ſic pyxidem & argenteam & auream diximus. ſic illiteratum non ex toto rudem, ſed ad literas altiores non perductum. ſic qui male veſtitum & pannoſum vidit, nudum ſe vidiſſe dicit.* Porro *ſarcire* eſt, damnum ſolvere vel præſtare. Feſtus: *Sarcito in* XII *Servius Sulpicius ait ſignificare damdum ſolvito præſtato.* Ulpianus *l.* 1. *h. t.* exponit, Æſtimationem noxiæ offerre. At Prætor non præciſe jubet, noxiam ſarcire: ſed addit, noxamve dedi. ſic concepi Edictum: ut in *l.* 1. *D. de his qui effud. vel dejec. l.* 1. §. *pen. D. h. t.* §. 1. *Inſt. de offic. judic.* Non tamen intercedam malenti, in Edicto reſtituere, Noxæve dedi: ut in *l.* 5. §. 6. *D. de his qui effud. vel dejec.* Quidquid erit: illud certum eſt, pauperie a quadrupede facta, aut damni æſtimationem offerri, aut animal quod nocuit, dedi oportere. alterum ſufficit: nempe, quia Lex Duodecim Tabularum ita ſcripta eſt. hanc rationem dat Juſtinianus *pr. Inſt. h. t.* Nec contemnenda obſervatio Ulpiani *l.* 6. §. 1. *D. de re judic.* in noxalibus actionibus æſtimationem in condemnatione eſſe; noxæ deditionem in ſolutione, beneficio Legis. Plane, ſi animal deceſſerit ante litem conteſtatam; ait Ulpianus *l.* 1. §. 13. *D. h. t.* extinctam eſſe actionem: puto, quia dominus id deinde non habet in poteſtate, ut dedat. ita noxæ dedere eſt, animal tradere vivum *d. l.* 1. §. 14. quod ſi mortuum traditur, non animal traditur, ſed cadaver; id eſt, aliud, quam quod pauperiem fecit. Eſt tamen caſus in quo dominus non in hoc convenitur, ut noxæ dedat: ſed in ſolidum. eſt is: ſi in jure interrogatus, an ſua quadrupes eſſet; reſponderit, non eſſe ſuam. nam ſi conſtiterit, eſſe ejus: in ſolidum condemnabitur, propter mendacium *d. l.* 1. §. 15. Simile evenit; ſi poſt litem conteſtatam animal ſit ab alio occiſum: nam tum ut domino competit Legis Aquiliæ actio; ſic in judicio habebitur ratio Legis Aquiliæ: utique dominus amiſit noxæ dedendæ facultatem. offeret ergo ex judicio propoſito litis æſtimationem: niſi paratus fuerit, actionem mandare adverſus eum qui occidit *d. l.* 1. §. 16. Igitur, ut eo redeam, datur hæc actio, vel ut damnum ſarciatur, vel ut animal noxale dedatur. Inde quæſitum *l.* 3. *h. t.* an etiam poſſit agi liberarum perſonarum nomine: forte ſi quadrupes vulneraverit patremfamilias aut filiumfamilias? fuiſſe olim videntur qui negarent. ſed Gajus *l.* 3. *d. t.* ait, jam non dubitari, quin ex hac Lege poſſit etiam liberarum perſonarum nomine agi. ſcilicet, ut non habeatur ratio deformitatis: (cum liberum corpus non recipiat æſtimationem) ſed impenſarum in curationem factarum, & operarum amiſſarum, quaſque amiſſurus quis eſſet, inutilis factus.

Sequens locus eſt, cui hæc detur actio. puto autem, dari ei cui nocitum ſit: nam ejus intereſt. talis vero eſt dominus procul dubio *l.* 2. *h. t.* quid, ſi non ſit dominus? etiam ei competit, ſi ejus intereſt. ſic ei cui res commodata eſt, datur; item fulloni: quia eo quod tenentur, damnum pati videntur. In Lege Aquilia aliud obſervatum *l.* 11. §. 9. *D. Ad Leg. Aquil.* & differentiam tradidi *lib. ſing. Ad Leg. Aquil. c.* XI.

Dixi, cui detur actio Si quadrupes. quæris, adverſus quem detur? hunc non deſignat Prætor: tantum ait, *Noxiam ſarciri, noxamve dedi jubebo.* ea vero verba ſunt in rem, id eſt, generaliter, ſcripta. putemus igitur, hanc actionem dari adverſus dominum, id animal in ſua poteſtate habentem: verum ſi deſierit habere, noxam caput ſequi, darique actionem adverſus dominum: non cujus quadrupes, cum noceret, fuerit; ſed cujus nunc eſt *d. l.* 1. §. 12. *D. h. t.* An etiam datur adverſus heredes cæteroſque ſucceſſores? ait Ulpianus dari *d. l.* 1. §. *ult.* at non jure ſucceſſionis, ſed eo jure quo ſunt domini. idemque in cæteris noxalibus actionibus obſervat *l. pen.* § *ult. D. de noxal. act.* Sic: ſi quadrupes ſit unius. quid, ſi plurium ſit communis? adverſus ſingulos erit in ſolidum actio: ſicut in homine *d. l.* 1. §. 14.

TITULUS II.

Ad Legem Aquiliam.

Altera noxalis actio quæ fit Legibus constituta, a Justiniano §. 4. *Inst. de noxal. act.* Legi Aquiliæ imputatur: quæ locuta fuit de damno injuria dato. ad hanc respicit præsens Titulus, antehac a me expositus speciali libro.

TITULUS III.

De his qui effuderint vel dejecerint.

Non tantum legibus constitutæ fuere noxales actiones, sed a Prætore quoque. & est talis sub hoc Titulo hæc, De his qui effuderint vel dejecerint. Edicti verba in *l.* 1. talia sunt. *Unde in eum locum, quo volgo iter fiet, vel in quo consistetur, dejectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum qui ibi habitaverit, in duplum judicium dabo. Si eo ictu homo liber perisse dicetur, quinquaginta aureorum judicium dabo. Si vivet, nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem æquum Judici videbitur, eum cum quo agetur, condemnari, tanti judicium dabo. Si servus insciente domino fecisse dicetur, in judicio adjiciam, aut noxam dedere.* Ulpianus *l.* 1. §. 1. laudaturus more suo Edictum, summa, inquit, cum utilitate id Prætorem edixisse, nemo est, qui neget: & præfatur, publice utile esse, sine metu & periculo per itinera commeari. Ego addam, fuisse hoc eo magis necessarium: quod plebs Romana magna ex parte habitabat in cœnaculis: (id est; in superioribus ædium locis; nam ea cœnacula appellantur, & ædibus ac domibus opponuntur: ut ostendi *lib.* 1. *De usufructu c.* 13.) ex his porro cœnaculis quia plurima in viam publicam dejiciebantur & effundebantur: vix poterat sine periculo, qua vulgo iter erat, transiri. id res loquitur; & observat Juvenalis *Sat.* 3. *vers.* 268. & *seqq.* intererit, vidisse locum. ejus verba sunt.

Quod spatium tectis sublimibus, unde cerebrum
Testa ferit, quoties rimosa & curta fenestris
Vasa cadunt, quantum percusso pondere signent
Et lædant silicem. possis ignavus haberi,
Et subiti casus improvidus, ad cœnam si
Intestatus eas. adeo tot fata, quot illa
Nocte patent vigiles, te prætereunte, fenestræ.
Ergo optes, votumque feras miserabile tecum,
Ut sint contentæ patulas defundere pelveis.

Igitur bonum factum Prætoris: hoc Edicto viis per quas vulgo iter fit, procurantis securitatem, proposita in factum actione, cum directa, tum noxali, adversus inhabitantem: qui ut ipse non deliquerit, tamen quasi deliquisse credebatur: non prospiciens, nec cavens, ut oportebat *l.* 6. §. 2. *D. h. t.* ne ex suo cœnaculo a libero aut servo, dejiceretur, aut effunderetur, quo aliis noceretur. quare est hæc actio in factum in personam non proprie ex maleficio, sed quasi ex maleficio: ut observatum a Gajo *l.* 5. §. 5. *D. de oblig. & act.*

Nunc quando locum habeat illa actio, videamus. prima huc ducunt Edicti verba: *Unde in eum locum quo volgo iter fiet, vel in quo consistetur, dejectum vel effusum quid erit.* Hæc verba sunt generalia: nec tantum ad civitates & vicos, sed & ad vias, per quas vulgo iter fit, pertinent. *l.* 6. *D. h. t.* Parvi quoque interesse debet; utrum publicus locus sit, an privatus: dummodo per eum vulgo iter fiat. quia iter facientibus prospicitur, non publicis viis studetur. semper enim ea loca per quæ vulgo iter solet fieri, eamdem securitatem habere debent. Unde & si aliquando vulgus in ea via non commeabat, & tunc dejectum quid vel effusum, cum adhuc secreta loca essent, modo cœpit commeari, non debet hoc Edicto teneri *d. l.* 1. § 2. *D. h. t.* Eadem ratione Labeo *l.* 6. §. 1. demum Edicto locum dabat, si interdiu dejectum sit, non nocte: nimirum, quia homines honestiores in civitatibus & vicis non solent de nocte commeare in viis publicis: magisque id est furum & grassatorum; qui Petronio *Satyric. c.* 15. & *c.* 82. aliisque idcirco etiam *nocturni* appellantur: ut ibi apparet in Notis editionis Burmanni, Viri Clarissimi, Collegæ & Amici mei. Sed ad Labeonem, (eo enim redeo) adjicit *d.* §. 2. Paulus, in quibusdam locis & noctu iter fieri. Igitur in his quoque locis si quid sit noctu dejectum effusumve, hoc Edicto coërcetur.

Ait igitur Prætor: *Unde in eum locum quo volgo iter fiet, vel in quo consistetur, dejectum vel effusum quid erit.* Et apparet, eum loqui de ædibus & cœnaculis. nam proponit actionem adversus inhabitantem. est autem inhabitatio proprie ædium *l.* 1. §. 4. *h. t.* proinde si de nave sit dejectum: de ea non sensit Prætor. Ut tamen nil interest damnum passi, utrum de ædibus cœnaculisve, an de nave sit dejectum effusumve: ita si de nave dejectum sit, & nocitum: non abs re fuerit, in eum qui navi præpositus sit, utilem actionem dari, quasi ex mente Prætoris *d. l.* 6. §. 3. *h. t.*

Porro *Dejectum effusumve* cum ait Prætor, manu dejectum aut effusum significat. sed Ulpianus *l.* 1. §. 3. *h. t.* plus putat, etiam, si quid cum suspenderetur, decidit, magis dejectum videri: idemque esse, si suspensum decidit; nam & hoc pro dejecto haberi. proinde ait, & si quid pendens effusum sit, quamvis nemo hoc effuderit, Edictum locum habere, forte data actione utili ex Edicti mente.

Dixi, quando detur a Prætore actio. sequitur ad quid detur. ait Prætor: *In duplum judicium dabo.* Duplum accipe damni dati. & observat Ulpianus, quod non adjicitur culpæ mentio vel inficiationis, ut in duplum detur actio, quamvis damni injuriæ, id est, Legis Aquiliæ utrumque exigat *l.* 1. §. 4. *D. h. t.* Competit igitur hæc actio in duplum indistincte.

Sed cui? sine dubio ei, cujus interfit, sibi non esse damnum datum. an & heredibus? ait Ulpianus *l.* 5. §. 5. & recte: quia defunctus per heredem repræsentatur in re privata.

Restat, adversus quem hæc detur actio. & ait Prætor, *judicium dabo in eum qui ibi habitaverit*, id est: (ut Ulpianus interpretatur *d. l.* 1. §. 4.) in eum qui inhabitat, cum quid dejiceretur, vel effunderetur; non in dominum ædium. & præfatur, culpam esse penes eum, id est, penes inhabitantem. Habitare autem Ulpianus *d. l.* 1. §. 9. interpretatur vel in suo vel in conducto vel gratuito. De hospite vero sic infit *d.* §. 9. hospes plane non tenebitur. clara ratione, quia non ibi habitat, sed tantisper hospitatur. quid igitur? is qui hospitium dederit, tenebitur. multum autem interest inter habitatorem & hospitem: quantum interest inter domicilium habentem & peregrinantem. Sic fere Ulpianus *d. loc.* addo Cicero, *De senectute cap. ult.* Verba: *Commorandi natura diversorium nobis, non habitandi dedit.* Similiter domum & hospitium distin-

ftinguit Ovidius *lib.* 3. *Trift. Eleg.* 12. *verf.* 53. Verba Ovidii.

Di faciant, Cæfar non hic penetrale domumque,
Hofpitium pænæ fed velit effe meæ.

Datur igitur ex Edicto actio adverfus inhabitantem: eo quod debet, ut fupra dixi, fuam fuorumque culpam præftare *l.* 6. §. 2. *D. h. t.* Facilis hæc res eft, fi unus inhabitet. Sed quid, fi plures in eodem habitent cœnaculo ex quo dejectum eft? Ulpianus *l.* 1. §. *ult.* ait, in quemvis actionem dari: & rationem hanc dat Gajus *l.* 2. quod impoffibile eft, fcire, quis dejeciffet, vel effudiffet. fenfus Gaji, quod non debuit utilitas hujus actionis probandi difficultate interverti. ac ne cui durum hoc videatur; addendum, effe prudentiæ, quoties nihil fine captione inveftigari poteft, eligere quod minimum habeat iniquitatis *l.* 200. *D. de reg. jur.* Hac igitur ratione ait Ulpianus, dandam effe hanc actionem adverfus fingulos in folidum: quamquam ita; ut, fi cum uno fit actum, cæteri liberentur *l.* 3. *b. t.* perceptione, non litis conteftatione: præftaturi partem damni focietatis judicio, vel utili actione, ei qui folvit *l.* 4. *b. t.* Hoc in præfente Edicto. aliud eft in lege Aquilia: & magna utrimque differentia quam indicavi *lib. Ad Leg. Aquil. c.* 10. Quod dixi, jus eft, fi plures in eodem cœnaculo habitent indivifim. nam fi divifo inter fe cœnaculo habitent: in eum folum qui inhabitabat eam partem, unde effufum eft, actio datur *l.* 5. *b. t.* Superioribus funt affinia quæ porro tractat Ulpianus *l.* 5. §. 1: fed nullo fenfu: nifi (quod unus fubodoratus pro fua fagacitate, eft Cujacius *lib.* 21. *Obferv. c.* 1.) variis lectionibus quibus obfidetur, ad hunc modum liberetur: *Si quis gratuitas habitationes dederit libertis & clientibus vel fuis vel uxoris: ipfum eorum nomine teneri, Trebatius ait. quod verum eft. idem erit dicendum, & fi quis amicis fuis modica hofpitiola diftribuerit. nam & fi quis cœnaculariam exercens, ipfe maximam partem cœnaculi habeat: folus tenebitur. fed fi quis cœnaculariam exercens, modicum fibi hofpitium retinuerit, refiduum pluribus locaverit: omnes tenebuntur, quafi in hoc cœnaculo habitantes, unde dejectum effufumve eft. Interdum tamen* (fic pergit in §. 2. Ulpianus) *quod fine captione actoris fiat, oportebit Prætorem æquitate motum, in eum potius dare actionem, ex cujus exedra dejectum eft, licet plures in eodem cœnaculo habitent: quod fi ex mediano cœnaculi quid dejectum fit, verius eft omnes teneri.* Quid *exedra* fit, & *medianum*, expofuit Budæus *Annotat. ad Pandect. pag.* 222. & *feq.* De exedra quoque Buchnerus ad Plinium *lib.* 10. *Epift.* 72. *p.* 705. Pergit Ulpianus §. 3. *d. l.* 5. *Si horrearius aliquid dejecerit vel effuderit, aut conductor apothecæ, vel qui in hoc duntaxat conductum locum habeat, ut ibi opus faciat, vel doceat, in factum actioni locus eft, etiam fi quis operantium dejecerit vel effuderit, vel fi quis difcentium.* Deinde fubjicitur §. 4. *Cum autem in factum actioni* (ita repofui *lib.* 1. *Probabilium c.* 10. pro, *Legis Aquiliæ actione:* ut paffim editur) *propter hoc quis condemnatus eft, merito ei, qui ob hoc, quod hofpes vel quis alius de cœnaculo dejecit, in factum dandam effe Labeo dicit adverfus dejectorem. quod verum eft. plane, fi locaverat dejectori, etiam ex locato habebit actionem.*

Deinde ait Prætor, *Si eo ictu homo liber periiffe dicetur, quinquaginta aureorum judicium dabo.* Senfum hujus verfus, fimul, quid inter eum ac fuperiorem Edicti partem interfit, tradidit Ulpianus *l.* 1. §. 5. & *l.* 5. §. 5. *D. h. t.* nec opus interpretatione: fufficit infpectio, cum intelligatur ultro.

Pergit Prætor: *Si vivet, nocitumque ei effe dicetur, quantum ob eam rem æquum Judici videbitur, eum cum quo agetur, condemnari, tanti judicium dabo.* Verba, *Si vivet nocitumque ei effe dicetur,* non pertinent ad damna, in rem hominis liberi facta; fi forte veftimenta ejus, vel quid aliud fciffum corruptumve eft: fed ea quæ in corpus ejus admittuntur *d. l.* 1. §. 6. *D. h. t.* Computat vero Judex tum mercedes Medicis præftitas cæteraque impendia in curatione facta: præterea operarum quibus caruit aut cariturus eft ob id quod inutilis factus. cicatricum autem aut deformitatis nulla fit æftimatio: quia liberum corpus nullam recipit æftimationem *l. ult. D. h. t.*

Poftremus Edicti verfus eft: *Si fervus infciente domino feciffe dicetur, in judicio adjiciam, aut noxam dedere.* Satis clare edicit Prætor, quid cenfeat, fi fervus feciffe dicatur, id eft, fi ipfe effuderit aut dejecerit, infciente domino: nam vult dominum tum teneri actione noxali. fed quid, fi habitator fit; ipfe non effuderit aut dejecerit? Ulpianus *l.* 1. §. 8. *h. t.* hic ait, poffe quæri, utrum noxalis actio danda fit, an de peculio? nam huic obftare; quia non eft ex negotio gefto: illi vero, quia non ex delicto fervi venit; neque enim recte fervi dici noxam, cum fervus nihil nocuerit? quid ergo eft? Ego puto, inquit, impunitum fervum effe non oportere: fed extra ordinem officio Judicis corrigendum. qua de re fcripfi quædam fupra ad Titulum *De jurisdictione pag.* 49.

Hæc de priore Edicti capite altero ait Prætor in *l.* 5. §. 6. *h. t. Ne quis in fuggruenda protectove, fupra eum locum, qua volgo iter fiet, inve quo confiftetur, id pofitum habeat, cujus cafus nocere cui poffit. qui adverfus ea fecerit, in eum folidorum decem in factum judicium dabo. fi fervus infciente domino feciffe dicetur,* [*aut æftimationem dari*] *aut noxæ dedi jubebo.* Hoc Edictum fuperioris portionem effe dicit Ulpianus: caufatus, confequens fuiffe, Prætorem etiam in hunc cafum profpicere: ut fi quid in his partibus ædium periculofe pofitum effet, non noceret *l.* 5. §. 7. *h. t.* Ait Prætor, *Ne quis in fuggruenda protectove.* Hæc verba, *Ne quis,* putat Ulpianus § 8 *d. l.* pertinere ad omnes vel inquilinos, vel dominos ædium: five inhabitent, five non, habent tamen aliquid expofitum his locis: id eft, his fuggruendis protectisve. quid autem fit fuggruenda protectumve, attingit Javolenus *l.* 242. §. 1. *D. de verb fignif.* plenius indicat Budæus *ad Pand. pag.* 223. & *feq.*

Pergit Prætor, *Supra eum locum qua volgo iter fieret, inve quo confiftetur, id pofitum habeat.* Ad hæc verba Ulpianus in §. 9. *d. l.* 5. fic fcribit: *Accipere debemus* pofitum, *five in habitationis, vel cœnaculi, five etiam in horrei, vel cujus alterius ædificii.* Sic Florentiæ extat. non male: fubaudito verbo, *loco,* aut fimili: ut jam annotavit Scipio Gentilis *lib.* 1. *Parerg. c.* 6. Addit Ulpianus in §. 10. pofitum habere etiam recte videri eum, qui ipfe quidem non pofuit, verum ab alio pofitum patitur. quare fi fervus pofuerit, dominus autem pofitum patiatur; dominum non noxali judicio, fed fuo nomine, teneri

Deinde ait Prætor, *Cujus cafus nocere poffet.* Ex his verbis manifeftari, inquit Ulpianus § 11. *d. l.* non omne quidquid pofitum eft, fed quidquid fic pofitum eft, ut nocere poffit, hoc folum profpicere Prætorem, ne nocere poffit. coërceri autem qui pofitum habet, five nocuit id quod pofitum erat, five non nocuit. Illud quale, quod porro in §. 12. fic fcribit Ulpianus: *Si id quod pofitum erat, deciderit & nocuerit; in eum competit actio, qui pofuit, non in eum qui habitaverit: quafi hæc actio non fufficiat; quia pofitum habuiffe non utique videtur qui pofuit, nifi vel dominus fuit ædium vel habitator.* Impeditus eft Ulpiani fenfus, an nullus; nifi reftituatur: *Si id quod pofitum erat deciderit &* no-

nocuerit, in eum competit actio qui habitaverit, non in eum qui posuit: quasi hæc actio non sufficiat. & reliqua. Sic Cujacius *lib.* 22. *Observ. c.* 32. non minus vere, quam ingeniose. Sinet tamen Doctissimus ille Vir, me rem interpretari meo more. Species: Titius habitat ædes: in quibus Sempronius, has non habitans, aliquid periculose posuit. idque apparet, quod decidit & nocuit. hæc & non alia ratio verborum, *Deciderit & nocuerit.* quia quæstio quæ ex facto movetur, non est de actione in duplum ex priore Edicti capite, propter damnum datum: sed de actione in decem aureos ex posteriore: in qua sufficit periculose positum esse, etsi neque deciderit, neque nocuerit. Sit igitur, quam dixi, species: in qua Titius habitat ædes. in quibus Sempronius, eas non habitans, aliquid periculose posuit. dubitatur: in quem detur actio in decem aureos: utrum in Sempronium qui posuit, & non inhabitat: an in Titium qui inhabitat, sed non posuit. Dubitationi causam dedere Edicti verba, *Ne quis id positum habeat;* & mox, *Qui adversus ea fecerit.* Ulpiano placet, in Titium qui inhabitat, competere actionem; non in Sempronium qui posuit: quasi hæc actio non sufficiat: id est, quasi hæc actio in Sempronium deficiat. Et est hæc bona ratio: quia Prætor hoc capite non loquitur de eo qui posuit; sed de eo qui positum habet. id vero sic interpretatur Ulpianus, quod positum habuisse non utique videtur qui posuit, nisi vel dominus fuit ædium vel habitator. Ulpianus, meo judicio, vult, verba Prætoris, *positum habere*, ex ejus mente circumspecte esse accipienda: prorsus, ut qui posuit, non videatur habere positum, nisi possit positum removere: quod tum erit demum, si sit dominus ædium, vel inquilinus sive conductor: is enim hic habitator appellatur: ut in *l.* 59. *D. de rei vindic.* & *l.* 27. *D. Locati.* Distinguit igitur Ulpianus Prætoris verba ab ejus sententia: arbitratus, eum qui posuit, etsi neque dominus sit, neque habitator, id est, inquilinus aut conductor, ex Edicti verbis teneri: quia non potest negari, eum qui posuit, quamdiu positum non aufert, positum habere. sed visum Ulpiano æquius, & menti Prætoris convenientius, eum qui posuit, non teneri; si neque dominus sit, neque habitator: quia ut posuerit, tamen non est dominus, neque habitator; non ab eo pendet, ne duret positum periculose; sed a domino aut habitatore. huic igitur, quamquam non posuit, merito imputatur; quod patitur, in ejus suggruenda protectove esse positum quod sciebat, aut scire debebat, transeunti periculosum esse, licet sit ab alio positum. Interim non opus, ipsum inhabitare, ubi positum habet, qui hoc nomine convenitur: modo conduxerit ædes *d. l.* 5. §. 8. quia utique debuit curare; ne esset positum. Aliquem forte moveat in contrarium: quod nec is qui posuit, culpa vacuus est: quia ne ponere quidem ab initio debuit transeunti periculosum futurum. Neque hoc nego. sed ex adverso considerandum: quod Prætor in hoc Edicto non vult inquiri, quis posuerit: sed quem oportuerit, quo agitur tempore, prospicere; ne haberet positum. hoc vero cujus officium est, præterquam domini aut inquilini? Illustravi meo more versum primum *d.* §. 12. *l.* 5.

Quis alter? sic sonat: *Nam & cum pictor in pergula clypeum vel tabulam expositam habuisset, eaque excidisset, & transeunti damni quid dedisset, Servius respondit, ad exemplum hujus actionis dari oportere actionem: hanc enim non competere palam esse; quia neque in suggruenda, neque in protecto tabula fuerat posita.* Vocula, *Nam*, hoc versu non est pro causali; non enim continet rationem dicti in priore: sed diversum quid ab illo tractat. ita sumenda pro præterea, vel cæterum, vel simili, habente vim incipiendi. *Pergula* vero pictoris (nam hoc quoque addam) est, ejus exedra, officina, cellula: ut sub Titulo, *De judiciis* dictum in explicatione *l.* 19 §. 2 *ibidem.* Porro *clypeus* est, picta imago, dicta a clypei, sive scuti, forma. origo & causa nominis apud Plinium *lib.* 35. *Nat. hist. c.* 3. Exposuit igitur pictor clypeum in pergula, sive ante officinam. id ex eo liquet, quod clypeus decidit, & transeunti nocuit. an datur actio ad decem aureos? quærendi causa: quod Prætor eam actionem promisit; si quid periculose positum sit in suggruenda protectove. id vero in proposito non est. palam igitur est, eam actionem non competere ex Edicti verbis. quia tamen in pergula sic positus dicitur clypeus, ut transeunti per viam publicam æque periculosus esset, ac si esset in suggruenda protectove positus; respondit Servius, ad exemplum hujus actionis, actionem dari oportere: id est, utilem ex Edicti sententia. Postremus versus *d.* §. 12. *l.* 5. sic habet: *Idem servandum respondit, & si amphora ex reticulo* (reticuli mentio in *l.* 17. §. 4. *D. de act. empt.* sed alias legitur, *resticulo*) *suspensa decidisset, & damni dedisset, quia & legitima, & honoraria actio deficit.* Sensus, in hoc casu non competere actionem directam ex Lege Aquilia, neque honorariam ex priore Edicti capite: sed dandam utilem: ut in explicatione *l.* 1. § 3 *D. h. t* tentatum supra.

In superioribus Ulpiani locis mihi explicatio successit satis ex sententia. De sequente ex §. 13. *d. l.* 5. plane despero. Verba talia sunt: *Ista autem actio popularis est, & heredi similibusque competit: in heredes autem non competit, quia pœnalis est.* Non improbo, quod ab Ulpiano popularis dicitur actio in decem aureos; si quis positum habeat in suggruenda protectove, quod delapsum, transeunti sit periculosum. non etiam improbo; quod ea actio dicitur in heredes non competere, quia est pœnalis. Una cura, quæ sit ratio verborum: *Et heredi similibusque competit.* Nam si popularis est actio in decem aureos, ut præ se fert Ulpianus: competit unicuique de populo; nec attinet quærere, an heredi competat: cum illi competat; non tamquam heredi, sed tamquam uni de populo. præit sic Ulpianus *d. l.* 5. §. 5. in expositione prioris Edicti: *Quæ autem de eo competit, quod liber periisse dicetur, intra annum dumtaxat competit: neque in heredem, sed neque heredi similibusque personis; nam est pœnalis & popularis.* Hoc si ab Ulpiano concluditur rationi & juri convenienter: an ei fas est in *d.* §. 13. dicere, *Ista actio popularis est, & heredi similibusque competit?* Non est. atque eo minus: quia hæc actio ex secundo Edicti capite competens in decem aureos, non hoc nititur jure, quod positum nocuit, sed quod possit nocere. cui igitur bono, illam in decem aureos dari heredibus ejus qui in re sua læsus non sit? Indicavi difficultatem manifestam, a Latinis Interpretibus quantum memini, non animadversam. eam sensit, & tollere conatus olim fuit Scholiastes Græcus, *Basilic. lib.* 60. *tit.* 3. *tom.* 7. *pag.* 127 *lit. P.* verbis quæ apposui ex interpretatione Fabroti. *Id est, in factum quæ in duplum competit, de qua disseruit. ad eam enim redit modo, & quod in eo themate prætermiserat, reponit. ibi enim docuit in duplum eam actionem dari: nunc docet popularem esse. Nec enim de ea loquitur quæ in decem aureos competit: quæ cum sit de damno impendenti nondum facto, qua ratione nondum læsi in re sua heredibus dari posset?* Sic ille: sed refutatur palam *d. l.* 5. §. 5. Tu cogita.

Titulus IV.

De noxalibus actionibus.

Actiones noxales quarum meminit Rubrica, Gajus *l.* 1. *h. t.* ait sic appellari, quia non ex contractu, sed ex noxa atque maleficio, servorum adversus nos instituuntur. addit, earum vim ac potestatem esse; ut si damnati fuerimus, liceat nobis deditione ipsius corporis quod deliquerit, evitare litis æstimationem. Justinianus §. 2. *Inst. d. t.* ait, summa ratione permissum esse, noxæ deditionem fungi: namque iniquum esse visum nequitiam eorum quæ erat maxima: ultra ipsorum corpora dominis esse damnosam.

Has actiones idem Princeps §. 4. *d. t.* ait esse aut Legibus, aut Edictio Prætoris constitutas: Legibus, veluti furti ex Lege Duodecim Tabularum, & damni injuriæ ex Lege Aquilia: Edicto Prætorum, veluti injuriarum, & vi bonorum raptorum. atque illæ speciales sunt. sub hoc vero Titulo nescio an Prætor generale proposuerit Edictum: cujus Caput fuerit tale. *Si servus insciente domino noxiam commisisse dicetur: eum in cujus potestate erit, quantum ob eam rem æquum bonum Judici videbitur, tantum æs dare, noxamve dedere jubebo. Si servus sciente domino fecisse dicetur, detracta noxæ deditione, judicium dabo.*

In his verbis promittit actionem noxalem Prætor; si servus noxiam commisisse dicetur. Nec tamen ignoro, eum fecisse etiam filiifamilias & filiæfamilias mentionem: nam in his quoque personis locum habuit noxalis actio. & exemplum in *l.* 33. *h. t.* aliud observat V. Cl. P. Pithœus in *tit.* 2. *Collat. Leg. Mosaic. & Rom.* §. 3. & præterea *l.* 3. §. 4. *D. de hom. lib. exhib.* Sed Justinianus §. *ult. Inst. h. t.* docet, novam hominum conversationem existimasse, hujusmodi asperitatem recte respuendam esse: ideoque placuisse, in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas: eo magis, quod apud Veteres legum commentatores sæpius inveniatur dictum, ipsos filiosfamiliarum pro suis delictis posse conveniri. Hac igitur contemplatione patere, noxalem actionem in superiore Edicti forma tantum proponi, si servus noxiam admiserit: modo eam commiserit, insciente domino. Scientia porro quid significet, ex Paulo intelligitur: qui in *l.* 4. *h. t.* sic scribit: In delictis servorum scientia domini quemadmodum accipienda est, utrum cum consilio, an & si viderit tantum, quamvis prohibere non potuerit? quid enim si ad libertatem proclamans, domino sciente faciat? aut quid si contemnat dominum? vel cum trans flumen sit servus, vidente quidem, sed invito domino, noxiam noceat? rectius itaque dicitur, scientiam ejus acccipiendam qui prohibere potest: & hoc in toto Edicto intelligendum est circa scientiæ verbum.

Habet igitur noxalis actio locum; si servus, insciente domino, noxiam commiserit. Justinianus autem §. 1. *Inst. h. t.* noxiam interpretatur ipsum maleficium: & pro exemplis ponit. veluti, si furtum fecerint, aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut injuriam commiserint. Ita probo hoc Gaji lib. 6. Ad Leg. XII. Tab. *Noxiæ appellatione omne delictum continetur l.* 238. §. *ult. D. de verb. signif.* Noxia enim est generale nomen: idque in duas discedit partes: delictum & crimen. delictum est privata noxia: crimen publicum. designat igitur noxia cum in Duodecim Tabulis, tum in Edicto, omne delictum, non omne crimen. & ita Diocletianus & Maximianus *l.* 4. *C. h. t.* etiam Ulpianus *l.* 17. §. 18. *D. de Ædil. Edict.* ad quem locum forte sub illo Titulo aliqua.

Ostenso, quando locum habeat noxalis actio; sequitur, adversus quem detur. hunc Prætor designat his verbis: *Eum in cujus potestate erit.* quid vero hoc sit, attingit Paulus *l.* 215. *D. de verb. signif.* sic scribens: cum agimus de noxæ deditione cum eo qui servum non defendit; præsentis corporis copiam facultatemque significamus. Inde Justinianus §. 5. *Inst. h. t.* Omnis, inquit, noxalis actio caput sequitur. nam si servus tuus noxam commiserit, quamdiu in tua potestate sit, tecum est actio. si autem in alterius potestatem pervenerit: cum illo incipit actio esse. at si manumissus fuerit: directo ipse tenetur, & extinguitur noxæ deditio. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit. nam si liber homo noxiam commiserit, & is servus tuus esse cœperit: (quod quibusdam casibus effici, primo libro tradidimus) incipit tecum esse noxalis actio, quæ ante directa fuisset.

Sequens locus est, cui competat noxalis actio. sed cum detur ob damnum noxia datum; ultro intelligitur, dari ei cujus interest, sibi non esse nocitum. unus excipitur dominus: nam si illi noxiam commiserit servus; nulla est noxalis actio: & est ratio: quam his verbis adfert Justinianus §. 6. *Inst. h. t.* namque inter dominum & eum qui in potestate ejus est, nulla obligatio nasci potest. ideoque hoc addit, & si in alienam potestatem servus pervenerit, aut manumissus fuerit: neque cum ipso, neque cum eo cujus nunc in potestate sit, agi potest. Unde si alienus servus noxiam tibi commiserit, & is postea in potestate tua esse cœperit, interdicitur actio: quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuit. ideoque licet exierit de tua potestate, agere non potes, quemadmodum si dominus in servum suum aliquid commiserit: nec si manumissus aut alienatus fuerit servus, ullam actionem contra dominum habere potest. Nec male Gajus *l.* 20. *D. h. t.* Qui, inquit, ex pluribus noxiis diversis temporibus experitur, ex una noxia servi dominium nanctus, nullam amplius actionem habet adversus eum qui dominus fuerat, cum actio noxalis caput sequatur. at si maluit dominus priore judicio litis æstimationem sufferre vel eidem, vel alii ex alio maleficio agenti, nihilominus tenebitur.

Reliquum est, ad quid detur noxalis actio. id Prætor ostendit his verbis: *Quantum ob eam rem æquum bonum judici videbitur, tantum æs dare, noxamve dedere jubebo.* Hæc clausula quia infinitis locis adstruitur, quin in Edicto fuerit, dubitari non oportet. Solum quæri scio, *noxam* dixerit Prætor, an *noxæ*. Sed malim, *noxam:* quia in altero quoque Edicti capite, quod est in *l.* 21. § 2. *h. t.* Prætor simili locutione usus est: Judicium, inquiens, dabo *sine noxæ deditione.* præterea in *l.* 1. *D. de deject. & effus.* sic ait, In judicio adjiciam, *aut noxam dedere.* In primis vero me movet Imperator Justinianus §. 1. *Inst. h. t.* id verbum in Edicto fuisse comprobans, etiam quid designet, vere ostendens. Datur igitur hæc actio ad hoc, ut damnum sarciatur arbitrio Judicis; alioquin, ut dedatur servus noxalis. Ut tamen, quæ est elegans Ulpiani observatio, damni æstimatio sit in æstimatione: noxæ deditio magis veniat ex beneficio legis *l.* 6. §. 1. *D. de re judic.* eique addi potest *l.* 21. *h. t.*

Dedere porro servum est, eum actoris facere, sive ejus dominium in actorem transferre. proinde servum noxæ dedere solus potest dominus;

& fuerit effectus deditionis, quem indicat Justinianus §. 3. *Inst. h. t.* ut dominus noxali judicio conventus, servum actori noxæ dedendo ipso jure liberetur: nec minus ejus servi dominium a domino in actorem tranferatur. ac si servus damnum ei cui deditus est, resarcierit, quæsita pecunia, auxilio Prætoris manumittatur. Justissime: quia sic neutri domino fit injuria: non priori; nam servum sua voluntate dereliquit: non posteriori; quia reparato ei damno, nil ultra desideret. damnum sane erat causa dedendi. ea ubi cessat, quid ni cesset effectus.

Quod dixi jus est, si servus sit in domini potestate. quid, si sit in potestate bonæ fidei possessoris? Ulpianus *l.* 11. *D. h. t.* sic scribit: *Bona fide servi possessor, ejus nomine, furti actione tenebitur: dominus non tenetur. sed noxæ dedendo* (bonæ fidei possessor, quia non est servi dominus) *non facit quidem actoris: cum autem cœperit istum servum dominus vindicare, doli exceptione summovebitur; vel officio Judicis consequetur,* (is cui deditus est servus) *ut indemnis maneat.* Sic breviter Ulpianus. plenius Africanus *l.* 28. *h. t.* & ad eum Cujacius *tractatu* 6. Hoc: si quis ab uno conveniatur noxali actione. quid, si a pluribus conveniatur, vel si ab uno, ex pluribus tamen delictis? late Ulpianus *l.* 14. *D. h. t.*

Deinde ait Prætor: *Si servus sciente domino fecisse dicetur, judicium dabo, detracta noxæ deditione.* Scientia quid significet in hoc Edicto, jam supra expositum ex *l.* 4. *h. t.* Dominum nunc accipimus qui tempore commissæ noxiæ dominus fuit: & huc referri potest *d. l.* 4. §. 1. Ad postremam clausulæ partem, *judicium dabo, detracta noxæ deditione,* potest referri *d. l.* 4. §. 3. & *l.* 5. *h. t.* Sensus clausulæ est: ut, si servus, sciente domino, noxiam commiserit; dominus in solidum teneatur; nec possit defungi noxæ deditione *l.* 2. *h. t.* Quid si plurium servus deliquerit, omnibus vel quibusdam scientibus aut ignorantibus? de hoc *l.* 5. 9. 10. & 17. *h. t.*

Ex his apparet, dominum, ob scientiam, suo nomine teneri in solidum. an & servi nomine? Paulus *l.* 4. §. 2. *h. t.* sic scribit: Cum dominus ob scientiam teneatur, an servi quoque nomine danda sit actio, videndum est. nisi forte Prætor unam pœnam a domino exigi voluit. ergo dolus servi impunitus erit: quod est iniquum? imo utroque modo dominus tenebitur: una autem pœna exacta, quam actor elegerit, altera tollitur. Sic breviter Paulus. pluribus Ulpianus *l.* 2. §. 1. *d. t.* & ad utrumque locum ego *lib. sing. Ad leg. Aquil. c.* 10. Dedi sensum prioris & posterioris partis hujus Edicti. superest utriusque differentia. hanc dedi *l.* 5. §. 1. *l.* 6. & 7. *h. t.*

Sequens caput sic concipio: Si is qui in aliena potestate est, noxiam commisisse dicatur, eum dominus, cum est præsens, defendere, alioquin tradere, & de dolo malo repromittere debet. Ita fere Callistratus *l.* 32. *h. t.*

Porro ait Prætor: Domino, si bona fide abfuit, item si quis jus, quod in servo habet, paratus sit defendere, causa cognita, potestatem faciam. Hæc ex *l.* 2. §. 1. *D. Si ex noxal. caus. ag. l.* 30. *l.* 26. §. *ult.* & *l.* 27. *D. h. t.*

Aliud rursus Edicti caput ab Ulpiano in *l.* 21. §. 2. *h. t.* ita proditur. *Si is in cujus potestate servus esse dicitur, negavit se in sua potestate servum habere: utrum actor volet, vel dejerare jubebo in potestate sua non esse, neque se dolo malo fecisse, quo minus esset; vel judicium dabo sine noxæ deditione.* Summam capitis hanc dat Ulpianus *l.* 22. §. *ult. h. t.* Si, inquiens, negavit dominus, in sua potestate esse servum, permittit Prætor actori arbitrium, utrum jurejurando id decidere, an judicium dictare sine noxæ deditione velit. per quod vincet, si probaverit eum in potestate esse, vel dolo ejus factum, quo minus esset: qui autem non probaverit, in potestate adversarii esse servum, rem amittit.

Quid est, *in potestate?* dices, habere servi dominium, & probo. sed non est satis: præterea debet habere exhibendi servi potestatem *l.* 21. §. 3. *h. t.* Inde responsum *l.* 22. *d. t.* si servus depositus vel commodatus sit, posse cum domino agi noxali actione. & pro ratione additur: quod ei servire intelligitur. & quod ad hoc Edictum attinet, in potestate ejus est: maxime, si habeat copiam recuperandi hominis. Eadem est ratio ejus qui servum suum creditori dedit pignori, aut qui eum alicui precario concessit, si modo ei sit copia servum quandocumque repetendi, id est, si habeat pecuniam ex qua pignus dissolvi, & liberari servus possit. Quid, si non habeat pecuniam: sed rem qua vendita, ei facilis sit pecuniæ comparatio? placet, ei non esse facultatem repetendi: ne alioquin cogatur res suas divendere ob noxam servi *d. l.* 22. §. 1. & 2.

Quod attinet ad creditorem qui servum pignori accepit, aut eum qui servum precario rogavit: is non tenetur noxali actione: quia etsi possideant juste & naturaliter, non tamen opinione domini possident: & ideo vix est, ut eum servum in potestate sua habere videantur; cum nec dominium noxæ deditione ad actorem transferre possunt. Debebit tamen creditor quive precario rogavit, servum defendere, aut jus quod in eo habet, amittet. avocabitur igitur ab eo servus & ducetur ab illo cui nocitum sit *l.* 27. §. 1. *h. t.*

LIBER DECIMUS.

TITULUS I.

Finium regundorum.

Ex actionibus mixtis tam in rem, quam in personam, quas in loco feci quatuor, explicandæ restant adhuc tres: nempe finium regundorum, familiæ erciscundæ, & communi dividundo: nam hereditatis petitionem libro v. exposui. Actio finium regundorum sic appellata a primis Edicti verbis quo fuit proposita. etsi profecta est primum a Lege Duodecim Tabularum: ut ex Cicerone *lib.* 1. *De legibus c.* 21. & Nonio *cap.* 5. in verbo, *Lis,* intelligitur: ne quid addam de Inscriptione *l. ult. h. t.* Fuere autem duo Legis capita. Priore comprehensum fuit: ut inter affinia prædia vacuum relinqueretur spatium quinque pedum quo uterque vicinus posset ire, agere, & aratrum vertere: vetitumque fuit, ne id spatium usucaperetur. Altero capite fuit cautum ut Prætor, vicinis de confinio jurgantibus, tres daret Arbitros, quorum arbitrio finium

finium controversia componeretur. Hæc Legis summa confirmata deinde Lege Mamilia: nisi quod voluit pro tribus Arbitris a Prætore unum mitti Arbitrum. Legis Mamiliæ præter Ciceronem meminere etiam Siculus Flaccus, *De condit. agror. pag.* 8. Aggenus Urbicus, *De limitib. agror. p.* 53, & Simplicius *p.* 83. Est igitur origo hujus actionis cum ex Duodecim Tabulis, tum ex Lege Mamilia., hanc Edicto excepit Prætor in hunc modum. *Finium regundorum si agetur inter confines: arbitrum dabo; ut fines ejus arbitratu regantur. item, si quid damni datum factumve erit, sive quid eo nomine alicui aberit aut ad eum pervenerit, ut id præstetur.*

Prima erit deliberatio. quando sit huic actioni locus. est autem tum, *si agetur finium regundorum.* Hæc verba indicat Rubrica: desumpta, ut passim, ex primis Edicti verbis. Proprie autem fines distinguuntur a fundo, etiam a loco *l.* 60. §. *ult. D. de verb. signif.* & ideo est alia de loco, alia de fine quæstio. illa est de proprietate vel possessione: ista de neutra; sed de finibus: id est, de spatio quinque pedum inter duos agros vacuo ex Lege Duodecim Tabularum. altera hujus Tituli: altera Tituli, De rei vindicatione. id declarat Constantinus *l.* 3. *Cod. Theod. h. t.* his verbis. *Si finalis controversia fuerit, tunc demum arbiter non negetur, cum intra quinque pedes locum de quo agitur, apud Præsidem esse constiterit: cum de majore spatio causa quædam non finalis, sed proprietatis apud ipsum Præsidem debeat terminari.* Sic Constantinus. etiam Isidorus *lib.* 5. *Orig. c.* 25. Verba Isidori *Finium regundorum actio dicta, quod per eam regantur fines utrique, ne dissipentur: dummodo non angustiore quinque pedum loco ea controversia sit.* Ait, *angustiore.* Scribo, *augustiore* quod cum Constantini Lege convenit. Superioribus addam: quod si lis de loco, seu possessione, conjungatur cum quæstione finium regundorum, primum esse inquirendum de possessione, deinde de finibus: ita traditum a Constantino *l.* 1. *Cod. Theod. h. t.* ex qua descripta est *l.* 3. *C. h. t.* Dixi, quando detur finium regundorum actio.

Exspectas, inter quos detur. ait Prætor, *Inter confines.* Hæc verba excerpsi ex *l.* 4. §. 10. *h. t.* In Duodecim Tabulis *vicinos* vel *vicanos*, fuisse, est communis sententia, propter hoc M. Tullii *lib.* 4. *De republica*, apud Nonium *c.* 5. *pag.* 726. *Jurgare Lex putat inter se vicinos, non litigare.* Sed est error. sunt hæc Ciceronis, non Duodecim Tabularum, verba. Dixit igitur Lex, & ex ea Prætor, *Confines.* qui & *adfines* appellantur *l.* 12. *D. h. t.* utrique in agris vicini: ut docet Festus, in verbo, *Adfines.* An etiam in urbe? sed magis est, ut hic vicinia sit, quam confinium: eo quod urbana prædia parietibus, non finibus, disterminantur. Non alio spectavit Cicero, *in Topicis* §. 10. *Si in urbe de finibus controversia est, quia fines magis agrorum videntur esse, quam urbis, finibus regendis adjicere arbitrum non possis.* Eadem ratione ne in agris quidem, si juncta sint ædificia, erit huic actioni locus. nam ubi parietibus distinguuntur prædia, apparent fines, & supervacue reguntur. Si tamen in urbe ea contingat hortorum latitudo: nil vetat, vel ibi finium regundorum agi *l.* 4. §. *pen. l.* 2. *D. h. t.* Ita non competit hæc actio inter alios, quam confines: ac si inter duos agros sit vel via publica vel flumen: non erit agrorum confinium; nec agetur finium regundorum: quia in confinio magis via flumenve est, quam vicinum prædium. Inde in *d. l.* 4. §. *ult.* legendum, *Si vero flumen vel via:* ita suadent quidam libri, & quodammodo sequens desiderat *l.* 5. *h. t.* Quid, si sit privatus rivus aut via privata? jam agi potest: quia confinium est, hujusmodi via aut rivo præstante finem. idem dicendum, si in confinio aut ædificium aut arbor sit *l.* 2 *h. t.* nam domus aut arboris interpositione non definit confinium. Hoc modo Aggenus Urbicus, *De limitib. agror. p.* 53. Verba ejus. *Finis enim multis documentis servabitur, terminis & arboribus notatis, & fossis, & viis, & rivis, & vepribus, & superciliis & rigoribus sæpe normalibus, &, ut comperi aliquibus locis, inter arva marginibus quibusdam tamquam pulvinis: sæpe etiam limitibus. item petras notatas quæ in finibus sunt, pro terminis habebitis.*

Promittit igitur Prætor actionem finium regundorum *inter confines:* eoque efficit, ut in hoc judicio par sit omnium conditio; & singulæ personæ duplex habeant jus, id est, ejus qui agit & ejus qui convenitur *l.* 10. *D. h. t.* etsi placuit, eum magis videri actorem qui ad judicium provocasset. sed cum ambo ad judicium provocant, forte res discerni solet *l.* 13. & 14. *D. de judic.* Nec hoc frustra; quod infinite *inter confines* ait Prætor: sic enim intendit, ut non solum inter duos fundos; verum etiam inter tres pluresve accipi possit judicium finium regundorum, ut puta, singuli plurium fundorum confines sunt, trium forte vel quatuor *l.* 4. §. 8. *D. h. t.* Datur igitur hæc actio inter confines. qui autem sint tales, indicat actionis natura: nam est pro vindicatione *l.* 1. *h. t.* ideoque apparet, confines intelligi agrorum dominos: sive veri sint domini, jure civili, sive jure Prætorio habeant jus dominio proximum: ut emphyteutæ in agris vectigalibus *l.* 4. §. 9. *d. t.* nam hi jure civili non sunt domini agrorum vectigalium, nec agunt directa in rem actione: sed a Prætore, quasi domini sint, habent utilem in rem actionem: ut dictum supra sub Titulo, *Si ager vectigalis.* Similiter placet, inter eos qui habent usumfructum, itemque inter fructuarium & dominum proprietatis vicini fundi, & inter eos qui jure pignoris possident, actionem finium regundorum competere *d. l.* 4. §. 9. sive quod fructuarius & creditor pigneratitius habent jus in re, ex eoque in rem actionem: sive quod esse videntur domini procuratores *l.* 1. §. *ult. D. de nov. oper. nunc. l.* 29. *in fin. D. Famil. ercisc.* Datur igitur hæc actio inter confines, id est, inter dominos vicinorum prædiorum. An etiam inter socios, communem fundum habentes. Paulus *l.* 4. § 6. *h. t.* sic scribit: *Qui communem fundum habent, inter se non condemnantur: neque enim inter ipsos accipi videtur judicium.* Hujus versus, nisi conjungatur cum verbis §. 7. sequentis, ex iisque sumatur species, sane supervacua disputatio est. quid enim vult ab his separatus: nisi, quod non potest inter socios fundi unius communis pro indiviso accipi judicium finium regundorum? sed ea si fuit Pauli sententia, inutilis est: nemine dubitante; ubi nulli sunt fines, ibi esse non posse litem de finibus. at qui possunt in fundo pro indiviso communi, quatenus ad socios, intelligi fines? igitur ut inveniatur sensus *d.* §. 6 jungenda ei sunt verba §. 7. mox sequentis: in quibus hic casus: *Si communem fundum ego & tu habemus, & vicinum fundum ego solus.* ex eo casu quæritur; an possimus finium regundorum judicium accipere? Ulpianus, Pomponium sequutus, negat, posse nos accipere. quam ob rem? ait, quia ego & socius meus in hac actione adversarii esse non possumus; sed unius loco habemur: id est, in fundo uno communi pro uno habemur: cum lis tantum inter duos esse queat. Cessat igitur directa finium regundorum actio. Sed an utilis dabitur? non videtur Pomponio, neque Ulpiano. quæso, cur ita? non putant, hanc esse necessariam: parato ei alio remedio. id quale? Ulpianus sic scribit: *Idem Pom-*

po-

ponias, *ne utile quidem judicium sic dandum dicit: cum possit qui proprium habeat*, *vel communem*, *vel proprium fundum alienare*, *& sic experiri.* Hæc ego paucis & quam simplicissime. pluribus & erudite, more suo, Dominus Cujacius *lib.* 22. *Observ. c.* 38.

Quid, si fundum alienaverint socii, aut egerint communi dividundo, postquam vicinus cum iis egit actione finium regundorum? Julianus *l.* 9. *D. h. t.* putat, judicium finium regundorum manere, quamvis socii communi dividundo egerint, vel alienaverint fundum. Et est ratio: quod actio finium regundorum magis fundo, quam personis competit *l.* 4. §. 5. *h. t.* quamdiu igitur confines manent fundi, tamdiu inter confines manet actio finium regundorum, confusis finibus.

Porro ait Prætor, *Si agetur.* Lex Duodecim Tabularum dixit, *Si jurgant.* Auctor M. Tullius *lib.* 4. *De republica*, apud Nonium, loco supra allegato. Inde *finale jurgium l. pen. C. h. t.* & *vicina jurgia* in hoc Horatii *lib.* 2. *Epist.* 2. *vers.* 170.

Sed vocat usque suum, *qua populus adsita certis*
Limitibus vicina refugit jurgia.

Utrum tamen Prætor eo, an consimili, usus sit verbo, non affirmavero temere; nec refert: cum *jurgium* & *jurgare* etiam generaliter de qualicumque lite dicatur: ut multis probat V. CL. Johannes Savaro ad Sidonii Apollinaris *lib.* 2. *Epist.* 7. *pag.* 131.

Intelleximus, actionem finium regundorum inter confines a Prætore dari. Quæris, ad quid detur? Indicio erunt sequentia Edicti verba: *Arbitrum dabo ; ut ejus arbitratu fines regantur.* Tum ista: *Item*, *si quid damni datum factumve erit*, *sive quid eo nomine alicui aberit*, *aut ad alterum pervenerit*, *ut id præstetur.* Conceptam a me cernis actionem finium regundorum, tamquam mixtam in rem & in personam: eoque constare ex duobus; id est ex rebus & præstationibus personalibus. Quod ad res attinet; (ab his incipiet explicatio) ejus summam, etsi obscurius, continet hoc Ulpiani *l.* 8. §. 1. *h. t. Ad officium de finibus cognoscentis pertinet*, *mensores mittere*, *& per eos dirimere ipsam finium quæstionem*, *ut æquum est*, *si ita res exigit*, *oculisque suis subjectis locis.* Sic editur, *mensores* & *per eos.* sed præstat, scribi, *mensorem*, & *per eum.* primum, quia hæc lectio convenit Legi Mamiliæ. fit deinde in *pr. d. l.* ab Ulpiano similiter mensoris mentio. nec minus Constantinus *l.* 3. *C. d. t.* Agrimensor, inquit, ire præcipiatur. Hæc mea in *d.* §. 1. observatio. Est alia Viri Amplissimi, Wilelmi Goesii, *Not. ad Rei agrar. auct. pag.* 197. *& c.* 4. *Antiq. agrar. pag.* 37. verba, *Si ita res exigat*, a Triboniano esse Ulpiano assuta supervacue: nam rem semper exigere, loca oculis subjici ab Arbitro: & quidem usque adeo; ut hinc alibi Inspector appelletur. Sed ignoscat mihi Vir Eximius non assentienti. Non enim spectant ea verba ad sequentia, *Oculisque suis subjectis locis*: sed ad præcedentia, *Et per eum dirimere ipsam finium quæstionem*, *ut æquum est.* Ita nolim, ea expungi in *d.* §. 1. imo puto, resistere tenorem *l.* 2. 3. 4. *D. h. t.* §. 6. *Inst. de offic. Judic. &* § 20. *Inst. de act.* nec dubito, quin idonea sit Ulpiani sententia, Esse officium Arbitri, de finibus ex Prætoris datione cognituri, Mensorem mittere in rem præsentem, ex ejusque renunciatione (sic solitum fuisse, liquet ex *l.* 3. §. 4. *D. Si mens. fals. mod.*) declarare & restituere antiquos fines, aut constituere novos, si ita res exigat, id est, si novis opus sit finibus: quia veteres regi, aut inveniri nequeunt. quo vero hoc melius expediatur, postulat Ulpianus, vel Judicem oculis suis loca subjicere. Estque, ut hoc addam illa Ulpiani locutio non dissimilis huic Livii *lib.* 27. *c.* 26. *Quin imus ipsi cum equitibus paucis exploratum. subjecta res oculis nostris certius dabit consilium.* Ita plane est: Ulpianus vult, præter Mensorem, etiam Arbitrum in rem præsentem venire, & quale sit de quo jurgatur, suis oculis considerare: eoque Inspectorem appellari a Simplicio *pag.* 88. *in fine*, scire licet. Nec tamen oportet; Judicem in notione stare oculorum fide: sed præterea sequi vetera monumenta; & census auctoritatem ante litem contestatam ordinati: modo successionum varietate & possessorum arbitrio, additis detractisve agris, fines postea permutati non sint *l.* 11. *D. & l.* 2. *C. h. t.* Quid tandem? secundum hæc & alia finium documenta, insuper ab Aggeno Urbico allata *Comment. in Jul. Frontin. De limit. agror. pag.* 53. declarabit, Mensoris interventu, Arbiter, si poterit, antiquos fines: atque ut in rei vindicatione, ita in hac actione, rem restitui jubebit: ac si vel arbor vel ædificium fines confundat; arborem succidi vel ædificium deponi: & nisi pareatur, contumacem condemnabit *l.* 4. §. 3. *h. t.* Nempe, quia actio finium regundorum in rem est; quatenus uterque affinis quod est intra pedes quinque, sui dominii esse vindicat. At non eo minus est officium Arbitri, habere rationem ejus quod interest. ac fundamento æque bono ac firmo: videlicet, quod hæc actio est non in rem tantum, sed in personam quoque. Respicis? sed Paulus *l.* 1. *D. h. t. Finium*, inquit, *regundorum actio in personam est*, *licet pro vindicatione rei est.* Sensus Pauli (me interprete) est: Finium regundorum actio etiam in personam est, licet alioquin pro rei vindicatione est: id est, Licet in spatio quinque pedum suam quisque partem finium regundorum actione vindicet, ideoque hæc in rem actio sit: quia tamen hac petitur quoque quod debetur; negari nequit, etiam in personam actionem esse, utpote obligatione subnixam. Atqui vocula, *etiam*, apud Paulum *d. l.* 1. non est. Fateor. sed frequentes apud Veteres esse hujusmodi locutiones, in quibus ea deficit particula, & intellectu supplenda est, pluribus exemplis demonstravi *lib. sing. Ad Edict. De pact. & transact. c.* 3. In præsentia autem necessariam esse hanc interpretationem, an ambigam? ubi actio finium regundorum in §. 20. *Inst. de actionibus* a Justiniano sine circuitu mixta dicitur esse tam in rem, quam in personam. Jam illam rebus inde constare, tam res docet & natura actionis, quam demonstratum modo est a Paulo. Præstationibus autem personalibus ipsam non destitui, ignorari non sinit hoc Justiniani §. 6. *Inst. de officio Judicis*, *Eo* quoque *nomine condemnandus est quisque hoc judicio*, *quod forte circa fines aliquid malitiose commisit: verbi gratia*, *quia lapides finales furatus est*, *vel arbores finales excidit.* Mitto Justinianum: ipse Paulus *l.* 4. §. 1. *h. t.* eodem plane modo, *In judicio*, inquit, *finium regundorum* etiam *ejus ratio fit quod interest.* Ac ne exemplo careret observatio hæc personalis præstationis, porro subjicit: *Quid enim si quis aliquam utilitatem ex eo loco percepit quem vicini esse appareat? inique damnatio eo nomine fiet.* Sic Florentiæ exhibet Taurellius. at in vulgata Accursii editione, & Marginalibus Russardi Notis reperio, *an inique.* Multo melius: nisi Florentiæ sic ponatur signum interrogationis post hæc, *inique damnatio eo nomine fiet?* nam tum eodem redit sensus: & interrogatione illa, etsi non sequatur responsio, tale consit exemplum præstationis personalis satis elegans: Si quis ex confinibus aliquam percepit utilitatem eo ex loco quem vicini esse appareat; Judicem finium regundorum non modo rerum, sed etiam ejus quod interest habiturum rationem ; nec inique damnationem eo nomine facturum. Est & aliud consimile Pauli exem-

exemplum in hoc *d.* §. 1. *Sed & si mensor ab altero solo conductus sit, condemnatio erit facienda ejus qui non conduxit, in partem mercedis.* Possent hæc sufficere existimanti, Paulum in *d. l.* 1. esse adjuvandum subaudita vocula, *etiam.* Non tamen omittam hæc ejus sequentia ex §. 2. *d. l.* 4. nam eodem exeunt: *Post litem autem contestatam* etiam *fructus venient in hoc judicium: nam & culpa & dolus exinde præstantur. sed ante judicium percepti non omnimodo hoc in judicium veniunt: aut enim bona fide percepit, & lucrari eum oportet, si eos consumpsit; aut mala fide, & condici oportet.* Non me confundit; quod a Paulo additur; fructus condici. nam condictiones ex causa injusta vel sine causa concurrunt cum aliis actionibus *l.* 5. *D. de except. rei judic. l.* 52. *D. Mandati.* Sed quid hæremus? ambiguitatem, si quæ hic videri adhuc possit, ipse tollit Paulus *l. pen. D. Famil. ercisc.* conjungenda cum *d. l.* 4. §. *pen.* ut utraque ex eodem est ad Edictum libro 23. Verba Pauli sunt hæc: *Non solum in finium regundorum, sed & in familiæ erciscundæ judicio, præteriti quoque temporis fructus veniunt.* Aliquis putet, quod in actione finium regundorum dixi, æque in rei vindicatione obtinere. Sed aliter se res habet: nam fructus in rei vindicatione, petita re Judicis arbitrio debentur: re non petita non debentur. At in judiciis divisoriis jure obligationis & actionis debentur. præbet argumentum: quod in his etiam sublata aut finita communione superest fructuum repetitio *l.* 6. §. 1. *D. Commun. divid.*

Hæc: si regi fines possint. quid, si nequeant? pone, de finibus nihil liquere; aut eam esse regionum difficultatem, ut non admittant veterum finium distinctionem: jam necesse est, novos constitui, & agi adjudicationibus *l.* 2. §. 1. *l.* 3. *D. h. t.* idemque in loco observari *l.* 4. *d. t.* Est porro effectus adjudicationis; ut transferat adjudicatæ rei dominium, aut usucapiendi conditionem *l.* 17. *D. de usurp. & usucap.* & quidem statim a lata sententia: quamvis nulla intervenerit traditio. Esse vero id in tribus hisce judiciis singulare, auctor est Justinianus §. *ult. Inst. de offic. Judic.* & ante Ulpianus *in Fragm. tit.* 19. §. 16. Postremo adjudicationem, si de ea servanda quæratur, tuetur Prætor cum exceptionibus, tum actionibus *l.* 44. §. 1. *D. Famil. ercisc.* Interim ne alteri ea re creetur damnum, placuit quoque, eum cui facta sit adjudicatio, invicem alteri ex æquo & bono certæ pecuniæ condemnari *l.* 2. §. 1. *l.* 3. *l.* 4. §. 5. *D. h. t.*

Dixi de spatio quinque pedum, inter duo prædia, ex priore capite Legis Duodecim Tabularum & Legis Mamiliæ vacuo relinquendo. Deinceps agam de altero quo ejus usucapio prohibetur. Ad hanc partem pertinet *l. pen. & l. ult. C. h. t.* posteriorem attingam prius. ejus inscriptio est, *Imppp. Theodosius, Arcadius & Honorius AAA. Rufino P. P.* verba hæc: *Cunctis molitionibus & machinationibus amputatis, decernimus, in finali quæstione non longi temporis, sed triginta tantummodo annorum præscriptionem locum habere.* Huic legi vim manifestam intulit Tribonianus: nam & mutilavit eam, & ejus sensum fecit contrarium huic quem ei dederant ejus auctores. non est hæc suspicio: veritas est evidens & certa collatione *l.* 5. *Cod. Theod. h. t.* in qua sic exstat: *Cunctis motionibus & machinis amputatis, finalibus jurgiis omnem modum quem præscripsimus, ac de eo tantum spatio, hoc est pedum quinque qui veteri jure præscripti sunt, sine observatione temporis, arbitros jussimus judicare. Quod si loca in controversiam veniant, solenniter judicare cognoscas, & seu civilis, seu criminalis actio competit, tribuetur: ita ut causa cognita, & redhibitione obnoxius decernatur, nec pœnam convictus aufugiat.* Finale jurgium de spatio quinque pedum arbitros hac, ut vides, in lege admittit sine observatione temporis: verum Tribonianus in *d. l. ult.* jussit, in eo non quidem longi temporis, sed triginta annorum, præscriptionem habere locum: nempe inflectens eam ad Constitutionem Theodosii junioris ab eo positam in *l.* 3. *C. de præscript. trig. vel quadrag. ann.* Quamquam & hæc interpolata ex *l. unic. Cod. Theod. de act. cert. temp. fin. lib.* 4. *tit.* 14. nam ibi ipsa quoque hæc finalis quæstio excipitur a præscriptione triginta annorum: cum ea exceptio sit expuncta in *d. l.* 3. Sed in *l.* 1. §. 1. *C. de annal. except.* a Justiniano in actione finium regundorum palam approbatur præscriptio triginta annorum.

Dixi de *l. ult. C. h. t.* exspectas, quid sentiam de *l. penult.* Verba hæc sunt: *Quinque pedum præscriptione submota, finalis jurgii, vel locorum libera peragatur intentio.* Quid designent ista verba, quæso, dic mihi: nam sic truncata a Triboniano quid significent, ipse tibi dicere neque ausim, neque possim. Interim in Codice Theodosiano, prout olim eum edidit Johannes Tilius, non reperitur. sed in editione Lugdunensi Jacobi Cujacii anni 1566, aliisque insecutis; inter quas est novissima Jacobi Gothofredi, sic exstat: *Quinque pedum præscriptione summota, finalis jurgii vel locorum libera peragatur intentio. Sola sit igitur hujusmodi una præscriptio, quæ improbi petitoris refrenare possit invidiam, si veteribus finem cum signis limes inclusus congruum erudita arte præstiterit. Nec vero prolixioris temporis in hujusmodi locum habebit ulla præscriptio, cum diuturno ocio alienum rus quisque asserat se diligentius coluisse: quando omne hujusmodi jurgium solo præcipimus jure distingi, quo artis hujus peritis omne commisimus sub fideli arbitratione judicium.* Jam ampliorem esse legem, non inficior: an planiorem dicere liceat, nondum constitui. sensum certe ejus si intra præscriptum verborum, ut oportet, maneamus, ego aptum & certum non magis cerno: quamvis talem se deprehendisse blanditus sibi suo modo est V. Cl. Jacobus Gothofredus ad *d. l.* 4. & alio Amplissimus Senator, Wilelmus Goesius, *Not. ad Auct. rei agrar. pag.* 189 Sed mihi a neutro satisfactum: existimanti, ut sincerus dici possit loci sensus, non sufficere, ad eum esse excogitatum a Viro Docto aliquid: sed quod pro vero cedat, in ipsis verbis loci qui expediendus sit, unicuique bona fide apparere oportere. id vero in proposito non est ab illis præstitum ita mihi fas sit, donec hoc contingat, judicium suspendere, & in præsentia pronunciare, quod in *d. l.* 4. quæritur, mihi non liquere.

TITULUS II.

Familiæ erciscundæ.

Actionem familiæ erciscundæ esse profectam a Lege Duodecim Tabularum, Gajus auctor est *l.* 1. *h. t.* deinde Edicto inclusam a Prætore fuisse, intelligitur ex Gaji, Ulpiani, & Pauli libris Ad Edictum sub hoc Titulo. verba Legis periere: etiam Edicti. summa fit: *Familiæ erciscundæ si agetur inter coheredes: arbitrum dabo; ut ejus arbitratu res hereditariæ singulis adjudicentur; item si quid damni datum factumve erit, sive quid eo nomine aberit alicui aut ad eum pervenerit, ut id præstetur.* Ver-

ba hæc, *Familiæ ercifcundæ*, indicat Rubrica: in quam, ut alias fæpe, ex Edicto tranfiere. Ifta, *Si inter coheredes agetur*, fum mutuatus ex *l.* 1. *pr.* & §. 1. *b.t.* item §. 20. *Inft. de action.* Mentio *Arbitri* in *l.* 43. & *l.* 57. *b. t.* Sequentia defignat *l.* 22. §. 4. *l.* 55. *b. t.* §. 4. *Inft. de officio Judicis.* Profecta igitur familiæ ercifcundæ actio a Lege Duodecim Tabularum: hac ratione quam obfervat Gajus *d. l.* 1. *pr.* quod coheredibus, volentibus a communione difcedere, neceffarium videbatur aliquam conftitui actionem, qua inter eos res hereditariæ diftribuerentur.

Ait Prætor *Familiæ ercifcundæ fi agetur.* Hæc verba indicant, quando fit huic Edicto locus: nempe, fi agetur familiæ ercifcundæ. Ercifcere vero unde derivetur, & quid fignificet proprie, multis inquifivere Viri Doctiffimi, Gerardus Johannes Voffius *Etymologic.* & Claudius Salmafius *Plinian exercitat. pag.* 891. & *feq.* fed meo inftituto fufficit, *ercifcere* effe verbum antiquum, valens idem quod dividere, auctore Ifidoro *lib.* 5. *Origin. c.* 25. Familia interdum ad perfonas refertur, interdum ad res *l.* 195. §. 2. *D. de verb. fignif.* hoc modo fumitur in præfentia: fignificat enim hereditatem, vel res hereditarias. ita Ulpianus *l.* 2. & Gajus *l.* 1. *b. t.* hereditatem & res hereditarias vocant quæ in Edicto veniunt appellatione familiæ. Atqui res funt diftinctæ ab hereditate. Ut tamen fub Titulo *De petitione hereditatis* dictum, hereditatis vim atque utilitatem continent. ita non eft abfurdum, hereditatem rebus cenferi; ex iisque recipere divifionem quam naturaliter non habet. quomodo fervitutes, quia incorporales funt, individuæ habentur: & tamen obtinuit, ufumfructum fundi vel in folidum vel pro parte conftitui ab initio *l.* 5. *D. de ufufructu.* fimiliter dicamus de hereditate: quod ea quidem quatenus jus eft, omnem refpuit divifionem, præter eam quæ intellectu conftat: quatenus vero habet res & corpora, non magis a divifione removetur, quam ufusfructus. atque ita accipio §. 4. *Inft. de offic. judic. juncta l.* 8. *in fin. D. de rei vindic.* & *l.* 7. *D. Si pars hered. pet.* Promittit igitur Prætor hanc actionem, fi familiæ ercifcundæ agetur: & quia fimpliciter atque indiftincte: inde fcribit Ulpianus *l.* 2. *b. t.* per familiæ ercifcundæ actionem dividi hereditatem, five ex teftamento, five ab inteftato, five ex Lege Duodecim Tabularum, five ex aliqua, id eft, alia qua, Lege, vel ex Senatusconfulto, vel etiam Conftitutione hereditas deferatur. Et bene addit, generaliter eorum dumtaxat dividi hereditatem poffe, quorum peti poteft hereditas. talis vero eft delata & adquifita. eoque & pertinet *l.* 49. *D. b. t.* Quid, fi quarta ad aliquem arrogatum deferatur ex Conftitutione D. Pii, an propter eam quoque eft huic actioni locus? non eft: quærentibus actionem directam: quia hic neque hereditas eft, neque bonorum poffeffio. fed utilis familiæ ercifcundæ actio erit neceffaria *l.* 2. §. 1. *b. t.* Similis eft dubitatio, fi filiifamilias militis peculium fit? fed ait Ulpianus, fortius defendi poffe, hereditatem per Conftitutiones effectam, & ideo locum fore huic judicio. *d. l.* 2. §. 2.

Deinde ait Prætor, *Si inter coheredes agetur.* Datur igitur hæc actio inter coheredes *l.* 1. *b. t.* tales autem proprie intelliguntur qui funt Jure Civili coheredes. fed Ulpianus *l.* 24. §. 1. *b. t.* familiæ, inquit, ercifcundæ judicium & inter bonorum poffeffores, & inter eum cui reftituta eft hereditas ex Trebelliano Senatusconfulto, & cæteros honorarios fucceffores, locum habet, ut enim Jure Civili non fint coheredes; Prætorio Jure pro coheredibus habentur. Porro Prætor, cum ait *Si inter coheredes agetur*, duplex facit familiæ ercifcundæ judicium: eoque vult, omnes coheredes pro actoribus, omnes pro reis, haberi *l.* 2. §. 3. *b. t.* omnes jurare, fe non calumniæ caufa litem intendere, & non calumniæ caufa ad inficias ire *l.* 44. §. 4. *b. t.* Quod fi eft: differt actio familiæ ercifcundæ a petitione hereditatis. nam hæc non eft fic propofita: fed datur heredi adverfus eum qui pro herede pro e poffeffore hereditatem totam vel pro parte poffidet: & ideo fimplex eft, non duplex: quia intelligitur, quisnam actor, quisnam reus, fit. quod in fuperiore actione, in qua par omnium caufa videtur, non eft. etfi placuit, magis actorem intelligi eum qui ad judicium provocaffet *l.* 13. *D. de judiciis.* & cum ambo ad judicium provocant, forte res difcerni folet *l.* 14. *D. d. t.* Proponit igitur Prætor actionem familiæ ercifcundæ, fi inter coheredes agetur. Id vero tum fit; fi alter alteri non movet de hereditate controverfiam. ac fi contra fiat: non dat actioni familiæ ercifcundæ, fed petitioni hereditatis, locum *l* 1. §. 2. *D. Si pars heredit. pet. l.* 15. *D. de except. rei judic.* Nec male fic Scævola *l.* 37. *D. b. t. Qui*, inquit, *familiæ ercifcundæ judicio agit, confitetur, adverfarium fibi effe coheredem.* In quibusdam editionibus eft, *non confitetur.* Sed Græci in *Bafilic. lib.* 42. *tit.* 3. non agnofcunt negantem particulam: quamquam eam retineat Cujacius *lib.* 9. *Obferv. c.* 36. & Hotmanus *lib.* 5. *Obferv. c.* 1. Ita igitur eft: fi quis neget, adverfarium fibi coheredem effe: primum petenda eft hereditas, ut heres declaretur: deinde veniendum ad hereditatis divifionem. Quod fi ab hoc ordine recedatur: præpoftere agitur, ac fit petitioni hereditatis præjudicium *l.* 5. §. *ult. D. de petit. hered.* & agenti obftat exceptio, Ni fiat præjudicium petitioni hereditatis. Sic Gajus *l.* 1. §. 1. *b. t.* nec improbo: maxime, fi is qui coheres effe negatur, partem fuam non poffidet. alioquin licet coheres effe negetur: putat Gajus, non nocere hanc exceptionem: magisque Judicem apud quem hoc judicium agitur, eo cafu an coheres fit, cognofcere: poftulante id quodammodo neceffitate. primum, quia partem fuam poffidens non poteft petitione hereditatis experiri: numquam illa poffeffori competente: cum contra familiæ ercifcundæ judicium etiam poffidenti detur. deinde non eft fic periculum; ne in hoc cafu fiat petitioni hereditatis præjudicium: utique, fi is qui ab hoc convenitur familiæ ercifcundæ judicio, hereditatem quidem fuam effe petat, at non totam. cur enim hoc cafu familiæ ercifcundæ Judex, an ille coheres fit, non cognofcat: certo, quod ei jus eft, de omni incidente quæftione cognofcere *l.* 1. *C. de ordin. judic.* & quamquam alter neget, alterum fibi coheredem effe; non idcirco ejus partem fuam effe dicit. recte igitur cognofcit hac in fpecie familiæ ercifcundæ Judex, an ille fit coheres: quia nifi coheres fit, neque oportet ei quidquam adjudicari, neque adverfarius ei damnandus eft *l.* 1. §. 1. *D. b. t.* Datur igitur hæc actio inter coheredes. nec diftinguit Prætor; utrum uterque, an alter, hereditatem poffideat. nam vel hoc cafu partes fuas interponit *l.* 25. §. 2. *b. t.* Non magis refert Prætoris; utrum unus petat familiam dividi, an omnes, vel plures: nam, ut dixi, nihil diftinguit *l.* 2. §. 4. *b. t.* igitur fic fcribit Ulpianus *l.* 43. *D. b. t. Arbitrum familiæ ercifcundæ vel unus petere poteft: nam provocare apud judicem vel unum heredem poffe, palam eft. igitur & præfentibus cæteris & invitis poterit vel unus arbitrum pofcere.* Sic paffim editur. an recte? eft, quod ambigas. quis enim fic colligat, *Igitur & præfentibus cæteris & invitis?* contra vide-

demus, *Invitos* accipi pro his qui præſentes contradicunt. patere igitur, pro *præſentibus*, reponi *abſentibus:* ut in *l.* 26. *D. de reg. juris* conjungenda cum *d. l.* 43: quando utraque eſt ex Ulpiani *lib.* 30. *Ad Sabinum:* ut ex Inſcriptione intelligitur. Igitur, ut hanc pertexamus telam, datur familiæ erciſcundæ actio inter plures ejusdem hereditatis coheredes. plus dicam, poſſe etiam de pluribus hereditatibus, inter eosdem coheredes communibus, unum ſumi familiæ erciſcundæ judicium *l.* 25. §. 3. 4. 5. *b. t.* ſicut ſi plures inter eosdem ſint ſocietates: unum poteſt ſufficere judicium *l.* 65. §. 14. *D. Pro ſocio.*

Sequens locus eſt, ad quid detur inter coheredes actio familiæ erciſcundæ. non te differam diu. indicant hoc ſequentia Edicti verba: *Arbitrum dabo: ut ejus arbitratu res hereditariæ ſingulis adjudicentur: item, ſi quid damni datum factumve erit, ſive quid eo nomine aberit alicui, aut ad eum pervenerit, ut id præſtetur.* Hæc verba duo continent: primum, ut res communes hereditariæ inter ſingulos coheredes dividantur: deinde, ut ſi quod damnum lucrumve ad aliquem coheredum ex communione pervenerit, præſtetur. Ulpianus *l.* 22. §. 4. *b. t.* ſic exprimit: Familiæ erciſcundæ judicium ex duobus conſtat: id eſt, rebus atque præſtationibus quæ ſunt perſonales actiones.

Sic apparet, eſſe veriſſime traditum a Juſtiniano in §. 20. *Inſt. de actionibus*, actionem familiæ erciſcundæ eſſe mixtam, partim in rem, partim in perſonam. In rem, quatenus illa agens dicit, eam hereditatem pro parte ſuam eſſe: perinde ut in petitione hereditatis. ſolum intereſt, quod in illa jubet Judex, partem reſtitui pro indiviſo: in iſta pro diviſo *l.* 7. *D. Si pars hered. petatur.* Eſt igitur familiæ erciſcundæ judicium in rem actio: quia ſubnixum eſt jure in re. Nec eo minus eſt in perſonam. Qui poteſt? nulla inter coheredes nata obligatione: animadverſo, eos non ex conventione in communionem venire, ſed in eam caſu incidere. quemadmodum autem ſine conſenſu contrahi videtur obligatio, & in perſonam actio naſci? Sed putemus, obligationem in propoſito re induci ſine conventione. nam ut de communione nullum inter coheredes intervenerit negotium, deficiente conſenſu; ſi tamen communio ſit in cauſa, ut aliquis ex ea ſibi damnum lucrumve ferat: perinde naſcitur inter coheredes obligatio quaſi ex contractu, ac ſi aliquis contractus interveniſſet. ita Imp. Juſtinianus §. 4. *Inſt. de oblig. quæ quaſi ex contract. naſc.*

De ſingulis videamus. primum conſtat actio familiæ erciſcundæ ex rebus *d. l.* 22. §. 4. *b. t.* ſed quibus? univerſis quæ ſint ex hereditate. inde obſervandum Judici, ut nihil omnino relinquat indiviſum *l.* 25. §. 20. *b. t.* & ſit hac actione, ut amplius, quam ſemel, agi nequeat; & ſi quædam manſerint indiviſa: magis debeat communi dividundo judicio, quam familiæ erciſcundæ agi: quia poſt diviſam hereditatem, jam non communis hereditatis, ſed communis rei, dividendæ agi convenit. plane aliquando ſæpius agitur hac actione, cauſa cognita *l.* 20. §. 4. *b. t.* ſit hoc, ſi dolus intervenerit: quia enim eſt hæc bonæ fidei actio; nullius momenti eſt diviſio in qua apparet dolus malus. exemplum tale *l.* 8. *C. de collationibus.* igitur conſtat hoc judicium rebus hereditariis. An & aliis? non opinor: ideoque, ſi quæ res ſit judicata non pertinere ad hereditatem: non venit in hanc actionem *l.* 25. §. 8. *b. t.*

Idem dicendum, ſi res ſit hereditaria, non tamen communis *l.* 9. *C. Commun. utriusq. judic.* Exemplum *l.* 54. *D. b. t.* Ex hereditate L. Titii, mihi & tibi communi, alienavi meam fundi partem. deinde acceptum eſt inter nos familiæ erciſcundæ judicium. an pars quæ mea fuit, aut quæ tua eſt, in hoc venit judicium? Neratio neutrum videtur. primum negat, partem meam in judicium venire: eo quod alienata deſiit eſſe hereditaria. deinde ait, nec tuam venire in hoc judicium: quia hæc, ut maneat in priſtino jure, hereditariaque ſit: alienatione partis meæ de communione exiit. Sic Neratius: & addit, quod de uno dictum, etiam in pluribus obtinere. nam & ſi plures ſuas alienaverint partes: rationis eſſe; ne alienatæ veniant in hoc judicium: quia ſimiliter deſierunt eſſe communes. quod ſi qui ſuas partes non alienaverint, inter eos quin eæ veniant in hoc judicium, dubitari non oportet.

Superiori exemplo addam alia duo *l.* 25. §. 1. *b. t.* prius eſt: ſi miles duos inſtituerit heredes: unum bonorum caſtrenſium, alterum cæterorum. quæritur, an ſit opus actione familiæ erciſcundæ? negat Paulus: & recte. quia non eſt opus diviſione patrimonii per Conſtitutiones jam a teſtatore diviſi: certo militis privilegio; quod nuda ejus voluntas ſufficit ad faciendam bonorum ſuorum diviſionem *l.* 1. *D. de teſtam. milit.* Alterum exemplum eſt in nominibus: nam nec illa veniunt in familiæ erciſcundæ judicium: quia Lege Duodecim Tabularum ipſo jure ſunt inter coheredes diviſa in portiones hereditarias *l.* 6. *C. b. t.* Tamen, ſi legatum uni ex heredibus ſit nomen; is heres id judicio familiæ erciſcundæ conſequitur *l.* 4. *b. t.* item, ſi ſtipulationes interpoſitæ fuerint, de diviſione eorum, ut ſtetur ei, & ut alter alteri mandet actiones, procuratoremque eum in rem ſuam faciat, ſtabitur diviſioni *l.* 2. §. *ult. b. t.* Non minus ad officium Judicis nonnumquam pertinet, ut debita & credita ſingulis pro ſolido aliis alia attribuat: quia ſæpe & ſolutio & exactio partium non minima incommoda habet. Nec tamen efficit hæc attributio, ut quis ſolus totum debeat, vel totum alicui ſoli debeatur: ſed ut ſive agendum ſit, partim ſuo, partim procuratorio, nomine agat; ſive cum eo agatur, partim proprio, partim procuratorio, nomine conveniatur. nam licet creditoribus libera maneat poteſtas cum ſingulis experiundi, tamen & his libera poteſtas eſt ſuo loco ſubſtituendi eos in quos onera actionis officio Judicis tranſlata ſunt *l.* 3. *b. t.*

Cæteræ res omnes, præter nomina, veniunt in hoc judicium *d. l.* 4. *b. t.* idque variis exemplis demonſtratur *l.* 8. §. 1. & 2 *item l.* 9. *l.* 10. *l.* 11. *l.* 12. *l.* 13. *l.* 14. *l.* 15. & *l.* 16. *b. t.* An & mala medicamenta, & venena? ſunt enim illa quoque hereditatis. igitur ait Ulpianus *d. l.* 4. § 1. Mala medicamenta & venena venire quidem in judicium: ſed addit, quod Judex omnino in his interponere ſe non debet. magis oportet eum fungi officio viri boni & innocentis: ſoliti res humanas juvare, non perdere: ut pluribus oſtendi, *lib.* 3. *Probabilium c.* 2. Tantumdem facere eum debere, inquit Ulpianus *d. l.* 4. in libris improbatæ lectionis, magicis forte, vel his ſimilibus: hæc enim omnia protinus corrumpenda eſſe. Quando potiſſimum Romæ cœperit mos improbandi libros, & comburendi improbatos, eſt egregius locus apud Senecam Patrem in *Procæmio lib.* 5. *Controverſ.* laudatus a Lipſio *ad Tacit. lib.* 4. *Annal. c.* 35. & legi dignus. De magicis porro libris quod ab Ulpiano poſitum eſt *d. l.* 4. teſtatur etiam Paulus *lib.* 5. *Sentent. tit.* 23. §. 18. At qui illi *bis ſimiles?* opinor, Sacræ literæ, ex Ulpiani ævo: de quo Lactantius *lib.* 5. *Divin. Inſt. c.* 11: & clare ſic Prudentius, *Periſtephanon*, *Hymno* 5. *Vincentio Martyri.*

Saltem latentes paginas
Librosque opertos detege,

Quo secta pravum seminans
Justis cremetur ignibus.

Hac crudelitate usi adversus Christianos Ethnici, dum rerum potirentur: & mutata republica, idem adversus Ethnicos fecere Christiani; & adversus Hæreticos Orthodoxi: ut observatum a Charissimo meo Collega, A. Schultingio V. CL. *Not. ad Paulum d. loc. pag.* 511. Postremo sic scribit Ulpianus *d.* §. 2. *l.* 4. Et si quid ex peculatu, vel ex sacrilegio adquisitum erit, vel vi aut latrocinio aut aggressura, hoc non dividetur.

Quid dicemus de tabulis testamenti? Ulpianus *d. l.* 4. §. 3. ait debere Judicem jubere, eas manere apud eum qui ex majore parte heres est, aut in æde deponi. nam & Labeonem scribere, vendita hereditate, tabulas testamenti descriptas deponi oportere: heredem enim exemplum debere dare; tabulas vero authenticas ipsum retinere, aut in æde deponi. Similiter, si quæ sunt cautiones hereditariæ: debet Judex curare, ut eæ apud eum maneant qui majore ex parte heres sit: cæteri descriptum & recognitum faciant, cautione interposita, ut cum res exegerit, ipsæ exhibeantur. si omnes iisdem ex partibus heredes sint, nec inter eos conveniat, apud quem potius esse debeant, sortiri eos oportet: aut ex consensu aut suffragio eligendus est amicus, apud quem deponantur, vel in æde sacra deponi debent *l.* 5. *b. t.* nam ad licitationem rem deducere, ut instrumenta hereditaria habeat hic qui licitatione vicerit, non placet *l.* 6. *b. t.*

Sed apparet, universas res hereditarias in hoc judicium venire inter coheredes officio Judicis dividendas. quomodo? si plures erunt: Arbiter in partes non scindet singulas; id enim non est dividere, sed perdere: ut apud Quintilianum, *lib.* 6. *Inst. orat. c.* 3. & Macrobium, *lib.* 2. *Saturn. c.* 6. Cascellius respondit mercatori, interroganti, quemadmodum cum socio divideret navem. atque ita est: divisurus res hereditarias Arbiter singulas non scindet in partes: sed integras adjudicabit: & si divisio tam difficilis sit, ut pene impossibilis videatur: potest totam condemnationem in unius personam conferre, & adjudicare omnes res *l.* 55. *b. t.* idem est, si una dumtaxat res sit dividenda: nam & hic eam, si patiatur divisionem, dividet inter consortes: alioquin alteri rem addicet, alteri æstimationem §. 4. *Inst. de offic. jud.* Hanc autem ei licet per se, si potest inire: tantum observet, ut universas æstimet res; non singularum rerum partes *l.* 52. §. *ult. b. t.* Potest & licitatione, si hac uti malit, inter coheredes instituta, æstimationem facere *l.* 22. §. 1. *b. t.* Hæc; si in testamento pater nihil specialiter observari jusserit: alioquin ejus voluntatem sequetur Arbiter *l.* 21. *C. b. t.*

Satis de rebus. transeo ad personales præstationes. sunt autem triplices: aut enim consistunt ex utilitatibus perceptis aut sumptibus factis, aut ex damnis datis. quod ad utilitates perceptas attinet; in his pono res communes, ad aliquem ex coheredibus profectas: tum earum fructus, & usuras: maxime, si eæ res adhuc sint communes; & necesse fuerit coheredi, eas percipere. quod, si divisæ ad coheredem perveniant; & unus studiosus coheredis, ei exigat hereditarium debitum; cum non teneretur exigere: cessat familiæ erciscundæ actio, & est locus actioni negotiorum gestorum: quasi amici, non coheredis, negotio utiliter gesto. itaque generaliter definitur, quidquid coheres accepit coheredum nomine, non aliter pertinere ad hoc judicium, quam si necesse habuit gerere propter communionem. idem putemus in sumptibus, a coherede factis in res communes hereditarias: nec tamen aliis, quam quos pro coherede fecerit necessitate: id est, ita, ut non posset eos sibi facere separatim. tunc enim quasi coheres fecit. cæterum, si volens eos fecit sine necessitate: tum fecit eos non quasi coheres, sed quasi amicus; ideoque eos non actione familiæ erciscundæ repetit, sed actione negotiorum gestorum. Exempla utriusque generis sunt complura *l.* 25. §. 9. 10. 11. 12. 13. 14. & 15. *D.* & *l.* 20. *C. b. t.* ac secundum hæc explicanda *l.* 18. §. 1 *C. eod. tit.* præter alias magna diligentia, & pari doctrina tractata jam ab Arnoldo Vinnio, V. CL. *lib.* 1. *Select. quæst. c.* 37. Tantum addam, quod cum dico, etiam sumptus in hoc judicium venire; non excludo usuras ex mora præstandas *l.* 18. §. 3. *D. b. t.* nam sic in omnibus bonæ fidei judiciis observari, nimis notum est. Item monebo, oportere hos sumptus esse factos bona fide ex re coheredis sine vitio coheredis *l.* 44. §. 5. *b. t.*

Præstationibus personalibus postremo annumerantur damna a coherede communi hereditati data §. 4. *Inst. de offic. Judicis:* modo si dederit quasi heres: & ideo si unus ex heredibus pecuniam, vivo testatore, sustulerit, in familiæ erciscundæ judicium ea non veniet: quia tunc nondum heres erat. ubi autem quasi heres fecit, etsi aliam præterea quis actionem habeat, tamen teneri eum familiæ erciscundæ judicio, Julianus scribit *l.* 16. §. 4. *b. t.* & est exemplum §. 5. sequente. Gajus vero *l.* 17. *eod. tit.* ait, commisso ab uno herede damno, conveniens esse dicere, simpli habendam in familiæ erciscundæ judicio esse æstimationem. Tenetur igitur coheres coheredi de damno injuria dato, nullo discrimine, utrum committendo dederit damnum, an omittendo: si dolus intervenerit, aut culpa *d. l.* 16. §. 4. sed quæ? lata & levis. an levissima quoque? possit quis putare: quia non contrahimus cum herede: sed incidimus in eum, ut in negotiorum gestorem, quo de egi proprio Titulo. interest tamen: quod coheres habet gerendi causam, propter suam partem: negotiorum gestor non habet, gerens rem alienam. ita pertinet hæc res ad utriusque utilitatem; eoque debet coheres talem præstare diligentiam, qualem in suis rebus. Sic clare Ulpianus *d. l.* 25. §. 16. tantum notanda in his ejus verbis, *Non tamen diligentiam præstare debet, qualem diligens paterfamilias*, est mutatio gradus: positivo, *diligens*, posito pro *diligentissimo*, id est, superlativo: ut in similibus sæpe fieri, notum est omnibus.

Antequam hinc discedam, non inutiliter subjiciam sequentia Pauli verba ex *l.* 27. *b. t. In hoc judicio condemnationes & absolutiones in omnium persona faciendæ sunt: & ideo si in alicujus persona omissa sit damnatio: in cæterorum quoque persona quod fecit judex, non valebit: quia non potest ex uno judicio res judicata in partem valere, in partem non valere.* Si quis me roget, quo hæc spectent verba: non suadeam, ea referri ad divisionem rerum hereditariarum; non enim huc pertinent; sed ad præstationes personales: in quibus obtinent præsertim condemnationes & absolutiones. finge, alium ex coheredibus impensas fecisse; alium contra damnum dedisse, aut emolumenta percepisse: suum quemque exigere mutuis petitionibus. ait Paulus, oportere Judicem de omnibus pronunciare condemnando, absolvendoque una sententia. quod si contra fecit, non valere sententiam: & pro ratione addit, quod non potest ex uno judicio res judicata valere in partem; in partem non valere. non ita in rebus hereditariis. quamquam enim nec circa has Judex debet quidquam indivisum relinquere, cum utique omnes veniant in hoc judicium: si tamen quid indivisum manserit, non idcirco nulla est sententia: sed res indivisa facit judicio com-

communi dividundo locum. & eſt ratio differentiæ; quod res ſingulæ neque cohærent inter ſe; neque ſpecialiter dividendæ veniunt in actionem familiæ erciſcundæ: ut in eam ſpecialiter deducuntur præſtationes perſonales; ipſæque inter ſe cohærent mutua petitione. igitur non eſt plena ſententia, ſi de qubusdam præſtationibus judicavit Judex; de quibusdam non. ſed eſt plena adjudicatio rerum; ſi quasdam generaliter in judicium deductas diviſit adjudicavitque: aliis indiviſis relictis.

Expoſui Edictum: eoque quemadmodum dividenda inter coheredes adjudicationibus ſit familia. Reſtat effectus adjudicationis a Judice factæ. eſt autem ille: quod per eam ipſo jure ſtatim tranſit dominium §. *ult. Inſt. de offic. judic.* cum alioquin id per Judicis ſententiam non contingat: ut alibi monui. alter effectus eſt: quod Prætor adjudicationes tuetur actionibus & exceptionibus datis *l.* 44. §. 1. *D. h. t.* ea vero de re an aliquid edixerit Prætor, non auſim dicere. certe nullum extat ejus veſtigium.

Titulus III.

Communi dividundo.

De actione communi dividundo nulla extant Prætoris verba. fuiſſe tamen, probabile eſt ex Gaji, Ulpiani, & Pauli, Fragmentis ſub hoc Titulo. Confinxi ego id in hunc modum. *Communi dividundo ſi agetur inter eos quibus res communes eſſe dicuntur; arbitrum dabo, cujus arbitratu res communes dividantur: item, ſi quid in his damni datum factumve erit, ſive quid eo nomine alicui aberit, aut ad eum pervenerit, ut id præſtetur.* Prima Edicti verba mutuatus ſum ex Rubrica quæ eſt, *Communi dividundo.* Cæteris verbis argumento eſt *l.* 1. 2. 3. *l.* 4. §. 3. *b. t.* §. 3. *Inſt. de oblig. quæ quaſi ex contract.* §. 5. *Inſt. de offic. judic* & §. 20. *Inſt. de action.* nec minus Iſidorus, *lib.* 5. *Origin. c.* 25. *p.* 931: Verba Iſidori: *Communis diviſio eſt inter eos quibus communis res eſt; quæ actio jubet poſtulantibus iis arbitrum dari, cujus arbitratu res dividantur.* Reſtitui Edictum. quæ ejus ratio? de ea ſic Paulus *l.* 1. *h. t* *Communi dividundo judicium ideo neceſſarium fuit, quod pro ſocio actio magis ad perſonales invicem præſtationes pertinet, quam ad communium rerum diviſionem. denique ceſſat communi dividundo judicium, ſi res communis non ſit.* Quando & inter quos hæc obtineat actio, prima indicant Edicti verba, *Communi dividundo ſi agetur inter eos quibus res communes eſſe dicentur.* Hæc verba, *Inter eos*, evincunt, judicium communi dividundo eſſe duplex, ſicut familiæ erciſcundæ, & finium regundorum, actiones eodem modo inter coheredes & inter adfines, propoſitæ §. 1. *l.* 2. *b. t.* obtinet igitur hæc actio inter eos, quibus res communes eſſe dicentur: & quia ſimpliciter Prætor loquitur; placet, eam dari, etſi non omnes eam petant *l.* 8. *b. t.* imo Pomponius apud Paulum *l.* 29 §. 1. *b. t.* ſcripſit, *Poſci judicium poſſe a quolibet ſociorum:* & addit, *Sed etiam ſi unus ex ſociis mutus erit, recte cum eo communi dividundo agi.* Florentiæ editur, *mutus.* eodem modo legunt Græci in *Baſilic. lib.* 12. *tit.* 2. ſed pro, *mutus*, apud Accurſium eſt, *invitus.* Ruſſardo placet, præferre Florentinam lectionem, *mutus:* ut is quaſi ex contractu teneatur, exemplo pupilli & furioſi *l.* 46. *D. de oblig* & *act.* Non male; etſi poteſt & *invitus* valere, ut in *l.* 43. *D. Famil. erciſc.* Singulare jus eſt in veſtibulo communi duarum ædium: intercedente adverſus diviſionem neceſſitate: quam obſervat Paulus *l.* 19. §. 1. *b. t.* his verbis. *De veſtibulo communi binarum ædium arbiter communi dividundo invito utrolibet dari non debet: quia qui de veſtibulo liceri cogitur, neceſſe habet interdum totarum ædium pretium facere, ſi alias aditum non habet.*

Deinde ait Prætor, *Quibus res communes eſſe dicentur.* Cum ait, *Res*, intelligit corporales tantum; non etiam hereditatem. Auctor Ulpianus *l.* 4. *b. t. Per hoc judicium*, inquiens, *corporalium rerum fit diviſio, quarum rerum dominium habemus, non etiam hereditatis.* Veniunt igitur in hoc judicium res ſingulares: nam hæ ſunt corporales. hereditatis diviſio non venit; etſi rerum hereditariarum diviſio hac actione fiat, ante facta hereditatis diviſione. nam hereditas univerſitatem ſignificat: quæ ſemel diviſa, deſinit eſſe univerſitas; nec deinde amplius dividitur. ita poteſt familiæ erciſcundæ judicium ſemel intendi, ſæpius non poteſt: & ſi quid indiviſum manſit; debet intendi communi dividundo judicium. eoque toties agere licet, quoties res communis petitur dividi, modo hæc, modo alia. hoc voluit Ulpianus *d. l.* 4. *pr.* & §. 2. & eſt in his confuſio: imprudenter infarcito §. 1. & hac clauſula *d.* §. 2. *Hoc judicium bonæ fidei eſt.* non enim cohærent bene intermedia. Eſt tamen hæc confuſio ab ipſo Ulpiano: nec debet tolli, niſi intellectu. quare ſic accipienda res, ac ſi ſcripſiſſet Ulpianus: Per hoc judicium fit diviſio rerum corporalium, quarum rerum dominium habemus: non etiam hereditatis. usque adeo; ut hac diviſa, ſi una res ſit indiviſa relicta; valeat nihilominus cæterarum diviſio: & de ea quæ indiviſa manſit, debeat jam agi actione communi dividundo. Frequentes ſunt hujusmodi confuſiones in ſcriptis Veterum. Obſervavi duas *lib* 2. *Obſerv. c.* 26. item aliam ſupra in *l. ult. D. de alienat. judic. mut. cauſ. fact.* & alibi alias. Verum revertor ad *l* 4. *b. t.* Dictum ibi, quod per hoc judicium fit diviſio rerum corporalium Inde de puteo quæritur in §. 1. & Ulpianus, Melam ſequutus, ait, vel de eo agi poſſe: etſi non ſemper; ſed ſi ſolum commune ſit. quid, ſi unus habeat putei proprietatem; alter aquæ hauſtum ex puteo? non eſt commune ſolum, nec communio juris. non enim habeo aquæ hauſtum in puteo meo; non habens rei meæ ſervitutem. nihil igitur eſt inter nos commune, & ideo ceſſat actio communi dividundo. Si tamen aquæductus, a fundo ſeparatus, ut fieri poteſt, plurium communis ſit; placuit, etiam eum in utile communi dividundo judicium venire; ut menſura, aut tempore dividatur *l.* 19. §. 2. *b. t.* idque etiam in uſufructu qui æque incorporalis eſt, obſervatur *l.* 7. §. 10. *b. t.*

Sed, ut apparet, competit actio communi dividundo, ſi res communes ſint. nec diſtinguit Prætor, quomodo ſint communes: utrum cum ſocietate, an ſine ſocietate. utroque igitur caſu locus eſt actioni communi dividundo *l.* 1. *b. t.* Cum ſocietate res communis eſt: veluti inter eos qui pariter eamdem rem emerunt: ſine ſocietate communis eſt, veluti inter eos quibus eadem res teſtamento legata eſt *l.* 2. *b. t.*

Datur igitur communi dividundo actio inter eos quibus res communes ſunt. tales vero eſſe dominos rerum communium, optime obſervat Ulpianus *l.* 4. *b. t.* nam hi poſſunt rem communem pro parte vindicare. id vero eſt; communi dividundo agere: cum ea actione quisque rem communem pro parte ſuam eſſe dicat; utrum autem habeat dominium jure civili: an jus aliquod dominio pro-

ximum, nihil refert: quid ni enim agat actione communi dividundo, qui non fit dominus jure civili: cum dominus habeatur jure Prætorio; & utilem exerceat communi dividundo actionem, ut non habeat directam jure civili? Eo fenfu dixit Ulpianus *l.* 7. *h. t.* Communi dividundo judicium locum habere & in vectigali agro.

Similiter poffunt qui Publicianam in rem actionem habent, communi dividundo judicium exercere *d. l.* 7. §. 2. quia jure Prætorio quafi domini habentur. §. 4. *Inft. de action.* Præterea ait Ulpianus *d l.* 7. §. 6. fi duo rem pignori acceperint: æquiffimum effe, his dari utile communi dividundo judicium. idemque effe; fi de ufufructu fit inter duos controverfia §. 7. *d. l.* 7. nempe habet uterque, & creditor pigneratitius, & fructuarius, jus in re; ac propter illud, in rem actionem. Aliqua fuerit forte difficultas in §. 8: fi duo fint a Prætore miffi in poffeffionem legatorum. fed Ulpianus ait, effe juftam caufam cuftodiæ gratia. ergo & fi duo ventres: idem fore dicendum, & habere rationem. plane, fi damni infecti juffus fit poffidere: non erit, inquit, huic utili judicio locus: cum vindicationem habere poffit §. 9. *d. l.* 7.

Obtinet igitur actio communi dividundo plerumque, ubi rei vindicatio locum habet. imo (quod obfervat Ulpianus *d. l.* 7. §. 3.) ceffat quidem illa ex quibusdam caufis, fed tamen fi fit jufta poffidendi caufa, competit utile communi dividundo judicium: ut puta, fi res poffideatur ex caufa indebiti foluti.

Vix opus admoneri, judicium communi dividundo locum non habere inter prædones; nec fi precario poffident; nec fi clam: quia injufta eft poffeffio ifta; illa quidem jufta, fed non pergit ad judicii vigorem *d. l.* 7. §. 4. Ea ratione neque colonis, neque eis qui depofitum fufceperunt, hoc judicium competit, quamvis naturaliter poffident *d. l.* 7. §. 11.

Porro ait Prætor, *Arbitrum dabo: cujus arbitratu res communes fingulis pro parte adjudicentur: item, fi quid in his damni datum factumve erit, five quid eo nomine alicui aberit, aut ad eum pervenerit, ut id præftetur.* Ex hac claufula intelligitur, hanc actionem, perinde ut fuperiores, ex duobus confiftere: primum ex rebus, deinde ex præftationibus perfonalibus *l.* 4. §. 3. *h. t.* ultra nihil in hanc actionem venit *l.* 3. *h. t.* cætera eadem funt quæ in familiæ ercifcundæ judicio tractavimus *l.* 6. §. 11. *h. t.* Si quid ipfi fine dolo malo inter fe pepigerint, id in primis & familiæ ercifcundæ & communi dividundo fervare Judex debet. *d. l.* 3. §. 1.

TITULUS IV.

Ad exhibendum.

Actionibus plerisque in rem, item noxalibus quæ funt in perfonam, fed in rem fcriptæ, & mixtis tam in rem quam in perfonam de quibus actum eft hactenus, fubjicitur actio ad exhibendum, & ipfa in perfonam, fimul in rem fcripta eoque actiones in rem in aliquibus imitans. præterea non principalis actio, fed alterius actionis, vindicationis, verbi gratia, præparatoria. Forma Edicti quo propofita ea actio fuit, me auctore, fic confingenda. *Ad exhibendum fi agetur ab eo qui rem judicio petiturus eft, ob id quod fua interfit; neque ea res arbitrio Judicis ei exhibeatur: adverfus eum qui eam poffidere dicetur, quanti ea res erit, judicium dabo.* Utilitatem Edicti commendaturus more fuo Ulpianus in *l.* 1. *h. t.* fic fcribit: *Hæc actio perquam neceffaria eft, & vis ejus in ufu cotidiano eft, & propter vindicationes inducta eft.* Et in *l.* 2. mox ex Paulo illuftrandi Ulpiani gratia fubjicitur: *Exhibere eft, facere in publico poteftatem, ut ei qui agat, experiundi fit copia.* Senfus conjuncti utriusque loci huc redit: quod ufus hujus actionis qui eft infignis & quotidianus, fere in eo confiftit; ut qui non poteft agere re non exhibita, cum ejus intereft agere, rei exhibitione accipiat experiundi facultatem. id multis modis contingere, attingam paulo poft. hoc loco fuffecerit, intelligi, illam actionem effe tantum alterius præparatoriam; ideoque principali deficiente, quia jam non intereft agi, nec acceforiæ ufum effe: fupervacua præparatione ejus quæ fequutura non fit.

Expofui Edicti utilitatem. porro disputabo de nomine & proprietate actionis eo propofitæ. ipfa in Rubrica & paffim fub hoc Titulo vocatur ad exhibendum: petito Rubricæ & actionis nomine a primis Edicti verbis. Effe vero perfonalem, auctor eft Ulpianus *l.* 3. §. 3. *h. t.* animadverfo, niti non dominio, aut jure in re: unde in rem actio nafcitur: fed obligatione quafi ex contractu: quam æquitas, cum Difputatione Fori, tum Edicto Prætoris, induxit. hanc opinionem juvat hoc Ulpiani *d. l.* 3. § 1. *Qui ad exhibendum agit, non utique dominum fe dicit, nec debet oftendere; cum multæ fint caufæ ad exhibendum agendi.* Accedit illud §. 9. *d. l. Judex igitur fummatim debebit cognofcere, an ejus interfit, non an ejus res fit, & fic jubere vel exhiberi, vel non, quia nihil interfit.* Ulpiani fenfus: quod actor, quia hac actione non agit, ut res ejus declaretur; ideo non habet opus, dicere, fe dominum effe. contra funt multæ aliæ caufæ, præter dominium, propter quas poffit ejus intereffe, fibi rem de qua acturus fit, exhiberi. intendit igitur hac actione, reum oportere rem exhibere, id eft, oportere facere, & fi non exhibeat, five non faciat, actori præftare quod ejus interfit, rem exhibitam effe. Hoc effe proprium actionis in perfonam, tam res loquitur, quam Juftinianus atteftatur §. 1. *Inft. de actionibus.* Nec tamen inficier, hanc actionem in aliquibus habere imaginem actionum in rem. at non idcirco fit actio in rem. potius dixerim, non definere propterea effe in perfonam: tantum eo effici, eam non in omnibus finiri terminis actionum in perfonam; fed in quibusdam eos egredi.

Demonftrato, perfonalem effe ad exhibendum actionem: age nunc reliquam ejus formam explicemus: & primum quidem, quid agat: deinde, cui competat, & adverfus quem: & poftremo, in quo verfetur Judicis officium. Quod ad primum attinet: omnis ejus vis fpectat ad exhibitionem rei, deinde in principali judicio petendæ. idcirco ad exhibendum vocatur a primis Edicti verbis. Ea verba fuere: *Ad exhibendum fi agetur ab eo qui rem judicio petiturus eft.* Eft autem *exhibere*, ut ex Paulo *l.* 2. dictum, *facere in publico poteftatem, ut ei, qui agat, experiundi fit copia.* In publico vero fignificat, palam. Plenius Ulpianus *l.* 3. §. 8. *D. de hom. lib. exhib.* ait, Exhibere effe, in publicum producere, & videndi tangendique hominis facultatem præbere: proprie autem exhibere effe, extra fecretum habere.

Rei autem appellatione Prætor defignat rem corporalem, non omnem, fed mobilem & certam. Id confequens eft exhibendi verbo. fola enim poteft res corporalis ac certa tangi ac videri. folam præterea rem mobilem in publicum produci extraque fecretum haberi, ratio patitur. rem

im-

immobilem, ut domum aut fundum, exhiberi nihil attinet; cum se ipsa exhibeat ultro: itaque ubi fit mentio actionis ad exhibendum, fere est sermo de re mobili *l.* 56. *D. de procuratorib.* ut de servo *l.* 3. §. 6. *D. h. t.* gemma, sigillo *l.* 6. *h. t.* rota vehiculo aptata *l.* 7. §. 1. de tabulis testamenti vel codicillis ab herede petendis *d. l.* 3. §. 8. de stercore in aream meam congesto *l.* 5. §. 3. de rate in alterius agrum delata vi fluminis *d. l.* 5. §. 4. si ex uvis meis mustum fecerit quis, vel ex olivis oleum, vel ex lana vestimenta *l.* 11. §. 3. & similibus.

Hoc non omittam: (convenit enim rei corporali ac certæ, soli in hanc actionem, inque rei vindicationem, venienti) quod, quisquis in rem agit, auctore Ulpiano in *l.* 6. *D. de rei vindicatione*, eam bene designare debet. eodemque modo in *l.* 3. *D. h. t.* monstrante Florentino exemplari, idem scribit Ulpianus: *In hac actione actor omnia nosse debet, & dicere argumenta rei de qua agitur.* In memoria quidem habeo, pro *dicere*, in Margine apud Haloandrum, Hugonem a Porta, Juntas, nec non apud Johannem Cruceum Picardum *in Annot. ad d. l.* 3. reperiri, *discere:* eamque lectionem Viro Clarissimo, C. Van Bynkershoek, Senatori, in *Præfation ad libros* IV. *Observationum* adeo placere: ut de ea non esse dubitandum, sibi aliisque omni modo persuadeat. Sed mihi videntur pugnantia, actorem in hac actione oportere ultro ex se nosse omnia rei qua de agitur argumenta; & interim debere a reo discere omnia. quid, si ne jus quidem ferat, reum teneri, actori omnia suppeditare argumenta rei de qua agitur? Esse tamen hæc consequentia superiori correctioni, nimis liquet. Ignoscat igitur mihi Doctissimus Senator; malenti, in *d. l.* 3. retinere verbum, *dicere*, quod est Florentiæ. Id valet idem quod edere, sive (ut Ulpianus in *d. l.* 6. loquitur) designare: denique vult, In hac actione actorem debere omnia nosse & edere, sive designare, argumenta rei de qua agitur. videlicet, ut reus, etiam ut Judex, intelligat, quid actori exhiberi debeat. Sic vides sensum Ulpiani sine emendatione sane bonum: eoque indicari simul usum juris, usque adeo veri & explorati: ut ipse Ulpianus de cujus scriptura lis est, in *d. l.* 3. §. 7. hic speciale quid observet in actione noxali: nam in hac (& est valde notandum) ambigi, si domino servum defendere parato, actor destinare ne queat, nisi ex præsentibus, quia aut servum non recognoscit, aut nomen non tenet; an exhibenda illi sit familia: eum in finem, ut noxium servum agnoscat, id est, ut omnia discat argumenta rei qua de agitur. putat autem, hoc esse æquum, & ex causa fieri oportere ad designandum eum cujus nomine quis agit, recensitione servorum facta. Sit igitur ex Ulpiani sententia in *d.* §. 7. *l.* 3. (cui addo *l.* 3. §. 2. *D. de publicanis*) hoc plane singulare in noxali actione; & in hac, ut ille ait, non simpliciter, nec semper, sed tantum ex causa, id est, causa cognita, indulgendum. Alias est verissimum, (quod in *d. l.* 3. dicitur) *In hac actione actorem omnia nosse debere & dicere argumenta rei de qua agitur:* perinde ut in rei vindicatione: utraque actione pari hac in parte: cum in neutrum alia deducatur res, quam corporalis & certa. ideoque ut a reo & Judice intelligatur, bene designanda.

Sequens tractatus erit, cui competat ad exhibendum actio. Non longe petam designatum Prætoris verbis: *Ad exhibendum si agetur ab eo qui rem judicio petiturus est, ob id quod sua interfit.* Prætor hanc actionem dat ei, qui rem quam judicio petiturus sit, sibi exhiberi postulet: eo quod ejus interfit, eam sibi exhiberi. Præit Neratius: eleganter definiens ex sententia Ulpiani *d. l.* 3. §. 11. *Judicem ad exhibendum hactenus cognoscere, an justam & probabilem causam habeat actionis propter quam exhiberi sibi desideret.* Dicamus igitur, acturo hac actione duo esse probanda: primum, sua interesse, rem quam judicio petiturus est, sibi exhiberi: deinde interesse sua, id fieri propter actionem quam jam habeat, aut speret habere, re exhibita. si alterum desit; cessat ad exhibendum actio. de utroque videamus. primum ait Ulpianus *d. l.* 3. §. 9. actorem probare oportere, sua interesse, rem quam judicio petiturus sit, sibi exhiberi: de eoque Judicem summatim cognoscere. Interesse porro ejus, Gajus *l.* 13. *h. t.* exponit, si ejus intersit *peculiariter.* Sic Florentiæ extat. In vulgato Accursii exemplari est, *pecuniariter:* ut in *l. ult. D. de privat. delict.* forte melius. Ecce: quod est thema *d. l.* 13. aliquis hominem liberum detinet pro servo. alius postulat, eum exhiberi. an ei utilis sit ad exhibendum actio? Gajus ait, eum quidem habere interdictum de libero homine exhibendo: (nempe, si dolo malo detineatur. nec ei moveatur controversia de libertate *l.* 3. §. 7. *D. de hom. lib. exhib.*) sed actionem ad exhibendum illi esse inutilem: eo quod hæc creditur competere ei cujus pecuniariter interest. ne autem homo liber servitute prematur, interest quidem hominis ex justa affectione tuendæ libertatis: sed non interest ejus pecuniariter; quia libertas non est res privata, sed publica *l.* 53. *D. de fideicom. libert.* At enim Paulus *l.* 12. *D. h. t. De eo*, inquit, *exhibendo quem quis in libertatem vindicare velit, huic actioni locus esse potest.* Sed retinenda Pauli verba. non ait, semper atque indistincte esse huic actioni locum; si quis velit, liberum exhiberi hominem quem sit vindicaturus in libertatem: sed ei posse locum esse. quid ni enim petat quis, hominem liberum quem velit vindicare in libertatem, sibi exhiberi; si quando possit ejus pecuniariter interesse propter eam actionem? fuerit talis casus: (quem observat Accursius) si patronus libertum suum qui ab alio possidetur tanquam servus, velit vindicare in libertatem. interest enim ejus pecuniariter, propter obsequia, operas, & munus. jure igitur agat hic ad exhibendum, etsi alias non posset agere.

Oportet igitur acturum ad exhibendum, probare, sua interesse; rem exhiberi sibi: sed sua interesse, propter actionem quam habeat, aut speret exhibita. Estque id vel eo notandum, quod sic intelligitur hanc actionem non esse principalem actionem; sed esse alterius actionis præparatoriam: ideoque non dari alii, quam qui potest ostendere, sua interesse, rem propterea sibi exhiberi: quod sit acturus alia actione quam demum possit instituere, re exhibita. Atque hoc indigitat Ulpianus *l.* 1. *h. t.* dicens quod hæc actio maxime inducta est propter vindicationes. proinde si non ostendatur vindicatio, verbi gratia: an est opus actione ad exhibendum, tantum ad præparandam aliam actionem pertinente? contra recte ait Ulpianus *d. l.* 3. §. 3. quod hæc actio ei competit, qui in rem acturus est qualicumque in rem actione: etiam pigneratitia Serviana, sive hypothecaria. idemque in § 4. dicit de actione confessoria qua vindicetur ususfructus, puta, rei mobilis. Sed hæc actio, ut Ulpianus *d. l.* 3. §. 1. ait, non stat intra præparationem actionum in rem, ut necesse sit hac acturo, utique dicere, se dominum esse: sed sunt & aliæ multæ causæ ad exhibendum agendi; etsi actoris res non sit; modo ejus intersit *d. l.* 3. §. 9. propter personalem actionem. Ex eo genere est noxalis actio: de qua sic scribit Ulpianus *d. l.* 3. §. 7. Si quis noxali judicio experiri

velit, ad exhibendum ei actio necessaria est. quid enim si dominus quidem paratus sit defendere, actor vero destinare non possit, nisi ex præsentibus, quia aut servum non recognoscit, aut nomen non tenet: nonne æquum est, ei familiam exhibere, ut noxium servum agnoscat? & ait Ulpianus, quod ex causa debet fieri ad designandum eum cujus nomine noxali quis agit, recensitione servorum facta. Simile exemplum est in interdictis *d. l.* 3. §. 5. ut de glande legenda *l.* 9. §. 1. *D. h. t.* & similibus. Aliud exemplum est in criminibus: de quibus sic Ulpianus *l. ult. D. h. t.* quæ est ex *lib.* 2. *Regularum: Quæstionis habendæ causa ad exhibendum agitur ex delictis servorum ad vindicandos conscios suos.*

Satis dixi, quid juris sit; si quis acturus ad exhibendum ostendat, sua interesse rem exhiberi, propter actionem quam jam habet paratam. Adhuc dicendum idem esse; si eam non habeat quidem; sed speret, habere, re exhibita. Tale exemplum Ulpiano *d. l.* 3. §. 6. *h. t.* est, legata optione. fac: relicta mihi est optio servi, vel cujus alterius rei: volo optare; id est, eligere. non possum, non exhibita testatoris familia. an possum agere ad exibendum? ait Ulpianus, me agere posse, & hoc constare. Atqui vindicationem, ante quam optavi, nullam habeo. ita interest mea, familiam mihi exhiberi, tamen non interest mea, propter vindicationem quam non habeo. Sed putat Ulpianus, mihi sufficere spem, fore; ut exhibita familia vindicare possim. Plus ait Ulpianus §. 10. *d. l.* 3. si legata mihi ex pluribus sit res una quam optaverit Titius: non est mea, antequam optavit Titius: sed futura erit mea, optione a Titio facta. igitur sicut interest mea, a Titio optari, & exhiberi ei: ita æquum est, eo nomine mihi hanc actionem dari. Superiori exemplo affine est sequens apud Paulum *l.* 6. *h. t.* proponitur ibi gemma inclusa annulo, aut sigillum candelabro. non potest gemma vindicari ab eo cujus fuit ante, quam annulo inclusa esset, quia non est dominus gemmæ annulo inhærentis. contra gemma est pars annuli, eoque domini annuli jure accessionis. rei autem vindicatio datur quidem domino adversus possessorem qui non sit dominus; sed non domino adversus dominum non datur. interest igitur ejus cujus gemma fuit, eam exhiberi. Nec obstat, quod ei nulla gemmæ est vindicatio, actione ad exhibendum præparanda. Nam hæc erit; dominio gemmæ ejus ab annulo separatione ad antiquum dominum reversuro. quod sufficere, putat Paulus. Similia adfert Ulpianus *l.* 7. §. 1. & 2. *h. t.* sed non egent explicatione. solum monebo, quod in tigno ædibus juncto non idem censet Paulus *d. l.* 6. imo negat, ad exhibendum de eo agi: propter Legem Duodecim Tabularum; quæ vetuit, tignum alienum ædibus junctum solvi: sed voluit agi actione de tigno juncto in duplum: de quo ut & cæteris disputavi plenius supra sub Titulo, *De rei vindicatione.*

Apparet igitur, quod initio dixi, hanc actionem competere demum ei cujus pecuniariter intersit, rem sibi exhiberi, propter justam & probabilem causam actionis quam aut paratam habeat, aut speret re exhibita habere. Non minus vere observavi, eam cessare, altero deficiente. Intererit, & hoc exemplo demonstrasse. In *d. l.* 3. §. 11. occurrit tale apud Ulpianum: Fur, aut prædo, verbi gratia, postquam desiit possidere rem quam furto aut rapina abstulit, ab eo cui abstulit, conventus actione ad exhibendum, eadem actione repetit eum ad quem ea pervenit. an potest? certe interest ejus, rem sibi exhiberi: quia ipse domino tenetur exhibere & restituere. actio autem ad exhibendum datur ei cujus interest. Sed id nequaquam verum esse, Ulpianus ait: & causatur; quod non sufficit, actoris interesse: sed oportet ejus interesse propter justam & probabilem rationem: ex qua competat ei aut interdictum aut actio, rei vindicatio, verbi gratia. at in proposito fur neque interdicturus, neque vindicaturus est. non igitur danda ei est ad exhibendum actio, quamvis intersit ejus: non patiente civili aut naturali ratione tuendæ humanæ societatis, aliquem de improbitate sua facere lucrum *l.* 12. §. 1. *D. de furtis.* Pulchrum fuit superius exemplum: sed æque pulchrum erit sequens. ex *l.* 19. *D. h. t.* aliquis putat, sibi deberi aliquid, & hoc posse liquere ex adversarii rationibus. idcirco petit, has ab eo sibi exhiberi. an jure, quæritur? Non est dubium; quin intersit ejus, eas exhiberi; nec magis dubium, quin liceat ad exhibendum agere omnibus, quorum interest. Paulus tamen negat, eum habere hanc actionem: quia, ut in antecessum dictum, non oportet qualiter qualiter interesse actoris; sed oportet ejus interesse, propter sequuturam rationum vindicationem, his exhibitis: quod in proposito non est: quia rationes non sunt ejus. Paulus id illustrat exemplo: dicens, aliter existimantibus, etiam studiosum alicujus doctrinæ posse dicere, sua interesse, illos aut illos libros sibi exhiberi: quia exhibitis, lectisque, doctior & melior futurus esset. sed hoc, inquit Paulus, est calumniari, & captare Edicti verba: quod non decet jus civile. Prætori enim, cum vult interesse actoris, ut hanc impetret actionem, non sufficit, ejus qualiter qualiter interesse: sed ejus pecuniariter interesse, & quidem ob justam & probabilem causam actionis, quam aut jam habeat, aut speret habere, re exhibita.

Est tamen casus in quo Ulpianus refert, receptum esse, sed benigne: ut cessante actione directa ad exhibendum, detur in factum, id est, utilis. is casus in *d. l.* 3. § 14. *h. t.* est hujusmodi: Uxoris meæ servus meas rationes conscripsit. hæ rationes a te possidentur. desidero, eas exhiberi. an possim agere ad exhibendum? ait Ulpianus, si mea est charta, in qua scriptæ sint rationes, esse huic actioni locum evidente ratione; quod interest mea pecuniariter, chartam scriptam mihi exhiberi; & exhibitam, a me vindicari. at si charta non est mea; ne scriptum quidem meum est. intersit igitur mea pecuniariter, mihi chartam scriptam exhiberi: quia tamen exhibitam non potero vindicare; ait Ulpianus, cessare ad exhibendum actionem: cum mea non intersit propter actionem. Hoc servantibus Edicti verba: sed Ulpianus, Juliani auctoritate motus, ait, effici æquitate exhibitionis, id est, mente Edicti de ea propositi: ut quamvis nequeat actione directa ad exhibendum agi; nihilominus actio in factum, id est, utilis, mihi competat. pendet vero hæc æquitas ab eo; quod charta quidem, in qua est scriptum, non est mea, sed est, interim in ea scriptum meo nomine: & ut casus talis non contineatur Edicti verbis; non idcirco Edicti mente excluditur. ita nec debet carere utili actione; licet non habeat directam.

Possit huic parti satisfactum videri, nisi adjuvandus adhuc esset Paulus in verbis sequentibus *l.* 12. §. 3. *h. t. Si quis ex uvis meis mustum fecerit, vel ex olivis oleum, vel ex lana vestimenta: cum sciret hæc aliena esse: utriusque nomine ad exhibendum tenetur: quia quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est.* Tu ex meis uvis fecisti mulsum, aut ex meis olivis oleum, aut ex mea lana vestimenta. utri competit ad exhibendum actio: mihi qui materiæ dominus fui, an tibi qui fecisti mulsum, oleum, aut vestimenta? dubitatio vertitur: utrius sit

fit nova species. nemo ignorat, de ea fuisse litem inter Proculianos & Sabinianos; his materiam, illis formam, præferentibus: sed obtinuisse mediam sententiam distinguentium; utrum nova species possit reduci ad veterem & rudem materiam; an non possit: & priore casu Sabini, posteriore Proculi, sententiam approbantium. Hoc apparet ex Gajo *l.* 7. §. 7. *D. de adq. rer. dom.* nec minus ex Paulo nostro *l.* 24. *&* 26. *D. eod. tit.* Sic ultro sequitur, quid idem intenderit Paulus *d. l.* 12. §. 3. voluit nimirum, vase, verbi gratia, facto ex aliena argenti massa, eum cujus argentum fuit, esse vasis dominum: quia vas potest conflari, & ad veterem & rudem argenti massam reduci: ea igitur ratione illi competere tam actionem ad exhibendum, quam rei vindicationem: at non ita esse; si quis ex uvis meis mulsum, ex olivis meis oleum, ex lana mea vestimentum, fecerit. nam uvæ esse desiere, facto mulso, & olivæ facto oleo; nec deinde aut uvæ aut olivæ restitui possunt. similiter lana vestimento facto, non est lana, sed laneum corpus: ut egregie Paulus *d. l.* 24. *&* 26. Erit igitur in his actio ad exhibendum ejus qui speciem fecit; sicut vindicatio est ejus: modo speciem fecerit suo nomine *d. l.* 7. §. 7. eoque etiam bona fide: ignorans, alienam esse materiam ex qua speciem fecit. Hoc sedit Paulo *d. l.* 12. §. 3. atque evidenter. nam si speciem fecit, cum sciret, hæc aliena esse: ait Paulus, speciei dominum esse qui materiæ, id est, uvarum, olivarum, aut lanæ dominus fuit: qui vero speciem fecit, hunc non esse ejus dominum: quia intelligitur eam fecisse alieno nomine; ideoque domino uvarum, olivarum, & lanæ, id est, materiæ, ex qua factum est mulsum, oleum, aut vestimentum, ad hæc exhibenda teneri; sicut ei, post exhibitionem, tenebitur rei vindicatione. eum certe de improbitate sua lucrum facere, & accipere actionem quam non habuit, non oportet.

Concludamus igitur & dicamus, oportere eum qui ad exhibendum sit acturus, dicere, sua propter actionem qua deinde acturus sit, pecuniariter interesse, rem sibi exhiberi. at quo tempore? Ulpianus *l.* 7. §. *ult. h. t.* Pomponium secutus, ait oportere ejus utroque tempore interfuisse, rem ei restitui: hoc est, & quo lis contestatur, & quo fit condemnatio. & ita Labeoni placere.

Ultra modum videar diligens: si sustineam adhuc admonere, oportere Judicem cognoscere, an actoris intersit. id enim, cum facti sit, scire qui potest, nisi cognoscat prius. Sed absolvit me ab ineptia Ulpianus *l.* 3. §. 9. *h. t.* observans, Judicem æque debere hic atque alibi cognoscere, antequam jubeat aut vetet fieri: enimvero in præsenti summariam sufficere cognitionem: plena principali judicio reservata. Igitur non intercedit §. 13. quo minus debeat Judex, per arbitrium sibi ex hac actione commissum, etiam exceptiones æstimare, quas possessor objicit: & si qua tam evidens sit, ut agentem facile repellat, debere possessorem absolvi: si obscurior, vel quæ habeat altiorem quæstionem, differendam in directum judicium re exhiberi jussa. imo ait Ulpianus, de quibusdam exceptionibus omnimodo ipsum debere disceptare, qui ad exhibendum actione judicat: veluti pacti conventi, doli mali, jurisjurandi, rei quæ judicata est.

Postquam dixi, cui competat ad exhibendum actio; postulat ordo tractari, adversus quem detur. Huc pertinent sequentia Edicti verba quæ collegi ex *l.* 3. §. *ult. h. t.* *Adversus eum qui eam possidebit, judicium dabo.* Hæc verba indicant, actionem ad exhibendum, a Prætore permitti adversus possessorem. Atqui personalis est hæc actio *d. l.* 3. §. 3. Sed in rem scripta. ita datur quidem adversus possessorem: at jure obligationis, volente Edicti æquitate: ut alibi observamus.

Datur igitur hæc actio adversus possessorem: & quia indistincte; nihil refert, qualis sit; qui convenitur; civilis, an naturalis. solum quæritur, an possideat; non quo modo: pari in omnibus exhibendi ratione. quid, si non possideat quis; sed tantum teneat, & in possessione sit? Æque hic habet exhibendi restituendique facultatem. igitur vel ipse ex Prætoris mente pro possessore habetur, ob similitudinem rationis; licet alioquin ejus verbis non contineatur. Hæc plenius tractata sub Titulo, *De rei vindicatione*, & alioquin satis clara ex *d. l.* 3. §. *ult. l.* 4. *l.* 5. *pr.* §. 1. *& seqq.* hic non desiderant plura. Tamen huc revocandum hoc Pauli *l.* 12. §. 1. *h. t.* *Et filiusfamilias ea actione tenetur, si facultatem rei exhibendæ habet.* Quod enim hic nominatim fit mentio filiifamilias, ejus ratio est: ut intelligatur, interesse inter filiumfamilias & servum: nam si servus quidem teneat rem domini, filius autem familias rem patris, & uterque habeat exhibendæ rei facultatem: est clara differentia, quod cum servo nulla actio est; sed cum ejus domino est. contra potest filiusfamilias ex omnibus caussis, tamquam paterfamilias, conveniri. non tenetur igitur servus hac actione, licet teneat rem & habeat exhibendi facultatem; sed filiusfamilias ob rem, quam pater possidet, potest, si exhibendi facultatem habet, hac actione conveniri. In municipibus quoque fuit dubitatum, an vel ipsi hac actione teneantur. extat illa quæstio in *l.* 7. §. 3. *h. t.* ait autem Ulpianus; & pro ratione addit: *quia facultas est restituendi.* tum subjicit: *Nam & possidere & usucapere eos posse constat.* Cum ait, *Nam &*; voculam, *Nam*, accipe pro, *præterea:* ut sæpe. Rem autem confirmat *l.* 2. *D. de adq. possess.* Deinde ait Ulpianus *d. l.* 7. §. 3. *Idem & in collegiis cæterisque corporibus dicendum est.* Non ero gravis: si addidero præterea, quod ab eadem ratione ex contrario monet Ulpianus *d. l.* 5. §. *ult.* si quis non habeat restituendi facultatem, licet possideat, non tamen tenebitur ad exhibendum: & ponit exemplum; si in fuga servus sit. ad hoc plane, inquit, solum tenebitur, ut caveat, se exhibiturum, si in possessionem ejus pervenerit: sed & si non sit in fuga, permiseris autem ei, ubi velit, morari; idem erit dicendum, aut peregre a te missus sit, aut in prædiis tuis agat, ad hoc solum teneberis, ut caveas. Datur igitur hæc actio adversus possessorem qualemcumque; qui utique habeat exhibendi facultatem: nec opus moneri, adversus eum qui non possideat, eam actionem non dari: quia non habet exhibendi facultatem. Si tamen possedit, sed dolo malo desierit possidere, etsi non possideat; placuit Modestino, eum perinde teneri hac actione, ac si possideret *l.* 5. *C. h. t.* videlicet, quia dolus pro possessione habetur. Idemque & Julianum jam olim existimasse in compluribus speciebus, attestatur Ulpianus *l.* 9. *h. t.* iisque addi potest Pomponius *l.* 14. *d. t.* Sed de his omnibus accuratius supra sub Tit. *De hereditatis petitione*, & Tit. *De rei vindicatione.*

Illud non silebo; (est enim consequens superioribus) quod si quis non possideat tempore litis contestatæ, sed cœperit postea ante sententiam possidere, oportet dici ex sententia Ulpiani, debere condemnari, nisi restituat *l.* 7. §. 4. *h. t.* Contra in §. 5. infit, si quis cum judicii accepti tempore possideret; sed postea sine dolo malo possidere desierit, absolvi eum oportere. Et mox sic pergit: Quamvis sit, inquit, Pomponius, quod ei

ei imputetur, cur non statim restituat, sed passus est, secum litem contestari *d. l.* 7. §. 5. Est vero in his notandus usus voculæ, *quamvis*: quam hic pro, *nisi*, accipi, dudum notavi *lib. sing. Ad Leg. Aquil. c.* 7. ex conjunctione *l.* 15. §. *ult. D. de rei vindic.* Rursus scribit Ulpianus §. 6. *d. l.* 7. *h. t.* ex sententia Pomponii, Si quis litis contestatæ tempore possederit, deinde desierit possidere, mox cœperit, sive ex eadem causa, sive ex alia, condemnari eum oportere, nisi restituat.

Indicavi, cui & adversus quem detur hæc actio: excepto, quod de heredibus nihil dixi. De his igitur Paulus sic scribit: *Heres non quasi heres, sed suo nomine hac actione uti potest. item heres possessoris suo nomine tenetur. Igitur non procedit quærere, an heredi & in heredem danda sit. Plane ex dolo defuncti danda est in heredem hæc actio, si locupletior hereditas eo nomine facta sit: veluti quod pretium rei consecutus sit. l.* 12. §. *ult. h. t.* Hic locus ostendit, actionem ad exhibendum vel hac in parte recedere a forma personalium actionum quæ solent heredibus & adversus heredes dari. fuit tamen justæ rationis, observari quod Paulus dixit. primum non datur heredi qua heredi; sed ei datur proprio nomine: datur enim ei cujus interest, rem exhiberi propter actionem qua acturus sit re exhibita. potest autem fieri; ut heredis non intersit, eam exhiberi. fac, aliquem habere actionem ad exhibendum, quia ejus interest exhiberi eo quo dixi modo. fac, duos relinquere heredes, uni prælegare rem ab alio possessam. potest hic cui prælegata est, agere ad exhibendum: non, quia est heres: sed quia ei prælegata est; eoque interest ejus proprio nomine, rem exhiberi, propter vindicationem qua acturus sit re exhibita. Alter heres ad exhibendum agere non potest: quia non interest ejus: qui re exhibita, non erit dominus, nec habiturus rei vindicationem. Non datur quoque hæc actio adversus heredem tamquam heredem: cum possit accidere; ut heres possessoris neque possideat, neque fecerit dolo malo, quo minus possideret. quod ubi fit: apparet, cessare actionem quæ tantum datur adversus possessorem. cæterum, si dicatur ipse possidere; jam tenebitur hac actione: at non ut heres, sed proprio nomine, tamquam possessor. Hæc: si defuncti hereditas ejus dolo non sit locupletior facta. nam si id sit; ait Paulus, ex defuncti dolo etiam heredem qua heredem hac actione teneri: absolutissimo jure, (ut dicitur *l. unic. C. Ex delict. defunct. in quant. hered. conven.*) ne alieno scelere ditetur. Esse vero talem casum ait Paulus, si quod rei pretium consecutus sit. Sic Paulus *d. l.* 12. §. *ult.* & est observandum, quod is locus potest conjungi cum *l.* 42. *D. de rei vind.* quæ est ex eodem *lib.* 26. *Ad Edictum*, ostenditque, sic idem in rei vindicatione obtinere.

Reliquum est; ut de officio Judicis disseramus. De eo sic Prætor: *Neque ea res ei arbitrio Judicis exhibeatur, quanti ea res erit, judicium dabo.* Prætoris verba volunt, rem qua de agitur, actori a possessore in hoc judicio Judicis arbitrio exhiberi. atque hinc actio hæc a Justiniano §. 31. *Inst. de actionibus* arbitraria appellatur; & Ulpianus *l.* 3. §. 13. *h. t.* meminit arbitrii, Judici ex hac actione commissi. De cætero convenit officio Judicis, primum cognoscere; an actoris pecuniariter intersit, ei rem exhiberi, propter actionem qua acturus sit, re exhibita: & deinde, an reus possideat. quod si utrumque ei liqueat summatim; (sic enim de hoc cognoscere, eum, supra dictum) duplex intervenit sententia: una interlocutoria, altera definitiva. priore jubetur possessor, actori rem exhibere; &, si pareat Judicis præcepto, liberatur: sin aliter; sequitur altera sententia: qua jam condemnatur, quanti ea res est, id est, ad id quod actoris interest, eam rem sibi exhibitam esse. Hæc summa, sed plenius explicanda: nam plures recipit quæstiones. una erit de tempore quo res exhiberi debeat? ac vult Paulus *l.* 12. §. 5. *h. t.* eam exhiberi statim: &, si neget reus, in præsenti se exhibere posse, & tempus exhibendi causa petat, idque sine frustratione postulare videatur; oportere ei tempus dari: si caveat, se exhibiturum certo die. quod & observatum a Justiniano §. 3. *Inst. de officio Judicis.* Altera quæstio erit de modo quo oporteat rem a possessore exhiberi. Nam quod dictum, eum juberi, rem exhibere, non est simpliciter accipiendum: non enim sufficit, rem qualiter qualiter exhiberi: sed opus est, ut & res exhibeatur, & rei causa, id est, ut eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si, cum primum ad exhibendum egisset, res exhibita fuisset. Hoc in *d.* §. 3. Justinianus. Idem Ulpianus *d. l.* 9. §. 5. Verba Ulpiani: *Quantum ad hanc actionem attinet, Exhibere est in eadem causa, in qua fuit, cum judicium acciperetur.* quem in finem? ait: *ut quis copiam rei habens possit exequi, actione quam destinavit, in nullo casu quam intendit læsa: quamvis non de restituendo, sed de exhibendo agatur.* Sic Florentiæ editur, *in nullo casu.* alias legitur, *in nulla causa.* quod probat Gulielmus Budæus V. CL. *Annot. in Pandect. pag.* 225. nec intercedo. vult autem Ulpianus, eamdem exhiberi rem quæ est petita. & hoc, opinor, fit; cum idem exhibetur corpus, eadem substantia, eadem forma. quod si non idem corpus, non eadem substantia, non eadem forma exhibeatur: alia exhibetur res, quam petita est; & ideo exhibita res non putatur. pone: quod est exemplum *d. l.* 9. §. 3. arbiter jussit exhiberi scyphum quem actor petiit sibi exhiberi. possessor exhibet massam. an exhibuit scyphum? Aliquis: idem est corpus, eadem substantia. Ovidius *lib.* 15. *Metamorph. fab.* 3. *vers.* 169.

Utque novis fragilis signatur cera figuris,
Nec manet, ut fuerat, nec formas servat easdem.
Sed tamen ipsa eadem est. - - -

Vere; si naturam spectemus & veritatem. at aliud suadent humani usus & populares affectus. ac secundum hos Ulpianus *d. l.* 9. §. 3. ex scypho massa facta, perinde accipit rem, ac si scyphus in aliam speciem esset translatus: præfatus, quod quamquam massam exhibet, tamen mutata forma, prope interempta rei substantia est, populari sensu, & ex humano usu *l.* 13. §. 1. *D. de verb. signif.* ac simile quid ex *l.* 10. §. 5. *D. Quib. mod. ususfr. amit.* quæ ejusdem Ulpiani est, jam observavi *lib.* 2. *De usufructu c.* XI.

Quid, si quis eamdem exhibeat rem, sed deteriorem? aliquis putet, eum adhuc ad exhibendum teneri: atque ita Sabinum existimasse *d. l.* 9. §. 3. Sed Ulpianus Sabini verba restringit ad expositum modo casum: in quo res dolo malo erat translata in aliam formam; massa ex scypho facta. proinde si eadem manente specie res deterior exhibeatur, quam tempore litis contestatæ fuerit, aliud jus esse, idem attestatur Ulpianus *l.* 17. *D. h. t.* causatus; quod, ut deteriorem rem exhibuit, tamen rem exhibuit. quia exhibere est, facere in publico potestatem, ut ei qui agat, experiundi, id est, vindicandi, sit copia *l.* 2. *D. h. t.* Hanc autem facultatem habet, ea exhibita, etsi deteriore. id significat hoc Ulpiani *d. l.* 17. *Et nihil impedit directam actionem talis exhibitio.* nam actio directa Ulpiano hic, pariter ut in *l.* 3. §. 13. *d. t.* est principalis actio, sive rei vindicatio. subjicit tamen Ulpianus: Actio ex Lege Aquilia locum ha-

habere poteſt de hoc damno: quia non poteſt negari, rem eſſe ruptam, ſive corruptam. Sic eſt ex ſubtili jure: verbo *exhibendi*, quod eſt in Edicto, tantum nudam præſentiæ rei præſtationem ſignificante. at non ita eſt ex Edicti mente. teſtes Diocletianus & Maximianus *l.* 7. *C. h. t.* Vitalianis quibusdam hoc modo reſcribentes: *Exhibitionis neceſſitate tenetur, qui facultatem habens, culpam vel dolum in explendo præcepto committit: ita ut ſi rem deteriorem exhibuit, æquitas, exhibitionis perficiat, ut quamvis ad exhibendum agi non poſſit: in factum tamen actio contra eum detur.* Imperatores ajunt, ſi extet res quam exhibere Judex interlocutione ſua juſſerit; & poſſeſſor eam culpa vel dolo fecerit deteriorem, expletum quidem eſſe Judicis præceptum, id eſt, juſſum, ſecundum verba Edicti: quia utique exhibita res eſt, ſed æquitatem exhibitionis, Edicti mente comprehenſam, perficere tamen, ut in factum actio contra eum detur. Actio in factum eſt actio utilis, ut in *l.* 3. §. 14. *h. t.* & ſæpe alias. Vidimus Edicti ſubtilitatem, etiam æquitatem ex ejus mente. adhuc quærenda eſt inventæ æquitatis ratio. Mihi hæc ſuccurrit: quod Veteres noluerunt ſtare intra proprietatem verbi, *Exhibere:* quod eſt in Edicto, & præſentis rei exhibitione finitur *l.* 22. *l. ult. D. de verb. ſignif.* ſed exemplo verbi, *reſtituere*, in Edicto de rei vindicatione ad cujus præparationem exhibitio pertinet, id verbum aliquanto plenius explicare. Igitur ut verbum, *reſtituit*, eſt juris *l. ult.* §. 1. *D. d. t.* ſic placuit, verbum, *exhibere*, ex jure hic aliquid mutuari: cum alioquin ſit facti: & quemadmodum *reſtituit* qui non ſolum corpus, ſed etiam omnem rem conditionemque reddita cauſa præſtat *d. l. ult.* §. 1. *& d. l.* 22. ita Ulpianus *l.* 9. §. 5. *h. t.* in interpretatione hujus Edicti, Quantum, inquit, ad hanc actionem attinet, Exhibere eſt, in eadem cauſa præſtare, in qua fuit, cum judicium acciperetur: pari prorſus modo quo *reſtituere* accipitur in Edicto de rei vindicatione: adeo cum actione ad exhibendum agitur, quamvis non de reſtituendo, ſed exhibendo agitur; exhibere eſt, ſic exhibere, ut quis copiam rei habens, poſſit exequi actione quam deſtinavit in nulla cauſa (ſic legendum, *cauſa*, non *caſu*, ut eſt Florentiæ) quam intendit læſa. Expoſui ſenſum Ulpiani *d. l.* 9. §. 5. atque idem applicandus Juliano *l.* 42. *D. Ad Legem Aquiliam:* quam enim vocat *actionem ad exhibendum* eſt *actio in factum*, quam utilem appellavi.

Nec hoc fuerit a ratione alienum, poſtquam placuit, rem in eadem exhiberi cauſa in qua fuit tempore litis conteſtatæ, ſi res uſucapta ſit inter moras exhibendi, poſſeſſorem nihilominus condemnari §. 3. *Inſt. de offic. Judic.* adeo, ut Ulpianus ait, *ſi poſt litem conteſtatam, uſucaptum exhibeat, non videtur exhibuiſſe.* Quam ob rem? ait, *cum petitor intentionem ſuam perdiderit.* quid inde? ſic porro infert: *ideo abſolvi eum non oportere.* Excipit tamen: *Niſi paratus ſit repetita die intentionem ſuſcipere: ita ut fructus ſecundum Legem æſtimentur.* Sic Ulpianus *l.* 9. §. 6. *D. h. t.* Sed quia obſcurius, paucis illuſtrabo ſenſum. quam ille vocat, *Repititam diem*, Budæus, *Annot. in Pandect. p.* 225. interpretatur, retrorſum petitam, ut in *l.* 3. *D. de fid. inſtr.* ita erit ſenſus: Niſi poſſeſſor dicat, ſe eſſe paratum, id eſt, actori promittat, ſuſcipere ejus intentionem, ſive in rem actionem, quæ alias ſequutura fuiſſet; eaque, etjam perempta uſucapione, ad reſtitutionem teneri ex eo die quo eſt actum ad exhibendum, perinde quaſi uſucapio nulla interveniſſet. quod ſi fiat: jam is erit exitus; ut & fructus ex repetita illa die præſtentur ſecundum legem: id eſt, ſecundum promiſſionem illa conventione factam: niſi quis malit, (quod viſum Cujacio, *lib.* 9. *Obſerv. c.* 19.) ſecundum *Legem* explicare ſecundum Legem Duodecim Tabularum.

Debet igitur poſſeſſor (nam revertemur eo) rem cum ſua cauſa petitori reſtituere. ſed Juſtinianus §. 3. *Inſt. de offic. Judic.* ait, Judicem præterea oportere habere rationem fructuum medii temporis, id eſt, ejus quod poſt acceptum ad exhibendum judicium, ante rem judicatam interceſſerit. Similiter ait Ulpianus *d. l.* 9. §. 7. *h. t.* Sabinum putaviſſe, partum quoque reſtituendum: ſive prægnans fuerit mulier, ſive poſtea conceperit: eamque ſententiam & Pomponio probari. Poſſit quoque huc referri quod in *l.* 2. *D. de uſuris* ait Papinianus, vulgo receptum eſſe: ut quamvis in perſonam actum ſit, poſt litem tamen conteſtatam cauſa præſtetur. & porro addit, quod hujus opinionis ratio redditur, quoniam quale eſt, cum petitur, tale dari debet, ac propterea captos fructus, partumque editum reſtitui oportet.

Non ad hæc ſubſiſtit in *d. l.* 9. Ulpianus; ſed in §. *ult. præterea*, inquit, *utilitates ſi quæ amiſſæ ſunt ob hoc, quod non exhibetur, vel tardius quid exhibetur, æſtimandæ a Judice ſunt.* Subjicit porro: *Et ideo Neratius ait, utilitatem actoris venire in æſtimationem, non quanti res ſit: quæ utilitas, inquit, interdum minoris erit, quam res erit. Sed & ſi hereditas amiſſa ſit ob hoc, quod ſervus non exhibeatur, æquiſſimum eſt æſtimari officio judicis damnum hereditatis l.* 11. *h. t.* Nec hæc pars negligenda fuit interpretanti Edicti mentem. nam Ulpianus, ut mihi videtur, indicat hiſce verbis, ad quid actio ad exhibendum a Prætore detur; ſi non ſit a poſſeſſore paritum Judicis arbitrio. Dixit forte Prætor, ut poſui in Formula Edicti, *Quanti ea res erit, judicium dabo.* Sed Ulpianus, animadverſa Prætoris æquitate, quam in ſuperioribus attigi, non videtur ea verba ſua æſtimaſſe proprietate; ſed perinde accepiſſe, quaſi dixiſſet Prætor, quanti actoris interſit: ſic enim condemnationem fieri, indicat Imperator §. 3. *Inſt. de offic. Judic.* Datur igitur actio ad exhibendum, non ad ſolius corporis, reive, æſtimationem quam formula, Quanti res eſt proprie deſignat *l.* 193. *D. de verb. ſignif.* ſed ad omne quod actori abſit, quodque lucrari potuiſſet; ſi res exhibita fuiſſet: hoc enim verbo, id quod intereſt, continetur *l.* 13. *D. Ratam rem hab.* eoque modo etiam formulam, Quanti res eſt, alibi Veteres explicuerunt. Convenit certe ex ſententia Neratii quam Ulpianus refert *d.* §. *ult.* talis explicatio officio viri boni: arbitraturi, quid æquum ſit obſervari; ne actor, ob contumaciam aut culpam poſſeſſoris, non parentis præcepto Judicis, vel damno afficiatur, vel lucro careat. Cæterum nec hoc male Neratius, ut idem refert Ulpianus: quod cum actoris utilitas venit in hanc actionem; non quanti res eſt: ea utilitas interdum minoris erit, quam res erit.

Reliquum eſt, ut videamus quo modo æſtimationem fieri oporteat. ſit autem, aliquando ab actore, aliquando a Judice: ab actore quidem, ſi poſſeſſoris dolus aut contumacia accuſetur, jurejurando in litem fit ex affectione etiam in infinitum *l.* 3. §. 2. *h. t.* a Judice vero, ſi tantum poſſeſſoris culpa ſit: & tum non ex affectione fit in infinitum; ſed ex rei veritate *l.* 4. §. *ult. l.* 5. *pr. &* §. 3. *D. de in litem jurando.* Hoc nunc obiter: ſed ex profeſſo tractabitur infra ſub Titulo, *De in litem jurando.*

Hactenus conſuluit Judex utilitati actoris, probata ejus intentione. Porro addam, quod nec poſſeſſorem negligere eum oportet. nam ſi non paret quod intendit actor; æquum eſt, poſſeſſorem

rem absolvi. imo, si paret; adhuc debet habere rationem exceptionum quas ille allegat: eo modo quem ex *l.* 3. §. 13. supra tradidi.

In hac parte etiam de loco quo exhibitio fiat, arbitrari debet: item cujus sumptibus; nec minus ad curam ejus pertinebit, ut possessor, re exhibita, etiam alias indemnis sit. Sed de his omnibus quia plene & clare Ulpianus *l.* 11. §. 1 & *l.* 5. §. 3. & 4. licebit mihi ab hoc Titulo recedere.

LIBER UNDECIMUS.

TITULUS I.

De interrogationibus in jure faciendis, & interrogatoriis actionibus.

IN hoc libro ne quæras certi ordinis subtilitatem. id licuit facere in superioribus: sed in præsente non licet. magis puta, in eo quasi per saturam tradi aliqua, ad præcedentium supplementum pertinentia. Quod dico, in toto liquebit libro. certe non est obscurum in hac Rubrica, fere, ut mihi visum, a Titulo De judiciis pendente.

Extat illa Florentiæ hac forma, *De interrogationibus in jure faciendis & interrogatoriis actionibus.* Apud Haloandrum est, *& interrogatoriis actionibus sublatis.* Et favere huic scripturæ aliquatenus possit Callistratus *l.* 1. §. 1. *D. h. t.* Sed jam observatum est a Viris Doctis, totum illum locum magis Triboniani, quam Callistrati, esse: omnibus hujus Tituli Fragmentis Triboniani manum clare arguentibus. Edictum videtur tale fuisse. *Qui in jure interrogatus responderit, qua ex parte heres bonorumve possessor sit, adversus eum ex sua responsione actionem dabo.* Verba, *Qui in jure interrogatus responderit*, extant in *l.* 4. §. *ult. D. h. t.* Illa, *Qua ex parte heres, bonorumve possessor sit*, licet colligere ex *l.* 1. 2. 3. & 4. Cætera totus exhibet Titulus. Ratio Edicti in *l.* 2. ex Ulpiano hæc proponitur: Edictum de interrogationibus ideo Prætor proposuit, quia sciebat difficile esse ei qui heredem bonorumve possessorem convenit, probare aliquem esse heredem bonorumve possessorem. quam ob rem? in *l.* 3. subjicitur ex Paulo; quia plerumque difficilis probatio aditæ hereditatis est: quid tum? idcirco (sic sequitur in *l.* 4. rursus ex Ulpiano) voluit Prætor adstringere cum qui convenitur, ex sua in judicio responsione, ut vel confitendo vel mentiendo sese oneret: simul etiam portionis, pro qua quisque heres extitit, ex interrogatione certioretur. Nec alio pergit hoc Callistrati *l.* 1. *b. t.* Totiens heres in jure interrogandus est, qua ex parte heres sit, quotiens adversus eum actio instituitur, & dubitat actor, qua ex parte is cum quo agere velit, heres sit. Est autem interrogatio tunc necessaria, cum in personam sit actio, & ita si certum petetur: ne dum ignoret actor, qua ex parte adversarius defuncto heres extiterit, interdum plus petendo aliquid damni sentiat. Finis hujus loci est interpolatus. procul dubio scripsit Callistratus, *Interdum plus petendo causa cadat.* nam plus petens jure Pandectarum causa cadebat, & totam litem amittebat. quod tempore Justiniani mutatum fuisse, constat ex §. 33. *Inst. de action.* & §. *pen. Inst. de except.* Sed hoc curiose observat J. Rævardus *lib.* 3. *var. c.* 14.

Nunc Edictum videamus. Quod ait Prætor, *Qui in jure interrogatus responderit*, (ut Ulpiano *l.* 4. §. *ult. b. t.* videtur) sic accipiendum est, apud Magistratus populi Romani, vel Præsides provinciarum, vel alios Judices. qua ratione? præfatur Ulpianus, jus eum solum locum esse, ubi juris dicendi vel judicandi gratia consistat, vel si domi vel itinere hoc agat. Ulpianus Magistratus populi Romani vocat Magistratus Urbanos, eosque distinguit a Præsidibus provinciarum: quia illi proprie non sunt Magistratus, sed pro Magistratu funguntur: magisque potestates appellantur: ut alibi monui. per alios vero Judices Ulpianus minores Magistratus, ut municipales, intelligit: nam & hi jurisdictionem habent, & judices appellantur. Judices certe a Prætore dati huc non pertinent: quia apud illos non formatur actio, sed formata a Prætore exercetur. Nec obstat *l.* 21. *D. b. t.* in qua ait Ulpianus: *Ubicumque Judicem æquitas moverit, æque oportere fieri interrogationem, dubium non est.* Nam alio spectat Ulpianus, quam in *d. l.* 4. §. *ult.* hic enim ait, quod actori ad formandam actionem prodest, quidquid reus in jure apud Prætorem aliumve Magistratum ante litem contestatam ab actore rogatus responderit. illic vero significat, quod reus in judicio post litem contestatam apud Judicem actori interroganti responderit, id actori apud Judicem prodesse ad probationem jam formatæ actionis.

Ait, *Interrogatus.* Imo, si sine interrogatione quis responderit se heredem, placet Ulpiano, eum pro interrogato haberi *l.* 9. *D. b. t.* Interrogatum autem, inquit, non solum a Prætore accipere debemus, sed & ab adversario *d l.* 9. §. 1. id est, ab eo a quo convenitur. quod si ab alio sit interrogatus, alii non prodest *l. ult. b. t.* Similiter alius pro alio non debet respondere cogi, an heres sit: contra debet quis de se in judicio interrogari, hoc est, cum ipse convenitur *d. l.* 9. §. 3 Idem dicendum, si servus interroget, aut interrogetur: cum enim servus non habeat legitimam personam standi in judicio: nulla est interrogatio a servo facta *d. l.* 9. §. 2. quia nec cum servo est jure civili actio *l.* 107. *D. de reg. jur.*

Deinde ait Prætor, *Responderit, qua ex parte heres bonorumve possessor sit.* Tantum locutus Prætor est de herede & bonorum possessore: non etiam de aliis. Nempe erat hæc Edicti causa; quod nominibus Lege Duodecim Tabularum inter heredes pro portionibus hereditariis ipso jure divisis, erat creditori, heredem convenire volenti, cavendum; ne plus peteret, quam ei Lege Duodecim Tabularum permitteretur: alioquin causa casurus, id est, rem amissurus. porrecta tamen Edicti sententia est etiam ad alia: in quibus eadem erat æquitas, etsi verba deficerent. Exempla occurrunt *l.* 7. 8. 9. §. *ult. l.* 10. 11. *b. t.*

Porro ait Prætor: *Adversus eum ex sua responsione judicium dabo.* Hæc actio in Rubrica & *l* 22. *b. t.* vocatur interrogatoria, quia ex interrogatione & responsione formatur: pari modo quo actio rescissoria dicitur quæ rescissa usucapione promittitur *l.* 28. §. 5. *D. Quib. ex caus. major.* & constitutoria quæ ex constituto venit *l.* 20. *D. de*

de constit. pecun. & confessoria quæ datur ex confessione *l.* 25. §. 1. *D. Ad Leg. Aquil.* Id vidit Vir CL. Franciscus Duarenus *lib.* 1. *Disp. anniv. c.* 43 & post etiam alii annotarunt. Æque sciri oportet, actionem interrogatoriam non esse actionem novam; sed prioris actionis in judicium deductæ qualitatem adjectitiam. ita, si reus ex mutuo obligatus, de mutuo interrogatus responderit: dabitur adversus eum actio interrogatoria ex mutuo: similiter si quis in jure interrogatus, an quadrupes quæ pauperiem fecerit, ejus sit; responderit, esse: tenebitur actione interrogatoria Si quadrupes; & similiter in aliis. Apparet igitur, actionem interrogatoriam a Prætore adversus interrogatum dari ex ejus responsione: eoque ab Ulpiano *l.* 11. § 9. *b. t.* recte dici, eum qui interrogatus respondit, sic teneri, quasi ex contractu obligatus esset. pro quo pulsabitur, dum ab adversario interrogatur. nec minus vere addi, si a Prætore fuerit interrogatus, nihil facere Prætoris auctoritatem, sed ipsius responsum, sive mendacium. Ita nec refert, utrum vere, an falso, responderit. quemadmodum enim iniquum est, vel falsum respondenti fidem contra se haberi *d. l.* 11. §. 1. & 2? maxime, si tales sint falsæ responsiones, ut & jus & naturam recipiant *l.* 14. §. 1. *l.* 13. *l* 16. §. 1. *D. b t.* Igitur & si plus responderit, propter mendacium tenetur. quid, si minus responderit? hanc feret mendacii pœnam; ut in solidum conveniatur: dum se minoris portionis heredem adseverat *d. l.* 11. §. 3. Ex causa tamen ei qui interrogatus respondit, succurri, non dubitamus. & sunt exempla egregia *d. l.* 11. §. 3. 8. & 10. *cum seqq.*

Alterum Edicti caput ita restitui potest. *Adversus eum qui omnino non responderit, in solidum actionem dabo.* Hoc caput collegi ex *l.* 11. §. 4. *b. t.* ubi sic scribit Ulpianus: Qui tacuit quoque (delendam esse vocem, *quoque*, bene putat Elbertus Leoninus V. CL. *lib.* 3. *Emend. c.* 19.) apud Prætorem, in ea causa est, ut instituta actione in solidum conveniatur, quasi negavit se heredem esse nam qui omnino non respondit, contumax est: contumaciæ autem hanc pœnam ferre debet, ut in solidum conveniatur, quemadmodum si negasset: quia Prætorem contemnere videtur. Non subsistit ad hæc Ulpianus: præterea observat *d. l.* 11. §. 5. posteriores hoc excepisse non modo de eo qui tacet; sed de illo quoque, qui ad interrogatum non respondit; id est, πρὸς ἔπος verissime: nam respondere (ut Varro ait *lib.* 5. *De Ling. Latin.*) est, spondere ad voluntatem rogantis, itaque, addit Varro, qui ad id quod rogatur, non dicit, non respondet. Plane Ulpianus *l.* 6 §. 1. *b. t.* interdum, inquit, interrogatus quis non cogitur respondere. Et hoc ponit exemplum: ut puta, si controversiam hereditatis ab alio patiatur. & ita D. Hadrianus constituit: ne aut negando se heredem, præjudicet sibi; aut dicendo heredem, illigetur etiam ablata sibi hereditate. Idem suadet æquitas, si ille qui interrogatur, an heres vel quota ex parte sit, vel an in potestate habeat eum cujus nomine noxali judicio agitur, petat ad deliberandum tempus: quia si perperam confessus fuerit, incommodo adficitur *l.* 5. *D. b. t.* certe, sicut defunctorum interest, ut habeant successores, ita interest & viventium, ne præcipitentur, quamdiu juste deliberant *l.* 6. *d. t.*

TITULUS II.

De quibus rebus ad eumdem Judicem eatur.

Sicut superior Titulus, ita hic, pendet a Titulo, De judiciis; potest autem usum accipere a Titulis, Finium regundorum, Familiæ erciscundæ, & Communi dividundo. nec minus possunt huc referri casus alii: in quibus æque sit causa inhibendi litium multiplicationem: volente Prætoris officio, quoties habeat occasionem, lites minuere potius, quam augere: eoque curare; ne per plures Judices fiat quod per unum possit uno judicio expediri. id notavit olim Quintilianus, *lib.* 3. *Inst. Orat. c.* 10. verbis sequentibus: *Privata quoque judicia sæpe unum Judicem habere multis & diversis formulis solent: nec aliæ species erunt, etiam si unus a duobus dumtaxat eandem rem atque ex eadem causa petet, aut duo ab uno aut plures a pluribus. quod accidere in hereditariis litibus interim scimus: quia quamvis in multis personis, causa tamen una est, nisi si conditio personarum causas variaverit.* Similiter monet Pomponius *l.* 1. *b. t.* si inter plures familiæ erciscundæ agetur, & inter eosdem communi dividundo aut finium regundorum, eumdem Judicem sumendum Præterea ait, quo facilius coire coheredes vel socii possint, in eumdem locum omnium præsentiam fieri oportere. Nec alio consilio scribit Papinianus *l.* 2. *d. t.* Cum ex pluribus tutoribus unus, quod cæteri non sint idonei, convenitur, postulante eo, omnes ad eumdem Judicem mitti: & hoc Rescriptis Principum contineri. Similis species apud Gajum *l.* 9. *D. de liberali causa.* sed quia prolixior ejus tractatus: sufficit, indicasse locum. Est & illud notabile: quod in *l.* 10. *C. de judiciis* ita scribit Constantinus: Nulli prorsus audientia præbeatur qui causæ continentiam dividet, & ex beneficii prærogativa id quod in uno eodemque judicio poterat terminari, apud diversos Judices voluerit ventilare: pœna ex officio Judicis imminente ei; qui contra hanc supplicaverit sanctionem, atque alium super possessione, alium super principali quæstione, Judicem postulaverit. Non videtur quoque ab hoc loco alienum quod de conventione & reconventione (Gajus *l.* 11. §. 1. *D. de jurisdict.* mutuas vocat actiones) in hunc modum scribit Paulus *l.* 22. *D. de judic* Qui non cogitur in aliquo loco judicium pati, si ipse ibi agat, cogitur excipere actionem & ad eumdem Judicem mitti. Utilitatem hujus rei aliquam indicavi supra sub Titulo *De procuratoribus.* addam in præsentia effectum alium, atque egregium. is effectus est, quod conventio & reconventio, eodem judicio finitur. spectat huc *l.* 14. & *authentic. sequens C. de sentent. & interloc.* & potest ad hanc consuli V. CL. Antonius Faber *lib.* 20. *Conject. c.* 5. & 6.

TITULUS III.

De servo corrupto.

Causa exponendæ hoc loco actionis de servo corrupto est; ut cedat pro supplemento Legis Aquiliæ. Dicitur vero hic corruptus servus: cum ejus animus est corruptus. id intelligitur ex *l.* 14. §. 1. & *l.* 15. *b. t.* Nec dissimilis est ejus verbi usus apud Suetonium, *Othone c.* 3. ubi Otho

dicitur corrupisse uxorem suam: pro uxoris suæ animum a Nerone eam amante, alienasse: quod ad eum locum observavit Torrentius. Verba Edicti, de actione servi corrupti in *l.* 1. *D. h. t.* ab Ulpiano talia adferuntur: *Qui servum servam, alienum, alienam, recepisse, persuasisseve quid ei dicetur dolo malo quo eum eam deteriorem faceret, in eum, quanti ea res erit, in duplum judicium dabo.* Prima erit inspectio, quando locum habeat hæc actio. apparet autem, promitti a Prætore, si quis animum alieni servi, aut alienæ servæ corrupisse dicatur eum recipiendo, aut ei quid persuadendo dolo malo, quo eum deteriorem faceret. Loquitur igitur Prætor de corrupto servo aut serva. Quid, si corruptus dicatur filiusfamilias aut filiafamilias? quatenus attinet ad verba; cessat hæc actio: quia (ut Paulus ait *l.* 14. §. 1. *h. t.*) servi corrupti constituta est actio: id est, quia Prætor non dixit, Qui filiumfamilias, filiamfamilias, alienum, alienam; sed qui servum, servam, alienum, alienam. Et fuit Prætori ratio: quam allegat Paulus *d.* §. 1. quod is in patrimonio nostro esset, & pauperiorem se factum esse dominus probare potest, dignitate & fama domus integra manente. Si tamen pater, corrupto filio aut filia, sustineat agere, neglecta domus fama & dignitate: non intercedit Paulus, quo minus cessante actione directa ex Edicti verbis, adhuc utili experiatur ex ejus sententia. Et movet Paulum sequens ratio: Quoniam interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi; idque officio Judicis æstimari. Sed quo modo? Lubet adscribere ex Græcis, *Basilic. lib.* 60. *tit.* 6. *tom.* 7. *p.* 203. *lit. U.* Scholio *ad h. loc.* quod sequitur. *Quale id quod interest hinc fingi potest? pone morientem quendam filios meos heredes instituisse sub conditione, si bonis moribus præditi & patri morigeri fuerint, & hos quendam corrupisse & contumaces reddidisse: atque ita conditionem defecisse. aget ergo pater utili actione adversus corruptorem, & consequetur æstimationem ususfructus hereditatis quem sibi quæsiissent filii, si heredes extitissent.* Sic Scholiastes Græcus: etsi non male; tamen magis ex usu temporis, posterioris, quam Pauli: cui cognitum non fuit peculium adventitium.

Igitur loquitur Prætor de servo & serva. Nec frustra addit, *Alienum, alienam.* Nam interest domini, ne ab alio corrumpatur ejus servus aut serva. at si ipse suum servum, suamve servam, corrumpat: non interest alterius, id non fieri. quid si nec dolo malo fecisse dicitur dominus: rei suæ etiam in abutendo moderator & arbiter *l.* 21. *C. Mandati?* jure igitur egit; nec tenetur hac actione. Idem dicendum est: si quis corruperit servum a se bona fide possessum. nam & hic, etsi non sit dominus, pro domino habetur: eoque nec videtur agere dolo malo, corrumpens servum quem putat esse suum. Hæc mea ratio. alia Ulpiani *l.* 1. §. 1. *h. t.* si vera est hæc scriptura: *Qui bona fide servum emit, hoc Edicto non tenebitur: quia nec ipse poterit servi corrupti agere: quia nihil ejus interest servum non corrumpi.* Sed mihi suspecta est: scribo, *Qui bona fide servum emit, hoc Edicto non tenebitur nec ipse poterit servi corrupti agere.* Juvant Græci *Basilic. lib.* 60. *tit.* 6. *tom.* 7. *pag.* 184. ita reddentes, Fabroto interprete: *Qui bona fide emit, neque convenire, neque conveniri potest servi corrupti.* Plura paulo post. Sit nunc similis dubitatio de hereditario servo, si ab aliquo sit, jacente hereditate, corruptus. Vix enim potest dici alienus non habens dominum. jam cujus interest, non corrumpi eum qui sit nullius. datur vero hæc actio ei cujus interest. Ait tamen Ulpianus *l.* 13. §. 1. *h. t.* si quis servum hereditarium corruperit, hac actione teneri eum. nempe, quia jacens hereditas interim fingitur domina. præterea potest illi noceri quasi dominæ, recipiendo ejus servum, aut ei persuadendo quid dolo malo. addit Ulpianus, eum qui servum hereditarium corruperit, insuper hereditatis petitione teneri quasi prædonem: opinor, positis terminis, petitioni hereditatis convenientibus. subjicitur in *l.* 14. tantum venire in hereditatis petitionem, quantum in hanc actionem. Obtinet igitur servi corrupti actio, corrupto servo alieno. De communi videamus. ecce: aliquis corrupit servum meum & suum. ait Ulpianus *l.* 9. *h. t.* apud Julianum quæri; an hac actione teneri possit? facit dubitationem: quod est pro parte ejus. sed est quoque pro parte meus. quid Ulpianus? Julianum putare, eum teneri socio. *Socio*, inquam: quomodo Florentiæ legitur, licet alias edatur, *pro socio.* poterit igitur socius cum socio agere eo nomine, quod deteriorem fecit communem servum: quemadmodum illi licet agere cum quolibet qui rem communem deteriorem fecit *l.* 10. *D. de noxal. act.* Est id præsertim verum; si socius corrupit servum. quid, si recepit? videtur dubitasse Julianus. sed Ulpianus putat, si celandi animo suscepit, posse defendi eum teneri *d. l.* 9.

Deinde ait Prætor: *Recepisse persuasisseve quid ei dicetur dolo malo, quo eum deteriorem faceret.* Hisce verbis indicat Prætor duplicem formam corrumpendi servi: una est servi receptio, altera persuasio. de utraque sic Ulpianus *l.* 1. §. 2. *Quod autem Prætor* ait, Recepisse, *ita accipimus; si susceperit servum alienum ad se: & est proprie* Recipere, *refugium abscondendi causa servis præstare vel in suo agro vel in alieno loco ædificiove.* Hactenus recte Ulpianus: sed quod in §. 3. porro subjicit, caret sensu. Verba Ulpiani: *Persuadere autem est plus, quam compelli, atque cogi sibi parere.* Corrigo & scribo: *Persuadere autem est, plus quam suadere: persuadere enim est, compellere atque cogere sibi pareri.* Nempe præpositio, Per, adjecta verbo, *Suadere*, auget ejus significationem. Auplejus *lib.* IX. *Metamorph. p.* 176. *Uxorem ejus tacite suasi, ac denique persuasi.* Item *Apologia, p.* 321. *Suasi uxori meæ, cujus, ut isti ajunt, jam universas opeis transvoraram; suasi, inquam, ac denique persuasi.* Simile etiam in verbis aliis observare licet. Ulpianus sic *perfecisse*, inquit, *ædificium is videtur, qui ita consummavit, ut jam in usu esse possit l.* 139. §. 1. *D. de verb. sign.* Ita reum agere, apud Ovidium *lib.* 1. *Amor. Eleg.* 7. *vers.* 22. est, reum accusare. reum peragere Ulpiano *l.* 2. *D. Ad Leg. Jul. de adult.* est reum condemnare. Erit igitur in *d. l.* 1. §. 3. *h. t.* nam eo redeo, aptus Ulpiani sensus: si legamus: *Persuadere autem plus est, quam suadere. persuadere enim esse, compellere, atque cogere sibi parere.* Pergit in *d.* §. 3. Ulpianus. *Sed persuadere τῶν μέσων ἐστιν, id est, ex mediis verbis. nam & bonum consilium quis dando potest suadere & malum: & ideo Prætor adjecit, Dolo malo, quo eum deteriorem faceret: neque enim delinquit, nisi qui tale aliquid servo persuadet, ex quo eum faciat deteriorem. Qui igitur servum sollicitat ad aliquid faciendum vel cogitandum* (id est, tentandum, sive conandum: quomodo *cogitationem* in *l.* 18. *D. de pœnis* accipi, ostendi supra sub Titulo, *Quod quisque juris in alter. stat.*) *improbe, hic videtur hoc Edicto notari.* Persuasit enim servo dolo malo, quo eum deteriorem faceret. Et sunt exempla *d. l.* 1. §. *ult. l.* 2. *& l.* 15. *h. t.* satis certa & clara: non opus explicatione. Hoc quæri possit, utrum ita teneatur demum corruptor, si bonæ frugi servum perpulit ad delinquendum, an vero & si malum hortatus, vel malo monstravit, quemadmodum faceret? Sed verius putat Ulpianus *d. l.* 1. §. 4. *h. t.*

h. t. etiamsi malo monstravit, in quem modum delinqueret, teneri eum. imo, inquit, & si erat servus omnimodo fugiturus vel furtum facturus, hic vero laudator hujus propositi extitit, tenetur. & præfatur Ulpianus: Non enim oportet laudando augeri malitiam. sive ergo bonum servum fecerit malum, sive malum fecerit deteriorem, videtur Ulpiano corrupisse.

Porro ait Prætor, *Dolo malo.* Hoc adjecto, Prætor notat calliditatem ejus qui persuadet. cæterum si quis sine dolo deteriorem fecerit, non notatur: ut, si lusus gratia fecerit. unde quæritur, si quis servo alieno suaserit, in tectum adscendere, vel in puteum descendere, & ille parens adscenderit, vel descenderit, & ceciderit, crusque vel quid aliud fregerit, vel perierit, an teneatur? Et si quidem sine dolo malo fecerit, ait Ulpianus, non teneri eum: si dolo malo, teneri *d. l.* 3. §. 1. Sed Paulus *l.* 2. *h. t.* putat, commodius utili Lege Aquilia, id est, utili Legis Aquiliæ actione, experiri; ut videtur Græcis, quia in ea sufficit, esse factum injuria, id est, culpa vel levissima; etsi non probetur dolus. Desiderat igitur Prætor, persuasionem fieri dolo malo. Sed Ulpianus *l.* 5. *h. t.* Doli, inquit, verbum etiam ad eum qui recepit, referendum est: ut non alius teneatur, nisi qui dolo malo fecerit. cæterum si quis, ut domino custodiret, recepit, vel humanitate, vel misericordia, ductus, vel adprobata & justa ratione, non tenebitur. Tenetur igitur hac actione qui dolo malo quid persuaserit servo, quem sciebat esse talem. quid, si liberum putabat? Ulpiano *d. l.* 5. §. 1. videtur teneri eum oportere: addita hac ratione: Majus enim delinquit qui liberum putans corrupit: & ideo, si servus fuerit, tenebitur.

Intellecto, quando obtineat servi corrupti actio; supervacuum fuerit quæri, adversus quem detur. apparet enim dari adversus eum qui alienum servum, alienamve servam, eo quo dixi, modo dolo malo corrupit. Saltem de herede ejus quæri posset: idcirco quod heres defunctum repræsentat. Sed heredem absolvit Ulpianus *l.* 13. *D. h. t.* quo jure? quia hæc actio est pœnalis: utique ex parte rei. tales autem adversus heredes, nisi quatenus pervenit, non dantur.

Sequens locus erit, cui detur actio servi corrupti? & puto, dari domino: cujus interest, servum non corrumpi: sive in solidum sit dominus, sive habeat servum cum alio communem. nam vel hunc agere actione servi corrupti, supra traditum ex *l.* 9. *D. h. t.* De eo nemo dubitet, quin domini appellatione etiam heres contineatur *l.* 13. *l.* 8. *h. t.* quia dominum repræsentat. Atqui pœnalis est hæc actio. Sed hoc ad rem non pertinet: certo, quod pœnales actiones heredibus dantur, etsi non dentur adversus heredes.

Datur igitur hæc actio domino. at cui? ait Ulpianus *l.* 5. §. *ult. h. t.* hanc actionem referri ad tempus servi corrupti vel recepti. eo vero significatur, quod hæc actio competit ei qui erat dominus eo tempore quo corrupti sunt servi mores: non huic qui sit dominus quo tempore agitur: & ideo, inquit, & si decesserit servus, vel alienatus sit vel manumissus; nihilominus locum habebit actio: quia enim non spectatur tempus quo agitur; sed quo corruptus est servus: eoque demum illatum mihi est damnum; licet nunc manumisso servo agens nihil damni sentiam, tamen recte ago: quia præteritæ utilitatis æstimatio in hoc judicium deducitur *l.* 6. *h. t.* fuisse hoc vel eo admonendum, ait Ulpianus *l.* 7. quia & mali servi forsitan consequuntur libertatem; & posterior causa tribuit manumissionis justam rationem. Ab eodem fonte est; (ut ex conjunctione *d. l.* 6. cum *l.* 8. *h. t.* intelligitur) quod & heres ejus cujus servus corruptus est, hanc actionem habet: non solum, si manserit in hereditate servus, sed & si exierit forte legatus.

Cæterum, ut actio servi corrupti ejus domino datur certo jure: sic an bonæ fidei possessori detur, est notabilis dubitatio, propter sequentia Ulpiani verba ex *l.* 1. §. 1. *h. t.* *Qui bona fide servum emit, hoc Edicto non tenebitur: quia nec ipse poterit servi corrupti agere: quia nihil ejus interest servum non corrumpi: & sane si quis hoc admiserit, eveniet, ut duobus actio servi corrupti competat. quod est absurdum. Sed nec eum cui bona fide homo liber servit, hanc actionem posse exercere opinamur.* Primum versum sic in antecessum restitui: *Qui bona fide servum emit, hoc Edicto non tenebitur. nec ipse poterit servi corrupti agere.* Liquet, bonæ fidei possessorem, si ipse corrupit servum quem bona fide emit, ex sententia Ulpiani non teneri actione servi corrupti: sicut ea non tenetur dominus, corrupto a se servo proprio: quia bonæ fidei possessor, quamdiu dominus ignoratur, pro domino habetur. Eodem modo erat dicendum, bonæ fidei possessorem posse agere servi corrupti, si servus bona fide emptus, ab alio corruptus sit: quia potest dominus, corrupto servo, experiri actione servi corrupti: eo quod bonæ fidei possessor, quamdiu dominus ignoratur, pro domino habetur: ejusque tam interest, servum bona fide emptum non corrumpi, quam domini interest, non corrumpi suum. At Ulpianus *d. l.* 1. §. 1. contra sic scribit: *Nec ipse poterit servi corrupti agere: quia nihil ejus interest, servum non corrumpi.* Vides igitur tenebras; & has sequente augeri versu: *Et sane si quis hoc admiserit, eveniet, ut duobus actio servi corrupti competat. quod est absurdum.* Quæris lucem? nemo dat, quantum memini. ipse quoque an idoneam sim daturus, nescio. faciam tamen, quam potero. Si putetur Ulpianus velle, numquam interesse bonæ fidei possessoris, non corrumpi servum quem bona fide emit, ideoque eum numquam agere servi corrupti, & absurda & falsa est Ulpiani sententia. quod si sic exaudiatur, quasi velit, bonæ fidei possessorem non agere servi corrupti, ubi non interest ejus, ad verisimile accedet ejus disputatio. porro bonæ fidei possessoris plerumque interesse, non corrumpi servum, vix negari potest, propter bonam fidem, propter quam instar domini habetur. hoc igitur casu non aget actione servi corrupti directa, quia non est servi dominus, at aget actione utili, quia pro domino habetur. exemplo ejus quod in actione Legis Aquiliæ quæ item domino datur *l.* 11. §. 6. *D. Ad Leg. Aquil.* de eo observatur *l.* 11. §. 8. & *l.* 17. *D. d. t.* Me præterea movet quod corrupto fructuario servo, fructuario competit utilis actio servi corrupti, sicut damno injuria dato, fructuario permittitur utilis Legis Aquiliæ actio *d. l.* 11. §. 10. Detur ergo & bonæ fidei possessori eodem modo utilis servi corrupti actio. Aliquis dicat, hanc interpretationem refelli *d. l.* 1. §. 1. *h. t.* utique non convenire proprietati vocis, *Quia*, passim causam indigitantis. Sed videamus; ne hic possit accipi pro *ubi*; & indicium aut effectum significare. fateor: dura est hæc interpretatio: Sed ego duram malim, quam falsam. quid, si aliquam meæ auctoritatem addat Augustinus, *lib.* XI. *De civitate Dei c.* 14. vocem, *Quia*, simili modo accipiens in aliquibus Sacræ Scripturæ locis, præter usitatam formam. verba Augustini hæc sunt. *Subjecit autem indicium, quasi quæsissemus unde ostendatur, quod in veritate non steterit; atque ait;* Quia non est veritas in eo. *Esset autem in eo, si* in

in illa stetisset. Locutione autem dictum est minus usitata. Sic enim videtur sonare: In veritate non stetit, quia non est veritas in eo, *tanquam ea sit causa, ut in veritate non steterit, quod in eo veritas non sit: cum potius ea sit causa, ut in eo veritas non sit, quod in veritate non stetit. Sed ista locutio est & in Psalmo, ut ait:* Ego clamavi: quoniam exaudisti me Deus: *cum dicendum fuisse videatur:* Exaudisti me Deus, quoniam clamavi. *Sed cum dixisset, Ego clamavi: tanquam ab eo quæreretur, unde se clamasse monstraret; ab effectu exauditionis Dei clamoris sui ostendit effectum, tanquam diceret: Hinc ostendo clamasse me, quoniam exaudisti me.* Ab Augustino petamus exemplum illustrandi hæc Ulpiani verba: *Nec ipse poterit servi corrupti agere; quia nihil ejus interest, servum non corrumpi.* Ulpianus vult, si quæratur, an bonæ fidei possessor, corrupto servo quem bona fide emit, agat aut non agat actione servi corrupti, ex eo sumi indicium, utrum intersit ejus, servum corrumpi aut non corrumpi. Restat postremus versus *d. l.* 1. §. 1. *Et sane si quis hoc admiserit, eveniet, ut duobus actio servi corrupti competat, quod est absurdum.* Quid hoc versu denuncietur, plane me fugit. ne video quidem ab aliis quid ex solido adferri ad intellectum. ita vereor; ne is versus non sit Ulpiani; sed Interpretis, quid dicat, non intelligentis. primum quamdiu dominus ignoratur, bonæ fidei possessor pro domino habetur. idem, ubi apparet dominus, definit esse & dominus & possessor bonæ fidei. deinde cur sit absurdum, duobus quorum intersit, non corrumpi servum, adversus corruptorem competere servi corrupti actionem? pone, corrumpi fructuarium servum: domini propter proprietatem, fructuarii propter usumfructum, interesse, id non fieri: an est causa, cur non sit utrique jus, suam injuriam in judicio exequi? quid si præterea apud Ulpianum *l.* 1. §. *ult. D. de injuriis* sic extat? *Idem ait Neratius ex una injuria interdum tribus oriri injuriarum actionem, neque ullius actionem per aliam consumi: ut puta uxori meæ filiæfamilias injuria facta est: & mihi & patri ejus, & ipsi injuriarum actio incipiet competere.*

Injecta modo mentio de fructuario servo, monet me; ut plenius agam, quid juris sit, eo corrupto vel a domino proprietatis, vel ab ipso fructuario, vel a tertio. prima quæstio erit, si dominus proprietatis corruperit servum in quo meus sit ususfructus; an mihi adversus eum competat actio servi corrupti. facit hinc, quod suum corrupit servum. inde, quod ego habeo jus utendi fruendi servo; ex eoque confessoriam in rem actionem. itaque interest mea, servum illum non corrumpi, propter usumfructum, id est, jus dominio non absimile. Dabitur igitur mihi adversus te non directa actio ex Edicti verbis: quia non sum dominus fructuarii servi: sed utilis ex Edicti sententia; quia ut non sim servi dominus; at in eo habeo jus dominio proximum. sic Ulpianus *l.* 9. §. 1. *D. h. t.* idemque esse ait; si forte alius eum receperit vel corruperit. quid, si servus a me factus sit deterior? ait Ulpianus, posse te qui es dominus servi, mecum experiri actione directa. Non minus placet hoc Pauli *l.* 14. §. 3. *d. t.* si servus in quo habeo usumfructum, servum meum corrumpat, fore mihi actionem cum domino proprietatis.

Occurrit hic & alia deliberatio de servo pignori dato: de quo sic Paulus: *Pignoris dati nomine debitor habet hanc actionem l.* 14. §. 4. *h. t.* Explicationem non addo: aliqua in *Rationalibus* data ab Antonio Fabro, V. Cl.

Tempus est, cogitare, ad quid competat servi corrupti actio. Prætoris verba, ad quæ revocanda hæc disputatio, talia sunt, *Quanti ea res erit, in duplum judicium dabo.* Ex his liquet, servi corrupti actionem dari in duplum, quanti ea res erit. Atque hanc regulam hinc collegit Marcianus *l. ult. h. t.* quæ est ex lib 4. Regularum: ab eoque mox exceptionem dedit in uxore, constante matrimonio: dicens, favore nuptiarum marito adversus eam servi corrupti tantum in simplum dari actionem: exemplo actionis rerum amotarum, de qua ita Impp. Diocletianus & Maximianus: *Divortii causa rebus uxoris a marito amotis, vel ab uxore mariti, rerum amotarum Edicto perpetuo permittitur actio. constante enim matrimonio neutri eorum neque pœnalis, neque famosa actio competit, sed de damno in factum datur actio l.* 2. *C. Rer. amot.* Dat igitur Prætor actionem servi corrupti in duplum, quanti ea res est adversus corruptorem. & quia non addit, si inficiatus sit, ut factum in Lege Aquilia: idcirco Ulpianus *l.* 5. §. 2. Hæc, inquit, actio etiam adversus fatentem in duplum est, quamvis Aquilia inficiantem dumtaxat coërcet.

Datur igitur hæc actio, quanti ea res erit, ejus dupli. Sic Ulpianus *l.* 9. §. 2. *h. t.* Nec silebo: quod in *l.* 5. §. 4. *h. t.* monet, eam referri ad tempus servi corrupti vel recepti, non ad præsens: id est, non ad tempus litis contestatæ. Nec aliter Paulus *l.* 6. *d. t.* præteritæ, inquit, utilitatis æstimatio in hoc judicium versatur. Vere. at quomodo? utrum ejus dumtaxat quod servus in corpore vel in animo damni senserit, hoc est, quanto vilior servus factus sit; an vero & cæterorum? Eam quæstionem Tribonianus impedite tractat ex Ulpiano & Paulo in *l.* 9. §. 3. *l.* 10. & 11. item *in l.* 14. §. 8. *h. t.* Artis fuerit, explicuisse. sed primum attingam Ulpiani, deinde Pauli, verba. Ex Ulpiano in *d. l.* 9. §. 3. hæc sunt. *Sed quæstionis est, æstimatio utrum ejus dumtaxat fieri debeat, quod servus in corpore vel in animo damni senserit, hoc est, quanto vilior servus factus sit, an vero & cæterorum? Et Neratius ait, tanti condemnandum corruptorem, quanti servus ob id quod corruptus sit, minoris sit.* Florentiæ editur, *subreptus sit*, sed res postulat, *corruptus sit;* ut est apud Haloandrum. Sequuntur verba *d. l.* 11. *Neratius ait, postea furta facta in æstimationem non venire. quam sententiam veram puto. nam & verba Edicti,* Quanti ea res erit, *omne detrimentum recipiunt.* Antonius Faber *lib.* 5. *Conject. c.* 8. pro, *Nam & verba Edicti*, scribit, *Nam nec verba Edicti.* Ego hoc nolim: sed esse confusionem non convenientem ordini sermonis, & interim Veteribus non infrequentem: ut aliquoties observavi alibi. Fuerit igitur quæsitum, quomodo in actione servi corrupti, ut inveniatur duplum quanti ea res erit, facienda sit æstimatio: utrum ejus dumtaxat quod ipse servus in corpore vel in animo damni senserit, hoc est, quanto vilior ille factus sit, an vero & cæterorum? Vult vero Ulpianus, (sic conjicio) Neratium putasse, si consistamus intra proprietatem formulæ *Quanti ea res erit*, corruptorem tanti dumtaxat esse condemnandum, quanti servus ob id quod corruptus sit, minoris sit. eo quod ea formula non ad id quod interest, sed ad veram rei æstimationem, refertur *l.* 179. & *l.* 193. *D. de verb. significat.* Verum nihilominus visum Neratio, Prætorem in explicanda ea non stetisse intra proprietatem: sed complexum esse omne, quod actoris intersit, servum non esse corruptum: quapropter in hoc judicium venire æstimationem non modo corrupti servi, sed earum quoque rerum quas ille secum abstulit: (pariter ut ex Paulo subjicitur *l.* 10. *h. t.*) juvatque sententiam *l.* 11. in qua monet Ulpianus, hanc interpretationem a Neratio restringi ad furta quæ ser-

servus fecerit tempore fugæ: (more qui notatur *l.* 36. §. *ult. D. de furt.* & ab Horatio *lib.* 1. *Serm. sat.* 1. *vers.* 77.) furta vero postea facta non æque venire in æstimationem hujus actionis. Hoc a Neratio, ex eoque ab Ulpiano, agi, pro certo habeo. itane? si non voluit Neratius, furta tempore fugæ facta in hoc judicium venire: an Neratio fuit causa ab æstimatione hujus judicii excipiendi furta postea facta? at nec Ulpiano sic fuit causa approbandi Neratii sententiam. Istæc res est: Ulpianus Neratium sequutus, censet, in hoc judicio tam æstimari damnum occasione corrupti servi, quam in ejus corpore aut animo, datum: ideoque præter damnum animi aut corporis servi, in hoc judicium etiam venire æstimationem rerum quas ille secum abstulit: cum præsertim omne damnum dupletur ex Edicti mente; licet verba aliud suadeant. Ulpianus in *d. l.* 11. rem sic exprimit: *Nam & verba Edicti*, Quanti ea res erit, *omne detrimentum recipiunt.* Manifesta est in hoc versu Synchusis; non enim cohæret hic cum versu proxime præcedente; sed intellectu debet referri ad tradita in fine *d.* §. 3. *l.* 9. ac nisi desint ibi quædam, (quod prope existimo) vocem, *Nam*, acceperim non pro causali; sed pro *præterea* aut simili. Sic fiet Ulpiani sensus: Prætor quidem in Edicto dixit, se daturum actionem Quanti ea res est; sed ea verba sic accepta sunt, quasi dixisset, se daturum actionem ad omne quod domini intersit, illum servum non esse corruptum. Venit igitur ex Prætoris mente in hoc judicium non modo æstimatio corrupti servi, quatenus attinet ad damnum animi & corporis ejus; sed etiam rerum quas secum abstulit: quia omne damnum duplatur. Neratius tamen ait, postea furta facta in æstimationem non venire: veramque esse eam sententiam, & ipse puto. sitque exemplum in §. 1. Servo persuasi, ut chirographa debitorum corrumpat. videlicet tenebor. Sed si consuetudine peccandi postea & rationes cæteraque similia instrumenta subtraxerit, vel interleverit, deleverit: dicendum erit, corruptorem horum nomine non teneri. Quo modo exposui Ulpianum: eo aggrediar Paulum. jungam certe *l.* 14. §. 8. cum *l.* 10. *h. t.* ut sunt ex eodem Pauli lib. 19. Ad Edictum. verba *d.* §. 8. *Æstimatio autem habetur in hac actione, quanti servus vilior factus sit, quod officio Judicis expedietur.* Sic Paulus, atque ex verbis Edicti, *Quanti ea res erit.* ipsa servanda; si nihil præterea intersit, quia nihil secum abstulit servus. alioquin ex ejus mente æstimatur omne quod domini intersit. Non est quod dubites. ipsum audi Paulum *d. l.* 10. sic ait: *In hoc judicium etiam rerum æstimatio venit, quas secum servus abstulit: quia omne damnum duplatur. neque intererit, ad eum perlatæ fuerint res, an ad alium: sive etiam consumptæ sunt. etenim justius est, eum teneri, qui princeps fuerit delicti, quam eum quæri, ad quem res perlatæ sunt.* Non ad hæc subsistit Paulus: sed in *d. l.* 14. §. 6. *His consequenter*, inquit, *& illud probatur*, [*ut*] *si servo meo persuaseris, ut Titio furtum faciat, non solum in id tenearis, quo deterior servus effectus est, sed & in id, quod Titio præstaturus sim.* Pergit in §. 7. *Item non solum, si mihi damnum dederit consilio tuo, sed etiam si extraneo, eo quoque nomine mihi teneris, quod ego Lege Aquilia obnoxius sim: aut si ex conducto teneor alicui, quod ei servum locavi, & propter te deterior factus sit, teneberis & hoc nomine. Et si qua talia sint.*

Ut faciam finem explicandi Edicti, subducam summam demonstratæ naturæ actionis servi corrupti. Vix opus habeo admonere, eam esse pœnalem, quia sic Ulpianus *l.* 13. *h. t.* Mitto Ulpianum: quando ex Edicto constet, dari in duplum *l.* 1. *h. t.* & sine discrimine; cum in Lege Aquilia, ut in duplum fiat condemnatio, inficiatio desideretur. Est igitur pœnalis, non tamen mere, ut actio furti: sic enim duplum foret extra rem. nunc petit duplum, quanti interest, *l.* 9. §. 2. *h. t.* & est mixta, partim persecutoria rei, partim pœnalis. id Paulus *l.* 14. §. 5. *d. t.* his exprimit verbis: *in hac actione non extra rem duplum est. id enim quod damni datum est duplatur.* Sic Florentiæ editur. apud Haloandrum est, *In hac actione extra rem duplum est.* Sed retinenda est Florentina lectio. quod animadvertit Antonius Augustinus *lib.* 1. *Emend. c.* 2. *p.* 14. Est igitur actio servi corrupti rei persecutoria ex parte actoris, etsi pœnalis sit ex parte rei. Inde ait Ulpianus *l.* 13. *h. t.* quod heredi quidem cæterisque successoribus datur, sed adversus heredes non datur. Aliquis putet, hinc etiam fieri, ut non sit temporaria, sed perpetua, licet sit Prætoria. Sed non est ita: nam in his quæ ex parte rei sunt pœnales, etsi ex parte actoris sint rei persecutoriæ, aliter observari, est traditum sub Titulo, *De alienatione judicii mutandi causa.* Putemus igitur, aliam esse causam: cur Ulpianus *d. l.* 13. hanc actionem esse dicat perpetuam, non temporariam. Quam, obsecro? forte quod est facta ad exemplum alicujus civilis actionis, puta, Legis Aquiliæ, furti, aut similis: sicut in actione furti manifesti, aliisque observatur *pr. Inst. De perpet. & tempor. act. l.* 7. §. *ult. D. Naut. caup. stab.* Sed hoc jam incidit Theodoro Marcilio *ad pr. Inst. De perpet. & temp. act.* D. etiam Vinnius *ad eum locum in fine* observat, actionem adversus publicanos, quamvis prætoria & pœnalis sit, tamen perpetuo competere *l.* 13. §. *ult. D. de publican.*

TITULUS IV.

De fugitivis.

Hoc & sequente Titulo ponuntur duo exempla corrumpendi servi: unum est hortatio ad fugam, aut receptio & præstatio refugii, alterum est hortatio ad lusum aleæ. Præsens Titulus est *De fugitivis.* distinguitur autem fugitivus ab errone in *pr. &* §. 17. *l.* 17. *D. de Ædilit. Edict.* nam fugitivus quidem dicitur qui extra domini domum fugæ causa, quo se a domino celaret, mansit: erro vero, qui non quidem fugit, sed frequenter sine causa vagatur, & temporibus in res nugatorias consumptis, serius domum redit. Sic alias. sed hoc Titulo Ulpianus *l.* 1. §. 5. fugitivum & erronem accipit pro iisdem. ait etiam, ex fugitiva natum pro fugitivo non haberi.

Nunc, quod hoc Titulo agitur, indicemus obiter. fere huc spectat; ne quis servum fugitivum celet, recipiatve: posita pœna, si contra factum sit. præterea traditur officium Magistratuum municipalium in inquirendis, custodiendis, & transmittendis fugitivis. Hæc summa *l.* 1. desumptæ ex Ulpiani lib. 1. Ad Edictum: in quo eum jurisdictionem atque officia municipalium Magistratuum exposuisse, alibi monui.

Quod ad ipsos attinet fugitivos, ait Callistratus *l.* 2. *h. t.* si pro liberis gerant se, gravius coërcendos: simplices fugitivos dominis reddendos. quid, si dederint se in arenam? idem dicendum: non modo ante pugnam, sed post eam quoque. nec

nec interest, utrum cum hominibus, an cum bestiis depugnaverint. quod si deprehendantur, cum ad barbaros transeunt: placet Constantino, aut pede amputato debilitari, aut metallo dari, aut qualibet alia pœna affici *l.* 3. *C. de serv. fugitiv.*

Alia de fugitivis & fugitivariis Cujacius *lib.* 21. *Observ. c.* XI. quæ ibi videri possunt.

TITULUS V.

De aleatoribus.

Secunda species corrumpendi servi est persuasio, ut ludat alea: cujus studium annumeratur vitiis animi servorum *l.* 25. §. 6. *D. de Ædilitio Edicto. l.* 26. *D. de injuriis.* Sic apparet ordo & ratio Tituli *De aleatoribus.* Est autem alea, lusus omnis pendens ab incerto fortunæ eventu. is lusus (ut refert Servius ad Virgilium *lib.* 2. *Æneid. vers.* 80. & Salmasius ad Vopiscum *Proculo p.* 744.) est a Palamede bono publico inventus ad Trojam, militibus per otium ad seditionem spectantibus ob desiderium patriæ. est vero is lusus natura indifferens, neque per se bonus, neque per se malus. tantum usu & modo huic aut illi proximior. ita ratio publicæ utilitatis aleæ lusum jure civili improbavit, tamquam perniciosum. Testis Horatius *lib.* 3. *od.* 24. *vers.* 58. & Justinianus *l.* 3. *C. h. t.*

De aleatoribus extant in *l.* 1. *D. h. t.* duo Edicti capita. prioris verba hæc sunt. *Si quis eum apud quem alea lusum esse dicetur, verberaverit, damnumve ei dederit, sive quid eo tempore domo ejus subtractum est, judicium non dabo.* Ita legendum, *domo ejus*, etsi Florentiæ extat, *dolo ejus.* apparet ex *l.* 1. §. 2. *D. h. t.* ubi ea vox exponitur. Alterum caput est tale. *In eum qui aleæ ludendæ causa vim intulerit, uti quæque res erit, animadvertam. d. l.* 1. *pr.* Præter hæc duo capita fuit & tertium: nam ejus mentio *l.* 4. §. *ult. D. eod. tit.* eoque videtur Prætor victo permisisse condictionem ejus quod victor aleæ lusu sit consecutus.

Quod ad primum caput attinet: eo negat Prætor, judicium se daturum: si quis verberaverit eum apud quem alea lusum esse dicatur, aut ei damnum dederit: item si quid eo tempore domo ejus subtractum sit. & notandum, Prætorem de susceptore tantum loqui, non etiam de susceptis. Si igitur rapinas inter se fecerint collusores, non denegabitur vi bonorum raptorum actio. Atqui hi quoque poterant indigni videri, qui a Prætore vindicentur. Sed (quod observat Ulpianus *d. l.* 1. §. 1.) Prætor susceptorem dumtaxat prohibuit vindicari; non & collusores, quamvis & hi indigni videantur. Item notandum, inquit Ulpianus *d. l.* 1. §. 2; quod susceptorem verberatum quidem & damnum passum ubicunque & quandocunque non vindicat. verum furtum factum domi, & eo tempore quo alea ludebatur, licet lusor non fuerit, qui quid eorum fecerit, impune fit. Addit Ulpianus, oportere nos in Edicto domum accipere pro habitatione & domicilio. Quærit autem, quum Prætor negat, se daturum furti actionem, utrum solum respiciat ad pœnalem actionem, an & si ad exhibendum agere, vel vindicare, vel condicere velit? Et ait, esse relatum apud Pomponium, solummodo pœnalem actionem denegatam. at id non esse verum: præfatus, quod Prætor simpliciter ait, Si quid subtractum erit, judicium non dabo *d. l.* 1. §. 2. Est notabilis hæc Prætoris severitas; attamen non inaudita civili Jure. nam & alibi fit, ut aliqui tam viles putentur, ut oporteat eos esse infra omnem legum curam. exemplum *l.* 29. *C. Ad legem Juliam de adulteriis.* est & aliud apud Valerium Maximum *l.* 7. *c.* 7. *ex.* 7. ubi loquens de decreto Q. Metelli Prætoris urbani, qui lenoni denegavit bonorum possessionem secundum Juventii tabulas: *Vir*, inquit, *nobilissimus & gravissimus fori ac lupanaris separandam conditionem existimavit; nec aut factum illius comprobare voluit, qui fortunas suas in stabulum contaminatum projecerat, aut huic tamquam integro civi jura reddere, qui se ab omni honesto vitæ genere abruperat.* Eodem modo Quintilianus, *Declam.* 385. *Quamquam ut fecerim damnum*, inquit, *merito tibi relata talio est, propter quem damna omnes faciunt. leno est publicum damnum.* Tantum de primo capite.

Secundo ait Prætor, *In eum qui aleæ ludendæ causa vim intulerit, uti quæque res erit, animadvertam.* Hæc clausula, inquit Ulpianus, pertinet ad animadversionem ejus qui compulit ludere, ut aut multetur, aut in lautumias, vel in vincula publica ducatur *l.* 1. §. *ult. D. h. t.* nempe, quia solent quidam & cogere ad lusum vel ab initio, vel victi, dum retinent *l.* 2. *D. eod.* Lautumiæ autem appellatione carcerem significari, mihi probabile est: quia hujus potestatem habebat Prætor jure mixti imperii *l.* 2. *D. de in jus vocando.* Non me fugit, ea voce lapidicinas significari apud Plautum *Capteiv.* 3. 5. 65. Sed hoc modo hic ab Ulpiano accipi, non suadeam: cum Prætori, destituto jure meri imperii, non competat damnatio ad metallum. melius igitur & verius intelligitur carcer: sic appellatus Syracusis; teste Asconio *in Verrem De prætur. urban. pag.* 72. eoque exemplo etiam Romæ, & alibi: ut apud Livium *lib.* 26. *c.* 27. *& in l.* 9. *D. Quib. ex caus. major.* in qua mentio parietum lautumiarum quibus teneantur inclusi. Sed de lautumiis plura Franciscus Polletus *lib.* 5. *Hist. For. Rom. c.* 14. & nuper Collega meus, Jacobus Perizonius, Not. ad Ælianum *lib.* 12. *c.* 44.

Tertio Edicti capite permittitur a Prætore soluti condictio tamquam indebiti: improbato aleæ titulo. olim dabatur repetitio in quadruplum: ut Asconius Pedianus refert in *Divinat. in Verrem.* scilicet, quia aleæ lusus, Ovidio teste, *Erat ad nostros non leve crimen avos.* sed ex hoc Edicto est tantum repetitio in simplum. Superioribus consequens est; ut, si victo datur repetitio ejus quod solvit, nec victori danda sit petitio ejus quod vicit: certo, quod cui damus actionem ad repetendum, ei si conveniatur, multo magis damus exceptionem *l.* 1. §. 1. *D. Quarum rerum actio non datur.* fac: (quod apud Veteres æque fiebat atque hodie) aliqui luserunt non apposita pecunia, sed appositis lupinis: ea lege, ut quot lupina amittantur, pro eis tot reddantur nummi: quo forte respicit illud Horatii *lib.* 1. *Epist.* 7. *vers.* 23.

Nec tamen ignorat quid distent æra lupinis.

Sed clare hæc vetat Justinianus *l.* 1. *C. h. t.*

Datur igitur victo soluti condictio: ac si servus aut filiusfamilias alea victus, solverit: jam domino aut patri dabitur condictio, quasi per servum ei quæsita *l. ult. D. h. t.* simili ratione, si servus aut filiusfamilias vicit, dabitur in dominum aut patrem actio, quatenus in peculium venit, non noxalis, quia est ex negotio gesto, non ex delicto *d. l. ult.*

Quod si pater aut patronus vicerit: etiam adversus eos dabitur actio, sed in factum utilis: non

non hæc formula, Quod in ea alea lusum erit, quia suggillat famam patris aut patroni. datur igitur in factum utilis sine aleæ mentione *d. l. ult.* ut & alibi observatum *l.* 11. §. 1. *D. de dolo malo.*

Porro si victus ipse non repetat quod amisit: permittitur ei qui volet, repetere. ac si nemo sit, qui repetat, repetendi jus est Episcopo, aut fisci Procuratori: nec est præscriptio, nisi quinquaginta annorum *l.* 1. *&* 3. *C. h. t.*

Sed, puto, apparet, aleam, tamquam vanam atque inutilem rebus humanis, jure nostro improbari, si pecunia ludatur: nam Senatusconsultum (ut Paulus ait *l.* 2. §. 1. *h. t.*) vetuit, in pecuniam ludere. plane (quod idem refert Paulus *l. ult. eod.* quæ est conjungenda cum *d. l.* 2. §. 1. sicut olim cum ea cohæsit: monente utriusque inscriptione) *Quod in convivio vescendi causa ponitur, in eam rem alea ludere permittitur.* Sic legendum, *alea:* Florentiæ est, *familiæ:* sed nullo sensu. Amplius ait Paulus *d. l.* 2. §. 1. quod Senatusconsultum vetuit, in pecuniam ludere; *præterquam si quis certet hasta, vel pilo jaciendo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando.* & hanc adfert rationem Paulus: *quod virtutis causa fiat.*

Addit Marcianus *l.* 3. *h. t.* quod in his rebus ex Lege Titia & Publicia & Cornelia etiam sponsionem facere licet. sed ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet.

Hactenus de vera alea. est & quasi alea. ea etsi non sit a periculo vacua, tamen non est inanis & vana. eoque jure non improbatur: quia usibus humanis opportuna est: cum illa vera tantum fortuna, nulla civili ratione, constet; & interim periculosam, noxiamque habeat oblectationem. qua de re dixi quædam *lib.* 2. *De fœnore & usuris c.* 7. *p.* 218. *& seq.*

Titulus VI.

Si mensor falsum modum dixerit.

Hic Titulus possit haberi pro appendice Tituli, Finium regundorum: in quo solebat mensor adhiberi lite de finibus inter affines nata. idem fiebat in emptione & venditione; volente emptore & venditore scire modum agri, pretio pro portione constituendo. Hæc pro causa ordinis Tituli. Nunc Edictum accipe. id sic concinno. *Si mensor agri falsum modum dixerit, aut cujus alterius rei mensuram falsam, dolo malo renunciasse dicetur, ei cujus intererit id non fieri, adversus eum in factum actionem dabo.* In hoc Edicto Prætor pollicetur actionem in factum adversus mensorem agri falsum modum, aut cujus alterius rei falsam mensuram, dolo malo renunciantem. Quam ob causam? Ulpianus *l.* 1. *h. t.* ait, non oportere nos ab eo falli: nam interesse nostra, ne fallamur in modi renunciatione, si forte sit de finibus contentio; vel emptor vel venditor velit scire, cujusmodi ager veniat. ait vero Ulpianus, hanc actionem ideo fuisse necessariam: quod hujusmodi mensor non erat civiliter obligatus ex locato aut conducto, etsi promissa ei pro opera certa pecunia: exemplo cæterarum artium liberalium, intra notas & literas consistentium: de quibus dixi infra sub Titulo *Mandati vel contra*, & sub Titulo, *Locati conducti.* Ita est: olim, cum incideret quæstio de modo agri, adibatur ad aliquem artis ejus, quæ liberalis habebatur, peritum. ab eo opera gratis præstita, videbatur beneficii loco præberi. quod si aliquid pro ea daretur; id putabatur dari ad remunerandum: atque inde non merces, sed honorarium, appellabatur; & proprio nomine pulveraticum. notat Cujacius *lib.* 4. *Observ. c.* 18. & Jacobus Gothofredus *ad l.* 16. *Cod. Theod. de tironibus lib.* 7. *tit.* 13. proinde, si imperite aut negligenter versatus dicatur mensor: vult Ulpianus *d. l.* 1. §. 1. eum qui talem adhibuit, sibi imputare debere: mensori sufficere, quod potuit, egisse bona fide. cæterum, decipere amicum specie beneficii non debuisse; ideoque visum esse, satis abundeque coërceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur ejus hominis qui civiliter obligatus non esset actione locati aut conducti.

Proponit igitur Prætor in hoc Edicto, actionem in factum, si mensor falsum modum dixit. Vocat autem modum quod est spatium. mensura dicitur *l.* 40. *D. de contrab. empt.* Non tamen semper Prætor hanc actionem dat, si mensor falsum modum renunciavit; sed si eum renunciavit dolo malo. culpam Prætor non attingit. igitur culpæ nomine non tenetur mensor, præterquam latæ: quia hæc plane dolo comparatur; sive mercedem pro opera accepit mensor, sive non accepit: nam, ut dictum, magis honorarium est, quam merces; eoque non locatio operæ, sed donatio, habetur *d. l.* 1. §. 1.

Tenetur igitur hac actione mensor qui falsum modum renunciavit dolo malo. Renunciasse vero accipere debemus eum qui per se verbis renunciavit, etiam qui per alium renunciavit *d. l.* 1. §. 2. vel per literas *l.* 2. *h. t.* non enim distinguit Prætor. De eo quæsitum fuit, si ego tibi, cum esses mensor, mandaverim, ut ageres mensuram agri (hac locutione utitur etiam Plinius *lib.* 2. *Hist. nat. c.* 1.) & tu id Titio delegaveris, & ille dolo malo quid in ea re fecerit, an tu eo nomine tenearis? Paulo *l.* 2. §. 1. *h. t.* placet, te teneri: quia es dolo malo versatus qui tali homini credidisti. Obtinet igitur hæc in factum actio; si mensor falsum modum dolo malo renunciavit. quid, si non renunciaverit falsum modum: sed magis traxerit renunciationem, & ob hoc evenerit; ut venditor læderetur: (sic postulat sensus, Florentiæ editur, *liberetur:* sed *læderetur* ab ingenio restituit Zoannetus, & hanc conjecturam postea ope Basilicorum confirmavit Jacobus Cujacius *lib.* 7. *Observ. c.* 35.) si, inquam, ob hoc evenerit, ut venditor læderetur qui adsignaturum se modum intra certum tempus promisit. (ut est talis casus *l.* 40. *D. de contrab. empt.*) ait Ulpianus *l.* 5. *D. h. t.* cessare hanc actionem: & addit, nec utilem dari debere ex sententia Pomponii. quia, ut traxerit modi renunciationem, tamen verum dixit modum: cum Prætor de falso loquatur. quid ergo est? ait Ulpianus, eo quod dissimilis est is casus, fore decurrendum ad actionem de dolo.

Cæterum latius porrexit hoc judicium Prætor. nam, ut observat Ulpianus *l.* 5. §. 2. *h. t.* etiam si cujus alterius rei mensuram falsam quis renunciavisse dicetur, hæc actio competit. Mensura autem (ut intelligitur ex Variis Auctoribus, *De mensuris*) est, quidquid pondere, capacitate, longitudine, latitudine, altitudine, animoque finitur. Proinde mensor & si in ædificii mensura (Mensoris ædificiorum memoria apud Reinesium *Class.* IX. *Inscr.* 85.) fefellit, vel in frumenti, vel vini, sive de itineris latitudine, sive de servitute immittendi, projiciendique quæratur, sive aream, vel tignum, vel lapidem metiendo mentitus fuerit, vel cujus alterius rei: tenebitur. Et si mensor machinarius (de hoc late Budæus, *Annot. ad Pand. p.* 232. *& seq.*

seq. meminit quoque ejus Lapis apud Reinesium, *Class.* VII. *Inscr.* 16. & alius apud Gruterum *pag.* 99. *Inscr.* 1.) fefellerit, hæc actio dabitur. Nec non illud quoque Pomponius dicit, etiam in eum, qui ut non fuit mensor, fefellit tamen in modo, hanc actionem competere. Hoc exemplo etiam debet adversus architectum qui fefellit, actio dari. nam & D. Severus adversus architectum & redemptorem actiones dandas decrevit. Ulpianus etiam adversus tabularium qui in computatione fefellit dandas esse actiones putat *d. l.* 5. §. 2.

Non sufficit, scire, quando detur in factum actio: nisi præterea sciatur, ad quid detur. apparet autem, dari ad id quod ejus cui falsa nocuit renunciatio, intersit, sic non esse factam. Sic prorsus Ulpianus *l.* 3. §. 1. *b. t.* convenienter Edicto: *Competit*, inquit, *hæc actio ei*, *cujus interfuit falsum modum renunciatum non esse*, *hoc est*, *vel emptori vel venditori*, *cui renunciatio offuit.* Proinde si nihil intersit ejus cui renunciatio facta sit, etsi falsa: cessat actio. & sunt exempla satis multa atque elegantia in *d. l.* 3. *pr.* §. 2. 3. 4. *& l.* 5. §. 1. *b. t.*

Eadem opera intelligitur, cui competat hæc in factum actio. ultro enim liquet, non competere alii, quam cujus interest; non esse sibi a mensore renunciatum modum falsum. is vero (ut modo traditum ex *d. l.* 3. §. 1.) est vel emptor vel venditor cui offuit renunciatio.

Non major labor est, demonstrare, adversus quem hæc actio competat: cum præsertim conveniat actioni in factum quæ est in personam, eam competere adversus mensorem qui falsum modum, falsamve mensuram, dolo malo renuncians, adversario offuit. idque extra dubitationem est: si ipse renunciavit falsum modum. Sed quid, si ego, cum esses mensor, mandaverim tibi, ut mensuram agri ageres, & tu Titio delegaveris, & ille dolo malo quid in ea re fecerit? ait Paulus, te teneri: & causatur, quia dolo malo versatus es qui tali homini credidisti *l.* 2. §. 1. *b. t.*

Indicavi eum cui & adversus quem detur hæc in factum actio. at nec heredes præteriri, fas est. De his sic Ulpianus *d. l.* 3. §. 5. *Hanc actionem heredi similibusque personis dandam*, *Pomponius scribit. sed in heredem similesque personas denegandam ait.* Utrumque vere. nam quod ait, heredibus hanc actionem dari, hac ratione nititur: quod ea actio pœnalis quidem est ex parte mensoris; nam is ea punitur: sed interim est rei persecutoria ex parte actoris: petentis id quod ei de patrimonio abest. tales vero actiones heredibus dari, explorati juris est. Nec alia fuit ratio; cur Ulpianus nolit, eam dari adversus heredem. cum enim concepta sit in dolum mensoris, & hunc puniat; non putavit Ulpianus, eam dandam esse adversus heredem: qui non fuit doli particeps. quod valde probo. Nec tamen me fugit, posse hinc incurrere difficultatem: quærentibus, quamdiu duret proposita in factum actio. nam si in dolum concipitur, & factum punit, ut modo demonstratum, possit metui; ne annalis sit hæc actio: quomodo in ejus generis actione Prætoria respondit Ulpianus *l.* 9. §. 1. *D. Quod falso tutore auctore*, & generaliter de talibus Paulus *l.* 35. *D. de oblig. & act.* Sed hunc scrupulum opportune nobis idem exemit Paulus *l.* 4. *b. t.* attestatus; quod *hæc actio perpetua est.* & hac utitur ratione, quæ est vera & pulchra: *Quia initium rei non a circumscriptione, sed a suscepto negotio originem accepit.*

TITULUS VII.

De religiosis, & sumptibus funerum, & ut funus ducere liceat.

Partes Rubricæ tres sunt: una de religiosis; altera de sumptibus funerum; tertia, ut funus ducere liceat. Prima pars est de religiosis, nempe locis. De his sic ait Marcianus *l.* 6. §. 4. *D. de rerum divisione.* Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum. Marcianus, ut religionem accipiat locus, duo desiderat: primum est, ut mortuus in eum inferatur: alterum, ut a loci domino inferatur. primum sustinet, locum non fieri religiosum destinatione aut proposito inferendi mortui, sed mortui demum illatione. Cicero *lib.* 2. *De legibus c.* 22. sic exprimit: *Priusquam in eos injecta gleba est*, *locus ille*, *ubi crematum est corpus*, *nihil habet religionis: injecta gleba tum & ille humatus est*, *& sepulcbrum vocatur*, *ac tum denique multa jura religiosa complectitur.* Ciceroni consentit Ulpianus *l.* 2. §. 5. *D. b. t.* Sepulchrum esse, inquiens, ubi corpus, ossave hominis condita sunt. Unde consequens est, κενοτάφιον, sive monumentum memoriæ causa factum, quamdiu inane est, nondum illato corpore integro, aut reliquis, ubi id ustum fuit pro more illius temporis, non esse sepulchrum, nec religiosum, sed illato corpore aut illatis reliquiis, demum sepulchrum esse incipere, & religiosum fieri *l.* 42. *D. b. t.* Atqui apud Marcianum sic legitur *d. l.* 6. §. *ult. D. de rer. divis. Cenotaphium quoque magis placet locum esse religiosum.* & ut firmior sit fides, additur; *Sicut testis in ea re est Virgilius.* Nimirum *lib.* 3. *Æneid. vers.* 304. *& lib.* 6. *vers.* 150. Interim subjicitur mox in *l.* 7. ex Ulpiano, *Sed Divi Fratres contra rescripserunt.* Est vero is locus ex ejus lib. 25. Ad Edictum: & quia ex eodem libro etiam est *l.* 6. §. 1. *D. b. t.* non male cum *d. l.* 7. conjungantur sequentia *d.* §. 1. verba: *Si adhuc monumentum purum est*, *poterit quis hoc & vendere & donare. Si cenotaphium sit*, *posse hoc venire dicendum est: nec enim esse hoc religiosum*, *Divi Fratres rescripserunt.* Id vero si ita est, quam dabimus causam, ne sit manifesta Marciani & Ulpiani pugna: cum uterque & post Divos Fratres, & eodem floruerit tempore. de conciliatione utriusque agerem serio: nisi id esset jam dudum factum ab Excellentissimis Viris, Andrea Alciato *lib.* 10. *Parerg. c.* 12. Scipione Gentili *lib.* 2. *Parerg. c.* 16. Jacobo Gothofredo *Diatrib. De cenotaphio*, aliisque.

Oportet igitur, ut religiosus fiat locus, in eum illatum esse vel corpus hominis mortui, vel ejus ossa. An omnia? fac, in diversis locis esse sepultum corpus, vel ossa. Paulus *l.* 44. *D. b. t. Uterque quidem*, inquit, *locus religiosus non fit: quia una sepultura plura sepulcbra efficere non potest. mihi autem videtur*, *illum religiosum esse*, *ubi quod est principale*, *conditum est*, *id est*, *caput*, *cujus imago fit*, *inde cognoscimur.* Sic esse legendum, *cujus imago fit*, bene observavit V. CL. Jacobus Cujacius *lib.* 21. *Observ. c.* 4. cum vulgo legatur, *cujus imago fit.* Ex eodem principio etiam sequitur, quod apud Ulpianum *d. l.* 2. §. 5. *b. t.* Celsus ait, *Non totus qui sepulturæ destinatus est*, *locus religiosus fit*, *sed quatenus corpus humatum est.* Id verum est, sed quid indigitet, explicitum a Viris Doctissimis, Brissonio *lib.* 2. *Select. antiq. c.* 15. & Kirchmanno *lib.* 3. *De funerib. Roman. c.* 21.

At Marcianus *d. l.* 6. §. 4. *D. de rer. divis.* ut religionem accipiat locus, non est contentus il-

la-

latione corporis aut ossium in eum facta: sed plus postulat, eam esse factam a loci domino. nec sine causa: est enim ille suæ rei moderator & arbiter, etiam in abutendo. ab alio igitur in alienum locum, invito domino, fieri illatio non debet: & si fiat, non est religiosus locus: ne alteri per alterum fiat injuria. Ita, si mortuus in alienum locum invito domino inferatur. quid, si eo volente fiat? Jam placet, eum religiosum fieri: nulla differentia; utrum ipse dominus mortuum inferat in locum suum; an alius ejus voluntate. quare & si invito domino facta sit illatio, isque factam deinde habeat ratam, adhuc idem dicendum est: quia ratihabitio retrotrahitur, & cum mandato comparatur. Sed hoc clare Justinianus §. 9. *Inst. de rer. divis.* Dominum porro cum dico, non alium intelligo, quam cujus solidum est dominium: id est, in quo alius neque partem habet, neque jus aliquod. nam si pro parte sit dominus, socius, verbi gratia, mortuum invito socio in communem locum purum inferre non potest: in commune vero sepulchrum ei inferre licet, etiam invitis cæteris *d.* §. 9. De fructuario minor dubitatio est, quia non est dominus rei fructuariæ, licet in ea habeat jus ususfructus. imo, si alienus est ususfructus, ne proprietarium quidem, invito fructuario, locum religiosum facere placet: consentiente placet *d.* §. 9. Idem tradit Ulpianus *l.* 2. §. 7. *D. h. t.* ubi ita interpungo: *Sed & si alius proprietatem, alius usumfructum habet, non faciet locum religiosum nec proprietarius.* Plane addit ibidem Ulpianus, proprietarium, si forte ipsum qui usumfructum legaverit, intulerit, cum in alium locum tam opportune inferri non posset, religiosum locum facere, & ita Julianum scribere. Similis quæstio est de loco qui servit, an & quando eum religiosum facere possit dominus. Item alia, si oppignoratus sit. Sed de his Ulpianus *d. l.* 2. §. 8. & 9. satis clare ac plene. Ex Paulo vero *l.* 3. mox sic subjicitur: Ex consensu tamen omnium utilius est dicere, religiosum posse fieri. idque Pomponius scribit. Papinianus plane *l.* 43. *h. t.* observat, aliquas esse personas quæ quamquam locum religiosum facere non possunt, interdicto tamen de mortuo inferendo utiliter agunt. Sed de his dicam sequente Titulo *De mortuo inferendo.*

Effectus religionis est: ut locum religiosum eximat humano commercio; itaque is, cum nullius putetur esse, neque dominum habeat, neque vindicari, neque alienari possit.

Dixi, quomodo locus fiat religiosus. addam, quomodo talis esse desinat. Egregie Paulus *l.* 44. §. 1. *D. h. t.* Cum, inquit, impetratur, ut reliquiæ transferantur, desinit locus religiosus esse. Ait, *cum impetratur.* Refert tamen, utrum ad tempus alicubi commendata, sive deposita, sint ossa, verbi gratia, donec sepulchrum ædificetur; an sint tradita perpetuæ sepulturæ. priori casu poterat quidem qui deposuerat, translationem impetrare; ut est tale exemplum apud Gruterum *Corpore Inscriptionum pag.* 607. *n.* 1. sed non erat necesse impetrare: nam eum ossa transferre propria auctoritate, non prohiberi, traditum a Diocletiano & Maximiano *l.* 10. *C. h. t.* & locum eo casu profanum manere, Paulus ait *l.* 40. *D. h. t.* In posteriore casu aliter fuit observatum: nam ut Marcianus scribit *l.* 39. *d. t.* Divi Fratres admonuerunt, Ne justæ sepulturæ traditum, id est, terra conditum, corpus inquietetur. Et cum possit quæri, quando terra conditum dicatur: ait, videri terra conditum, & si in arcula conditum sit hoc animo, ut non alibi transferatur. Addit, Sed arculam ipsam, si res exigat, in locum commodiorem licere transferre, non esse denegandum. Ut igitur religione liberetur locus, oportet impetrari, si res exigat. A quibus? ab his quibus permittendi jus est. sic ait Ulpianus *l.* 3. §. 4. *D. de sepulcb. violat.* Esse autem hos in provincia Præsides intelligitur ex *l.* 1. *C. h. t.* Plinius *lib.* 10. *Epist.* 69. etiam meminit Proconsulum: Romæ autem vult adiri Collegium Pontificum, aut Principem, tamquam Pontificem Maximum: quos etiam nominat Ulpianus *l.* 8. *h. t.* ubi ab alio, quam a domino, illata sunt ossa, eaque dominus vult eruere aut effodere. In *l.* 14. *C. h. t.* dicitur, *Nemo humanum corpus ad alium locum sine Augusti affatibus transferat.* Jacobus Gothofredus ad *l.* 7. *Cod. Theod. de sepulchro violato* putat, desumptam ex hac lege esse *d. l.* 14. ibique pro *humanum corpus* ex *d. l.* 7. esse legendum *humatum corpus.* Monui modo, translationem demum impetrari, si res exigat. Trajanus apud Plinium *lib.* 10. *epist.* 70. dicit propter justas aliquas causas. Et exemplum in *Epist.* 69. quæ est Plinii, propter injuriam vetustatis, aut propter fluminis incursum. hujus etiam mentio in *l.* 1. *C. h. t.* & apud Paulum *lib.* 1. *Sentent. tit.* 21. § 1. Dicit præterea Paulus, reliquias solemnibus redditis sacrificiis per noctem in alium locum transferri. Sed de his adiri suadeam Notas Doctissimi mei Collegæ, Antonii Schultingii, & de omnibus Kirchmannum quoque *lib.* 3. *De funerib. Rom. c.* 25.

Postquam dixi quæ sint religiosa loca: age, nunc consideremus, Edicta de his a Prætore proposita. sunt autem complura. primum in *l.* 2. §. 2. ab Ulpiano hisce proditur verbis: *Sive homo mortuus, ossave hominis mortui, in locum purum alterius, aut in id sepulchrum in quo jus non fuerit, illata esse dicentur: qui hoc fecit, in factum actione, & pœnæ pecuniariæ subjicietur.* In hoc Edicto proponitur actio in factum. quando? si homo mortuus, ossave hominis mortui, illata sint in locum alterius purum, aut in id sepulchrum, in quo jus non fuerit. Cum Prætor ait, *Homo;* nec distinguit hominem: observat Ulpianus, ea appellatione cum liberum, tum servum; complecti. *d. l.* 2. *pr.* Cum vero homini mortuo adjungit *ossa hominis mortui;* puto, per hominem mortuum designat cadaver integrum; & per ossa hominis mortui ossa & cineres, seu reliquias, in urnam collectas combusto corpore, Veterum more. hac ratione in *l.* 42. *h. t.* legimus, *corpus vel reliquiæ:* ut hic & §. 5. *d. l.* 2. *corpus & ossa.* quod animadvertit Jacobus Gutherius *lib.* 3. *De jur. man. c.* 23. *pag.* 536. & *seq.*

Locum porro Ulpianus *d. l.* 2. §. 1. in Edicto accipit, sive in agro, sive in ædificio: sepulturis in agro fieri solitis, plerumque circa vias publicas, aliquando in mediis possessionibus. qua de re Johannes Kirchmannus, V. Cl. *lib.* 2. *De funerib. Rom. c.* 22. Sed Ulpianus *d.* §. 1. *l.* 2. in explicatione *Loci* non tantum agri meminit, verum etiam ædificii: quia ædificia & domunculæ sepulchris & monumentis imponebantur. Res frequens in Inscriptionibus; & annotata a Jacobo Gothofredo ad *l.* 4. *Cod. Theod. de sepulchro violato*, & Jacobo Gutherio, *De jur. man. lib.* 2. *c.* 20. quibus addi potest Kirchmannus *lib.* 3. *c.* 15. At non fuit contentus Prætor, *Locum* dixisse: addidit, *Purum.* Dicitur autem purus locus, qui neque sacer, neque sanctus, neque religiosus est: sed ab hujusmodi nominibus vacare videtur *d. l.* 2. §. 4. *h. t.*

Sequitur in Edicto, *In locum purum alterius.* Ad hæc verba sic scribit Ulpianus *d. l.* 2. §. 1. *Hic sermo domino dat actionem: non bonæ fidei possessori. nam, cum dicit, in locum alterius, apparet,* de

de domino eum sentire: id est de eo, cujus locus est. Sic Ulpianus: & fraudi fuit Petro Fabro & Jacobo Gothofredo ad *l.* 136. *D. de reg. jur.* existimantibus, hanc actionem soli domino dari: bonæ fidei possessori non dari: quasi Lex (cujus mentio in *d. l.* 136.) hic sit impedimento; ne bona fides tantumdem possidenti præstet, quantum veritas. Mihi placet, Ulpianum *d.* §. 1. *l.* 2. loqui de actione directa ex Edicti verbis: nec idcirco utilem bonæ fidei possessori negare ex Edicti sententia. ac juvat me: quod Ulpianus *l.* 8. §. 4. *h. t.* hanc accommodat etiam fructuario, vel qui aliquam, id est, aliam quam servitutem habeat. Verba Ulpiani: *Nec solum domino hæc actio competit: verum ei quoque qui ejusdem loci habet usumfructum, vel aliquam servitutem.* Et causatur, *Quia jus prohibendi etiam hi habent.* Sic de fructuario Ulpianus. & quia de hoc eodem plane modo differit Scævola in *l. ult. h. t.* quid ni simile observatum putemus in bonæ fidei possessore: cum & ille habeat jus in re; & propter hoc Publicianam in rem actionem. Sed de talibus jam dictum supra sub Titulo *De servo corrupto:* ubi quæso vide.

Æque obscurum est, quod in *d. l.* 2 §. 1. *h. t.* porro scribit Ulpianus: *An & socius teneatur, si ignorante socio intulerit, tractari potest? est tamen verius, familiæ ercifcundæ, vel communi dividundo conveniri eum posse.* In his verbis possit quæri, quid designet interrogatio, nulla sequente responsione? At tu puta, Ulpianum significare, socium, si mortuum ignorante socio in communem locum intulerit, actione in factum teneri. Formulæ tales affirmandi per interrogationem, non sequente responsione, nostris frequentes sunt, & alibi eas notavi aliquoties. In præsente vero casu competere in factum actionem, ipse de quo quærimus, Ulpianus auctor est *l.* 6. §. 6. *D. Commun. divid.* Præter hanc quæstionem potest in *d. l.* 2. §. 1. etiam esse sequens: utrum in proposito socius tantum in factum actione teneatur, an etiam familiæ ercifcundæ, aut communi dividundo? me judice, hoc mavult Ulpianus: ideoque sic eum accipio, quasi dicat, quamvis socius in proposito actione in factum teneatur; est tamen verius, etiam familiæ ercifcundæ, vel communi dividundo eum conveniri posse. Sic sentio: & addam ex *l* 39. *D. Pro socio* liquere, Pomponium hoc amplius etiam pro socio actionem adversus eum concedere.

Pergit Prætor: *Aut in id sepulchrum in quo jus non fuerit.* Proprie sepulchrum dicitur in quo sepultum est hominis mortui corpus: ossuarium, ubi condita sunt hominis ossa. sed Ulpianus *l.* 2. §. 5. *D. h. t.* sepulchrum accipit latius: ut & ossuarium comprehendat. Illud probo: quod in §. 6. sepulchrum distinguit a monumento. Hoc & Florentinus, sed plenius *l.* 42. *D. h. t.* Verba Florentini: Monumentum generaliter res est memoriæ causa in posterum prodita: in qua si corpus (id est, integrum cadaver) vel reliquiæ (id est, ossa & cineres) inferantur; fiet sepulchrum: si vero nihil eorum inferatur, erit monumentum memoriæ causa factum quod Græci κενοτάφιον, id est, inane sepulchrum appellant. In *d.* §. 5. addit Ulpianus, a Celso sic scribi: Non totus locus qui sepulturæ destinatus est, locus religiosus fit, sed quatenus corpus humatum est. quod observatum esse a Brissonio *lib.* 2. *Select. antiq. c.* 15. & Kirchmanno *lib.* 3. *De funerib. Roman. c.* 21. jam supra monui. Dat igitur Prætor actionem in factum, homine mortuo, aut ejus ossibus illatis in alterius locum purum, aut in id sepulchrum in quo jus non fuerit. quid, si facta sit illatio in alterius arcam lapideam in qua mortuus non erit conditus? proprie non est facta in sepulchrum, neque in locum alterius: & ideo cessante actione directa, danda erit utilis in factum actio: auctore Gajo *l.* 7. §. 1. *h. t.* Cæterum quæ sint arcæ lapideæ vel arculæ, ut nominantur *l.* 39. *D. h. t.* vel sarcophagi quo nomine designantur *l.* 37. traditum jam a Jacobo Rævardo *lib.* 2. *Var. c.* 4. nec ago actum.

Porro ait Prætor: *In quo jus non fuerit.* Hæc verba sunt restringenda ad sepulchrum, quod est nullius: cum locus purus alterius esse possit. Ut autem liqueat, cui sit jus mortuum inferendi in sepulchrum; age, dividamus sepulchrorum genera. Sunt autem aliqua quæ quis sibi soli facit, vel sibi & conjugi, vel sibi & certis personis. exempla occurrunt passim in Inscriptionibus Veteribus. In his vero expedita res est, solis esse jus inferendi quibus id nominatim permissum fuit; aliis non esse. soletque talibus sepulchris apponi pœna vel etiam execratio; si contra factum sit. Præter hæc fuere sepulchra communia, atque ipsa non unius generis: aut enim erant publica, aut privata. publica erant inopum destinata funeribus: quæ culinas vocata fuisse, auctor est Aggenus Urbicus *lib.* 1. *De limitib. agror. pag.* 60. privata attingit Gajus *l.* 5. *D. h. t.* dividens ea in familiaria & hereditaria. Hereditaria definit quæ quis sibi heredibusque suis constituit. Ex Ulpiano *l.* 6. subjicitur, vel quod paterfamilias jure hereditario adquisiit. De his hereditariis solis, meo judicio, in *d. l.* 6. egit Ulpianus: deque his proinde, sive a defuncto ipso constitutis, sive a patrefamilias adquisitis jure hereditario, accipiendum est, quod ait Ulpianus, in utroque heredibus licere sepeliri, & mortuum inferre: quod & placuit Kirchmanno *lib.* 3. *De funerib. Roman. c.* 13. etsi post Accursium aliud visum Antonio Fabro, *Rationalib.* Heredes autem Ulpianus accipit *d. l.* 6. sive ex testamento sint, sive ab intestato. nec putat, referre, qua ex parte sint heredes, licet minima: nec magis, utrum consentiant alii, an non. nec tantum heredibus id jus concedit; sed etiam cæteris successoribus, qualescumque sint: fac, possessores bonorum, & horum exemplo etiam quibus libertatum conservandarum gratia bona addicta fuerint *l.* 4. §. 21. *D. de fideicom. libert.* Illud non tacebo, quod heredis appellatione solus venit qui hereditatem adiit; non etiam cui hereditas ab eo ex fideicommisso est restituta: nam fideicommissarius licet heredis loco habeatur, non est heres. fiduciarius contra, etsi hereditatem restituerit, jure civili heres manet: & ita Paulus *l.* 42 §. 1. *D. Ad Senatusc. Trebell.* Simili ratione ait Ulpianus *l.* 33. *D. h. t.* Si quis fuit heres, deinde hereditas ablata sit ei quasi indigno, magis esse, ut penes eum jura sepulchrorum remaneant. Summa est, jus inferendi in hereditaria sepulchra solis competere heredibus, non etiam aliis: præterquam liberis. nam his cujuscumque sexus vel gradus, etiam filiisfamilias, & emancipatis idem jus esse concessum: sive extiterint heredes, sive sese abstineant. Exheredatis autem, humanitatis gratia sepeliri, non etiam alios, præter suam posteritatem, inferre licere. Hoc, nisi testator specialiter justo odio commotus, eos inferri vetuerit *d. l.* 6. quale exemplum in testamento Augusti refert Suetonius in *ejus vita c. ult.* Libertos autem nec sepeliri, nec alios inferre posse, Ulpianus putat, nisi heredes extiterint patrono, quamvis quidam inscripserint, monumentum sibi libertisque fecisse: & ita Papinianum respondisse, & sæpe constitutum esse. Hactenus de sepulchris hereditariis de quibus solis in *d. l.* 6. egit Ulpianus.

Nunc

Nunc de familiaribus dispiciamus: nam de his ille nihil egit. sunt autem familiaria, ut ex Gajo dixi, quæ quis sibi familiæque suæ constituit *d. l.* 5. Habet igitur jus in hæc inferendi quisquis est de familia: non etiam qui de ea non est, licet sit affinis, seu cognatus: nisi sit institutus heres *l.* 8. *C. h. t.* illi vero qui in familia sunt, licet non sint heredes, jus inferendi habent. sed qui extra familiam sunt, ut dixi, etiam habent jus inferendi, si sint instituti *l.* 13. *C. d. t.* nam licet paterfamilias in sepulchri constitutione tantum locutus sit de se & familia sua: cum tamen sibi fecit, etiam de herede qualicumque cogitasse intelligendus est: nimirum, quia per eum repræsentari voluit: hac ratione is, quamquam proprie sit extraneus, tamen perinde quasi in familia esset, haberi debet. De libertis quid dicemus? & his, quasi de familia essent, jus inferendi concedunt Brissonius *lib.* 2. *Select. antiq. c.* 14. & Kirchmannus *d. lib.* 3. *c.* 13. sed aliud visum Antonio Fabro *Rationalib. ad d. l.* 6. & Gutherio *lib.* 3. *De jur. man. c.* 9. quod mihi magis placet, propter *l.* 6. *C. h. t.*

Sequitur in Edicto, *Illata esse dicentur.* Illatio corporis aut ossium in locum duplex est: una fit hac cogitatione, ut inde alio transferatur: altera, ut ibi sepeliatur, & quasi æterna sede collocetur. de posteriore quæ sepulturæ causa fit, Prætorem cogitasse, Ulpianus censet *l.* 2. §. 3. *D. h. t.*

Sequitur in Edicto: *Qui hoc fecit, in factum actione tenetur, & pœnæ pecuniariæ subjicietur.* Cave, putes, postrema verba, *Et pœnæ pecuniariæ subjicietur*, esse Prætoris. non ita est. sunt Ulpiani: Prætoris sensum referentis; ipsum ex parte tantum; non integrum. est hæc una mea conjectura. imo est altera quoque. quæ? ab Ulpiano duas indigitari actiones: unam spectare ad illationem factam in locum purum alterius: alteram ad illationem factam in sepulchrum in quo jus non fuerit. Quod ad priorem attinet: ad eam in *l.* 2. §. 1. *h. t.* extant hæc Ulpiani verba: *Qui mortuum in locum alienum intulit, vel inferre curavit, tenebitur in factum actione.* Ulpianus significat, domino a Prætore promitti actionem in factum adversus eum qui in locum purum alterius vel hominem mortuum, vel ejus ossa sepulturæ causa vel ipse intulit, vel inferri curavit. Ad quid? Ulpianus silet: sed Gajus *l.* 7. *d. t.* sic scribit: *Is, qui intulit mortuum in alienum locum, aut tollere id, quod intulit, aut loci pretium præstare cogitur per in factum actionem, quæ tam heredi, quam in heredem competit, & perpetua est.* Sic Gajus: & valde observandum, quod non meminit pœnæ. ita meditate subjicit; quod illa actio tam heredi, quam in heredem competit, & perpetua est. evidente documento, quod ex ejus sententia non est pœnalis.

Hoc: si illatio mortui hominis, aut ossium ejus, facta sit in locum purum alterius. at si facta sit in sepulchrum quo inferenti non fuit jus inferre; alteram proposuit Prætor actionem in factum ei ad quem res pertinet, adversus eum qui intulit. ad quid? ut pœnæ pecuniariæ subjicia tur. quam ob causam? mihi talis succurrit: quod sepulchrum, propter religionem exemptum hominum commercio, neque dominum habet, neque æstimationem recipit. Sic fit, ut ille qui illationem fecit in sepulchrum, non teneatur domino, ut illatum tollat, aut æstimationem pretii præstet: quia sepulchrum est nullius, nec recipit æstimationem: sed teneatur ei ad quem ea res pertinet, ad pœnam pecuniariam, tamquam reus sepulchri violati: qualem haberi eum, Paulus auctor est *lib.* 1. *Sentent. tit.* 21. §. 6. Quin ab ipso observatum Ulpiano *l.* 3. §. 3. *D. de sepulchro violato*, si quis quamvis heres, in hereditarium sepulchrum forte contra voluntatem testatoris intulit, eum sepulchri violati teneri. Præterea est a Macro *l.* 9. *D. eod.* traditum, quod de sepulchro violato actio quoque pecuniaria datur. Mitto Macrum: ipse Prætor *l.* 3. *pr. d. t. Cujus*, inquit, *dolo malo sepulchrum violatum esse dicetur, in eum in factum judicium dabo: ut ei ad quem pertineat, quanti ob eam rem æquum videbitur, condemnetur.* Sic liquet, quid intendat Ulpianus *d. l.* 2. §. 2. *h. t.* confirmans, Prætorem edixisse, *Qui hoc fecit, actione in factum tenetur, & pœnæ pecuniariæ subjicietur.* Nam quod de actione in factum dicit, pertinet ad illationem in locum purum alterius factam. quod vero addit de pœna pecuniaria, coërcet illationem factam in sepulchrum in quo jus non fuerit. Forsan audacior videar: arbitratus, posterioribus Ulpiani verbis indigitari pœnam sepulchri violati, a Prætore propositam in *d. l.* 3. Sed cogitent eruditiores, ne Edictum de sepulchro violato fuerit hujus præsentis Edicti pars: ideoque hic ponendum explicandumque. Me enim movet, quod utrumque ab Ulpiano est eodem expositum lib. 25. ad Edictum: ut constat ex Inscriptionibus *l.* 2. *D. h. t. & l.* 3. *D. de sepulch. violat.*

Ex eodem libro est etiam Edictum in *l.* 8. §. 2. *h. t.* atque, ut mihi videtur, superioris portio. ejus sensum talem prodit Ulpianus: *Si in locum publicis usibus destinatum intulerit quis mortuum, Prætor in eum judicium dat, si dolo fecerit;* [*&*] *erit extra ordinem plectendus, modica tamen coërcitione: sed, si sine dolo, absolvendus est.* Quam Ulpianus vocat *Modicam coërcitionem*, sine dubio illa est, quæ dicitur jurisdictioni, seu mixto imperio cohærere *l. ult.* §. 1. *D. de offic. ejus cui mand. est jurisd.* Constat illa remediis prætoriis: id est, mulctæ dictione & pignoris captione *l.* 1. §. 3. *D. de ventr. inspic.* merum enim imperium Præfecti Urbi, non Prætoris, fuisse, jam satis notum est. Recte autem dicit Ulpianus, si dolo fecerit, *extra ordinem* plectendum esse; id est, non dato Judice, sed cognitione Prætoria: alterum enim jure ordinario, alterum extra ordinem exerceri, jam olim demonstravi *lib.* 1. *De jurisdictione & imperio.*

Aliud Edictum ad locum religiosum similiter pertinens ex eodem lib. 25. Ulpiani occurrit in *l.* 8. §. 1. *h. t.* in hæc verba: *Si locus religiosus pro puro venisse dicetur, Prætor in factum actionem in eum dat ei, ad quem ea res pertinet. quæ actio & in heredem competit, cum quasi ex empto actionem contineat.* Proponitur a Prætore actio in factum, si locus religiosus pro puro venisse dicatur: atque ea datur ei ad quem ea res pertinet, adversus venditorem ejusque heredem. ad quid? non dicit Ulpianus: sed videtur id quod interest designare: quando dicit, eam continere quasi ex empto actionem: quam ad id quod interest competere, certi juris est.

Secunda Rubricæ pars est, *De sumptibus funerum:* de quibus sequens apud Ulpianum *l.* 12. §. 2. *D. h. t.* reperitur Edictum: *Quod funeris causa sumptus factus erit, ejus recuperandi nomine in eum ad quem ea res pertinet, judicium dabo.* Hoc Edictum putat Ulpianus *d. l.* 12. §. 3. esse justa ex causa propositum: videlicet, ut qui funeravit, persequatur id quod impendit. sic enim fieri, ne insepulta corpora jacerent, neve quis de alieno funeretur. hoc efficit, ne alterius sepultura alteri onerosa sit: illud spectat ad procurandam defuncto quietem perpetuam: existimante Veterum superstitione, infelicem esse defuncti statum, insepulto corpore. attigi superstitionem *lib.* 2. *Observ. c.* 2.

Actio

Actio quæ in hoc Edicto proponitur, ab Ulpiano in *l.* 14. §. 6. vocatur funeraria: ut autem locum habeat, funeris causa sumptum factum esse oportet. sic enim loquitur Prætor: *Quod funeris causa sumptus factus erit.* De aliis sumptibus non loquitur. Vidit hoc Ulpianus *d. l.* 14. §. 6. testatus, eam actionem continere funeris causa impensam, non etiam cæterorum sumptus. pone, factos in curandum defuncti morbum. Aliquem moveat *l.* 3. *C. b. t.* Sed frustra: quia ut facti sint in morbum ex quo secuta mors sit: at funeris causa facti non sunt. repetantur igitur actione negotiorum gestorum credendi animo facti, sed actione funeraria non repetentur: quia de his præsens tacet Edictum: ac secundum hoc accipienda *d. l.* 3.

Ut igitur intelligatur, quis sumptus funeris causa factus esse dicatur, subjiciam ex *l.* 14. §. 3. *b. t.* sequentia Ulpiani verba: *Funeris causa sumptus factus videtur is demum, qui ideo fuit, ut funus ducatur, sine quo funus duci non potest.* Funus ducere Ulpiano est, mortuum efferre, exsequias ducere. nam funus Donato ad Terentium, *Andria* I. I. 100. est, funeralis pompa: ita optime Ulpianus pro exemplo sumptus facti funeris causa ponit: *Si quid impensum est in elationem mortui.* Non minus tamen recte addit: *Si quid in locum fuerit erogatum in quem mortuus inferetur, funeris causa videri impensum, Labeonem scribere: quia necessario locus paratur in quo corpus conditur.* Idem *de pretio loci* censet Macer *d. l.* 37. *b. t.* atque in §. I. etiam nominat *munimentum sepulcbri.* Florentiæ editur, *monimentum.* sed apud Haloandrum est *munimentum:* quod probat Elbertus Leoninus, Vir doctus ac sapiens, *lib.* 3. *Emend. c.* 10. hoc & suadent sequentia loci verba: *Munimentum autem sepulcbri id esse Divus Hadrianus rescripsit, quod causa muniendi ejus loci factum sit in quo corpus impositum sit. itaque si amplum quid ædificari testator jusserit, veluti in circuitu porticationes, eos sumptus funeris causa non esse.* Superioribus addit Ulpianus §. 4. *l.* 14. impensam peregre mortui quæ facta est, ut corpus perferretur. Macer *d. l.* 37. *pr.* dicit vecturam. & ait Ulpianus, hanc funeris esse, licet nondum humo funeretur. idemque esse, & si quid ad corpus custodiendum, vel etiam commendandum factum sit, vel si quid in marmor, vel vestem collocandam. Per marmor intellige sarcophagum cujus mentio in *d. l.* 37. Quod dicit de veste collocanda, Græci explicant vestitum. locutionem attingit Gutherius *lib.* 3. *c.* 19. rem & morem Kirchmannus *lib.* I. *c.* 10. Verba, *Si quid ad corpus custodiendum*, possunt illustrari pulchro Apuleji loco *lib.* 2. *Metamorpb.* cui adde sis Kirchmannum *d. lib.* I. *c.* 12. Quod vero ait Ulpianus, Ad commendandum corpus: id est, ad corpus interim deponendum. nam commendare est, deponere. & exemplum in *l.* 40. *D. b. t.* item in vetere Inscriptione apud Cujacium *lib.* 2. *Observ. c.* 17. & Gutherium *lib.* 2. *De vet. jur. Pontif. c.* 9. Affert præter superiora Macer in *l.* 37. etiam unguenta & vectigalia. De unguentis nihil addo: mortuorum unctura satis nota cum ex aliis, tum ex adductis a Kirchmanno *d. lib.* I. *c.* 7. Vectigalium obscurior ratio: quando Florentiæ legitur, *Vectigalia:* sed apud Haloandrum est, *Vestiaria.* illam scripturam præfert Cujacius *lib.* 5. *Observ. c. ult.* hanc Leoninus *lib.* 3. *Emend. c.* 10. Me auctore, in medio relinquetur discidium: siquidem vectigalia pro transitu solvebantur in pontibus ac viis; nec satis causæ, cur ab his libera essent cadavera. eadem vestibus tecta atque ornata efferebantur. ita potuit utraque impensa funeris haberi. De vestibus dictum supra: de vectigalibus aliquid in *l.* 21. *D. de donat. int. vir. & uxor. l.* 60. §. 8. *D. Locati.* & in hoc Senecæ, *De constant. sapient. c.* 14. *Nec indignabitur aliquid impendere, ut limen transeat, cogitans & in pontibus quibusdam pro transitu dari.*

Ostendi, quando locum habeat funeraria actio; etiam ad quid detur: cum sic edicat Prætor, *Quod funeris causa sumptus factus erit*; & subjiciat, *Ejus recuperandi causa judicium dabo.* Illud quæri possit; an in infinitum competat? Negat Ulpianus *l.* 14. §. 6. *D. b. t.* qua ratione? quia hæc actio ex bono & æquo oritur. æquum autem, inquit Ulpianus, accipitur ex dignitate ejus qui funeratus est, ex causa, ex tempore, ex bona fide; ut neque plus imputetur sumptus nomine quam factum est, neque tantum quantum factum est, si immodice factum est. Sic placet Ulpiano, haberi rationem facultatum ejus in quem factum est: & ipsius rei quæ ultra modum sine causa consumitur. Esto: si nihil ipse definiverit testator. sed quid, si jusserit fieri, & ex voluntate ejus impensum est? ait Ulpianus, nec voluntatem sequendam, si res egrediatur justam rationem. Ab hac causa idem in §. 5. *d. l.* 14. sic scribit: *Non oportet ornamenta cum corporibus condi: nec quid aliud bujusmodi quod homines simpliciores faciunt.* Morem notat Ulpianus: & exemplum apud Scævolam *l.* 40. §. 2. *D. de aur. arg. mund.* sed, ut Ulpianus ait, simpliciorum; id est, stultorum, & ideo improbandum. quod & Marciano visum *l.* 113. §. 5. *D. de legat. lib.* I. nec aliter Lucianus, *Nigrino, pag.* 62. *tom.* I. verba Luciani. *Illa vero etiam interea cum ab eo dicerentur, risu prosequi coactus sum, quod & secum sepeliri ignorantiam suam velle eos ajebat, & stultitiam suam aperte scripto etiam testari, dum alii vestes quibus in vita pretiosioribus usi sunt, comburere eodem rogo secum mandant: alii autem & servos certos ad sepulcbra adstare, rursum alii cippos, sive columnas quoque coronari sertis præcipiunt, stolidi videlicet in ipsa morte manentes.* Elegans hoc exemplum temperandi sumptus funeris, etiam adversum voluntatem defuncti. sed quod ex Macro sequitur *l.* 37. *b. t.* non minus elegans: Verba Macri, ut supra emendata sunt, apposui: *Munimentum autem sepulcbri id esse Divus Hadrianus rescripsit, quod causa muniendi ejus loci factum sit, in quo corpus impositum sit. itaque si amplum quid ædificari testator jusserit, veluti in circuitu* (Florentiæ est, *in circum*) *porticationes, eos sumptus funeris causa non esse.* Rationis erat, sepulchrorum, quia in agris erant, munitiones septaque fieri vel a vivo testatore, vel post ejus mortem, ab herede aut alio, ex mandato defuncti. erant autem (ut jam observarunt Gutherius, *lib.* 2. *De jur. man. c.* 30. *& lib.* 3. *c.* 4. Kirchmannus *lib.* 3. *De funerib. Rom. c.* 17. & Reinesius *ad Inscript.* 112. *class.* 6. *& Inscript.* 16. *class.* 7.) hæ munitiones aliquando sepes ferreæ, plerumque maceriæ, seu muri, pro hominum ingenio, luxuria, conditione pulchri atque ornati aut etiam rudes, vilesque. addebantur silvæ, vineæ, horti, ambulationes subdiales, porticationes, seu porticus; ædificia. In hæc impensas quas vellet, pro suo arbitrio faciebat vivus testator, & post ejus mortem, heres. id jus alius non habebat: ne mandatu quidem testatoris. contra tenebatur ille in his, servare modum. eum si egrederetur, non videbatur facere sumptum funeris causa, nec eo nomine habebat actionem funerariam. Is sensus Macri *d.* §. I. *l.* 37. Oportebat igitur sumptum funeris causa fieri pro dignitate defuncti, & facultatibus ejus: non ultra *d. l.* 14. §. 6. *& l.* 12. §. 5. *b. t.* imo nec infra modum eum: nam nec hoc æquum pati, clare Ulpia-

pianus *d. l.* 14. §. 10. confessus, *Judicem qui de ea æquitate cognoscit, interdum sumptum omnimodo non debere admittere, modicum factum, si forte in contumeliam defuncti hominis locupletis modicus factus sit: nam non debet hujus rationem habere, cum contumeliam defuncto fecisse videatur ita eum funerando.* Est & tertius casus in quo is qui sumptum fecit in funus, sumptum non recipit. is casus Ulpiano est, si sumptus factus sit pietatis gratia *d. l.* 14. §. 7. *h. t.* id est, ex officio humanæ conjunctionis; suadentis, hominem insepultum liberari miseria in qua eum, donec sepeliretur, esse vetus superstitio existimabat. id officium alio nomine dici humanitatem, affectionem, misericordiam, ex sequentibus ibidem intelligitur; & alias multis tradit Petrus Faber, *lib.* 1. *Semestr.* *c.* 1. Quærentibus igitur, sumptu in funus facto, an sit funerariæ locus: distinguit Ulpianus; utrum sit repetendi animo, an pietatis intentione factus. priore casu non moratur funerariam actionem: posteriore eam recusat. Huc usque certa Ulpiani verba. sequentia laborant. *Erit igitur æstimandum ab arbitro & perpendendum, quo animo sumptus factus sit: utrum negotium quis vel defuncti vel heredis gerit, vel ipsius humanitatis; an vero misericordiæ vel pietati tribuens vel affectioni.* Sic in omnibus editionibus. at obscuro sensu. quem illustrare conatus est Petrus Faber *d. loc.* non satis apte ad Ulpiani verba: quibus convenire explicationem oportet. potius accedam Desiderio Heraldo *lib. Observat. c.* 34. pro, *vel ipsius humanitatis*, reponenti, *vel ipsius hereditatis*: & ei suffragatur Hugo Grotius, *Flor. spars.* Heraldi tamen conjecturam improbat Salmasius: ipse suspicatus: *Utrum negotium quis vel defuncti vel heredis gerit; an vero ipsius humanitatis, vel miseri cordiæ, vel pietati tribuens, vel affectioni.* aut ita; *an vero ipsi humanitati vel misericordiæ tribuit, vel affectioni.* Sic Salmasius, *Ad jus Attic. c.* 25. Non damno: etsi præferam Heraldi correctionem. Ut ut erit; commode Seneca *lib.* 5. *De benefic. c.* 20. Verba ejus. *Patrem alicujus in solitudine exanimem inveni, corpus ejus sepelivi. nec illi profui (quid enim illius intererat, quo genere dilaberetur?) nec filio. quid enim per hoc commodi accessit illi? dicam, quid consecutus sit: officio solemni & necessario per me functus est. Præstiti patri ejus quod ipse præstare voluisset, nec non & debuisset. Hoc tamen ita beneficium est, si non misericordiæ & humanitati dedi, ut quodlibet cadaver absconderem: sed si corpus adgnovi, si filio tunc hoc præstare me cogitavi. At si terram ignoto mortuo injeci, nullum habeo hujus officii debitorem, in publicum humanus.* Hoc Seneca. *Potest tamen* (sic pergit Ulpianus) *distingui & misericordiæ modus* (in quibusdam libris est, *motus*) *ut in hoc fuerit misericors vel pius qui funeravit, ut sepeliret, ne insepultus jaceret, non etiam ut suo sumptu fecerit. Quod si Judici liqueat: non debet eum qui convenitur, absolvere. quis enim sine pietatis intentione alienum cadaver funerat. Oportebit igitur testari quemque, quomodo funerat: ne postea patiatur quæstionem.*

Vix opus addi, cui detur funeraria actio: ultro manifesto, quod Ulpianus *l.* 12. §. 3. *h. t.* hoc Edictum, inquit, esse justa ex causa propositum, ut qui funeravit, persequatur id quod impendit. Et tamen fuit aliquando dubitatum; an ei qui funeris causa sumptum fecit, omnino danda sit funeraria actio. eos casus proponit & solvit Ulpianus *d. l.* 14. §. 11. 12. 13. 14. 15. & 16. nec inutile erit, considerasse: sed ut careant difficultate: quæso, permittas mihi, tantum excerpere ex *d.* §. 14. sequentia verba: (*Divus autem Marcus rescripsit, Eum heredem, qui prohibet funerari ab eo, quem testator elegit, non recte facere: pœnam tamen in eum statutam non esse*) & in his observare exemplum imperfectæ legis. quale notatum a Livio *lib.* 10. *c.* 9. in his ejus verbis: *Valeria lex, quum eum, qui provocasset, virgis cædi, securique necari vetuisset, si quis adversus ea fecisset, nihil ultra, quam improbe factum adjecit. Id (qui tum pudor hominum erat) visum, credo, vinculum satis validum legis. nunc vix serio ita minetur.*

Sequitur, adversus quem detur actio funeraria. datur vero *In eum ad quem ea res pertinet.* Sic Prætori visum. At quis ille? Paulus *lib.* 1. *Sentent. tit.* 21. §. 10. scribit: *Qui alienum mortuum sepelierit, recipere id ab herede, vel a patre, vel a domino potest.* Primum ait Paulus, funerariam dari adversus heredem. Ulpianus *l.* 14. §. *ult. h. t.* addit bonorum possessorem, cæterosque successores: & in *l.* 15. mox subjicit Pomponius, Funeris impensam & patronum qui bonorum possessionem petit contra tabulas, præstare. amplius ait Paulus, funerariam competere in patrem cujus in potestate fuerit is cujus funus factum erit, & quidem pro dignitate & facultatibus *l.* 21. *h. t.* ita fit; ut funus filii dicatur, æs alienum patris *l.* 19. *D. de in rem verso.* quid, si miles sit filiusfamilias, & habeat castrense peculium? putat Ulpianus, successores ejus, nempe in castrense peculium, facto de eo testamento, ante teneri, sic deinde ad patrem veniri *l.* 31. *h. t.* Tertio ait Ulpianus *d. l.* 31. §. 1. Qui servum alienum, vel ancillam sepelivit, habere adversus dominum funerariam actionem. Item in *l.* 16. *h. t.* confirmat Ulpianus, quod in eum ad quem dotis nomine quid pervenerit, Prætor dat funerariam actionem: & causatur æquissimum visum esse Veteribus, mulieres quasi de patrimoniis suis, ita de dotibus funerari: & eum qui morte mulieris dotem lucratur, in funus conferre debere, sive pater mulieris est, sive maritus. Papinianus vero *l.* 16. subjicit: quod si nondum pater dotem recuperaverit, vir solus convenietur: reputaturus patri quod eo nomine præstiterit: videlicet, quia impensa funeris est æs alienum dotis: auctore Juliano *l.* 18. *h. t.* ideoque etiam dotem sentire hoc æs alienum debere, Ulpianus ait *l.* 19. *D. d. t.*

Exposita est funeraria actio, nondum privilegium impensæ funeris indultum ante alia defuncti debita favore religionis: qui est summus. Id privilegium Scævola *l. ult.* §. 2. *h. t.* vocat funerarium. quale vero sit, parum convenit inter Interpretes: aliis existimantibus, impensam funeris tantum omnibus præferri personalibus defuncti creditoribus: aliis contra, etiam hypothecariis. Ut verum inveniatur, consideranda sunt Mæciani verba, pro utraque parte adferri solita. verba Mæciani in *l.* 45. hæc sunt: *Impensa funeris semper ex hereditate deducitur quæ etiam omne creditum solet præcedere.* Duo dicit Mæcianus: primum, impensam funeris ex hereditate semper deduci. Hoc vero quid significat; nisi personale esse ejus privilegium: aut enim me fugit ratio, aut Mæcianus indigitat, impensam funeris tantum de eo quod cum effectu in hereditate est, deduci. at hoc de pignoribus a defuncto obligatis dici nequit. nam creditor potest ea, si velit, ex defuncti hereditate auferre actione hypothecaria. igitur vi ipsa ex ejus hereditate exierunt: licet interim manserit rei pignoratæ dominus *l.* 9. *C. de pign. act.* nam & in bonis creditoris dicuntur *l.* 49. *D. de verb. signif.* in ejusque præjudicium illa alienare debitor nulla ratione potest *l.* 15. *C. de pignorib. l.* 10. *C. de remiss. pign.* De pignoribus igitur non deducitur funeris impensa: quia illa sem-

semper deducitur de eo quod est in hereditate: in qua, ut dixi, pignora non sunt; cætera bona sunt: ideoque hæc non vindicantur a creditoribus debitum petentibus; sed propter hoc ipse convenitur debitor; ex his æri alieno satisfacturus. Æque aut magis clarum est alterum Mæciani argumentum in his verbis: *Quæ etiam omne creditum solet præcedere, cum bona solvendo non sint.* Mæcianus non dicit, impensam funeris præcedere omne pignus: sed omne creditum. sub eo vero nomine proprie exauditur personale creditum. *l.* 11. *l.* 12. *&* *l.* 13. *D. de verb. signif.* præfertur igitur funeris impensa, secundum Mæcianum, omnibus creditis actione personali petendis: sed non præfertur pignoribus & hypothecis, quæ sunt jura creditorum: non solita peti actione in personam; sed actione in rem. Ac nescio, an hoc quoque velit Paulus *lib.* 1. *Sentent. tit. ult.* §. 16. *Quidquid*, inquiens, *in funus erogatur, inter æs alienum primo loco deducitur.* at enim obstat Ulpianus *l.* 14. § 1. *h. t.* Nisi speciale jus est in invectis & illatis: in quibus cum ad funus venitur, non videtur hypotheca esse, quamdiu ex his nihil pignoris jure præclusum est. adeo colono vel inquilino mortuo, si non sit, unde funeretur, ex invectis & illatis eum funerari, & quod superfluum remanserit, hoc pro debito teneri, ne miremur. nam & alienare, quæ velit, ex inductis & illatis potest, antequam a domino prædii pignoris jure præclusa sint *l.* 9. *D. In quib. caus. pign. tac.* quia ante non intelligitur, quid ex his pignoris jure teneatur. Id vero quando fiat, ab uno pendet locatore: qui si id non fecit, vivo conductore; eo mortuo, non debet ægre ferre, ex inductis, illatis, invectisve ad eum funerandum sumi, quantum sufficit; si aliunde sustineri hæ impensæ nequeant. imputet enim sibi; cur non jusserit, inducta, illata, invecta, vivo colono aut inquilino, pignoris jure præcludi. quod si fecisset, eo invito, funeris sumptibus ea sumi non potuissent.

Tertia pars Rubricæ est, Ut funus ducere liceat. Ducere funus est, funus efferre, ut supra ostensum. ad rem spectat hoc Ulpiani *l.* 38. *D. h. t. Ne corpora aut ossa mortuorum detinerentur, aut vexarentur, neve prohiberentur, quo minus via publica transferrentur, aut quo minus sepelirentur, Præsidis provinciæ officium est.* Quid hic significet Ulpianus, quis melius ipso interpretetur Ulpiano? is *l.* 3. §. 4. *D. de sepulchro violato* ait, corpora mortuorum non perpetuæ sepulturæ tradita posse transferri, Edicto D. Severi contineri: eoque mandari; ne detineantur, aut vexentur, neve prohibeantur via publica tranferri per territoria oppidorum: &, si prohibeantur transferri aut sepeliri, Præsidis officium esse, ne id fiat. ac ne quis putet, id demum jus esse, impetrata translatione ab eo cui id permittendi jus sit: porro subjicit Ulpianus, idem esse, etsi nulla talis permissio intervenerit: Divum autem Marcum rescripsisse, Nullam pœnam meruisse eos qui corpus in itinere defuncti per vicos aut oppidum transvexerunt: quamvis talia fieri sine permissu eorum quibus permittendi jus est, non debeant. Hæc, si non perpetuæ sepulturæ traditum corpus sit: quomodo etiam acceperim *l.* 10. *C. h. t.* Cæterum ait Marcianus *l.* 39. *h. t.* Divos Fratres, Edicto admonuisse, Ne justæ sepulturæ traditum, id est, ne terra conditum, corpus inquietetur. Videri autem terra conditum, & si in arcula conditum hoc animo sit, ut non alibi transferatur. sed arculam ipsam, si res exigat, in locum commodiorem licere transferre, non esse denegandum. Quod Marcianus ait, *Si res exigat*; id est, si necessaria & justa adferatur causa: nam ea si allegetur, impetrari translatio corporis aut reliquiarum potest, & debet, in Urbe quidem a Principe *l.* 14. *C. h. t.* aut Collegio Pontificum; in Provinciis autem a Rectore *l.* 1. *C. d. t.* id enim obtinuit, opinor, arrepta occasione Rescripti Trajani apud Plinium *lib.* 10. *Epist.* 70. Est autem ibidem, ut & in *d. l.* 1. exemplum causæ justæ & necessariæ, si vi fluminis reliquiæ contingantur, aut propter injuriam vetustatis sive propter metum ruinæ, ut est apud Paulum *lib.* 1. *Sentent. tit.* 21. & addit Paulus; quod ob incursum fluminis, vel metum ruinæ, corpus jam perpetuæ sepulturæ traditum, solemnibus redditis sacrificiis, per noctem in alium transferri locum potest. plura non adscribo: quia jam occupavit pleraque Kirchmannus *lib.* 3. *De fun. Rom. c.* 25. & Gutherius *lib.* 2. *De vet. jur. Pontific. c.* 9.

Fuit & alia non infrequens vexandi detinendique cadaveris causa, prætextus debiti: creditore petente solutionem, vel pignus, vel fidejussores, quibus de debito fieret securus: ac nescio; an voluerit Ulpianus ne illa vexatio admittatur, ad curam Præsidis pertinere. Meminit istius vexationis Ambrosius, *De Tobia*, *c.* 10. ac prohibita improbataque tandem a Justino *l.* 6. *C. de sepulchro violato*: ut observatum a Gutherio *lib.* 3. *De jur. man. c.* 22.

TITULUS VIII.

De mortuo inferendo & sepulchro ædificando.

Hujus Tituli qui est portio superioris, partes duæ sunt: una est de mortuo inferendo, altera de sepulchro ædificando. ad priorem pertinet sequens interdictum ex *l.* 1. *h. t. Quo quave illi mortuum inferre invito te jus est, quo minus illi eo eave mortuum inferre, & ibi sepelire liceat, vim fieri veto.* Hoc interdictum prohibitorium esse, palam est *d. l.* 1. §. 4. vetante Prætore, vim fieri volenti, mortuum inferre & sepelire ibi, ubi ei jus sit inferre & sepelire, invito prohibente. Nec quem turbet, quod sepulchrum non est nostri dominii *l.* 1. *D. Si servit. vindic.* imo est nullius in bonis *l.* 6. §. 2. *D. de rer. divis.* Etenim bene & vere potest dici, quod nemo potest sepulchrum suum vindicare jure dominii; nec in eo habere jus alienandi, aut ei imponendi servitutem: cum sit humano commercio exemptum. sed non æque potest dici, quod nemo idcirco potest habere jus ad illationem & sepulturam mortui in sepulchro, ipsumque ad heredes transmittere. Res certa in *l.* 4. *C. de religiosis.* Et legitur in *l.* 14. *C. de legatis*, Monumenta quidem legari non posse, manifestum esse: jus autem mortuum inferendi legare, neminem prohiberi. Præterea ait Ulpianus *l.* 33. *D. de religiosis*, Si quis fuit heres, deinde hereditas ei ablata sit, magis esse, ut penes eum jura sepulchrorum remaneant. Paulus quoque observat *l.* 42. *D. Ad Senatusc. Trebell.* Restituta hereditate, jura sepulchrorum apud heredem remanere. Ut igitur negari nequeat, sepulchrum non esse in commercio, eoque modo esse nullius: nihilominus potest quis habere jus inferendi in sepulchrum; & hoc modo id quasi suum dicere. Enim vero inter-

terdictum de mortuo inferendo dicitur continere caussam veluti proprietatis *l.* 2. §. 2. *D. de interdictis.* Ea etiam ratione prohibitus meo uti sepulchro, utar hoc interdicto: quemadmodum, si quid in eo fiat, possum experiri interdicto Quod vi aut clam, quamquam alioquin nemo sepulchri dominus est *l.* 13. §. 5. *D. Quod vi aut clam.* Illud quale, quod Ulpianus in *l.* 1. §. 2. *D. h. t.* sic scribit? *Interdicto de mortuo inferendo dominus proprietatis uti potest, quod etiam de loco puro competit.* Mihi videtur hoc optimo dici sensu. quando? si quis habeat sepulchrum in fundo suo; ut in *l.* 22. & 24. *D. de contrab. empt.* nam tale sepulchrum separatim vendi nequit, ut per se nullius est: at quatenus accedit fundo, qui est proprius, quasi proprium habetur: &, fundo vendito, si non fuerit exceptum, emptorem sequitur; venitque per consequentiam, cum principaliter non vendatur. Minus dubium habet; quod in *d. l.* 2. §. 2. porro subjicit Ulpianus, *Quod etiam de loco puro competit.* Sensus Ulpiani, Hoc interdictum de mortuo inferendo etiam competere domino proprietatis; si prohibeatur mortuum inferre in locum purum qui sit pleno jure atque in solidum ejus proprius: videlicet, quia oportet eum suæ rei esse moderatorem atque arbitrum. Sed quid, si habeat nudam proprietatem, & ususfructus sit alterius? Movet dubitationem: quod dominus proprietatis, invito fructuario, non facit locum religiosum: nisi forte ipsum qui usumfructum legaverit, intulerit; cum in alium locum inferri tam opportune non posset *l.* 2. §. 7. *D. de religios.* Nihil hoc mutare, auctor est Papinianus *l.* 43. *D. eod. tit.* Esse, inquiens, personas quæ quamquam religiosum locum facere nequeant, interdicto tamen de mortuo inferendo utiliter agunt. ac ne deesset exemplum; esse tale, inquit: si dominus proprietatis in fundum cujus fructus alienus est, mortuum inferat, aut inferre velit. nam si intulerit; non facere justum sepulchrum: sed si prohibeatur inferre; utiliter interdicto qui de jure dominii queritur, agere. quam ob rem? ne corpus insepultum jaceat, donec alius inveniatur locus æque opportunus. Idem esse ait Papinianus in socio qui in fundum communem, invito socio, mortuum inferre vult. Nam nec hoc convenit regulæ juris quam Papinianus indigitat strictam rationem: quo nomine & alibi eam vocari annotavi *lib.* 1. *Probabil. c.* 1. Sed regulæ juris, sive strictæ rationi, præstare favorem religionis, Papinianus ait. Regula juris erat, quod in pari caussa potior est conditio prohibentis. favor religionis erat publica utilitas, ne insepulta jacerent cadavera. propter hanc ait Papinianus, strictam rationem insuper habemus: id est, (ut Cujacius interpretatur *lib.* 3. *Observ. c.* 22.) omittimus & negligimus. addit Papinianus, Summam esse rationem quæ pro religione facit.

Igitur non vult Prætor, habentem jus inferendi mortuum, prohiberi, eo eave quo quave illi jus est, mortuum inferre. Hæc autem verba, *quo quave*, item *eo eave*, credi vult Ulpianus, illuc pertinere; ut sive quis prohibeatur in locum sepulturæ inferre, sive in itinere arceatur, videatur prohiberi, mortuum inferre *l.* 1. § 1. *h. t.* Et exemplum ponit Ulpianus in §. 3. Si, inquiens, mihi in fundo via debeatur in quem fundum inferre volo, & via prohibear, hoc interdicto posse me experiri placuit: quia inferre prohibeor, qui via uti prohibeor. idque erit probandum; si alia servitus debeatur. Hoc; si debeatur via ad fundum. at finge: aliquis habet sepulchrum: viam ad sepulchrum non habet, & a vicino ire prohibetur. Ea quæstio tractatur ab Ulpiano in *l.* 12. *D. de religiosis*, sane elegante & hic digna exponi; nisi eam exposuissem *lib.* 1. *De Usufructu c.* 8.

Præter interdictum de mortuo inferendo, quod est in *l.* 1. *h. t.* etiam proposita a Prætore est actio in factum ei qui prohibitus sit mortuum inferre in locum eum quo ei inferendi jus sit, etsi non ipse prohibitus sit, sed procurator ejus: quia intellectu aliquo ipse prohibitus videtur *l.* 8. §. *ult. D. de religiosis.* Venit autem in hanc actionem, quanti interfuerit actoris, prohibitum non esse: in eamque computationem cadit loci empti pretium, aut conducti merces, item sui loci pretium, quem quis, nisi coactus, religiosum facturus non esset. Sed quemadmodum ea actio ipsi datur qui sit prohibitus, & adversus prohibentem: sic putavit Gajus, eam neque heredi, neque adversus heredem dari *l.* 9. *D. d. t.* & ait ibidem, hoc constare: nempe inter omnes Jurisconsultos: sed se mirari, quare constare videatur. subjecta hac mirandi caussa: *Nam ut apparet, pecuniariæ quantitatis ratio in eam deducitur: certe perpetuo ea inter ipsos competit.* Igitur persuadet sibi Cujacius *lib* 8. *Observ. c.* 12. hic esse exemplum ejus quod dicitur in *l.* 21. *D. de legibus*, Non omnium quæ a majoribus constituta sunt, rationem reddi posse. Alia inciderunt Antonio Fabro, *Rationalib. ad d. l.* 9. & Jacobo Gutherio *lib.* 3. *de jur. man. c.* 16. Sed mihi placet Cujacii sententia. Occasione *d. l.* 9. non debui omittere, quod in ea præterea monuit Gajus, liberum esse ei, qui prohibeatur mortuum, ossave mortui, inferre, aut statim uti interdicto quo prohibetur ei vis fieri, aut alio inferre, & postea in factum agere, quanti ejus interfuerit, non esse prohibitum. Tantum de priore Rubricæ parte.

Posterior est De sepulchro ædificando. eoque in *l.* 1. §. 5 *h. t.* spectat sequens interdictum: *Quo illi jus est invito te mortuum inferre, quo minus illi in eo loco sepulchrum sine dolo malo ædificare liceat, vim fieri veto* Hoc quoque interdictum esse prohibitorium, ostendit verbum, *veto*, quo utitur Prætor. Ulpianus vero § 6. *d. l.* observat, hoc interdictum propterea esse propositum: quia interest religionis monumenta exstrui & exornari. Et est sic rescriptum a Gordiano *l.* 7. *C. de religiosis: Statuas sepulchro superimponere, vel monumento quod a te exstructum profiteris, ornamenta quæ putas, superaddere non probiberis.* Ac placet subjecta ratio: *Cum jure suo eorum quæ minus probibita sunt, unicuique facultas libera non denegetur.* Conceditur igitur interdictum de sepulchro ædificando ei qui habet jus inferendi mortuum, invito prohibente. auctor Ulpianus §. 7. *d. l.* 1. Datur vero adversus eum qui prohibet, sepulchrum ædificari eo in loco in quo adversario jus est mortuum inferre eoque in numero etiam habetur, qui agit, ut labatur sepulchrum. nam & ille hoc Edicto tenetur *d. l.* 1 §. 10. *h. t.* Verbum porro *Ædificare* late patet: ut ædificare intelligatur non solum qui opus novum molitur; verum is quoque qui vult reficere *d. l.* 1. §. 9. Plus dicam, non ædificationem tantum complecti; sed præterea omnia ad ædificationem pertinentia. hac ratione ait Ulpianus *d. l* 1. §. 8. quod ædificare prohibet, & qui prohibet convehi materiam ædificio necessariam: item qui operi necessarios venire prohibet; & si machinam allegare quis prohibet. Hæc: si nihil ædificetur dolo malo. nam hoc Prætor postulat: & est exemplum; si prohibitio eo fiat loco qui servitutem debet. cæterum, si in meo solo velis machinam ponere, non tenebor Edicto, si jure te non patiar *l.* 1. §. 8. *D. h. t.*

DIGESTORUM SEU PANDECTARUM

PARS TERTIA.

LIBER DUODECIMUS.

TITULUS I.

De rebus creditis, si certum petetur, & de condictione.

POST actiones in rem, item personales in rem scriptas, & mixtas tam in rem, quam in personam, sequuntur actiones in personam de rebus creditis: monstrante Rubrica: quæ Florentiæ sic extat, *De rebus creditis, si certum petatur, & de condictione.* Vulgata Accursii editio, ab Haloandro servata, habet, *De rebus creditis, si certum petatur, & de certi condictione.* Sed restitue, *De rebus creditis, si certum petatur:* nam est una actio quæ aliquando certi condictio appellatur; aliquando actio vel condictio, si certum petatur. Indicio *l.* 9. *l.* 24. *D. h. t.* & *l.* 1. *D. de condict. tritic.* Ita duæ sunt Rubricæ partes: una de rebus creditis, altera de certi condictione, sive de actione, Si certum petatur. priorem partem, *De rebus creditis*, fuisse Titulum Edicti perpetui, Ulpianus indicat *l.* 1. *D. h. t.* ibique recte legi, *E re est*, monet Antonius Augustinus *lib.* 3. *Emend. c.* 3. Fuit igitur in Edicto perpetuo Titulus, *De rebus creditis:* sub eoque, ut est generalis, & late patet, Prætor non de mutuo solum edixit; sed de commodato quoque & pignore: id est, de actione commodati, & de actione pigneratitia: nam de pignoribus & hypothecis, id est, de formula hypothecaria, fuisse actum in ultima Edicti parte, testatur Justinianus *l. Omnem* §. 4. *De concept. Digestor.* Complexus igitur Prætor plures contractus fuit sub uno Titulo, *De rebus creditis:* sinente brevitate Edictorum. sed Ulpianus singula capita, quod interpretatio diffusiorem desiderabat tractatum, sparsit per varios Titulos: præmisso Titulo, *De rebus creditis*, qui fuit Edicti perpetui: eique adjecit speciem, *Si certum petatur:* ostensurus, ex generali Titulo in præsentia initium expositionis sumi a parte; id est, condictione ex mutuo: pari ratione qua in Codice lib. 4. Titulus 1. & apud Paulum *lib.* 2. *Sentent. titulus* 1. est, *De rebus creditis & jurejurando.*

Et autem mutuum, contractus juris gentium stricti juris quo quantitas utenda datur in hoc, ut accipientis fiat; & danti tantumdem ejusdem generis & qualitatis restituatur. Primum dixi, mutuum esse contractum: quia est conventio ex qua sua vi nascitur actio quæ vocatur condictio *pr. Inst. Quib. mod. re contrab. oblig.* Est igitur contractus. Addidi, juris gentium; auctore Justiniano §. 2. *Inst. de jur. nat.* id vero indicat, mutuum perseverasse in simplicitate juris gentium: nec accepisse novam formam a jure civili. Porro dixi, esse contractum stricti juris: quia est ab uno latere obligatorius: qualis nusquam vocatur bonæ fidei. Insuper dixi, in mutuo non utendum dari corpus; sed utendam dari quantitatem. Justinianus *d. pr. Inst.* sic exprimit: Mutui datio in iis rebus consistit quæ pondere, numero, aut mensura constant, veluti vino, oleo, frumento, ære, argento, auro. Nempe has res, quia non habent usum, nisi consumptæ, in mutuo damus utendas in hoc, ut consumantur: postea alias recepturi ejusdem generis & qualitatis *l.* 1 §. 2. *D. de oblig. & act.* Nec male: quia (quod Paulus observat *l.* 2. §. 1. *D. h. t.*) in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie: id est, potius in genere, quam specie: ut bene annotavit Augustinus *lib.* 4. *Emend. c.* 8. Et addit Paulus *d. l.* 2. § 1. quod in cæteris rebus, id est, in corporibus, ideo in creditum ire, id est, mutuum contrahere, non possumus: quia usum salvo corpore admittentibus, aliud pro alio invito creditori solvi non potest: ne melius quidem pro deteriore, affectu cadente in corpora: qui affectus non cadit in quantitates, usu perituras; ideoque nihil interest creditoris, utrum hanc, an illam, recipiat: modo eamdem habeat, & æque bonam. Stat igitur mutuum intra quantitatem; & quia ad ejus usum spectat, vult hanc dari. idque est, cur in mutuo dicatur re contrahi obligatio *d. l.* 1. §. 2. *D. de oblig. & act pr. Inst. Quibus mod. re contrab. oblig.* & quamdiu nihil datum est, licet consensum sit de dando, nulla mutui sit obligatio. Paulum audi *d. l.* 2. §. 3. *D. h. t.* Mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia. Nec aliter Seneca *lib.* 6. *De benefic. c.* 11. Verba Senecæ. *Quemadmodum ei qui voluit mihi pecuniam credere, sed non credidit, nihil debeo; ita qui voluit mihi beneficium dare, sed non potuit, amicus quidem ero, sed non obligatus.* Ab eadem causa tantum nascitur actio, quatenus datum est: non ultra: maxime, si non sit pactum, ut plus debeatur, quam est datum. imo etsi id pactum sit; tamen non plus, quam datum est, debebitur. Clare Ulpianus *l.* 11. §. 1. *D. h. t.* Si tibi dedero decem sic, ut undecim debeas: Proculus ait, & recte, non amplius te ipso jure debere, quam decem. Similiter ait Paulus *l.* 17. *D. de pactis.* Si tibi decem dem, & paciscar, ut viginti mihi debeantur: non nascitur obligatio ultra decem. Et pro ratione addit Paulus: Re non posse obligationem contrahi, nisi quatenus datum sit: opinor; quia pactum, quamvis in continenti adjectum contractui stricti juris, cum auget contractum, ei non inest. manet igitur nudum: ex quo jure civili non datur actio. Plane, si dedero tibi decem sic, ut novem reddas: ait Ulpianus *d. l.* 11. §. 1. te ipso jure tantum novem debere, non decem: quia pactum stricti juris contractui in continenti adjectum, cum ei detrahit, inest ex parte rei: & certi condictionem ipso jure tollit, quantum ad nummum decimum. Hæc nunc obiter. plura ex professo dedi *lib. sing. Ad Edict. Prætor. De pact. c.* 12. Ut igitur mutuum fit, oportet quantitatem dari. datio porro traditionem implicat. dominium certe sine traditione non transfertur. cæterum cum duplex sit traditio, vera vel quasi; utram intelligimus & quidem de vera nulla umquam dubitatio fuit: sed fictæ restitit aliquam-

quamdiu metus; ne ex omni contractu nuda pactione pecunia credita, seu mutua, fieret. Recepta tamen traditione ficta per brevem manum, tandem obtinuit, nihil interesse, qualis intervenerit traditio; vera, an quasi *l.* 6. *C. b. t.* etsi magna fuit Veteribus verecundia recedendi a regula juris: eoque tarde temperatus est ejus rigor. Sed hoc apparet ex collatione *l.* 34. *D. Mandati* quæ est Africani, cum *l.* 9. §. *ult. l.* 11. *& l.* 15. *D. b. t.* quæ sunt Ulpiani: nec minus pertinet ad earum intellectum, cogitasse diversitatem temporis quo uterque vixit Jurisconsultus: prorsus, ut tradita ab Africano, tamquam vetustiore, habenda sint pro historia juris veteris; cætera quæ Ulpiani sunt, pro recepto jure. hoc animadvertit Doctissimus Interpres, Jacobus Cujacius, *Tractatu* 8. *ad Africanum in expositione d. l.* 34. nec habeo quod addam pulcherrimæ observationi. Solum dicam, etsi nihil referat in mutuo, utra fiat traditio, vera, an quasi: tamen debere illa dominium transire in accipientem. id observat Paulus *l.* 2. §. 2. *D. b. t.* appellata est, inquiens, mutui datio ab eo quod de meo tuum fit: & ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio: hac ratione, quod usus quantitatis mutuo datæ, ad quem spectat mutuum, nisi consumptæ, nullus est. consumi autem quantitas, nisi a domino, non potest. transfertur igitur in mutuo dominium, debitori facturum consumendi facultatem. Nec est dubium, quin oporteat quantitatem quæ mutuo datur, propriam esse dantis. si enim in mutuo transferri debet dominium, necesse est, mutuo fieri alienationem. hæc autem, præterquam rei propriæ, nulla est. verum igitur est, oportere eum qui mutuum dat, esse dominum: sive per se det mutuum, sive alius det ejus voluntate: ut filiusfamilias & servus: nam, ut Paulus ait, dantes peculiares nummos obligant: hoc est (ut ostendi *lib. sing. Ad Edict. De pact. & transact. c.* 20.) obligant alios: & est tale, quale si voluntate mea tu des pecuniam. quo in casu mihi actio adquiritur, licet mei nummi non fuerint *l.* 2. §. 4. *D. b. t.* Superiori observationi accedit sequens: quod volentes, eum qui mutuum dat, esse dominum; simul volumus, eum habere rei suæ administrationem: nam sic demum ejus alienatio est. Prius efficit, ne possint mutuo dari nummi alieni *l.* 11. §. *ult. D. b. t. l.* 13. *pr. &* §. 1. *D. b. t.* posterius, ne quid mutuo detur a pupillo aut furioso sine tutoris aut curatoris auctoritate aut consensu. estque effectus ejus doctrinæ insignis: quod neutro casu valente mutuo, neutro nascitur ex mutuo obligatio, ne naturalis quidem. itaque traditur a Veteribus, adhuc nummos vindicari, sicubi extant: alioquin non vindicari; sed condici, si consumpti sint bona fide: & si mala fide sint consumpti, de his agi ad exhibendum. Sic prorsus Imp. Justinianus §. 2. *Inst. Quib. alien. lic.* & ante eum Ulpianus *d. l.* 11. §. *ult. D. b. t.* Hoc tamen ipsum quale sit, paucis consideremus. non enim assentior Eruditis Interpretibus, passim jactantibus, alienæ pecuniæ, quamdiu extat, non esse mutuum; sed consumptione mutuum fieri: & esse argumentum; quod tum ex ea nascitur condictio. Primum enim quis Veterum id docuit umquam? nemo unus. Deinde reclamat juris regula: quæ dicit, quod ab initio vitiosum est, tractu temporis non convalescere *l.* 29. *D. de reg. jur.* At enim, consumpta pecunia aliena mutuo data, nascitur condictio. fit igitur consumptione mutuum quod ante non erat mutuum. optime: si hoc argumentum duceretur ab actione contractus quo de quæritur. sed quæ in proposito datur condictio, non est certi condictio ex mutuo: sed condictio sine causa. nam aliena pecunia, etsi consumpta, ubi non est mutuum, apud accipientem est sine causa; & ideo condictione sine causa optime repetitur jure gentium: ne is qui eam consumpsit, cum aliena injuria fiat locupletior *l.* 32. *l.* 19. §. 1. *D. b. t.* Ut ut erit: hoc fixum & ratum est; oportere dantem, ut mutuum sit, esse nummorum dominum, & hos fieri accipientis. At nec ipsum satis esse, monet Paulus *l.* 3. §. 1. *D. de oblig. & act.* plus postulat, eos dari & accipi hoc animo, ut obligatio constituatur. Idemque confirmat Julianus *d. l.* 19. Non omnis, inquiens, numeratio eum qui accepit obligat; sed quotiens id ipsum agitur, ut confestim obligaretur: puto, quod nemo vult translatum rei suæ dominium, nisi habeat causam, cur transferat. Atque hinc percrebuit hoc: Nuda traditio non transfert dominium, sed ita, si præcesserit justa causa: cur traditio sequeretur *l.* 31. *D. de adq. rer. dom.* Ut igitur transeat dominium, eoque mutuum fiat, oportet in mutuum esse a dante & accipiente consensum. Quid, si alter dedit, tamquam donaturus; alter accipiat, tamquam mutuum? jam dissensus est de causa: de eoque lis est inter Julianum *l.* 36. *D. de adq. rer. dom.* & Ulpianum *l.* 18. *D. b. t.* De cujus compositione viderint Eruditiores. ego enim despero; etsi quæ ab aliis adferuntur? non ignoro.

Interim absoluturus, ut proposui, naturam mutui, adhuc subjiciam pauca de fine & exitu ejus. & quia jam dictum, in mutuo utendam dari quantitatem: rationis est, eam hac lege dari; ut tantumdem reddatur in eodem genere, & in eadem qualitate. primum putemus, in mutuo agi, ut quod datum est, reddatur: nam si detur, ne restituatur; erit donatio atque in perpetuum, & ideo non mutuum, sed proprium. mutuum autem non datur in perpetuum, sed utendum ad tempus. ita habet donationem, non in perpetuum, sed ad tempus, & ideo reddendum. Hac ratione Varro *lib.* 4. *De ling. Latin. pag.* 29. *Si datur quod reddatur, mutuum.* Nec alia Plautus, *Curcul.* 1. 1. 47. proprium a mutuo separat: proprium vocans, quod non cogor reddere: mutuum contra, quod cogor reddere. atque ipsum quoque sono verbi continetur. Scio, Paulum *l.* 2. §. 2. *b. t.* dicere, mutui dationem esse appellatam ab eo, quod de meo tuum fit. Nec improbo: quatenus ejus proposito servit verbi allusio non inelegans. neque infrequens Jurisconsultis. Sed ea non obstat; ne, vice versa, tuum mea datione factum, tua redditione rursus meum fiat. non opus verbis: reciprocationem evincente hanc usu Latini sermonis, soliti vocare mutua quæ sunt reciproca. Hoc modo Terentius *Phorm.* 2. 1. 37. dicit *Mutuas operas* quæ sunt reciprocæ: Papinianus, *Mutuam pensationem l.* 39. *D. Solut. matrim.* & Ulpianus *Mutuatum amorem l.* 1. *D. de donat. int. vir. & uxor.* Non igitur est mutuum; nisi agatur, ut detur & datum restituatur. Quando? semper, cum danti videtur. optima hac ratione: quia mutuum (ut ex Nonio demonstravi *lib.* 1. *De fœnor. & usur. c.* 6.) est gratuitum, & simile beneficio: quod quis dat, cum vult; nec ultra, quam vult. Plautus, *Trinummo* 5. 2. 6.

- - - Beneficium homini proprium quod datur,
proprium sumpserit.
Quod datum est utendum, id repetundi copia est,
quando velis.

Idem Pedo Albinovanus *Eleg.* 1. *vers.* 369.

Vita data est utenda, data est sine fœnore nobis
Mutua, nec certa persoluenda die.

 Etiam

Etiam Cicero *lib.* 1. *Tuscul. quæst. c.* 39. *Natura dedit usuram vitæ, tamquam pecuniæ, nulla præstituta die. quid est igitur, quod querare, si repetit, cum vult? ea enim conditione acceperas.* Est igitur mutuum gratuitum; & restituendum, cum videtur creditori, qui dedit. At quomodo? in eodem genere: quia specie usu consumpta ejus qui dedit voluntate, potest par, id est alia species ejusdem generis & bonitatis reddi; eadem non potest. Inde Cicero *lib.* 5. *Ad famil. Epist.* 2. *Quod, inquis, ita scribis,* Pro mutuo inter nos animo: *quid tu existimes esse in amicitia mutuum, nescio: equidem hoc arbitror, cum par voluntas accipitur & redditur.* Est igitur in mutuo creditori, ne injuria ei fiat pro gratia, par reddendum, id est tantumdem, non minus; atque in eodem genere. quid, si agatur, ut in alio reddatur? licet: sed jam non mutuum erit, verum permutatio vel emptio. quid, si in specie sit restituendum? nec sic erit mutuum, sed depositum, vel locatum, vel pignus vel commodatum. auctor Paulus *l.* 2. *D. h. t.* etiam Agrætius, vetus Grammaticus. Verba Agrætii: *Inter commodatum & mutuatum nonnihil distat. Commodamus amico pro tempore equum, servum, vestem, hanc ipsam rem quam dedimus recepturi. mutuo damus pecuniam, triticum, vinum, & his similia quæ mutuo data recipi necesse non est.* Igitur postulat natura mutui, datum restitui in eodem genere: etiam in eadem qualitate: id est, in eadem bonitate. nimirum ut dictum, mutuum proficiscitur ab amico affectu: est enim gratuitum; eoque non patitur ratio, accipientem beneficium danti injuriam reddere pro gratia. id autem futurum esset; si liceret debitori minus reddere in eodem genere, aut tantumdem in deteriore qualitate. estque hoc adeo æquum; ut Pomponius *l.* 3. *D. h. t.* putet, id tacite conventum intelligi; etsi de eo nihil pactum sit palam. Verba Pomponii sunt: Cum quid mutuum dederimus, etsi non cavimus, ut æque bonum nobis redderetur, non licet debitori, deteriorem rem quæ ex eodem genere sit reddere, veluti vinum novum pro vetere. nam in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum est. Id autem agi intelligitur, ut ejusdem generis, & eadem bonitate solvatur, qua datum sit. Bonitatem tamen unde æstimamus, utrum ex pretio quantitatis mutuo datæ, an ex ejus virtute intrinseca? ego ex hac malim peti: quia est vera ejus bonitas: pretium extra rem est, magisque ex copia aut inopia pendet, quam a re ipsa. sufficit igitur, solvi quantitatem ejusdem qualitatis, etsi non sit ejusdem pretii *l.* 1. §. 2. *D. de oblig. & act.*

Nunc disputabo de actione ex mutuo dari solita. complexus hanc Prætor fuit generali Edicto de rebus creditis. nam de mutuo speciale fuisse Edictum, verisimile non est, nullum certe apparet hodie. Verba Edicti sic compono: *Si certum petetur rerum creditarum nomine, condictionem dabo.* Prima Edicti verba, *Si certum petetur*, indicat Rubrica, desumpta, ut solet, a primis Edicti verbis. Quid autem sit *certum*, exponit Paulus *l.* 6. *h. t. Certum*, inquiens, *est cujus species vel quantitas, quæ in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione quæ nominis vice fungitur, qualis quantaque sit, ostenditur.* Paulus significat, certum vel specie, vel quantitate intelligi: modo appareat quoque ejus qualitas. & specie quidem, veluti servus Stichus: nomen enim, qualis sit species, declarat; idemque demonstratione contingit: nam & hæc fungitur nominis vice *l.* 6. *D. de rei vindic.* quantitate vero: veluti, tritici Africi optimi modii centum, vini campani optimi amphoræ centum. qualitas enim, *optimi*, neque plus, neque minus recipit: ut foret, si diceretur, boni *l.* 75. §. 2. *D. de verb. oblig.* est igitur qualitas hoc in verbo incerta: in illo certa. Et pulchre Ulpianus *l.* 74. & *l.* 75. *d. t. D. de verb. oblig.* certum, inquit, est, quod ex ipsa pronunciatione apparet, quid, quale, quantumque sit. ubi autem non apparet, quid, quale, quantumque est in stipulatione, incertam esse stipulationem, dicendum est.

Deinde ait Prætor, *Rerum creditarum nomine.* Hæc verba Edicto adscripsi ex Rubrica, juncta *l.* 1. & 2. *h. t.* accedit, quod illa sunt consentanea Edicti sententiæ: ab Ulpiano relatæ in *l.* 9. *h. t.* & volentis, certi condictionem a Prætore hic propositam, non esse specialem mutui; sed esse generalem rerum creditarum. Hoc autem quo disertius intelligatur, notandus est juris progressus non inelegans. Audiamus. Certi condictio, ut videtur, primum inducta Jure Civili est ob solum mutuum. deinde sub ejus colore recepta etiam pro repetitione indebiti soluti, & in paucis aliis sub Titulo IV. hujus libri, & deinceps, expositis. argumentum hujus processus licet accipere ex *l.* 5. §. 3. *D. de oblig. & act.* §. 1. *Inst. Quib. mod. re contrah. oblig.* §. 6. *Inst. De oblig. quæ quas. ex contr.* Hoc fine se continuit Jus Civile & Fori Disputatio. sed non æque Prætor. contra is certi condictionem, quæ ante spectabat tantum ad mutuum, aut quod pro mutuo habebatur, hoc Edicto porrexit ad omnem obligationem ex qua certum debeatur. Ne dubita: quod dico, ostendit hoc Ulpiani *d. l.* 9. *Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur: sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto.* In his Ulpiani verbis *causa* significat contractum: ut in *l.* 11. & 12. *D. de verb. signif.* & alibi sæpe. Ita sensus est, Posse ex omni contractu, ex quo jure civili nascitur certi obligatio, fieri creditum *l.* 1. *l.* 2. §. 3. *h. t. d. l.* 11. & 12. eoque ex Edicto hic proposito rerum creditarum nomine competere certi condictionem. quid, si fides habita sit certum nudo pacto promittenti? non est jure civili creditum: quia non est causa, sive contractus, ex quo jure civili nascatur actio *l.* 10. *D. de verb. signif.* nec igitur ex nudo pacto competit certi condictio. Verum ut locum habeat certi condictio, oportet ostendi causam ex qua jure civili nascatur obligatio. nec refert Prætoris aut Ulpiani, qualis ea sit; *sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto.* Ulpianus certum vocat contractum qui est nominatus; incertum qui est innominatus: quia alter habet certum nomen, certam formam, certam actionem: alter non habet certum nomen, nec certam formam, nec certam actionem sed actionem præscriptis verbis quæ est incerta & innominata: ut apparet ex *l.* 1. §. 2. *D. de rer. permut.* Igitur ait Ulpianus, licere nobis per Prætorem, certum condicere ex omni contractu, tam incerto & innominato, quam certo & nominato. & recte: etsi enim incertum sit contractus nomen; potest tamen quod ex eo petitur, esse certum: idque sufficit, ut locum habeat certi condictio. finge: dedi tibi lancem: ut mihi Stichum dares: cessas dare. est mihi duplex actio, condictio ob rem dati, & præscriptis verbis: utriusque autem gratia certi condictio. *Dummodo* (sic pergit *d. l.* 9. Ulpianus) *præsens sit obligatio: cæterum, si in diem sit, vel sub conditione obligatio, ante diem vel conditionem non potero agere.* Ulpianus, ut ex causa crediti certum peti possit, postulat, puram esse obligationem. nimirum, quia tum cessit & venit dies: id est, tum nata est, obligatio, & potest executioni dari statim: aliter ac si sub conditione aut in diem sit contracta. nam si sub conditione sit suspensa; dies ante existentem conditionem ne-

neque cessit, neque venit, tantum spes est debitum iri. ubi vero in diem contracta est obligatio, statim quidem cessit dies, & debetur; sed quamdiu non venit, id est, non præteriit non potest cum effectu agi: executione in diem dilata. ita fit, ut ante cum effectu præsens non sit.

Potest igitur certum peti rerum creditarum nomine, si sit obligatio ex contractu certo vel incerto. Plus ait Ulpianus *d. l.* 9 §. 1 *Competit hæc actio etiam ex legati causa, & ex Lege Aquilia: sed & ex causa furtiva per hanc actionem condicitur. sed & si ex Senatusconsulto agetur, competit hæc actio: veluti, si is cui fiduciaria hereditas restituta est, agere volet.* Primum observat, certi condictionem rerum creditarum nomine competere etiam ex legati causa. Poterat ea in specie esse dubitatio: quia inter testatorem & legatarium nihil est actum, quo possit creditum videri. at nec heredis fidem contrahendo sequutus est legatarius. heres quoque, cum hereditate adita agnovit defuncti voluntatem, nihil deliquit. ita non magis ex maleficio tenetur, quam ex contractu. interim æquum est, aliquam legatario adversus heredem hoc nomine esse actionem. Placuit igitur Veteribus, in hac specie esse obligationem quasi ex contractu; ex eaque, tamquam si creditum esset, nasci certi condictionem ex testamento. Idemque in negotiis gestis & similibus obtinuit *l.* 28. §. 4. *D. de jurejurando.* Sed Ulpianus *d. l.* 9. ait, certi condictionem etiam competere ex Lege Aquilia. eoque exemplo vult, eam venire etiam ex maleficio, quia & hoc Veteribus est pro synallagmate. vocatur enim contractus malus *l.* 52. *D. de re judic.* qui ut consensu destituatur, tamen ex facto seu re nascitur *l.* 4. *l.* 25. §. 1. *D. de oblig. & act.* & hoc modo pro credito est *l.* 12. *D. de verb. signif.* Sic Aristoteles *lib.* 5. *De moribus ad Nicomachum c.* 5. *in fine. Contractuum alii sponte nostra; alii nobis invitis fiunt. sponte fiunt, exempli causa hi, venditio, emptio, mutuum, fidejussio, commodatum, depositum, locatio & conductio. Dicuntur vero sponte fieri, quia horum contractuum principium nostra sponte instituitur. Eorum autem qui nobis invitis fiunt, alii sunt clandestini, ut furtum, adulterium, veneficium, lenocinium, servi alieni deceptio aut corruptio, cædes dolo commissa, falsum testimonium, alii sunt violenti, ut verbera, vincula, mors, rapina, debilitatio corporis, maledicentia, contumelia.* Igitur quia credere est generale vocabulum, omnes complectens contractus quos alienam fidem sequuti instituimus *l.* 1. *h. t.* competit certi condictio ex omni causa, ex omni obligatione ex qua certum petitur, & de omnibus rebus. nam & rei vocabulum generale esse, Ulpianus refert *d. l.* 1. *h. t.* Sed ut supra dictum, præsertim competit de quantitate credita ex causa mutui. nam & quantitas res est; & in mutuo alienam fidem sequimur, mox recepturi quid ex hoc contractu. imo crediti appellatio tam propria mutuo est; ut sæpe pro mutuo accipiatur. exemplum in *l.* 15. *D. h. t. l.* 10. *&* 11. *D. de verb. signif.* & in hoc Senecæ *lib.* 3. *De benefic c.* 10. *Dies præterea beneficio reddendo non dicitur, sicuti creditæ pecuniæ.*

Sit igitur exemplum certi condictionis in hoc Edicto ex omni causa, ex omni obligatione: sed præsertim, si certum petatur ex mutuo. hoc vero ubi pono; nolo, agenti sufficere, si intendat, sibi certum deberi rerum creditarum nomine. contra volo, eum addere formam crediti, ex qua adversarium sibi certum debere affirmet. nam cum plurimæ sint crediti formæ; nisi petat ex speciali causa, verbi gratia, ex mutuo, non potest reus, cum in jus venit, scire, utrum cedere, an contendere debeat: etsi hoc velit Prætor supra sub Titulo *De edendo.* nec magis possit Judex, formula generaliter atque infinite concepta a Prætore, conjicere de qua causa id est, de quo facto, ipsum judicare oporteat: certo, quod qui ex una tenetur crediti specie, non idcirco tenetur ex altera. item, quod plus petens causa olim causa cadebat §. 33. *Inst. de act.* Sed verissimum est, certi condictionem ex mutuo venire speciem certi condictionis generalis hoc Edicto propositæ: in eaque actori esse exprimendam causam, se ea certum petere ex mutuo. Sic censeo, sequutus Imp. Justinianum *pr. Inst. Quib. mod. re contrah. oblig.* nam hoc significat; cum sic scribit, *Ex eo contractu nascitur actio quæ vocatur condictio.* idemque ante indigitavit Ulpianus *l.* 28. § 4. *D. de jurejurand.*

Nunc cætera videamus; & primum, cui ex mutuo detur certi condictio. est autem rationis, dari ei qui quantitatem mutuo dedit, modo sit Paterfamilias: quia tum ejus est actio at si filiusfamilias sit, non est ejus actio, sed patris in cujus potestate sit; & ideo non ei, sed patri danda. sic in directa actione, atque ex regulis juris. nam in factum actionem etiam filiumfamilias exercere posse, Ulpianus auctor est *l.* 13 *D. de oblig. & act.* quæ est ex ejus libro 1. Disputationum, & conjungenda cum *l.* 17. *D. h. t.* quæ est ex eodem libro. sic vero dicimus, quod actione in factum, sive utili, quæ extraordinarium judicium ibi vocatur, non semper adjuvatur filiusfamilias: sed tum in primis, si viaticum suum (id est, quod pater ei dedit in sumptum studiorum. proprie viaticum est sumptus viæ: sed alio quoque transferri, testatur A. Gellius *lib.* 17. *Noct Attic. c.* 2.) mutuum dederit, Romæ agens studiorum causa, cum pater esset in provincia: nec appareret patris procurator, eoque modo futurum esset; ut filius familias propter juris subtilitatem egestate laboraret adversus patris voluntatem *l.* 18. § 1. *D. de judic.* Sed de origine, progressuque hujus juris jam disserui uberius supra sub Titulo, *De Judiciis.*

Datur igitur certi condictio ex mutuo ei qui mutuum dedit. imo aliquando ei qui non dedit. sit exemplum in *l.* 9. §. 8 *D. h. t.* Verba: *Si nummos meos tuo nomine dedero, velut tuos absente te & ignorante, Aristo scribit, adquiri tibi condictionem Julianus quoque de hoc interrogatus lib.* 10. *scribit, veram esse Aristonis sententiam: nec dubitari, quin, si meam pecuniam tuo nomine, voluntate tua, dedero, tibi adquiratur obligatio; cum quotidie credituri pecuniam mutuam, ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor [meus &] futuro debitori.* Sic Florentinæ nullo sensu. Optime Haloander, *Ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro.* Obscurus locus est: & ut intelligatur, observandi in eo sunt duo casus. Unus est, si nummos meos tuo nomine dedero velut tuos, absente te & ignorante. alter, si eos dedero tua voluntate, sive mandatu tuo. initium sumam a posteriore igitur si nummos meos tuo nomine dedero, velut tuos voluntate tua: quæritur, utri competat certi condictio, mihi, an tibi? & quidem convenit mutuo, eum qui suam dedit pecuniam, eamque accipientis fecit, ex mutuo habere certi condictionem. sed est singulari jure receptum; ut, si meam pecuniam tuo nomine, tua voluntate, mutuam dem, tibi obligatio adquiratur. primum quia is qui accepit, ea fuit cogitatione, ut a te acciperet. deinde solet pecuniam crediturus, eam poscere ab alio, puta, suo procuratore aut debitore. ex his igitur causis placuit, perinde esse in proposito, ac si ego pecuniam numerassem tibi, tu deinde roganti mutuam dedisses. recedebat quidem hoc a regula juris: quæ nolebat, me contrahere mutuum, nisi de meo facerem tuum. etiam erat contra aliam,

quæ

quæ dictat, per liberam personam non adquiri nobis obligationem. sed (ut ait Ulpianus *l.* 15. *D. h. t.*) est singulari jure, vel (ut Africanus *l.* 34. *D. Mandati*) est benigne, receptum adversus utramque regulam; ut si procurator, vel debitor, suam pecuniam mea voluntate, meoque nomine, mutuam det, ex ea numeratione mihi per eum perinde adquiratur certi condictio, ac si ipse pecuniam numerassem. Atque hoc in illa specie esse citra dubitationem, Julianum dixisse, Ulpianus ait. Quid, si meam pecuniam tuo quidem nomine dedi, sed te ignorante & absente? hæc est altera species *d. l.* 9. §. 8 in eaque erat major dubitatio; quia, ut tibi invito per me sic adquireretur obligatio, id non videbatur rationi consentaneum. placuit tamen Aristoni, & post eum Juliano, dissentientibus forte aliis, etiam hoc casu tibi adquiri certi condictionem, quasi per traditionem brevis manus, si approbaveris nomen: eo quod ratihabitio retrotrahitur, & cum mandato comparatur. Sed quid, si tu cujus nomine a me facta est numeratio, eam improbes, recusata certi condictione? certum est, invitum te non cogi, eam exercere. an igitur ego hanc habeo ex numeratione mea? atqui non volui eam mea numeratione mihi adquirere, sed tibi. proinde non habeo directam actionem, quia tua est cujus nomine numerata est pecunia, etiamsi ratum non habes contractum tuo nomine gestum: mutuo sic recepto singulari jure adversus juris subtilitatem. nec tamen invitus cogeris eam exercere. plane utilem dari mihi qui numeravi, si tu cujus nomine numerata est pecunia, eam ratam non habeas, neque iniquum fuerit, neque citra exemplum *l.* 4. *C. h. t. l.* 1. *C. de oblig. & act.*

Dixi, cui detur certi condictio ex mutuo. dicam, adversus quem detur. datur autem adversus eum qui mutuo accepit: utique, si jure posset accipere: nam si non posset, licet de facto acceperit, adversus eum non datur hæc ex mutuo certi condictio. exemplum in pupillo: de quo ita scribit Licinius Rufinus lib. 8. Regularum: Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem jure naturali obligatur *l.* 59. *D. de obligat. & action.* Sensus est, tantum abesse, ut pupillus jure civili teneatur accipiendo mutuam pecuniam; ut nec naturali jure obligetur: si adversus eum dirigatur naturalis obligatio: nam tum ea eximitur, propter conditionem personæ suæ. cæterum adversus tertium qui pro eo quocumque modo intervenit, sustinetur: ut alibi dicam. quod si locupletior factus sit pupillus; placuit, eum etiam civiliter teneri *l.* 4. §. 4. *D. de dol. mal. except.* post Constitutionem D. Pii *l.* 3. §. 4. *D. de negot. gest. l.* 3. *D. Commod.* Quid de minore dicemus? is si habet curatorem, quia non absimilis habetur prodigo cui dato curatore bonis interdictum est, contrahendo jure civili non obligatur: sed si destituatur curatore, quia liberam habet administrationem suarum rerum: verius est, eum recte obligari jure civili: sed posse in integrum restitui *l.* 3. *C. de in integr. restit. min.* sed quo modo; pulchre disputat Gajus *l.* 27 §. 1. *D. de minorib.* De filiofamilias hic quidquam dici, nihil attinet: quia de eo ex professo agetur sub Titulo, *De Senatusconsulto Macedoniano.*

De civitatibus videamus. de his ita scriptum ab Ulpiano est *l.* 27. *D. h. t.* Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem ejus pecuniæ versæ sunt: alioquin ipsi soli qui contraxerunt, non civitas, tenebuntur.

Vix opus est addi, ad quid ex mutuo competat certi condictio; cum supra ostensum sit, in eo quantitatem dari ea lege, ut tantumdem, non minus, reddatur in eodem genere & qualitate. potest igitur debitor a creditore ad hoc conveniri; & si id solverit, extincta erit condictio certi ex mutuo. Sic Seneca *lib* 2. *De benefic c* 18. *Diligentius quærendus beneficii, quam pecuniæ creditor. huic enim reddendum est, quantum accepi, & si reddidi, solutus sum ac liber.* Si tamen debitor nolit simul totum solvere debitum; an est audiendus, si paratus sit, id per partes solvere? Hanc quæstionem proponit Julianus *l.* 21. *D. h. t.* quæ est conjungenda cum *l.* 8. *D. Si pars hered. petat.* cum utraque sit ex Juliani lib. 48. Digestorum, & ejusdem tenoris. explicui utramque supra sub *d. t. Si pars hered. petat.*

Reliquum est, ut de officio Judicis dispiciamus. Id in hoc judicio, quod est stricti juris, quippe cum mutuum sit contractus ab una tantum parte obligatorius, aut condemnatione aut absolutione finitur: cum in bonæ fidei judiciis sit latissima Judicis potestas ex æquo & bono statuendi quod ei videtur §. 30. *Inst. de actionib.* quare hoc judicium etiam incertum appellatur: cum illud sit certum; ubi Judicem formula includit, & certos quos non excedat, terminos ponit. non igitur potest in præsenti Judex condemnationem pluris aut minoris facere: sed ut dixi, tantum potest reum absolvere aut condemnare. & ita Ulpianus in *l.* 1. *D. de interrog. in jur. fac.*

De usuris videamus. has ex mutuo non deberi, mutuo consequens est: quippe cum mutuum sit gratuitum. Sit ita, si mora nulla intervenerit. sed quid, si illa accusetur? adhuc idem jus est: angusta Judicis potestate, utique, si nihil sit de usuris pactum. imo & si sit: nam ne sic quidem debentur; quia pactum, quamvis in continenti adjectum contractui stricti juris, cum eum auget, ei non inest, ut supra demonstratum. quid ergo est? solum debentur ex mutuo usuræ; si sint stipulatione promissæ: tum enim ex stipulatu petuntur; nec jam mutuum, sed fœnus appellatur. Nonius: *Mutuum a fœnore hoc distat: quod mutuum sine usuris, fœnus cum usuris sumitur, & est accepti fœtus. unde & fœnus dictum est, ut Græce τόκος, quasi partus mutui sumpti.* Plaut. *Asin.* Nam si mutuo non potero, certum est, sumam fœnore. *Unde honestius mutuum est, quod sub amico affectu fiat, tamen usu temporis necessarii fœnore sumere decet.* Sed de usuris proprio Titulo lib. 22.

TITULUS II

De jurejurando, sive voluntario, sive necessario, sive judiciali.

Ulpianus lib. 22. Ad Edictum egit de interrogationibus in jure faciendis: monstrante Inscriptione *l.* 2. 4. 6. 11. & 21. *D. de interrog. in jur. fac.* eaque occasione explicuisse caput Edicti De jurejurando; spectans ad exceptionem reo dandam, si juraverit conditione delata, intelligitur ex Inscriptione, & *l.* 5. 7. 9. *D. h. t.* An attigerit caput propositum de danda actori actione in factum, qui delata conditione similiter juraverit, vix dubito, propter tenorem *l.* 12. & 13. *D. d. t.* quæ etiam sunt ex eodem lib. 22. Cætera Edicti de jurejurando capita Ulpianus conjunxit cum tractatu De rebus creditis lib. 26. Ad Edictum: ut claret ex collatione Inscriptionis *l.* 1. *l.* 9. *l.* 13. *D. de reb. cred.* cum *l.* 34. *D. h. t.* quo modo a Justiniano in Codice positus est Titulus, *De rebus creditis & jurejurando*; item a Paulo *lib.* 2. *Sentent. tit.* 1. est, *De rebus creditis & jurejurando.* Un-

Unde dictum sit jusjurandum, non est una Eruditorum sententia. Scipio Gentilis *lib. sing. Origin.* sequutus Apulejum, *De Deo Socratis*, putat, jusjurandum dici quasi Jovis jurandum. Sed non placet Gerardo Johanni Vossio, *Etymologic.* existimanti, juro a jure dici; cum qui jurat, religiose spondeat, se aliquid, ceu jus esset, servaturum: itaque pro jurando etiam dici jusjurandum. Ego hoc, ut incertum, nec magni momenti, Grammaticis relinquo.

Transeo ad definitionem. est autem jusjurandum, (ut Cicero definit *lib.* 3. *De officiis*) affirmatio religiosa. primum, cum esse ait affirmationem, non opponit eam negationi: sed omnem designat asseverationem, sive affirmationem, sive negationem, complectatur: nam jurejurando æque negari, atque affirmari, suis exemplis sub *h. t.* constat. Religio porro (ut Nonius ait) est, Deorum cultura & metus. Inde jusjurandum est, affirmatio religiosa: sive affirmatio quæ fit cum metu Divini Numinis: approbante Ulpiano *l.* 8. *D. de condit. instit.* & recte: fit enim jusjurandum semper cum execratione sui, Deo qui omnia scit, & omnia valet, adhibito perjurii teste, & vindice. Apud Ovidium inde *lib.* 7. *Metamorphos. fab.* 1. *vs.* 46. est.

Et dabit ante fidem, cogamque in fœdera testes
Esse Deos.

Item *lib.* 3. *vs.* 457. *De arte amandi.*

Parcite, Cecropides, juranti credere Theseo.
Quos faciet testes, fecit & ante, Deos.

Est igitur jusjurandum, affirmatio religiosa: eaque interdum fit directo per Deum, ut si quis palam jurat per Jovem, per Mercurium, aut similem quem sibi proponit Deum. fit etiam per rem aliam respectu Divini Numinis. illud verum, hoc quasi jusjurandum vocari potest. & est exemplum: si quis jurat per salutem suam, per caput suum, per oculos suos, eorumve qui ei sint carissimi. Otiosi sit, adferre testimonia: occurrunt passim. potius monebo, quod talis formula pro religiosa assertione habetur; quasi velit jurans, a Deo puniri in oculis, inve capite suo, aut eorum qui ipsi sint cariores, quam ipse est sibi. ita ut ea palam non fiat Dei mentio: at creditur respectu Divini Numinis fieri *l.* 33. *D. h. t.*

Dixi, quid sit jusjurandum. quæris, quotuplex sit? Est duplex: unum promissorium, alterum assertorium. illo promittit quis, se daturum aut facturum. hoc affirmat aut negat. Sed vis promissorii jurisjurandi est tenuis, an nulla jure civili; sicut pacti nudi: non invento jurejurando ad hoc, ut homo alii obligetur ad dandum aut faciendum: sed Deo teneatur ad pœnam, si sciens fallat. igitur jurata conventio, jure civili habens obligandi vim, tenebit promittentem: ut in hoc Tertulliani; *De idololatria c.* 23. *Pecunias de Ethnicis, mutuantes, sub pignoribus fiduciati, jurati cavent.* Contra conventio non habens vim obligandi, non tenebit promittentem, etsi accedente jurejurando. una est exceptio in jurejurando liberti, jurantis patrono obsequium, operas, & munus: non ex natura jurisjurandi, sed vi Legis Juliæ & Papiæ, jusjurandum ea in specie confirmantis: ideoque ad alios præter libertos per consequentiam non porrigendæ: usque adeo, ut Paulus *l.* 56. *D. de fidejussorib. Si quis*, inquiat, *pro eo qui libertus non esset, & operas præstaturum se jurasset. fidejussor erit, non tenebitur.* Sed de hoc jam egi *lib.* 3. *De fœnor. & usur. c.* 1. Assertorium jusjurandum in Rubrica triplex est: voluntarium, necessarium, & judiciale. Voluntarium puta, quod a parte parti extra judicium mutuo consensu defertur aut refertur. est etiam voluntarium quod pars parti defert in judicio: nam vel ibi volens defert jusjurandum, invitus non defert. recte igitur jusjurandum vel in judicio delatum, voluntarium appellatur. ac nec ille cui delatum in judicio est jusjurandum, ejus præstandi necessitate tenetur. Scio, Prætor apud Ulpianum *l.* 34. §. 6. *h. t. Eum*, inquit, *a quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare cogam.* Sed mox subjicit Ulpianus §. 7. *Datur autem & alia facultas reo, ut si malit, referat jusjurandum.* Est igitur voluntarium jusjurandum, in judicio delatum; quia a nolente præstare, referri potest: alioquin ejus voluntate præstatur. Necessarium jusjurandum est, quod in judicio est relatum: nam hoc neque recusari, neque referri, potest. Et optime Ulpianus *d.* §. 7. *Si is qui petet, conditione jurisjurandi* [relati] *non utetur, judicium ei Prætor non dabit: æquissime enim hoc facit, cum non deberet displicere conditio jurisjurandi ei qui detulit.* Judiciale jusjurandum vocatur, quod a Judice alterutri litigantium causa cognita defertur in causis dubiis atque ambiguis *l.* 31. *D. h. t.* Posset & hoc dici necessarium: quia neque recusari, neque referri, potest. rectius tamen judiciale dicitur proprio nomine: tum quia a superiore separandum fuit; tum quia a Judice, non a parte parti, deferri solet. Vides divisionem Rubrica comprehensam, ac meo judicio non absurdam. Sed eam damnant multi: inter cæteros Franciscus Polletus, *lib* 4. *Hist. For. Rom. c.* 13. *p.* 383. existimans, parum ingenuam esse. ac Polletum juvare creditur Gajus *l.* 1 *h. t.* verbis sequentibus: *Maximum remedium expediendarum litium in usum venit jurisjurandi religio: qua vel ex pactione ipsorum litigatorum, vel ex auctoritate Judicis, deciduntur controversiæ.* Gajus tantum duplex facit jusjurandum: voluntarium & judiciale: omisso necessario. Sed quid vetat, Gajum sic accipi, quasi sub jurejurando ex litigatorum pactione omne complectatur jusjurandum ex litigantium voluntate præstitum; sive sit mera utriusque partis voluntas, sive a delatione unius, & relatione alterius, habeat causam: nam relatum, etsi ex Edicto Prætoris accipiat necessitatem; originem duxit ex pactione, id est, ex consensu litigatorum: nec, ob factam relationem, ex voluntate, vel ut Gajus ait, ex litigatorum pactione, venire desinit. utique fuit deferenti integrum, deferre aut non deferre jusjurandum: sed cum voluit adversario deferre, etiam voluit, ei esse referendi ejus facultatem: sciens, jusjurandum adversario a se delatum, sibi jure Prætorio ab eo referri posse. Sit igitur delatum in judicio jusjurandum voluntarium; & relatum necessarium: est tamen utrumque ex pactione, id est, ex consensu, litigatorum, eoque, ut Gajus ait *d. l.* 1. *h. t.* duplex: aliud ex pactione ipsorum litigatorum, aliud ex auctoritate Judicis: cum præsertim hoc litigatorum consensum, sive pactionem, non desideret.

Missa hæc facio: properans ad Edicti capita, fuere complura. primum sic concinno ex *l.* 3. *l.* 5. §. 4. *l.* 6. & *l.* 7. *D. h. t. Si is cum quo agetur, conditione delata juraverit, aut ei remissum fuerit jusjurandum, ejus rei de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum ad quem ea res pertinet, actionem dabo.* Hoc capite Prætor reo, qui conditione delata juraverit, se non debere, exceptionem promittit, si ab actore iterum conveniatur. Auctor Ulpianus; *Eum*, inquiens, *cum quo agetur*, accipere debemus ipsum reum *l.* 3. *h. t.* At qualem? non distinguit Prætor. & recte Paulus *l.* 26. *h. t.* Qui jurasse dicitur, nihil refert, cujus sexus, ætatisve sit: omni enim modo

debet custodiri jusjurandum adversus eum qui contentus eo, cum deferret, fuit. De pupillo, si juraverit, potuit dubitari: propter jurisjurandi formulam, *Si sciens fallo:* (cujus formulæ exempla apud Brissonium *lib.* 8. *De formul. p.* 710. *& seq.*) nam hujus capax non est pupillus; quia non videtur pejerare qui sciens fallere non videtur. Sed nil mutat Paulus *d. l.* 26. arbitratus, a Prætore non quæri, quis juraverit: sed an is juraverit, delata conditione, id est; quasi ex conventione: quod si fit; imputare sibi debere eum qui pupillo jusjurandum detulit. Qualiscumque igitur sit reus; ipsi si juret, prodest jusjurandum. si alius juret; non prodest reo: quia de reo loquitur Prætor: de alio non loquitur. Si tamen servus juraverit, dominum dare non oportere; non resistit Ulpianus, quo minus indulgenda domino exceptio sit: & bene addit, quod sibi imputabit qui servo detulit jusjurandum *l.* 23. *D. h. t.* cum servus, tamquam instrumentum domini, ejus conditionem possit facere meliorem. Multo magis, inquit Paulus, patri proderit religio filii: quia non modo patri per filium adquiritur, sed potest etiam judicium cum filio consistere *l.* 24. *h. t.* Sic: si servus meus juraverit, delato ei jurejurando. sed finge, relato jurasse, rem domini esse, vel ei dari oportere. Aliquis putet, jam inutiliter jurari: quia jusjurandum de re domini deferre non potest servus: ne deteriorem faciat domini conditionem, etsi aliud sit in causa peculii, cujus liberam habet administrationem *l.* 21. *&* 22. *h. t.* Sed contra sedet Ulpiano, adhuc dandam mihi actionem vel pacti exceptionem, propter religionem & conventionem. *l.* 25. *d. t.*

Ait igitur Prætor: *Si is cum quo agetur, juraverit;* & liquet, intelligere reum. Nondum liquet, quid significet hoc, *agetur.* Nam & civiliter & criminaliter dicitur agi in *l.* 1. *D. de stellionatu*, & in Rubrica Codicis, *Quando civilis actio criminali præjudicet.* Proprie tamen actio convenit civilibus causis: in criminibus magis accusatio appellatur *l.* 16. *C. Ad Leg. Cornel. de fals.* In proposito autem retineri propriam verbi significationem oportere, evidens habeo argumentum: quod de criminibus extra ordinem cognoscit Præfectus Urbi: Prætoris imperium contra civilibus causis finitur. id si est, ut est verissimum; an potuit Prætor, in Edicto faciens mentionem actionis, sub ea complecti extraordinariam criminum accusationem de qua jus cognoscendi pronuntiandique non habebat? ego de hac eum ne cogitasse quidem, pro explorato habeo. Ad hoc argumentum accedit alterum: quod rationis fuit, litigantes de sua actione, id est, de privata eorum utilitate pacisci, eoque jusjurandum certa lege deferre: at de utilitate vindicandæ publicæ disciplinæ, quo unice spectant criminalia judicia, non posse eos transigere aut pacisci, alibi dictum. qui igitur ea jurisjurandi delatione aut relatione tollere atque intervertere, eis jus sit, numquam potui ad conjecturam evadere. Sed clare Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 1. §. 1. sic scribens: *In pecuniariis causis si alter ex litigatoribus jusjurandum deferat, audiendus est: hoc enim & compendio litium & æquitatis ratione provisum est.* Paulus causas in quibus jusjurandum alteri litigantium ab altero deferatur, pecuniarias esse attestatur: sicut & Ulpianus *l.* 34. *D. h. t.* rationem autem hujus juris duplicem adfert Paulus *d. tit.* 1. una est utilitas minuendarum litium, altera æquitas de propriis rebus pro cujusque arbitrio disponendi: utraque ad privatam, neutra ad publicam, utilitatem spectat. Putemus igitur, actionis nomine a Prætore solas civiles & pecuniarias hoc Edicto designari. Et tamen vel in civiles actiones cadere potest dubitatio: actionis significatione aliquando angusta, aliquando lata: prout mens scriptoris postulat *l.* 178. §. 2. *D. de verb. sign. l.* 37. *D. de oblig. & act.* Sed simpliciter loquitur Prætor, *Si is cum quo agetur:* nec actioni modum injicit. videtur igitur sensisse de omnibus actionum formis, ad ejus jurisdictionem pertinentibus: præsertim nulla causa, cur restringenda in Edicto sit actionis potestas: pari in omnibus utilitate tollendæ litis remedio jurisjurandi ex utriusque voluntate delati & præstiti sine tertii injuria. Sed profecto unusquisque est suæ rei in paciscendo transigendoque arbiter & moderator: quid ni in delatione & præstatione jurisjurandi, pactionem & transactionem in omni privata actione continentis? Hoc Ulpianus *l.* 3. §. 1. *& seqq. h. t.*

Porro ait Prætor, *Conditione delata:* Quid hoc? Donatus ad Terentium *Andria act.* 1. *sc.* 1. *vers.* 52. *Conditio*, inquit, *est pactio certam legem in se continens.* Inde conditionem ferre, vel deferre, est præscribere formulam: qua impleta, placeat a lite discedi. Hoc sensu Livius *lib.* 37. *c.* 1. Verba Livii: *Duæ conditiones illis latæ sunt: vel Senatui liberum arbitrium de se permitterent; vel mille talentum darent.* Optime igitur in *l.* 3. *D. h. t.* sic Ulpianus, *Nec frustra adjicitur*, conditione delata. *Nam si reus juraverit, nemine ei jusjurandum deferente, Prætor id jusjurandum non tuebitur.* Quam ob rem? ait: *Quia sibi juravit:* jurans, non delata ab actore conditione. Et commode addit: *Alioquin* (id est, si liceret sic jurare) *facillimus quisque ad jusjurandum decurrens, nemine sibi deferente jusjurandum, oneribus actionum se liberabit.* quod nec civilis, nec naturalis ratio patitur. Ut igitur reo prosit jusjurandum, vult Prætor, eo delato esse juratum; plus postulat, ita præstitum esse, uti delatum est. Videlicet, fuit ei negotium, jusjurandum pro probatione futurum inter litigantes, præstari genere quodam conventionis. Ac movisse eum videtur, quod omne jusjurandum est inventum religionis injiciendæ causa: quæ non est omnibus ex omni re una: sed pro varietate superstitionis alii alia. hac ratione credidit, æquum esse reum jurare; ut actor voluit jurari sibi, etsi propria superstitione *l.* 5. §. 1. *h. t.* modo licitum fuerit jusjurandum: & si ita juratum sit, servari fidem delati & præstiti jurisjurandi: sin aliter, non servari adversus actorem cui non sit juratum. Ne sine auctoritate sit interpretatio, allegabo Ulpianum *d. l.* 3. §. *ult.* ita scribentem: *Jurare oportet, ut delatum est jusjurandum. cæterum si ego detuli, ut per Deum jurares, tu per caput tuum jurasti: non erit ratum habendum jusjurandum. quod si exegi, ut per salutem tuam jurares, & jurasti: stabitur jurijurando: quia omne omnino licitum jusjurandum per quod voluit quis sibi jurari, idoneum est; & si ex eo fuerit juratum, Prætor id tuebitur.* Ego detuli tibi jusjurandum, ut per Deum jurares: extortura tibi verum reverentia Divini Numinis. tu per caput tuum jurasti: arbitratus, non nominato Deo, non contemni religionem, nec pejerari: magis rem ludicram esse. Non jurasti, uti Prætor voluit, conditione delata, id est, non ex præscripto meo. non igitur jurasti mihi, sed tibi. Atqui hæ quoque formulæ in diras desinunt, & pro jurejurando sunt. Non nego, si id convenerit. At si non ita delatum est jusjurandum: Prætor id non habet ratum. Optime sic Ulpianus *l.* 33. *D. h. t.* *Qui per salutem suam jurat, licet per Deum jurare videtur, respectu enim Divini numinis ita juratur, attamen si non ita specialiter jusjurandum ei delatum est,*

est, jurasse non videtur: & ideo ex integro solemniter jurandum est.

Igitur ut reo prosit jusjurandum, oportet juratum esse, conditione delata. A quo? silet Edictum. solum dicit, *Si conditione delata juraverit:* nec a quo delata sit, inquirit. Sed mihi sedet, quod deest Edicti verbis, juris comparatione supplere quasi ex Edicti mente. huic interpretationi fundamentum: quod jusjurandum a Veteribus dicitur cedere pro pacto, pro solutione, pro judicio *l.* 35. §. 1. *D. h. t.* nec patitur ratio, alterum per alterum his & similibus lædi. an igitur sinat, injuriam fieri jurejurando? Melius ominantur Diocletianus & Maximianus *l.* 7. *C. de rebus creditis* Eutychianæ cuidam sic rescribentes: *Nec filius, nec quisquam alius, nec litigando, nec paciscendo, sed neque jusjurandum citra voluntatem dominæ rei deferendo, præjudicium ei facere potest.* Quid, si paris æquitatis sit; ne quis ipse noceat sibi, nisi quod agit, sciat & intelligat? Sic eo devenitur; ut opus sit, delaturum jusjurandum non modo litis dominum esse, sed etiam habere jus res suas administrandi. Ab hac causa Paulus *d. l.* 35. §. 1. *h. t.* negat, prodigum, licet sit rerum suarum dominus, jusjurandum deferentem, audiendum esse: quia interdicta ei bonorum administratione, ultra non putatur esse ad deferendum jusjurandum habilis: qualem desiderat Edicti sententia. idque firmat Paulus hoc argumento: quod neque pacisci, neque litigare in judicio, neque solvere ei permittitur: cum jusjurandum pacti, judicii, solutionis, aut imaginem aut effectum habeat. Quod de prodigo dictum, Paulus *d.* §. 1. *l.* 35. admittit in cæteris similibus. nec dubito, quin designet pupillum: quem in *l.* 17. §. 1. *h. t.* refert, tutore auctore jusjurandum deferre debere: quod si sine tutore auctore detulerit, exceptionem quidem obstaturam, sed replicandum fore, Quia rerum administrandarum jus ei non competit. Idem vel simile in minore viginti quinque annis, utique habente curatorem: nam amissa bonorum administratione, prodigo non absimilis habetur. quid, si sine curatore sit constitutus? jam sui juris est, & adhuc habet rerum suarum administrationem; nec est causa, cur non valeat ab eo facta jurisjurandi delatio: ut tamen captus lubrico ætatis, possit in integrum restitui, causa cognita *l.* 3. *C. de in integr. restit. min.* Sed hoc in proposito tractat Ulpianus *l.* 9. §. 4. *D. h. t.* illustratus supra sub Titulo, *Quib. ex caus. majores.*

Sit igitur hæc, quam quærimus, Prætoris sententia, oportere jusjurandum reo esse delatum ab actore qui sit litis dominus, & habeat bonorum administrationem. Et tamen si non sit vere talis, modo juris intellectu pro eo habeatur; non fuerit absurdum, vel huic idem concedi jus quod domino. Talis lege sit tutor, quatenus ad providentiam pupilli attinet *l.* 27. *D. de admin. tut.* ideoque ratum habetur jusjurandum ab eo delatum pupilli nomine *d. l.* 17. §. 2. *h. t.* Similiter domino ejus voluntate assimilatur procurator: sive habeat speciale mandatum ad deferendum jusjurandum; sive sustineat omnium bonorum administrationem. cæterum in rem suam procurator nomine procurator, re vera dominus est. *d. l.* 17. §. *ult.* Plane, si mandatum fuit procuratori, ut petat; ille jusjurandum detulit: negat Ulpianus, servari jusjurandum: hac ratione, quod aliud fecit, quam ei mandatum est *l.* 19. *h. t.*

Nec hoc sileri oportet: quod inter dominum & eum qui domini loco sit, interest: quod illius liberum est arbitrium etiam in abutendo: istius potestas administratione terminatur. itaque alteri licet jusjurandum deferre, etiam cum aliæ suppetunt probationes: alteri, nisi omnibus probationibus deficientibus, non licet. Hoc non dicam clara evincit ratio: sed Paulus *l.* 35. *h. t.* Præterea observat Ulpianus *l.* 1. §. 1. *D. Quar. rer. act. non dat.* ita juris esse, ne tutor jusjurandum alibi, quam in judicio, deferat.

Fere mihi exciderat, quod Prætor, promittens servare jusjurandum, a reo delata conditione præstitum, non sic accipiendus est; quasi nolit interesse, utrum id quandocunque, an statim ac delatum est, susceptum aut impletum sit. contra ait Ulpianus *l.* 5. §. *ult. h. t.* si neque juratum est, neque remissum jusjurandum: id est, si non juravit statim, ac delatum est jusjurandum, aut si non statim fuit paratus jurare: pro eo debet haberi, atque si res in jusjurandum admissa non esset. proinde si postea paratus sit reus jurare: nihil ei hoc jusjurandum proficiet: quia ex eo quod delatum est, juratum non est.

Deinde ait Prætor: *Aut jusjurandum ei remissum fuerit.* Hæc verba sum mutuatus ex *l.* 5. §. *ult. & l.* 9. §. 1. sed quid volunt? Paulum audi *l.* 6. *h. t.* sic scribit: *Remittit jusjurandum qui deferente se, cum paratus esset adversarius jurare, gratiam ei facit: contentus voluntate suscepti jurisjurandi. Quod si non suscepit jusjurandum, licet postea parato jurare, actor nolit deferre, non videbitur remissum, nam quod susceptum est, remitti debet.* Abuterer otio; adhuc instituens probare, *jusjurandum remittere, & jurisjurandi gratiam facere,* apud Paulum idem significare. dudum hoc occupavit Brissonius *De verb. signif.* & Torrentius in *Notis ad Suetonium.* Utilius observabo, a Paulo dici, jusjurandum remitti; si actor videns jusjurandum quod reo detulit, ab eo suscipi, (hoc enim Paulo est, reum esse paratum jurare) præsens verbis declaret, se esse contentum voluntate suscepti jurisjurandi. at non ita esse; si actor, reo non suscipiente statim jusjurandum, ac defertur, sed postea, quam ad alia negotia est discessum, parato jurare, id est, jurisjurandi præstationem post intervallum offerente, eum nolit ad jusjurandum admittere. & causatur Paulus, non remitti reo jusjurandum, nisi susceptum in continenti: hoc vero non esse susceptum. igitur posse quidem revocatum videri: remissum vero non videri: proinde actori esse adhuc integrum jus deferendi, aut non deferendi jurisjurandi. Sed apparet, posse præsenti & scienti remitti jusjurandum. An absenti quoque & ignoranti potest? Labeo patitur apud Pomponium *l.* 41. *D. h. t.* modo (sic mihi sedet) ante fuerit susceptum forte a præsente; aut per nuncium, perve epistolam ab absente. hoc igitur modo Pomponius, per epistolam, inquit, gratia jurisjurandi fieri potest. Habes meam sententiam. alia est Jacobi Rævardi *lib* 5. *Var. c.* 2.

Sequitur in Edicto: *Ejus rei de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum ad quem ea res pertinet, actionem dabo.* Res multa significat. Ausonius *Edyll.* XII. *Res.*

Imperium, litem, venerem cur una notet res.

Hic pro lite accipitur: non tamen pro actione qua illa lis exercetur: sed pro causa quæ fuit in controversia, & est jurejurando transacta. id liquet ex *l.* 28. §. 4. 6. & 7. suffecerit, exposuisse *d.* §. 4. species talis est. Aliquis in actione mandati, negotiorum gestorum, pro socio, aut simili, juravit, se nihil debere. is adversus fidem delati & præstiti jurisjurandi eadem actione iterum conventus, potest se tueri exceptione jurisjurandi. Sed fac, alia conveniri actione; puta, condictione Si certum petetur, cum omnibus su-

ſuperioribus ſolita concurrere *l.* 9. *D. de reb. cred.* an licet reo vel hic uti exceptione jurisjurandi? non eſt, fateor, juratum de certi condictione. interim eſt juratum de ea re, de ea cauſa, de ea quæſtione, ex qua nata eſt certi condictio qua nunc agitur placet igitur, vel in ea obſtare jurisjurandi exceptionem: quia ut non ſit eadem actionis forma, at eadem vertitur quæſtio. fuerit argumentum, quod altera actio per alteram conſumitur. proinde ſi de eadem quæſtione juratum eſt; debet jusjurandum de ea delatum & præſtitum, quacumque actione de ea agatur, pro veritate haberi *d. l.* 28. §. 4. &, ut dixi, obtinere jurisjurandi exceptio; quia eſt de hac juratum: ſin alia vertatur quæſtio, non obtinere; quia de ea juratum non eſt. Non adfero exempla: ſunt pulchra & clara *d. l.* 28. §. 5. 7. 8. *&* *l.* 36. *b. t.*

Ait igitur Prætor, ſe non daturum actionem ejus rei ſive quæſtionis de qua juratum eſt. Nec dubium eſt, quin rei appellatione veniat res tota. nec minus pars, quamvis verba Edicti de re loquantur: in parte ſimili æquitate quæ eſt in tota *l* 7. *D. h. t.* cum in toto pars inſit *l.* 113. *D. de reg. jur.* & appellatione rei etiam pars contineatur *l.* 72. *D. de verb ſignif.*

Porro ait Prætor: *Neque in ipſum, neque in eum ad quem ea res pertinet, actionem dabo.* Verba, actionem non dabo, patent latiſſime: non adſcripto modo aut conditione. Inde Ulpianus *l.* 5. §. 2. *D. h. t. Dato*, inquit, *jurejurando non aliud quæritur. quam an juratum ſit, remiſſa quæſtione, an debeatur. quaſi probatum ſit jurejurando.* Æque Julianus *l.* 15. *D. de except.* Verba: *Adverſus exceptionem jurisjurandi replicatio doli mali non debet dari: cum Prætor id agere debet, ne de jurejurando cujusquam quæratur.* De quo in ſequentibus plura.

Nunc videndum, quid indigitent verba, *Actionem non dabo.* Aliquis putet, ea loquendi forma actionem ipſo jure infirmari. Sed errabit: non eſt enim Prætoris, palam & directo tollere actionem jure civili ſubnixam: quia non eſt ejus, abrogare Leges Populi, ſed eas exequi. Verius non ignorat Prætor, actionem, etiam poſt delatum & præſtitum jusjurandum, adverſus reum ſummo jure competere. verum ubi placuit partibus, a lite recedi ſub lege præſtandi jurisjurandi: viſum ei eſt iniquum, deinde neglecta pactione, de perjurio quæri: ac proinde actori denuo agenti actionem denegat: quaſi ex utriusque conſenſu ſatis probato, nihil deberi *l.* 5. §. 2. *&* *l* 11. §. 3. *D. h. t.* quo caſu legibus nulla daretur actio. Sic; ſi liqueat, juratum eſſe. at ſi controverſia ſit, an juratum ſit: jam actionem quidem dat actori: ſed addita exceptione, Extra quam ſi juratum ſit, delata ab eo conditione: *l.* 9. *D. h. t. &* §. 4. *Inſt. de except.* eoque facto, nihil intereſt, utrum ipſo jure non habeat actionem, an per exceptionem infirmetur *l.* 112. *D. de reg jur.*

Igitur pollicetur Prætor exceptionem ei qui juravit; etiam ei ad quem ea res pertinet *l.* 7. *D. h. t.* Hic qui juravit, certus eſt. at quis ille ad quem ea res pertinet? is, opinor, ad quem ea lis, ſive ejus litis qua de juratum eſt, commodum incommodumve pertinet. ſenſus: Quisquis poteſt ea ex cauſa de qua juratum eſt conveniri, huic prodeſt jusjurandum; in eumque actori denegatur actio, tamquam ſi cum eo qui juravit, ageretur. proficit igitur jurantis religio ejus heredi, ſi in actione in perſonam ſit juratum: eſt enim heres ſucceſſor juris, id eſt, univerſi juris, ideoque litis *d. l.* 7. quod ſi juratum ſit in actione in rem; jam proderit jusjurandum ei qui in rem ſucceſſit *l.* 8. *h. t.* id eſt, ei ad quem non univerſum quidem jus, ſed res ea qua de agitur, pervenerit *l.* 24. §. 1. *D. de damn. infect.* quo in numero eſt legatarius aut emptor aut ſimilis. talis enim ſucceſſor æque atque auctor, in rem actione tenetur: hac videlicet cum perſona domini & poſſeſſoris ambulante. Nec vero mirum, jusjurandum ſic prodeſſe ſingulari ſucceſſori; cum non proſit ei ſtipulatio in Edicto Ædilitio & ſtipulatione Prætoria (de quibus in *l.* 19. §. 5. *D. de Ædil. Edict. &* *l.* 70. §. 1. *D. de verb. ſign.*) intereſt enim, quod in iſtis ſpeciebus obligatio non tranſit ad ſucceſſorem rei: in præſenti res tranſit, mutato poſſeſſore. Æque non obſtat, quod alteri per alterum neque actio, neque exceptio, adquiritur *l.* 1. *C. Per quas perſon. adq.* Id enim tum verum eſt; cum volumus, alteri principaliter adquirere: ei directo paciſcentes *l.* XI. *D. de oblig. & act.* at quod alicui jam eſt adquiſitum, id quo minus ab eo ad alterum transferatur, cauſa non eſt.

Negat igitur Prætor, actionem ſe daturum in ipſum qui juravit, etiam in eum ad quem ea res pertinet. An in fidejuſſorem quoque? Paulus *l.* 28. §. 1. *h. t.* ſic ſcribit: *Quod reus juravit, etiam fidejuſſori proficit.* Et recte: nam quia non placet, fidejuſſorem obligari in duriorem cauſam, quam reum principalem; oportet exceptionem, quoties reo datur, etiam fidejuſſori dari *l.* 19. *D. de except.* utique, ſi rei cohæreat: nam ſi perſonæ competat; aliter dicendum eſt *l. ult. D. h. t.* Prodeſt igitur rei jusjurandum ejus fidejuſſori. An reo viciſſim prodeſt jusjurandum fidejuſſoris? Paulus putat *d.* §. 1. *l.* 28. Atqui in pacto fidejuſſoris aliter cenſet *l.* 23. *D. de pactis.* Quid, ſi huic difficultati per ſe ipſe ſuccurrit *d.* §. 1. præfatus, quod jusjurandum ſuccedit in locum ſolutionis? Et hoc, inquis, obſcurius: cum poſſit quæri; unde ea vis ſit jurijurando, ut pro ſolutione ſit: certo, non eſſe aliam ejus poteſtatem, quam pacti nudi. Ita eſt, fateor: ſtantibus intra proprietatem rei. Sed ab ea aliquando receditur, poſtulante æquitate. ſic pro re judicata, ſic pro novatione, aut pro acceptilatione eſt jusjurandum. & miramur; cedere pro ſolutione? Ait tamen Paulus, hoc ſic procedere: modo ſit de ipſo contractu, & de re, non de perſona jurantis actum. pone: fidejuſſor conditione delata juravit, ſe vel reum ſolviſſe debitum. de ipſo contractu & de re juravit. quid dicimus? ſic juranti fidem eſſe omni modo ſervandam. igitur neuter, nec fidejuſſor, nec reus, ſolvere debitum quod ſolutum putatur, cogi debet. Atqui pactum fidejuſſoris ipſi prodeſt; reo non prodeſt. Sic eſt, ſi fidejuſſor paciſcatur, ne a ſe petatur: quia ſic ſibi pactus eſt: & ſi paciſcatur, ne a reo petatur, non intereſt ejus. neutro igitur pacto tollitur; aut pro ſublato habetur, debitum. Sed jurato a fidejuſſore, ſolutum eſſe debitum: de eo quaſi extincto neuter tenetur, neque reus, neque fidejuſſor: quia jusjurandum, ſive verum, ſive falſum, pro veritate habetur. cedit igitur jusjurandum pro ſolutione tam reo, quam fidejuſſori.

Superiori Pauli loco jungam §. 3. *d. l.* 28. ſuadente vicinitate. Ecce: unus ex duobus reis promittendi, conditione delata, juravit, ſe ſtipulatori ſolviſſe quod promiſit. nemo ambigit, quin id jusjurandum juranti, iterum convento a ſtipulatore, proſit per exceptionem jurisjurandi. ſed an correo ejus prodeſt? atqui alterius pactum alteri, niſi ſocio, non prodeſt; ut demonſtratum *lib. ſing. Ad Edict. De pact. c. ult.* Quid Paulus? ait, alterius correi jusjurandum etiam alteri prodeſſe: nempe, quia una eſt utriusque obligatio: qua extincta unius ſolutione, uterque liberatur

l. 2.

l. 2. *D.* & §. 2. *Inst. de duob. reis.* porro jusjurandum pro solutione esse, ante dictum. placet igitur, uno jurante, se solvisse, alterum eo jurejurando perinde liberatum intelligi, ac si ab altero solutum esset debitum nec distinguit Paulus; utrum socii sint, an non sint: etsi in pacto contra sit: quia pactum non habetur pro solutione, nec obligationem tollit ipso jure, sed per exceptionem. Tantum de primo Edicti capite.

Quod alterum? non extat. exemplo tamen superioris capitis, licebit sensum hoc modo formare: *Si actor, conditione delata, juraverit, vel jusjurandum ei remissum fuerit, ejus rei de qua delatum fuerit jusjurandum, in ipsum qui detulit, in que eum ad quem ea res pertinet, actionem dabo.* Hoc capite Prætor actionem concedit actori, si juraverit, conditione delata, aut ea jurare parato sit remissa: quemadmodum sub eadem conditione reo promisit exceptionem. Nec est inverisimile, quod tam actionem, quam exceptionem, simpliciter proposuit: ideoque ajunt Veteres, hoc judicio non principalem exerceri causam, sed jusjurandum actoris conservari *l.* 30. *D. b. t.* neque ulterius quæri, an debeatur: sed solum, an actor juraverit, sibi dari oportere; vel cum jurare paratus esset, ei remissum sit jusjurandum *l.* 9. §. 1. *D. b. t. l.* 8. *C. de reb. credit.* §. 11. *Inst. de act.* Sed hæc, hisque affinia, occasione prioris capitis impensius explicita, in præsenti repetenda non sunt. Saltem monebo; quod Prætor actori, postulante adversario, juranti, sibi deberi pecuniam quam peteret, neque ei solvatur, actionem in factum accommodavit. Hoc enim nomine appellatur *d. l.* 8. *C. de reb. credit. l.* 11. §. 1. *D. b. t.* alibi dicitur utilis actio *d. l.* 11. §. *ult. l.* 29. *l.* 13. §. 1. *D. d. t.* est etiam, ubi vetere designatur nomine, quale est ex empto, pro socio, pigneratitia *d. l.* 13. §. 3. 4. & 5. Interim est una actio tribus nominibus designari solita. primum Vetus dicitur: eo quod contractus jurejurando confirmatus, perinde habetur, ac si probatus esset *l.* 5. §. 2. *l.* 11. §. 3. *D. b. t.* nec est absurdum, quemadmodum tum parata esset in personam actio: ita si juratum sit, eam esse utilem: quia directa demum competit illi qui vere contraxit: jurans autem se contraxisse, non utique contraxit: potest enim falso jurasse. Accipit igitur Prætoris interpretatione, perinde ac si contraxisset, propter religionem & conventionem, (ut dicitur in *l.* 25. *D. b. t.*) actionem utilem: id est, actionem in factum. nisi miramur actionem utilem in factum actionem appellari. at hoc claret ex *d. l.* 11. §. 1. & 3. *D. b. t.* Est igitur una actio, propter jusjurandum hoc Edicto proposita, licet tribus appelletur nominibus.

Sed qualis? in personam. quo argumento? triplice: primum est, quod vocatur in factum actio. alterum est, quod dicitur proficisci ex conventione *l.* 26. *b. t.* quasi ex contractu *l.* 5. §. 2. *D. de peculio.* tertium, quod a Justiniano palam enumeratur inter personales actiones §. 8. & 11. *Inst. de actionib.* Est igitur in personam actio. nec distinguo; utrum juratum sit in actione in rem, an in actione in personam: quia generalis est Prætoris sermo: & utraque in specie concurrit actoris & rei consensus. postremo scribit Ulpianus in *l.* 11. §. 1. *b. t.* si a possessore juratum sit, rem suam esse, ei adversus deferentem jusjurandum ad quem possessio pervenerit, in factum actionem competere. Est igitur actio ex jurejurando ex hoc Edicto in personam; etiam cum est in actione in rem juratum. Atqui ei qui juravit, rem suam esse, Publiciana datur in rem actio *l.* 7. §. 7. *D. de public. in rem act.* Recte mones: sed id non vetat, quo minus ea in specie etiam obtineat Prætoria in factum actio.

Intellecta hujus actionis forma, facile evincitur; cui & adversus quem detur. cum enim juratum sit ex consensu ejus qui detulit aut retulit & qui præstitit jusjurandum; quod dubium est, quin prætor eam juranti dederit adversus deferentem, eumque ad quem ea res pertinet? itaque Edicto restitui, præeunte Ulpiano *l.* 9. §. *ult. D. b. t.* Nec tamen fuerit iniquum, hanc vice versa etiam ei qui detulit, adversus jurantem dari. Ubi? in contractibus ex quibus mutuæ nascuntur petitiones, ut fit in emptione & venditione, societate, pignore. Audio: sed unde actio ei qui non juravit: cum in Edicto juranti detur adversus deferentem? Sit ita ex Prætoris verbis: sed quod dixi, ejus menti debetur. atque evidente argumento: si enim juravit actor, se emisse ab adversario: nonne juravit quoque, eum sibi vendidisse: nulla emptione sine venditione? proinde si cupiat, servari jusjurandum suum, ut sibi ejus quod emit, vacua tradatur possessio: rationis est, id servari quoque hactenus; ut venditori vicissim solvatur pretium ei debitum. clarum hoc in præsente exemplo *l.* 13. §. 3. *D. b. t.* at non minus in similibus quæ sunt in §. 4. & 5. & valde ibi placet illud, *Quæ non esse extra æquitatem posita, non negaverim.* Est enim indicio, hæc deberi Edicti sententiæ. nam ex verbis actio dumtaxat juranti datur adversus eum qui jusjurandum detulit, & qui in ejus locum successerunt. cæterum volenti, adversus alium prærogativa jurisjurandi uti, nihil prodesse, Ulpianus ait *l.* 9. §. *ult. D. b. t.* ac subjicitur in *l.* 10. ratio: *Quia non deberet alii nocere quod inter alios actum esset.* Fuit hoc vel ideo notandum; quia hinc discitur, successorem juris vel rei in hoc Edicto, quantum attinet ad rem in quam succedit, non intelligi alium ab eo cui succedit, sed personam eamdem auctori suo haberi.

Tempus est, cogitare de effectu hujus actionis. est vero hic: quod ea habetur ad similitudinem actionis rei judicatæ *l.* 8. *C. de reb. cred.* Ubi? maxime in duobus: primum in petitione eorum quæ veniant in actionem de qua juratum est: itemque fructuum & accessionum. scilicet, quia hæc actio non est nova aut principalis. magis est nova qualitas priori & veteri actioni propter delatum & præstitum jusjurandum adjecta. Pone, si lubet, actionem ex empto. in ea petuntur quæ naturaliter insunt hujus judicii potestate: id est, ut emptori ipsa res tradatur, & de evictione caveatur *l.* 11. §. 1. & 2. *D. de act. empt. & vend.* Idem si quis juraverit, me ei vendidisse rem centum: nam poterit ex empto (utili, sive in factum actione) agere, ut ei cætera præstentur, id est, res tradatur, & de evictione caveatur *l.* 13. §. 3. *D. b. t.* Simile in petitione hereditatis, in qua juratum sit, observari, Ulpianus ait *l.* 11. §. *ult. d. t.* Verba Ulpiani. Si cum de hereditate inter me & te controversia esset, juravero hereditatem meam esse, id consequi debeo, quod haberem, si secundum me de hereditate pronunciatum esset. & non solum eas res restituere debes quas tunc possidebas, sed & si quas postea cœpisses possidere. perindeque haberi quod juratum est, atque si probatum esset: idcirco utilis actio mihi competit. Sic plerumque: non semper. Paulus certe egregie temperat *l.* 30. *D. b. t.* scribens: Eum qui juravit ex ea actione quæ inficiando crescit, aliquid sibi deberi, simpli, non dupli persecutionem sibi adquirere: abunde enim sufficere, exonerare petitorem probandi necessitate; cum omissa hac parte Edicti, dupli actio integra maneat. & posse dici, hoc judicio non principa-

lem causam exerceri, sed jusjurandum actoris conservari. Dedi effectum unum actionis in factum de jurejurando. Quis alter? vertitur in certa ejus executione, exemplo actionis rei judicatæ: eoque percrebuit, post jusjurandum non quæri, an debeatur, sed an juratum sit. Sic Ulpianus *l.* 9. §. 1. *D. h. t.* & Justinianus §. 11. *Inst. de actionib.* de quo plura ad finem.

Tertium Edicti caput videtur conceptum fuisse in hunc sensum: *Eum a quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare cogam: si is qui petet jusjurandum, paratus sit jurare, non calumniæ causa id se postulare. Si jusjurandum referre malet, quam jurare, potestatem faciam. Si is qui jusjurandum petet, conditione jurisjurandi non utetur, judicium ei non dabo.* Ratio Edicti justissima. Nam modeste agit, qui adversarium, delato jurejurando, facit testem & quodammodo judicem, in propria lite. contra turpiter agit qui eam conditionem non accipit, aut non refert *l.* 38. *b. t.* quid si non debet ei qui jusjurandum detulit, displicere conditio quam in adversarii persona æquam credidit *d. l.* 34. §. 7.? At enim multi sunt superstitiosi & timidi: alii contra leves, ac perjuri. ita nec jurare facile, nec referre. Sed utilitas dirimendarum litium quam præbet jusjurandum, prælata est privatæ superstitioni. Quamquam etiam rarior ea superstitio. Postremo est hæc Prætoris cura; ne cui jusjurandum temere aut calumniose deferatur. Promittit igitur Prætor, se coacturum eum a quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare *l.* 34. §. 6. *b. t.* Et sunt latissima ejus verba. Olim excepta fuit Vestalis virgo, & Flamen Dialis: teste Gellio *lib.* 10. *Noct. Attic. c.* 15. verba Gellii sunt hæc: *Verba Prætoris ex Edicto perpetuo de Flamine Diali & sacerdote Vestæ adscripsi: Sacerdotem Vestalem & Flaminem Dialem in omni mea jurisdictione jurare non cogam.* Sed hanc exceptionem sustulisse videtur Tribonianus, abolita vetere Gentilium superstitione.

Porro ait Prætor, *Solvere aut jurare cogam.* Nec dubium est, quin etiam velit, eum hanc ob rem in judicio adesse *l. ult.* §. 4. *C. de reb. cred.* Nisi sit persona egregia, aut valetudine impedita: ad quas domum mitti oportere, Paulus scribit *l.* 15. *b. t.* Estque vestigium hujus moris apud Tacitum *lib.* 2. *Annal. c.* 34. Ait igitur Prætor, *Cogam.* Sed quando? indistincte: sive aliquid sit probatum, sive nihil: generaliter enim loquitur Prætor. At enim Antoninus Epaphrodito cuidam in *l.* 4. *C. de edendo* sic rescribit: *Actore non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse præstat, obtinebit.* Novi; atque id Rescriptum multis grave esse. Sed, me interprete, sic moderandum: Præterquam si actor detulerit jusjurandum. Causam moderaminis hanc habeo, quod non est Lex, sed Rescriptum quod objicitur: in eoque una est quæstio; an ut actor tenetur reo, sic reus actori teneatur, sua instrumenta edere? Cæterum de opportunitate jurisjurandi ab actore deferendi neque quæritur, neque agitur. proinde noli, ex Rescripto ad factum Epaphroditi Libello oblatum, ducere argumentum a contrario aut a consequentia, de qua non fuit cogitatum: præsertim contra manifesta Edicti verba, nullam habentia absurditatem, eoque restrictionem non patientia. Ait igitur Prætor, *Cogam.* nec ostendit cogendi modum mihi vero placet, non jurantem interdum cogi per Prætorem, interdum per Judicem. & quidem per Prætorem, si jusjurandum in jure sit delatum ante litem contestatam: tum enim Prætor reum recusantem perinde coget, ut confitentem *l.* 38. *b. t.* qui pro damnato habitus, ad solvendum accipit spatium damnatis dari solitum: & interea non solvens, deinde pignoribus captis & distractis ad satisfaciendum compellitur *l.* 31. *D. de re judic.* Hoc in reo. quod ad actorem: eum non utentem conditione jurisjurandi Prætor coget denegatione actionis *l.* 34. §. 7. *b. t.* & si jusjurandum post litem contestatam deferatur: proximum est, utrumque & actorem & reum cogi per Judicem a Prætore datum: cujus officium est, de qua re cognoverit, pronunciare *l.* 74. *D. de judic.* eoque reum aut condemnare aut absolvere: sicut alterum continere debet res judicata *l.* 1. *D. de re judic.* Hoc igitur exemplo Judex reum nolentem jurare condemnet: contra absolvat eum, si actor recuset jurare *d. l.* 34. §. 7.

Pergit Prætor: *Si is qui petet jusjurandum, paratus sit jurare, non calumniæ causa id se postulare.* Hoc versu Prætor modum injicit versui proxime antecedenti: nam cum illic dixerat pure, se coacturum eum cui delatum sit jusjurandum, jurare aut solvere: hic indicat, se nolle, id accipi aliter, quam sub conditione: si is qui petat, sibi jurari, prius juret, se non calumniæ, id est, non vexandi adversarii, causa jusjurandum petere. Hujus conjecturæ auctor Ulpianus his verbis *l.* 34. §. 1. *D. h. t.* quæ inde in Edictum transtuli: *Qui jusjurandum defert, prior de calumnia debet jurare, si hoc exigatur, deinde sic ei jurabitur.* Verum hoc, & evidens. Illud quale quod sequitur: *Hoc jusjurandum neque patrono, neque parentibus remittitur?* potuit enim falsum videri vel ipsius testimonio Ulpiani *l.* 17. *d. t. & l.* 7. §. 3. *D. de obseq. parentib. & patron. præst.* Nisi talis sit ejus sensus: Edicti verbis, ut sunt generalia, ne parentes quidem & patronos excusari a jurejurando de calumnia; licet aliter obtineat ex Edicti sententia. Tales disputandi formas sæpe observavi in Fragmentis Pandectarum: nec est causa cur ejus me pigeat in præsenti. Apud Haloandrum tamen extat: *Hoc jusjurandum de calumnia æque patrono & parentibus remittitur.* Unde efficiunt quidam, *æque patrono atque parentibus.* Sed hæc eodem redeunt: sufficitque, liquere parentes & patronos a jurejurando de calumnia excusari. Paulus tamen hoc negat *l.* 14. *b. t.* quoties propter rem juratur. nam tum ait, nec parenti, nec patrono remitti. Quid hic, *propter rem jurari?* ait Paulus, jusjurandum propter rem exigi, veluti de pecunia credita; cum jurat actor, sibi dari oportere; vel reus, se dare non oportere. Non minus pertinet ad Edicti intellectum, quod in *l.* 37. *D. h. t.* sic scribit Ulpianus: *Si non fuerit remissum jusjurandum ab eo qui detulerit, sed de calumnia non juratur, consequens est, ut debeat denegari ei actio. sibi enim imputet qui processit ad delationem jurisjurandi, nec prius de calumnia juravit: ut sit iste remittenti similis.* Ulpianus indicat pœnam actoris, recusantis jurare de calumnia, postquam reo detulit jusjurandum. ea pœna est; ut ei denegetur actio. Ut res ad liquidum deducatur: actor reo detulit jusjurandum. reus eo suscepto postulat ab actore prius jurari de calumnia, ex forma Edicti. Actor recusat, jurare de calumnia. Ulpianus ait, denegandam actori esse actionem, quasi remisso jurejurando. Si rem spectamus, actor reo non remisit actionem suam. nihilominus ait Ulpianus, actorem debere sibi imputare quod remittenti similis habetur. intendit videlicet, Prætorem temeritati nil indulgere. contra velle, considerate agi: atque ut actor potest reo deferre jusjurandum; sic reum vicissim ab eo exigere posse, ut prius juret de calumnia: idque scire actorem oportere. proinde, si reo detulit jusjurandum, isque hoc suscepit, deinde actor nolit de calumnia jurare: non licere ei retrogredi. magis igitur putat Ulpianus, eum non desti-

stitisse a delatione jurisjurandi, sed ejus præstationem remisisse, intelligi oportere.

Deinde sequitur in Edicto: *Nisi malit jusjurandum ei qui agit referre.* Alterum itaque eligat reus, cum ei delatum est jusjurandum: aut solvat, aut juret: si juret, absolvendus: si non juret, solvere cogendus erit a Prætore. nisi malit referre jusjurandum: nam hæc facultas ei a Prætore datur. Postremo ait Prætor: *Si is qui jusjurandum petet, conditione jurisjurandi non utetur, judicium ei non dabo.* Et hoc æquissime: cum non deberet ei qui jusjurandum detulit, displicere conditio, quam in persona adversarii æquam esse credidit. Igitur nec sinit Prætor, referenti deferri jusjurandum de calumnia: arbitratus non esse ferendum actorem; si conditionis quam ipse detulit, de calumnia sibi jurari velit *d. l.* 34. §. 6. *&* 7.

Igitur ut subducamus Edicti summam; apparet, Prætorem quidem promittere, se eum cui delatum fuerit jusjurandum, coacturum aut jurare aut solvere: sed tres excipere casus quibus eum coacturus non sit. unus est, si is qui jusjurandum detulit, non sit paratus, jurare de calumnia: alter est; si malit, jusjurandum referre ei a quo delatum sit: tertius est; si is qui petat jusjurandum, ipse hoc uti nolit. plures casus Prætor, quantum ad ejus verba, non excepit. tres tamen hi Veteribus præbuerunt causam conjiciendi, Prætoris mentem fuisse, eum a quo jusjurandum petatur, numquam cogere, jurare; si habeat causam, cur invitus cogi non debeat: solitis Veteribus, arrepta occasione exempli in Edicto aut Lege expressi procedere ad similia, quamquam Edicto aut Lege non expressa: ut sub Titulo, *De legibus* & alibi, demonstratum. Secundum hæc igitur placuit Jureconsultis, sic accipere Edictum, ac si dixisset Prætor, Eum a quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare cogam: præterquam si alleget causam ob quam eum cogi, jurare aut jusjurandum referre, non sit æquum Sic censeo, atque eodem modo exaudiendum Paulum *l.* 38. *D. h. t.* ac si dixisset, Manifestæ turpitudinis & confessionis est nolle, nec jurare, nec jusjurandum referre; si nulla adferatur causa, cur excusatio fiat a necessitate jurandi, aut jusjurandum referendi. at si sit talis causa, contra dicendum esse, recusationem præstandi aut referendi jurisjurandi justam atque honestam esse. Non inutile fuerit, hæc exemplis illustrare. initium sumam a *l.* 34 §. 2. *d. t.* ibi quæsito, an pupillus, delato ei jurejurando, sit cogendus jurare aut jusjurandum referre? negat Ulpianus, cogendum. Atqui Prætor non excipit pupillum, quatenus ex ejus verbis liquet. Sed eum excipit Prætoris sententia: non permittente officio viri boni, eum cogi jurare qui non sit habilis ad jurandum: multo minus evilescere jurisjurandi religionem: quamvis si juraverit, ei delato jurejurando, velit Prætor stari jurijurando: imputaturo sibi qui ei jusjurandum detulit. sed quia pejerare non potest, qui non potest ex animi sententia jurare *l.* 26. *D. h. t.* creditum fuit, non esse causam, cur cogi ad jurandum debeat *d. l.* 34. §. 2. Eodem modo non cogitur jurare is qui ostendit, se juraturum sine effectu: delato ei jurejurando ab eo cui non sit jus deferendi: qualis est prodigus aut similis in *l.* 35. *d. t.* cui enim bono jurari frustra, eoque temerari religionem rei sanctissimæ, & usibus humanis ad minuendas lites necessariæ? at nec juratur sic ex mente Prætoris: servantis jusjurandum, conditione delata, præstitum: quod in proposito non est. Aliud exemplum *d. l.* 34. §. *ult.* in qua ait Paulus, Qui non compelluntur Romæ judicium accipere, eos nec jurare compellendos esse: eoque in numero esse Legatos Provinciales. Nimirum, quia præstito jurejurando, non habebunt privilegium quod habituri essent, si non jurassent: utique sic recognoscentes Forum Romanum, amittent jus revocandi domum, perinde ut fieret, si litem contestati essent *l.* 28. §. 2. *D. de judiciis.* Si igitur consequens est eorum privilegio; ne cogantur litem contestari: qua fronte cogentur jurare aut jusjurandum referre: pari utriusque exitu? Est & alia causa recusandi jurisjurandi: si de formula jurisjurandi inter partes fuerit dubitatum: sicut enim nemo est cogendus facere quod vel natura vel bonis moribus facere prohibetur: ita nemo debet cogi jurare, cum non potest salva religione. ac jam probo, quod Ulpianus in *d. l.* 34. §. 4. *Si,* infit, *de qualitate juramenti* (de hoc verbo Cellarius *lib. De Latin. med. & infim. ætat. c.* 1. *p.* 62.) *fuerit inter partes dubitatum, conceptio ejus arbitri judicantis erit.* Eodemque plane modo in §. 8. *d. l.* 34. ait: *Non semper autem consonans est, per omnia referri jusjurandum, quale defertur: forsitan ex diversitate rerum vel personarum quibusdam emergentibus quæ varietatem inducunt. Ideoque si quid tale inciderit, officio judicis conceptio hujusmodi jurisjurandi terminetur.* Hunc versum vel ideo apposui; ut totum Ulpiano vindicarem adversus suspicionem Antonii Fabri V. CL. *lib.* 16. *Conject. c.* 12. *ad fin.* existimantis, Triboniani esse, argumento postremi verbi, *Terminetur.* de quo sic scribit: *Quis enim ea verba non videt Tribonianum sapere magis, quam Ulpianum? præsertim quod ait,* terminetur. *Imperantis enim illud verbum est, non hominis de jure aut scribentis aut respondentis. Ulpiani autem non fuit, sed Triboniani, agere Imperatorem.* Sic ille: sed temere nam hujusmodi loquendi formæ Ulpiano non sunt insolitæ Id observavi infra sub Titulo, *De suspectis tutoribus.* Res infinita esset; si adferrem omnia. patere tamen, addi pauca, non indigna annotari. Unum est, si extra judicium convenit inter litigatores, litem unius jurejurando terminari. non est enim dubium, quin servanda sit fides pacti; eoque relationi locus esse desinat. hoc Paulus annotat *l.* 17. *D. h. t.* Æque elegans est exceptio, si cui delatum sit jusjurandum de facto ejus proprio. sit exemplum: tu mihi suspectus es furti vel rerum amotarum. ago tecum furti vel rerum amotarum. deest mihi probatio ejus quod intendo. defero tibi jusjurandum, te non fecisse furtum, verbi gratia. tu refers mihi jusjurandum, an ipse fur sis. non teneor præstare jusjurandum: quia non sinit ratio, mihi referri jusjurandum; cum tu possis ex animi tui sententia jurare de facto tuo tibi cognito: ego nequeo, ex animi mei sententia jurare de facto tuo mihi incognito *l.* 12. *D. de act. rer. amot.* Pulchre Ulpianus *l.* 11. §. 2 *eod.* Jurare tam vir, quam uxor cogetur. pater autem amoventis jurare non cogetur: cum iniquum sit, de alieno facto alium jurare. is ergo cogitur jurare qui amovisse dicetur; & idcirco nec heres ejus qui quæve amovisse dicetur, jurare cogetur. quid, si quis velit referre jusjurandum sibi delatum? non videri Prætorem permisisse, Ulpianus ait §. 3. *d. l.* 11. addit in *l.* 13. Et ideo Labeo scribit, mulieri non esse permittendum, referre jusjurandum: & ita Edictum ordinatum videri.

Similis observatio fuit; si is cui jusjurandum deferatur, dicat se ignorare aut dubitare. Vidit eam Quintilianus *lib.* 5. *Inst. Orat. c.* 6. verba ejus: *Is qui defert* (jusjurandum) *agere modeste videtur, cum litis adversarium judicem faciat: & eum cujus cognitio est, onere liberet, qui profecto alieno jurejurando stari, quam suo malit. Quo difficilior recusatio est, nisi forte res est ea, quam credibile sit, notam ipsi non esse.* Sic Quintilianus, puto, a Jureconsultis. quos inter Ulpianus *l.* 34. *pr. D. h. t.* in hunc

infit modum: *Jusjurandum & ad pecunias & ad omnes res locum habet. etiam de operis jusjurandum deferri potest: nec de injuria queri adversarius potest, cum possit jusjurandum referre. quid tamen, si ideo dicat reus se liberatum, quoniam Stichum quem promiserat, putat decessisse? Non erit tutus per relationem. & ideo putat Marcellus, & recte, aut remittendum ei jusjurandum, aut spatium dandum, ut certioretur.* Quia obscurus locus est, explicabo integrum. Primum ait Ulpianus, jusjurandum deferri posse in omni causa civili & pecuniaria, idque suis ostendit exemplis. deinde ait, errare eum cui in his deferatur jusjurandum; si queratur, ea delatione sibi fieri injuriam: quasi præstet, adversarium urgeri ad probationem, quam se invita superstitione onerari jurejurando. Quam ob rem? ait Ulpianus; si metuat jurare, non cogi jurare, quin posse jusjurandum referre. recte: si quidem ipse possit jurare ex animi sui sententia, re ei nota & certa: tum enim quam dicat causam; ne aut juret, aut referat jusjurandum? nullam. sed quid, si neget, rem sibi notam esse aut dicat, de ea se dubitare? jam ut cessat electio, sic ait Ulpianus, non fore tutum per relationem: & ideo ex hac causa, secundum Marcellum, aut remittendum ei jusjurandum, aut spatium dandum, ut certioretur, & sic juret.

Exposito jurejurando, cum voluntario, tum necessario, parti solito a parte tam aliqua, quam nulla probatione deferri aut referri: age, nunc de judiciali jurejurando disputemus. Est vero observatio ejus longe alia. non enim a parte defertur parti: sed a Judice alterutri litigantium, vel actori vel reo defertur: nec aliter, quam in causis dubiis. Sic definit Ulpianus *l.* 31. *D. h. t.* sed quæ sit dubia causa, non definit. visa autem Interpretibus Eruditis jam a multis seculis causa talis: ubi actor suam intentionem uno probavit teste: hoc prætextu, quasi uno teste fiat semiplena probatio, cum plena constet duobus. semiplena porro, ut ajunt, est aliqua, licet non sit vera ac perfecta. ita non sufficit ad condemnationem aut absolutionem, cum causam non faciat claram & certam. at facit dubiam; valetque hactenus, ut Judex, exacto jurejurando in supplementum deficientis probationis (unde suppletorium dicitur) possit secundum eum qui juraverit judicare. Sic fere Interpretes. Sed mihi numquam placuit. imo semper existimavi, tantum abesse; ut dubia sit causa, uno subnixa teste: ut e contrario clara haberi, eoque non actoris jurejurando, sed rei absolutione, finiri debeat. Atqui unus testis, etsi non præstet plenam probationem, utique facit semiplenam. Audio: sed est somnium, & merus error. non ita Ulpianus, nec quisquam Veterum. quin apud Senecam *lib.* 6. *de benefic. c.* 8. *Adversarius meus dum contraria dicit, & judicem superbia offendit, & in unum testem temere dimittit, causam meam erexit.* Jam Valerius Maximus *lib.* 4. *c.* 1. §. 11. *Unius testimonio aliquem credere, pessimi,* inquit, *esset exempli.* Quid Constantinus *l.* 9. § 1. *C. de testibus?* vetat, unius testis responsionem omnino audiri, etiamsi præclaræ Curiæ honore præfulgeat. Non igitur est semiplena probatio uno constans teste; sed nulla. consequenter ea non fit dubia causa: in qua (ut Ulpianus refert *d. l.* 31.) solent sæpe Judices, exacto jurejurando, secundum eum judicare qui juraverit. Mihi hoc plus videtur, esse pessimi & periculosi exempli, aliquem saltem unum habere testem, & in supplementum deficientis probationis a Judice delato jurejurando in propria causa & testem & quodammodo Judicem constitui. Atque hanc absurditatem ipsi qui tuentur, sentiunt; ideoque vetant, ne tale jusjurandum a Judice alii deferatur, quam viro bono & de perjurio non suspecto. Tamquam res in judicio sit litigantium moribus, non fide rei gestæ æstimanda. Sed lex, cum de pecunia litigatur, merito omnes habet suspectos: pessimis quibusque, quo melius decipiant simpliciores, plerumque se pro viris bonis & sanctis gerentibus. Solet & altera Judici commendari providentia; ut sedulo caveat, ne hoc jusjurandum deferat in causis gravibus & arduis, sed levibus. Ego vero nec hoc reperi usquam apud Veteres: nulla ratione, cur magis in levioribus, quam gravioribus, unius testimonio causa dubia fieri possit. mitto, quod difficile dictu est, quæ sit levis, quæ gravis, causa in tanta præsertim hominum causarumque disparitate. Quid ergo est? mihi in proposito dubia videtur causa: cum talis ac tanta utrimque adfertur probatio; qua quodammodo par fiat actoris & rei causa; & paulo momento modo huc, modo illuc, inclinet Judicis animus: nescius, quid ex omnibus præcipue sequi eum oporteat. Hoc modo *dubium*, atque *ambiguum*, apud Latinos accipi, ostendi *lib.* 3. *Probabil. c.* 6. eodemque modo apud Terentium, Ciceronem, Horatium, cœna dubia vocatur, non ea in qua parum, sed in qua multum, cibi undequaque ita præparati; ut animus convivæ sit incertus, quid præsertim eligere debeat. Demus hæc. At turbant Impp. Diocletianus & Maximianus in *l.* 3. *C. de reb. credit.* ita rescribentes: *In bonæ fidei contractibus, nec non [etiam] in cæteris causis, inopia probationum, per judicem jurejurando causa cognita res decidi oportet.* Difficilem atque impeditum locum efficiunt verba, *inopia probationum:* quibus quid indigitetur, nondum indicarunt præstantia ingenia. Ego, pro mea mediocritate, eam locutionem ex professo, &, ut mihi blandior, feliciter *d. c.* 6. explicui, facta ejus comparatione cum simili in *l.* 1. *C. de quæstionibus*, & singulari Apuleji loco. igitur non adferam plura: contentus, indicasse, unde lumen peti possit.

Notabilis fuit superior utriusque jurisjurandi differentia. sed non minus digna est notari sequens: quod post jusjurandum a Judice exactum, non potest videri transactum, non concurrente litigantium consensu. magis fuit jurandi necessitas, cogente Judice, causa alioquin inextricabili: eoque permittitur deinde, litem instaurari quasi integram; si quis dicat, se invenisse nova instrumenta quibus nunc solis usurus sit. at si alias inter ipsos litigantes mutuo consensu finitum jurejurando sit negotium, non conceditur, idem retractari; quasi transactum sit. Utrumque observat Gajus *l.* 31. *D. h. t.* posterius Imp. Antoninus *l.* 1. *C. de reb. credit.* Verba non lubet adscribere: quia sunt complura. solum monebo, hunc *d. l.* 1. versum, *Nisi specialiter hoc lege excipiatur,* Antonino esse a Triboniano adscriptum ex *l. ult. C. eod. tit.* ipsa difficili atque obscura, ideoque hic non negligenda. Thema tale est. Legatarius ab herede ex testamento petit legatum. id testamentum nusquam apparet. legatarius delata ab herede conditione jurat, sibi quod petit, testamento esse legatum. heres solvit legatum. postea reperto testamento, liquet falso juratum esse. quæritur, an indebitum solutum repeti possit, rescisso jurejurando? Negabant Veteres: causati, quod non oportet quæri de perjurio, præstito ex consensu jurejurando. Sed contra placuit Justiniano, *Nullum ex hujusmodi perjurio lucrum ei accedere.* Et postea: *Ne cui ex delicto impium sibi lucrum afferre nostris legibus concedatur.* Hæc ratio plena probitatis: sed patet latius, quam Imperator velit. hanc certe retinentibus: da, si

potes,

potes, cauſam jurejurando ex conſenſu deciſam, & non retractabilem. at hoc non egiſſe Juſtinianum, evidens eſt ex *d. l.* 1. *C. eod. tit.* quam a ſe interpolatam ex *d. l. ult.* de cætero approbavit. ſufficit inſpectio. temperemus igitur nimiam & luxuriantem novæ deciſionis latitudinem, tamquam novum jus ex voluntate Imperatoris fortiter adſtruentis. itane? mihi videtur, jurisjurandi delationem & præſtationem debere ex conſenſu actoris & rei præferre ſpeciem transactionis. at illa libertas delationis in propoſito caſu non eſt: magis fit ex neceſſitate; non apparente teſtamento. quapropter viſum eſt Juſtiniano, illo poſtea reperto, jure ſingulari integrari veritatem, quaſi non interveniſſet jusjurandum: exemplo jurisjurandi a Judice delati: in quo, propter inopiam probationum, conſimilem neceſſitatem, ſequentemque reſciſſionem, ob reperta inſtrumenta, paulo ante obſervavi ex *d. l.* 31. *b. t.* Sic mihi videtur: & jus ſingulare eſſe in *d. l. ult.* etiam annotavit olim Theodorus Balſamon ad Photii *Nomocanon. tit.* 13. *c.* 18. & Michaël Attaliates, *Pragmatic. tit.* 18. Ipſe nil habeo addere: niſi quem offendit tam fortis ac lata in Legislatore locutio a me monſtrata. Sed deſinet eam mirari: intellectis ex *lib.* 1. *De fœnore & uſuris c.* XI. exemplis: quibus apparet, Veteribus non eſſe inſolitum, in doctrinis uti Hyperbole, non hyperbolice accipienda. Mitto doctrinas quæ ſunt ſapientum: cum ne Principum quidem Reſcripta fortioribus, quam veritas velit, parcant locutionibus. Cedo exemplum. eſt unum in *l* 12. *C. Ex quib. cauſ. infam. irrog*: notavi id in *Julio Paulo c.* 7. aliud eſt apud Conſtantinum in *l.* 1. *Cod. Theod. de inoffic. teſtam.* & evincit quod ago, collatio *l.* 3. ejusdem Tituli, quæ ſimiliter eſt Conſtantini, ſed jam attemperantis ſermonem *d. l* 1. nimis vehementem; & illa, ſic puto, præbuit Triboniano cauſam interpolandi *l.* 27. *C. d. t.* ex ea deſcriptam.

TITULUS III.

De in litem jurando.

De origine jurisjurandi in litem quærere nihil attinet: non magis, quam de origine jurisjurandi judicialis: nulla hujus aut illius memoria apud Veteres. ita utraque ignoratur. Utilius monuero, jusjurandum in litem eſſe ſpeciem jurisjurandi judicialis; cum neutrum ab alio, quam a Judice, deferatur: ideoque expoſitioni judicialis jurisjurandi, cui occaſionem dedit ſuperior Titulus, præſentem De in litem jurando opportune ſubjici.

Eſt autem in litem jurare, rem in judicium deductam jurejurando æſtimare *l.* 1. *&* 2. *b. t.* Inde jusjurandum in litem eſt, jurata rei qua de agitur, æſtimatio. Noli, ægre ferre, quod dixi, *rei:* quia lis in propoſito eſt, res in judicium deducta. Veteres quidem dubitaſſe, utrum rem, an litem, dici oporteret, docet Cicero, *Orat. Pro Murena cap.* 12. ſed his verbis Jurisconſulti ſub hoc Titulo, & alibi, utuntur promiſcue. adeo quæ uno loco lis, alio res dicitur. Ejus vero rei ſive litis æſtimatio ab actore religioſe facta ex delatione Judicis, jusjurandum in litem appellatur. Porro fit illa æſtimatio actoris jure jurando aliquando immodice ex ejus affectione ultra verum & juſtum pretium: aliquando fit juſto & vero pretio, nullo reſpectu affectionis. Utrovis modo lis æſtimetur, quaſi venditio fieri putatur *l.* 9. *D. de act. rer. amot. l.* 3. *D. Pro empt.* Saltem intereſt, quod lis altero modo vero pretio æſtimatur ſine reſpectu affectionis; altero ex affectione etiam ultra pretium verum. Ac ne cui durum aut iniquum videatur, aliquem ſuæ rei Judicem conſtitui, ſuaſit hoc quodammodo neceſſitas: jus faciens ſemper, ubi non licet facere aliter. Ejus ſane inventum eſſe jusjurandum in litem, dubitari vix poteſt partim propter *l. ult. D. b. t.* partim propter *l.* 2. §. 1. *& l.* 5. § *ult. eod.* Initium demonſtrationis ſumam a jurejurando affectionis. ejus cauſa duplex fuit: una, quod oportet coërceri contumaciam non parentis præcepto Judicis, rem reſtitui aut exhiberi jubentis: altera, quod venditionem liberam eſſe, æquum eſt. vendendi porro libertas in hoc conſiſtit maxime; ne quis invitus cogatur vendere, ſi nolit vendere; & ſi velit vendere, poſſit rei ſuæ pretium ſuo arbitrio indicare. Igitur ſi actori contumacia rei fiat neceſſitas vendendi rem petitam: ſummæ fuerit æquitatis, ei adempta una libertatis parte, ſervari alteram, id eſt, jus rei ſuæ pretium quod voluerit, definiendi. Tenes cauſam inventi hujus jurisjurandi. & licet eam colligere ex *l.* 8. *D. b. t. l.* 8. §. 1. *& l.* 9. *D. de act. rer. amot. l.* 25. §. 1. *D. Solut. matrim.*

Nec difficile fuerit, inde conjicere, in quibus rebus, quibusque actionibus, præſertim locum habeat in litem jusjurandum. quod enim ad res attinet: ſolæ hoc admittunt eæ quarum incerta æſtimatio eſt, atque interim affectio qualis qualis: finitura æſtimationem alias non liquentem. quod ſi quæ res ſint quarum certa & perpetua eſt æſtimatio, & contra nulla affectio: ad has non pertingit jusjurandum in litem; licet alioquin circa eas dolus & contumacia deprehendatur. Exemplum in nummis depoſitis: de quibus ita Ulpianus *l.* 3. *D. b. t. Nummis depoſitis judicem non oportet in litem jusjurandum deferre, ut juret quisque quod ſua interfuit: cum certa ſit nummorum æſtimatio. niſi forte de eo quis juret, quod ſua interfuit, nummos ſibi ſua die redditos eſſe: quid enim, ſi ſub pœna pecuniam debuit, aut ſub pignore, quod quia depoſita ei pecunia abnegata eſt, diſtractum eſt.* Nummi a Sempronio ſunt depoſiti apud Titium. is inficiatur apud ſe depoſitos. quæritur, an oporteat Judicem, propter dolum Titii eos non reſtituentis, Sempronio deferre jusjurandum in litem: ut juret, quod ſua interfuit? negat Ulpianus. qua ratione? ait, quod certa eſt nummorum æſtimatio. recte, & probatur a Paulo *l.* 1. *D. de contrab. empt.* eſt igitur hæc una Ulpiani ratio. quamquam poſſit quoque eſſe altera: quod in nummos nulla cadit affectio. ſed hanc non attulit Ulpianus: non quod improbaret; ſed quod ultro liquentem addi nihil attineret. Solet ſane jusjurandum in litem a Judice deferri, vel ut conſtet de vera rei æſtimatione, cum aliter probari non poteſt *l.* 5. §. *ult. b. t.* vel ut pretium rei actoris arbitrio ex ejus affectione finiatur. neutrum in nummis uſum invenit: nam & certa eorum æſtimatio eſt: & nulla cadit in perituros affectio. ait tamen Ulpianus *d. l.* 3. aliquando vel in nummis jurari: idque contingere; ſi inter contrahentes convenit, nummos depoſitos reddi certa die: tum enim, ſi non ſint ea die redditi, poſſe deponentem agere ad id quod ejus intereſt, ſua die redditos fuiſſe; (cum alioquin omnis pretii utilitas modo uſurarum circumſcribatur, nec ulterius evagari poſſit: ut obſervavi *lib* 2. *De fœnor & uſur c* 6. & ponit Ulpianus exemplum ejus quod deponentis interſit, eſſe redditos ſua die fuiſſe nummos: ſi propterea pœna ſub

sub qua debitum fuit, commissa sit; vel pignus sub quo debebatur, sit distractum. In cæteris igitur rebus, præter nummos, obtinet jusjurandum in litem; si agatur ad restitutionem exhibitionemve: sive res sit incorporalis, ut servitus *l.* 7. *D. Si servit.* sive corporalis, modo sit mobilis: nam res immobilis neque latere potest, neque jusjurandum in litem admittit *l.* 48. §. 1. *D. Locati.*

Quemadmodum non refert in hoc jurejurando, qualis res petatur: sic nil interest, qua actione agatur, in rem, an in personam, modo sit ad restituendum exhibendumve comparata *l.* 1. *&* 2. *D. h. t.* Marcianus *l.* 5. *d. t.* regulam (sic dico: quia is locus est ex lib. 4. Regularum) hoc concipit modo: *In actionibus in rem, & ad exhibendum, & in bonæ fidei judiciis, in litem juratur.* Primas partes dat actionibus in rem; sicut Paulus *d. l.* 2. & Ulpianus in *l.* 68. *D. de rei vindic.* putemus adeo, non modo rei vindicationem qua quod nostrum est, petimus nobis officio Judicis restitui, jusjurandum in litem admittere; sed etiam alias in rem actiones; ut Publicianam: in qua Ulpianus ait omnia eadem esse quæ in rei vindicatione *l.* 7. § 8. *D. de Public. in rem act.* & similes: quibus non quidem dominium nostrum vindicamus, sed utique jus aliquod quod in re habemus. ac sæpe miratus sum, A. Fabrum, V. Cl. *lib.* 16. *Conject. c.* 15. *& seqq.* aliter sentire de actione hypothecaria: cum in ea idem testetur Ulpianus *l.* 16. §. 3. *& l.* 21. §. 3. *D. de pignor. & hypoth.* & præterea certum sit, eam æque, ac cæteras in rem actiones, ad restitutionem Judicis arbitrio pertinere §. 31. *Inst. de act.*

Deinde ait Marcianus *d. l.* 5. *h. t.* etiam in actione ad exhibendum in litem jurari. idque probat quoque Paulus *d. l.* 2. *h. t.* Est vero hæc actio non in rem, sed in personam, & arbitraria, amplius præparatoria cum aliarum actionum, tum rei vindicationis: ut sub Titulo, *Ad exhibendum*, est demonstratum. Inde visum Veteribus, vel in illa vindicationem præparatura in litem jurari; etsi alioquin aliud sit, exhibere; aliud, restituere *l.* 22. *D. de verb. sig.* Sed ubi res, nisi exhibita, vindicari nequit; non debuit possessoris contumacia deinde vindicaturo viam ad vindicandum obstruere. Illud fuerit diligentissimæ observationis, Marcianum, cum ex arbitrariis actionibus in personam unius meminit actionis ad exhibendum, non propterea ad illam subsistere. magis credendus, eam ponere pro exemplo: quo etiam cæteræ ejus generis actiones designentur. id ut ausim dicere, urget me Ulpianus *l.* 68. *D. de rei vindic.* sequentibus verbis: *Hæc sententia generalis est & ad omnia sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt ex quibus arbitratu Judicis quid restituitur, locum habet.* Obtinet igitur jusjurandum in litem in omnibus arbitrariis actionibus in personam, sive his agatur ad exhibendum, sive ad restituendum, arbitratu Judicis. Ne desunt quidem exempla in actione Faviana *l.* 5. §. 1. *D. Si quid in fraud. patron.* in actione doli mali *l.* 18. *D. de dolo malo.* item in actione rerum amotarum *l.* 8. §. 1. *& seqq. D. de act. rer. amotar.* De interdictis quæri possit. sunt enim vel eorum quædam arbitraria. de his tamen nihil Marcianus *d. l.* 5. &, si proprietatem verborum retinemus: aliæ sunt actiones, alia interdicta. interim est eadem in utrisque ratio coërcendæ contumaciæ non parentis præcepto Judicis, exhiberi aut restitui jubentis. jam vero latissima actionis appellatione etiam interdicta comprehendi, apparet ex *l.* 37. *D. de oblig. & act.* Dicamus igitur, vel in interdictis, ex quibus quid arbitratu Judicis restituitur, locum habere jusjurandum in litem. Sed hoc manifeste confitetur Ulpianus *d. l.* 68. & est exemplum in interdicto Quod vi aut clam in *l.* 15. §. 7. *&* 9. *D. Quod vi aut clam.*

Postremo ait Marcianus in *d. l.* 5. *Et in bonæ fidei judiciis in litem juratur.* Quid hoc? Mihi placet, Marcianum bonæ quidem fidei judicia comparare cum judiciis stricti juris: sed tantum velle, in bonæ fidei judiciis jurari in litem: in stricti juris judiciis non jurari. Id confirmat sequens exceptio in §. 4. *Plane interdum & in actione stricti judicii in litem jurandum est.* Quid enim designat ea exceptio? nisi Marcianum ante posuisse Regulam: quod in bonæ fidei judiciis potest in litem jurari, in actionibus stricti juris non potest. atque huc si subsistatur; est clara & certa Marciani regula. quod si ulterius quæratur; utrum in omnibus bonæ fidei judiciis in litem juretur; an tantum in certis: nescio an responderi debeat, tantum in certis jurari. Nec resistunt Marciani verba, *Et in bonæ fidei judiciis in litem juratur.* Sunt enim indefinita, eoque non universalia, sed particularia. commode Apulejus *lib.* 3. *De philosophia rationali*, jam alibi a me allegatus sæpius: *Sunt & aliæ differentiæ quantitatis & qualitatis. quantitatis quidem, quod aliæ universales sunt; ut omne spirans vivit: aliæ particulares; ut quædam animalia non spirant: aliæ indefinitæ; ut animal spirat. non enim definit, utrum omne, an aliquod. sed tamen pro particulari semper valet, quia tutius est id ex incerto accipere quod minus est.* Sit igitur Marciani sensus particularis, in aliquibus bonæ fidei judiciis in litem jurari. At quibus? quæ procedunt ad restitutionem rei ab actore profectæ, exemplo actionum in rem. Fateor: hoc non liquet ex Marciani verbis: sed nihilominus Marciani sententia continetur. primum, quia huc ducit ratio inventi jurisjurandi in litem. deinde, quæ apud Veteres sunt exempla actionum bonæ fidei in quibus in litem juratur, ad restitutionem tendunt. Licet, cui lubet, hoc observare in actione rei uxoriæ *l.* 25 § 1. *D. Solut. matrim.* tutelæ *l.* 8. *D. h. t.* depositi *l.* 3. *h. t. & l.* 1. §. 26. *D. Depositi.* locati *l.* 48. §. 1. *D. Locati.* commodati *l.* 3. §. 2. *D. Commodati.* omnes hæ ad restitutionem comparantur: nulla ad traditionem. Putemus igitur Marcianum, in bonæ fidei judiciis in litem jurari affirmantem, non velle, nullam esse bonæ fidei actionem in qua non juretur in litem: id enim non est verum; & fallit in judiciis contrariis *l.* 5. *D. Depositi.* etiam in directis, quoties culpa, non dolus, accusatur *d. l.* 5. §. 2. *D. h. t.* Malimus ergo, Ulpianum velle, naturam actionum bonæ fidei, si quo casu in litem jurari æquum sit, non esse impedimento, quo minus Judici competat ejus jurisjurandi delatio: idque observari in his quæ ad restitutionem comparantur. Aliquis putet, huic interpretationi reclamare sequentia Ulpiani verba ex *d. l.* 3. §. 2. *D. Commodati. In hac actione* [commodati] *sicut in cæteris bonæ fidei judiciis similiter in litem juratur.* Sed mihi probabile fit, Ulpiani sensum esse, In actione commodati similiter in litem jurari, id est, ita in litem jurari, sicut in cæteris bonæ fidei judiciis, ad restitutionem æque spectantibus, jurari solet. Nimirum æquitatis est, rem a me profectam, mihi restitui ex fide bona. id si contumacia tua mihi non contingat in bonæ fidei judicio: nullam dicas causam; cur non conveniat officio Judicis, ex fide bona cognoscentis, condemnationem crescere per jusjurandum in litem; ne vel hic umquam sit in potestate cujusque, rem ab invito domino justo pretio per rapinam comparare. Sed quemadmodum id verissimum est in his quæ restitutionem petunt:

petunt: ſic nusquam proditum eſt in cæteris quæ eum finem non habent, magisque ſpectant ad traditionem rei ab actore non profectæ. Exemplum in actione ex empto nobis ſuppeditant ſequentia Diocletiani & Maximiani verba: *Si traditio rei venditæ, juxta emptionis contractum, procacia venditoris non fiat: quanti intereſſe compleri emptionem fuerit arbitratus Præſes provinciæ, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit. l. 4. C. de act. empti.* Sermo Imperatorum eſt de actione empti, quæ eſt quidem bonæ fidei, at non petit reſtitutionem rei ab emptore profectæ; ſed traditionem rei, quæ adhuc ſit venditoris, numquam fuit emptoris. in ea igitur actione nolunt Imperatores, emptori, quantumvis querenti de procacia venditoris rem venditam non tradentis, jusjurandum in litem deferri: quia emptor non cogitur rem invitus vendere, ut ei relinquenda ſit libertas eam ex affectione æſtimandi, quanti ipſi videatur. at nec venditor poteſt rem quæ ejus eſt, emere: & ſi emat, nullius momenti eſt emptio *l.* 16. *& l.* 34. §. 4. *D. de contrab. empt.* Supereſt igitur; ut emptor agens ad rei venditæ traditionem, ne ob procaciam quidem venditoris rem venditam non tradentis, ad jusjurandum in litem admittatur: vereque, & juri convenienter reſcribant Imperatores, ſi venditor procacia ſua non tradat rem venditam, æſtimationem ejus quod emptoris intereſt eam tradi, eſſe faciendam officio Judicis: ſemper verum pretium quærentis: inſuper habito ſingulorum affectu aut utilitate *l.* 33. *D. Ad Legem Aquiliam l.* 63. *D. Ad Legem Falcidiam.* Adeo refert: utrum Lex velit, æſtimationem ejus quod intereſt a Judice fieri; an ab actore, ei delato in litem jurejurando *l.* 64. *D. de judic.*

Obtinet igitur jusjurandum in litem in judiciis arbitrariis: nec minus in judiciis bonæ fidei; quibus agatur ad reſtituendum, exhibendumve. imo ne ſic quidem ſemper juratur in litem: ſed (ut Marcianus lib. 4. Regularum ait in *d. l.* 5. §. 3. *b. t.*) ob dolum ſolum, non etiam ob culpam. addit Marcianus, *Hæc enim* (res poſcit, *hanc enim*) *Judex æſtimat.* puta, ex rei veritate: ut modo dictum. Eodemque ſenſu etiam Ulpianus *l.* 4. §. *ult. d. t. Ex culpa*, inquit, *non eſſe jusjurandum deferendum conſtat: ſed æſtimationem a Judice faciendam.* Videlicet non pluris, quam quanti res eſt: cum jurejurando actoris in litem etiam ultra æſtimetur. alterum docet Ulpianus *l.* 1. *D. b. t.* utrumque evincit Paulus *l.* 2. §. 1. *D. d. t.* verbis quæ ſubjeci: *Interdum quod interſit agentis, ſolum æſtimatur, veluti cum culpa non reſtituentis, vel non exhibentis punitur, quanti in litem juraverit actor.* Ex his verbis intelligitur, quid interdum, nec minus, quid paſſim fiat. Sunt hæc evidentia: nec opus pluribus; niſi addam, quod de culpa dixi, de levi eſſe exaudiendum: certo, latam ſub dolo comprehendi *l.* 226. *D. de verb. ſignif.* ac proinde, cum apud Marcianum *d. l.* 5. §. 3. *D. b. t.* ſic extat, *Sed in bis omnibus ob dolum ſolum in litem juratur, non etiam ob culpam:* veriſimile eſt, verba, *ob dolum ſolum*, non opponi culpæ latæ, ſed culpæ levi. At hoc, palam teſtatur Antoninus *l.* 2. *C. b. t.* verba Antonini: *Is qui rationem tutelæ ſeu curæ repoſcit, invitus in litem jurare compelli non poteſt: ſed volens ita demum audiendus eſt, ſi heres per longam ſucceſſionem tutoris inſtrumenta pupillaria dolo vel circumveniendi pupilli gratia, exhibere non vult. Sin vero neque dolus, neque lata culpa, neque fraus heredis convinci tur, omiſſa jurisjurandi facultate Judex de veritate cognoſcet: quæ etiam argumentis liquidis inveſtigari poteſt.*

Ut abſolvam regulam *d. l.* 5. *b. t.* in memoriam revocemus, quæſo, dictum in anteceſſum, Marcianum, cum ſic ait, *In actionibus in rem, & ad exhibendum, & in bonæ fidei judiciis, in litem juratur;* ex adverſo ſignificare, in judiciis ſtricti juris non obſervari ita: nam in his non jurari in litem, ut maxime dolus & contumacia accuſetur. Hoc ſecundum regulam Marcianus. at non ſine exceptione: nam vel in his ſinit, interdum in litem jurari *d. l.* 5. §. 4. *Plane*, inquiens, *interdum & in actione ſtricti judicii in litem juratur.* Ac ne exemplum deëſſet exceptioni: addit, *Veluti ſi promiſſor Sticbi moram admiſerit, & Sticbus deceſſerit.* Aliud ſit ex Paulo *l.* 6. ſi Stichus debeatur ex teſtamento. Bene autem *d. l.* 5. monet Ulpianus, hoc procedere, ſi Stichus deceſſerit, admiſſa mora: nam hæc perpetuat obligationem, ac quia ſolvi non poteſt Stichus qui eſt mortuus, æquum viſum eſt, deinde æſtimationem ejus loco deberi. *Alias*, (ſic ex Paulo ſubjicitur *d. l.* 6.) *ſi ex ſtipulatu vel ex teſtamento agatur, non ſolet in litem jurari.* Cum ait, *Alias:* ſignificat, ſi Stichus ante moram deceſſerit, obligationem extingui interitu naturali ſpeciei debitæ *l.* 23. *D. de verb. oblig. l.* 107. *D. de ſolut.* Solere vero poſt moram mortuo, in litem jurari, Marcianus ait: quia Judex æſtimare ſine jurisjurandi relatione (an delatione: ſæpe enim confunduntur verba, *referre* & *deferre* jusjurandum: & ſunt exempla in *l.* 24. *D. de jurejurando l.* 12. *D. Rer. amot. l.* 5. §. 4. *D. b. t.*) non poteſt rem quæ non extat. Igitur vel hoc caſu fit neceſſitate; ut res quæ poſt moram periit, actoris jurejurando æſtimetur: non ex affectione; ſed ex veritate, nullo affectionis reſpectu

Sequens locus eſt, quem oporteat jusjurandum in litem deferre? & ait Ulpianus, Judicem deferre oportere. quid, ſi alius detulerit jusjurandum, vel non delato juratum ſit? nullam fore religionem, nec jusjurandum, idem Ulpianus ait *l.* 4. §. 1. *b. t.* & eſt ratio: quod hoc jurejurando agitur, ut puniatur contumacia ejus qui juſſus reſtituere præcepto non paret: hujus vero contumaciæ, pœnæque, cujus, niſi Judicis, æſtimationem eſſe, in formula voluit Prætor? defert igitur hoc jusjurandum Judex.

At cui? domino litis. Ulpianum audi *l.* 7. *D. b. t. Vulgo præſumitur, alium in litem non debere jurare, quam dominum litis.* Hoc vero verbo, ut ex ſequentibus intelligitur, Ulpianus actorem deſignat. nec diſtinguit; utrum agat actione in rem, an in perſonam. tantum deſiderat, eum eſſe litis dominum. nec tamen ei ſufficit, dominum eſſe qualiter qualiter: ſed verum eſſe, poſtulat. ita domini appellatione non comprehendit procuratorem, etſi lite conteſtata dominum factum. non enim eſt verus dominus: & ex Papiniano in *d. l.* 7. commode ſubjicitur, *Alium non poſſe jurare, quam eum qui litem ſuo nomine conteſtatus eſt:* id eſt, qui re vera litis dominus eſt; non qui juris ſubtilitate pro domino habetur. Nimirum, quia hoc jurejurando res non æſtimatur, quanti re vera eſt, ſed ultra ex affectione læſi dolo & contumacia poſſeſſoris; non poteſt alterius, quam ejus cujus actio eſt, jusjurandum intervenire: eo quod is ſolus, qualis & quanta ejus affectio ſit, intelligit.

Inde quæſitum fuit *l.* 4. *D. b. t.* quid juris ſit in tutelari cauſa. Hanc cauſam exaudiunt Docti Viri de actione tutelæ adverſus contutorem, heredemve ejus remotum excuſatumve, a tutore pupilli nomine inſtituta. in ea in litem jurari liquet ex *l.* 8. *b. t.* Igitur quæritur, quid juris ſit in

in tutelari causa? negat autem Ulpianus, pupillum ipsum, si impubes est, id est, si adhuc impubes est, vel, quia adhuc impubes est, jurare posse. opinor, propter defectum idonei intellectus: ex quo æstimatio affectionis, quam Judicem servare, æquum est, demum proficisci potest. Nec resistit *l.* 26. *D. de jurejurando.* interest enim, quod jusjurandum isto loco ab adversario, illo a Judice, defertur. Sed hoc in pupillo certum est. De tutore videamus. Ulpianus *d. l.* 4. sic scribit: Sed nec tutorem cogendum vel matrem pupilli admittendam, etsi parata esset jurare, D. Fratres rescripserunt. grave enim videbatur, & ignorantes & invitos tutores sub alieni compendii emolumento etiam perjurium anceps subire. Curatores quoque pupilli vel adulescentis non esse cogendos in litem jurare, rescriptis Imperatoris nostri & D. Patris ejus continetur. Si tamen tantam affectionem pupillo suo vel adulescenti tutores vel curatores præstare volunt, auctoritas juris non refragabitur, quin judicio quod inter ipsos acceptum est, finis ejusmodi possit adhiberi: non enim ad suam utilitatem referenda jurisjurandi æstimatio est, sed ad domini cujus nomine tutelæ ratio postuletur. Adulescens vero, si velit, jurare potest.

Jurat igitur in litem dominus litis. quatenus? in infinitum. sic ait Ulpianus *l.* 4. §. 2. *D. h. t.* In infinitum autem non est, in immensum; sed in indefinitum: ut in §. 4. *Inst. de heredib. instit.* certe Ulpianus *infinitum* ab *immenso* distinguit in *d.* §. 2. ita sensus: Moribus aut legibus quibus receptum sit jusjurandum in litem, non est definita quantitas ad quam debeat jurari. & ideo non est juranti opus, servare modum. imo ei liberum est, rem petitam suo arbitrio æstimare; in eoque affectioni suæ indulgere etiam immodice. Nec male Paulus lib. 3. Responsorum scribit *l. ult. h. t. De perjurio ejus qui ex necessitate juris in litem juravit, quæri facile non solere.* Nempe potest immodestia ex affectione rem æstimantis accusari, falsitas accusari non potest. Sed, ut hoc agamus, sic est, si Judex æstimationi non injecit modum. At pone, statuisse aliquem, ut intra certam quantitatem juretur; ne forte arrepta occasione in immensum juretur? & quidem in arbitrio Judicis esse, deferre jusjurandum, nec ne, constat. an igitur qui possit jusjurandum non deferre, idem possit & taxationem jurijurando adjicere, quæritur? Arbitrio tamen Judicis bonæ fidei etiam hoc congruere, Ulpianus putat *d.* §. 2. *l.* 4. *h. t.* Proprie vero uti eum *taxationis* verbo, ex hoc Festi intelligitur. *Taxat verbum ponitur in iis, quæ finiuntur, quod tangi liceat, in litibus quoque arbitriove, cum proscribitur, quoad ei jus sit statuendi. Taxatio dicitur quæ fit certæ summæ.* Hæc ad Ulpianum: cum quo consentit Marcianus *l.* 5. §. 1. *d. t.* Illud videndum, quale sit, quod Ulpianus *l.* 68. *D. de rei vindic.* sic scribit: *Si vero, non potest restituere, si quidem dolo fecit, quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, condemnandus est.* Meo judicio est hoc sic accipiendum: ut Judex, si taxationem jurijurando non adjecit, debeat præstitum jusjurandum sequi: non autem absolvere prorsus reum, aut minoris condemnare: præterquam ex magna causa, & postea repertis probationibus. ita ipse in *d. l.* 4. §. 3. *h. t.* & accipienda *l.* 18. *D. de dolo malo.*

Exspectas finem Tituli, explicitis plerisque ejus capitibus. sed resistit Ulpianus: adhuc petens expositionem *l.* 1. *h. t.* cujus partem attigimus; scopum nondum demonstravimus. verba Ulpiani: *Rem in judicium deductam non idcirco pluris esse opinamur, quia crescere condemnatio potest ex contumacia non restituentis per jusjurandum in litem: non enim res pluris fit per hoc, sed ex contumacia æstimatur ultra rei pretium.* Ut intelligatur, quo spectet Ulpiani disputatio; consideranda Inscriptio est. præfert illa Ulpiani lib. 51. Ad Sabinum: quo eum de jure atque officio jus dicentis, itemque de judiciis, Judicisque, & formulæ datione scripsisse, liquet ex *l.* 13. *D. de jurisd. l.* 6. *D. de capit. minut. l.* 59. *D. de judic. l.* 55. *D. de re judic. l.* 179. *D. de verb. signif. & l.* 37. *D. de reg. jur.* Indicavi fontem, unde peti debeat Ulpiani thema. id ponam in stipulatione ratam rem haberi: monstrante Paulo *l. ult. D. de fidejussoribus.* Est autem tale: Absentis procurator in rem agebat, & cum haberet mandatum minus idoneum, dederat, ut mos est, cautionem dominum ratam rem habiturum. postea victo procuratore, dominus reversus, iterum de eadem re agitabat: id est, iterum eam vindicabat, & causam obtinebat. reus victus cum haberet possessionem, & nollet eam restituere jussu Judicis, ideo magno condemnatus est: id est, tanti, quanti dominus in litem juravit. Quæritur, in quantum teneantur fidejussores, a reo conventi ex cautione ratam rem dominum habiturum esse. Dubitatio vertitur: quod in stipulatione qua procurator cavet, ratam rem dominum habere, id continetur, quod interfit stipulatoris *l.* 19. *D. Rat. rem hab.* id est, quantum ei abest, quantumque lucrari potuit *l.* 13. *D. eod.* Sed placuit, quod Ulpianus ait *l.* 1. *h. t.* rem in judicium deductam non idcirco pluris esse, quia crescere condemnatio potest ex contumacia non restituentis, per jusjurandum in litem. qua ratione? quia non res pluris fit per hoc, sed ex contumacia æstimatur ultra rei pretium. Quid ergo est? Negat Paulus, in amplius teneri fidejussores. & causatur: quod hoc non debet imputari fidejussoribus, quod ille propter suam pœnam præstitit. Dedi unum exemplum. est & alterum in *l.* 60. §. 1. *D. Ad Leg. Falcid.* sed ex superiore satis liquidum.

TITULUS IV.

De condictione causa data causa non secuta.

Interpretationem Tituli ordiar ab emendatione. nam in omnibus codicibus editur, *De condictione causa data causa non secuta.* Nullo sensu. melius scribatur, *De condictione sub causa dati causa non sequuta:* vel, *ob causam dati causa non sequuta.* Hoc modo loquuti Veteres *l.* 9 *l. ult. D. h. t.* In Codice quoque est Rubrica, *De condictione ob causam datorum.* Ita liquet, hac actione intendi; ut qui dedit ob causam, ea non sequuta, adversus eum qui accepit, habeat dati repetitionem. Hæc vero obligatio non venit ex contractu: (fuerat enim conventum, ut contra daretur, non ut restitueretur) sed extra: ut sæpe fieri observatur *l.* 13. §. 2. *D. Commodati.* est igitur condictio ob causam dati causa non sequuta quasi ex contractu. Causa talis est aut futura aut præterita ista in specie causa, illa res appellatur. causa non habet repetitionem: res habet *l.* 52. *D. de condict. indeb. l.* 1. *D. de condict. ob turp. caus.* Igitur quæ in Rubrica vocatur causa, magis res, quam causa dicenda: & obtinet hæc condictio, si datum sit ob rem, id est, ob causam futuram, & non sequutam.

Pri-

Primum oportet aliquid datum esse. scilicet, quia hæc condictio, exemplo mutui nati ex re tradita, potest spectare ad dati repetitionem. Utrum tamen vere datum sit, an juris interpretatione pro dato habeatur, non multum refert. sit thema ex *l.* 10. *D. h. t.* Mulier debitori suo nuptura, ei in dotem promisit pecuniam ab illo debitam; eamque ei hoc nomine acceptam fecit. nuptiis deinde non sequutis: quæsitum est, an mulieri competat condictio ob causam dati? poterat dubitari; quia hæc actio vult, aliquid datum esse: hic vero nihil datum. ait tamen Javolenus, eam mulieri competere: quia ut non intervenerit vera & naturalis datio per annumerationem pecuniæ: quasi tamen quædam intervenit per brevem manum. nec interest, utrum pecunia mulieri a marito primum soluta sit ex causa debiti, & ei deinde annumerata ex causa dotis: an quæ apud eum erat ex causa debiti, apud eum per acceptilationem manserit ex causa dotis. Similis casus est in *l.* 4. *h. t.* Debitor a creditore impetravit; ut ab eo liberaretur per acceptilationem: sub ea lege, ut pro se daret expromissorem. liberatus nullum dedit expromissorem. an est locus condictioni ob rem dati? sequentibus juris subtilitatem, nihil est datum; & ideo non est condictioni locus. sed Ulpiano visum, æquitatem præferre summo juri: ubi in summa nihil interest; utrum aliquid sit naturaliter datum; an cum exigi posset, remissum sit.

Igitur ut locum habeat condictio ob causam dati, aliquid datum esse oportet: sed ob rem, id est, ob causam futuram. nam si quid simpliciter datum sit sine re aut causa; donatio est, & condictio cessat: quamvis datum sit spe alicujus commodi aut lucri: cum interim de ea nihil est in donatione adjectum. Exemplum in *l.* 6. *C. h. t.* Pater filiam suam quam ancillam esse existimabat, cupiens manumissam, ejus domino aliam dedit ancillam: sperans, fore; ut is illa motus benignitate, filiam suam manumitteret. non sequuta, præter spem, manumissione: quæsitum est, an ancilla data repeti possit condictione ob rem dati? Dubitatio est: quod pater eam non fuisset donaturus; nisi cogitasset, fore; ut manumitteretur ejus filia? Quid Imperatores? ajunt, interesse, quo modo facta sit donatio, utrum pure, an ea lege, ut filia manumitteretur: arbitrati, priore casu meram esse donationem quam ut patri extorserit spes secuturæ manumissionis, interim esse liberalitatem pure perfectam sine lege & conditione, seu causa finali quam hæc actio desiderat: posteriore casu aliter jus esse; nam servandam legem donationis: qua non sequuta, quo minus repeti ancilla possit, nihil impedire. Simile exemplum in *l.* 7. *C. d. t.* Gerontius quidam ad quem rescriptum, institutурus peregrinationem, itineris comitem sibi destinabat familiarem amicum: sed metuens, ne id difficulter ab eo impetraret, ejus uxori dedit donum, nulla adjecta conditione seu lege: sperans, fore; ut eum hac liberalitate facilius ad proficiscendum secum provocaret. nil impetrat. an potest revocare donationem quam non fecisset, nisi credidisset fore; ut eum permoveret ad proficiscendum secum? Non potest. qua ratione? quia non est quæstioni, quo animo, quave spe, impulsus motusque eam donationem fecerit: sed qua lege. nam si nullam repetendi ejus quod donabat, conditionem donationi addidit: integra est donatio pure facta, etiamsi maxime eam donationem non fecisset, nisi ea spes fuisset: quia verum est, pure factam fuisse. Et in hunc sensum optime Celsus *l.* 3. §. 7. *D. h. t.* constare, inquit, eum qui dedit ea spe, quod se ab eo qui accepit remunerari existimaret, vel amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum.

Ut igitur obtineat hæc condictio, oportet aliquid esse datum ob rem, id est, ob causam futuram: quod si quid simpliciter sit sine re aut causa datum, cessat condictio. Nec tamen refert, utrum expressa sit causa, an ipsa re, aut idoneis argumentis, intelligatur. Sit thema ex *l.* 6. *D. h. t.* Extraneus aliquis pro muliere nuptura dedit dotem: hac lege, ut ei dos soluto matrimonio restitueretur. nuptiæ non sunt secutæ. is qui dotem dedit, vult eam repetere. an potest? dices, non posse: quia præsens casus pacto convento non est expressus, nam tantum convenit, dotem restitui, soluto matrimonio. hic matrimonium adeo non est solutum, ut ne contractum quidem sit. denique aliud est, matrimonium ab initio non esse contractum; aliud esse solutum, postquam contractum est. Ait tamen Ulpianus, dotem posse repeti hac actione: eo quod res & natura dotis satis evincit, hanc fuisse mentem contrahentium; ut dos nuptiis deficientibus restitueretur; sive solutæ sint, postquam contractæ fuere; sive numquam sint secutæ: quando dationi dotis, serviturae levandis matrimonii oneribus, semper insit tacita conditio, si nuptiæ sequantur; etsi de hoc palam nihil sit conventum.

Igitur ut fiat huic actioni locus debet aliquid esse datum; atque ea lege, ut res sequatur. at nec hoc sufficit: præterea oportet rem ob quam datum sit, non esse secutam. nam si datum sit ob rem secutam, consequens est sono nominis, cessare condictionem ob causam dati causa non secuta: cum sit satisfactum legi ob rem dati *l.* 1. *D. h. t.* Dupliciter vero fit, ut res non sequatur. primum, si accipiens cessat dare. deinde, si dantem pœnitet dati. prior species est, si accipiens cessat dare, cum habet dandi facultatem: imo & si ea destituitur, modo ejus culpa aut mora accusetur. de culpa indicium est in *l.* 5. §. 1. *D. de præscript. verb.* de mora in *l.* 3. §. 3. *D. h. t.* nimirum utroque casu per eum stetit, quo minus res sequatur: nec est iniquum, ejus moram aut culpam ei potius, quam adversario, nocere *l. ult. C. h. t.* quid, si id contingat casu fortuito, nulla mora aut culpa accipientis? nihil est, quod ei imputetur: siquidem per eum non stat, ne res sequatur. ita rationis fuerit, ex hoc capite cessare condictionem *l.* 8. *C. h. t.* Sed non tantum est huic actioni locus, si accipiens cessat dare; verum etiam tum, cum dantem dati pœnitet. utriusque causæ mentio *l.* 3. §. 2. & 3. *item l.* 5. *D. h. t.* apparetque his ex locis: quod semper est jus pœnitentiæ, quamdiu res secuta non est: & potest datum tamdiu propter pœnitentiam repeti hac actione: sive res adhuc extet, sive jam perierit accipientis culpa, aut mora, aut sine utraque mero casu fortuito. ita refert volentis agere hac actione, utrum experiatur ex causa pœnitentiæ, an ex causa rei non secutæ; & fuerit prudentiæ, utram eligat, bene exprimere: tam diverso utriusque exitu.

Cæterum, sive hac, sive illa, ex causa destinet agere hac condictione: non poterit alias, quam si non appareat alia obligatio quam ob rem dati re non secuta. nam si subsit contractus proprii nominis, emptio & venditio, verbi gratia: tum ut maxime datum sit hac lege, ut contra detur, nec sit datum contra, nulla repetitio est per hanc actionem: perfecta obligatione proprii contractus, ex eaque parata ad ejus consummationem actione ex empto aut vendito. Licebit hoc intelligere ex *l.* 12. *C. de rei vindic.* Species: Alexander qui-

quidam (hoc nomen indicat loci Inscriptio) dominium mancipii a se venditi in emptorem transtulit: ea lege, ut contra daretur pretium. emptor cessat dare. venditor vult mancipium sibi restitui. an potest ex pœnitentia? minime. idque ipse non ignorat: & ideo petit ab Impp. Diocletiano & Maximiano, mancipium sibi ex eorum Rescripto assignari. Sed Imperatores, incivile, inquiunt, atque inusitatum est, quod postulas, ut mancipium cujus dominium ex causa venditionis tradidisti, *invito emptore*, vel *invito ero* (sic enim lego, cum alias nullo sensu scribatur, *invito eo:* ut pridem observavi *lib.* 2. *Observ. c.* 25.) ex nostro Rescripto tibi assignetur. Sane de pretio convenire potes adversarium tuum. Iidem Imperatores *l.* 12. *C. de contrab. empt.* idem sic exprimunt: *Pretium sane... peti potest: nec enim, licet in continenti facta, pœnitentiæ contestatio consensu finita rescindit.* Interest igitur inter contractus nominatos & innominatos: quod in istis etiam est dati repetitio: in illis tantum promissi exactio. Atque hæc in *l. ult. D. h. t.* est Celso quærendi causa, qualis in specie ei proposita sit contractus, emptio & venditio, an obligatio ob rem dati re non sequuta. Verba Celsi adscripsi: differentiæ rationem effectumque aliquanto curatius demonstraturus. Verba Celsi: *Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares. utrum id contractus genus pro portione emptionis & venditionis est? an nulla hic alia obligatio, quam ob rem dati re non sequuta? in quod proclivior sum. & ideo si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris. & rursus, si tuus est Stichus, & pro evictione ejus promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim.* Sæpe miratus sum, quo argumento Celsus data pecunia; ut Stichus daretur, potuerit quærere; utrum id contractus genus pro ea portione quam habet in ordine civilium negotiorum, sit emptio & venditio; (sic enim explicanda esse Celsi verba, indicavi *lib.* 1. *Observ. c.* 17.) an potius obligatio ob rem dati re non secuta. magisque mihi ægre semper fuit; quod in hoc se esse procliviorem confitetur: cum Veterum nemo, quantum ex eorum Fragmentis conjicio, umquam dubitaverit; quin pecunia data, ut Stichus detur, sit emptio & venditio; obligatio ob rem dati non sit. Eximere igitur hanc difficultatem multi suo cogitarunt modo. ego meo idem tentavi *lib.* 4. *Probabil. c.* 4. arbitratus, vitiosa esse Celsi verba, & ex Siglis sic restituenda: *Dedi tibi* peregrinam *pecuniam, ut mihi Stichum dares. utrum*, & reliqua. Peregrina pecunia, ut ibidem pluribus ostendi, mercis loco habebatur. ita rationis fuit; ut ea in specie ex sententia Celsi non emptio & venditio, sed contractus innominatus videretur. Nec vero parum intererat, utrum hic, an ille, contractus existimaretur. nam emptio & venditio perficitur, simul ac de re & pretio convenit; & ideo sive aliquid, sive nihil, datum sit, modo consensum sit, emptio & venditio dicitur, statimque competit actio ex empto & vendito ad consummationem ejus contractus: ad dati autem repetitionem neque illa competit, neque condictio causa dati causa non secuta *l.* 12. *C. de contrab. empt. l.* 3. *l.* 7. *l.* 14. *C. de rescind. vend.* at contractus do ut des demum proficiscitur a re data; daturque inde actio incerta præscriptis verbis; nec minus condictio ob rem dati re non secuta: illa urget contractus consummationem: ista dati repetitionem, & hanc non tantum, cum tu cessas dare, sed & tum, cum me dati pœnitet *l.* 3. §. 2. & 3. *item l.* 5. *D. h. t.* Hæc tam varie: quia quidquid in emptione venditione datur, postquam de re & pretio est consensum, datur perfecta emptione & venditione: ex eaque solvitur quasi debitum; quare neque dati repetitio est, & tantum competit actio ex empto aut vendito ad complementum ejus contractus. at qui in contractu do ut des dat, neque debitum dat, neque ut se obliget, aut liberet: sed ut accipientem obstringat sibi. proinde verius est, illi præter actionem præscriptis verbis ad id quod interest, etiam competere dati condictionem: vel quia res secuta non est, vel quia eum dati pœnitet *d. l.* 3. §. 2. *h. t.* Intererit, hoc demonstrasse. prior causa condictionis ob rem dati est, quod res secuta non est, sive cum posset sequi, sive cum propter moram aut culpam tuam non posset: illo quidem casu, ne ego cujus tu fidem fallis, damnum patiar per te cui rem meam dedi; ea lege, ut mihi tuam dares, cum non essem obligatus tibi: hoc autem casu ideo mihi datur condictio; quia, cum est tua culpa aut mora factum, ne contra possis dare, non iniquum est, eam tibi potius, quam mihi imputari. cæterum, si ea res quam debuisti mihi dare, fortuito casu periit, præter tuam culpam aut moram, tunc quia per te non stat, quo minus eam mihi des, neque adeo est, quod imputetur tibi, condictio cessat hac ex causa. Sed dati condictio mihi non tantum datur tum, cum tu cessas dare; verum etiam, cum me dati pœnitet: neque hic interest, utrum per te steterit, quo minus mihi dares, an per te non steterit: nam mihi sufficit, condictionem neque in hoc, neque in illo, casu ulla mea obligatione inhiberi. Igitur si res mihi a te danda fortuito casu periit sine mora aut culpa tua; etsi per te non steterit, quo minus eam dares, & ideo negetur mihi condictio ex causa rei non secutæ: hæc tamen permittetur ex causa pœnitentiæ. id liquet ex *l.* 5. *pr.* & §. *ult. D. h. t.* nec aliud vult Celsus in *d. l. ult.* sic scribens: *Et ideo si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares.* Celsus respicit ad condictionis causam, quæ pœnitentia nititur, atque ex hac usum invenit. Esto; si res secuta non sit, quid si secuta sit; sed aliter, quam oportuit: ut si aliena data sit, cum propria danda esset; aut si propria data sit, sed is qui debet dare, non caveat pro evictione? utroque in casu, quamquam secuta res est, tamen quia secuta est aliter, quam oportuit, erit pœnitentiæ locus, ex eaque dabitur condictio. Sic apparet, differentias emptionis & permutationis a Celso tres adferri in *d. l. ult.* prima est: quod, si mortuus est Stichus, antequam mihi datus esset: est mihi pecuniæ datæ repetitio: quia ut per te non steterit, quo minus dares, tamen quamdiu non dedisti, est mihi jus pœnitentiæ: at in emptione & venditione tale jus non est, postquam est de re & pretio consensum. altera differentia est: quod, si alienus est Stichus, sed tu eum tradidisti, adhuc, quia non dedisti, etsi tradidisti, tamen ex pœnitentia a te repetam quod tibi ideo dedi, ut mihi Stichum dares: quod item in emptione & venditione aliter observatur. tertia differentia est: quod si tuus est Stichus & pro evictione ejus promittere non vis, similiter erit mihi dati condictio ex causa pœnitentiæ: quia oportet te non tantum dare, sed & cavere pro evictione, pariter ut in emptione & venditione: in qua tamen quia condictio & pœnitentia cessat, differentia tertia est. Exposui Celsum in *d. l. ult.*

Nescio, an addam, quid petat condictio ob causam dati causa non sequuta: cum ex nominis sono intelligatur, hoc agere, ut res ob causam data,

data, causa non sequuta, restituatur. Illud non silebo, eam rem non nude restitui; sed una cum fructibus & partubus *l.* 3. §. 1. *h. t.* & si quid præterea rei adcrevit *l.* 12. *d. t.* Forte terret te, quod hæc actio tibi videtur esse stricti juris, & a Paulo sic traditur *l.* 31. *D. de reb. credit. Cum fundus vel homo per condictionem petitus esset, puto hoc nos jure uti, ut post judicium acceptum causa omnis restituenda sit: id est, omne quod habiturus esset actor, si litis contestatæ tempore solutus esset.* At distinguenda sunt judicia stricti juris: non enim omnia eodem pergunt. quin sunt in quibus petimus quod nostrum est, aut aliquando fuit. atque in his etiam veniunt fructus & accessiones: in quibus autem petimus quod nostrum non est, nec umquam fuit, veluti cum quis ex stipulatione agit; non veniunt fructus, nisi a tempore litis contestatæ. sic a Paulo animadversum & traditum *l.* 38. §. 1. 2. 3. juncto §. 7. *D. de usuris.* porro condictio ob causam dati, petit id quod nostrum aliquando fuit, quamvis nunc non sit.

TITULUS V.

De condictione ob turpem vel injustam causam.

In hac Rubrica quæ est de condictione ob turpem vel injustam causam, causæ appellatio quoque in futurum prospicit: eoque Paulus *pr.* & §. 1. *l.* 1. *h. t.* omne, inquit, quod datur, aut ob rem dari, aut ob causam: & ob rem aut turpem, aut honestam. & quidem ob rem honeste datum, ita demum repeti; si res propter quam datum est, secuta non sit: de quo superiore actum Titulo: sed si datum sit ob turpem causam, repeti posse, etiamsi res secuta sit. Est tamen circa hoc Pauli triplex deliberatio: aut enim, inquit, dantis est turpitudo, non accipientis; aut accipientis dumtaxat, non etiam dantis; aut utriusque. Prima deliberatio est, si dantis sit turpis causa, non accipientis. ad hanc vero partem palam non respondet Paulus: etsi non dubito; quin noluerit in ea esse dati repetitionem. sed clare Ulpianus *l.* 4. §. 1. verbis sequentibus: *Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo & Marcellus scribunt. sed nova ratione, non ea quod utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix; non turpiter accipere, cum sit meretrix.* Sermo Ulpiani est de meretricibus, artem meretriciam vetere more professis apud Ædiles. Hanc artem profiteri, turpe habebatur: usque adeo, ut in eas, quasi indignas omni legum cura, deinde impune admitteretur struprum & adulterium. Tacitus *lib.* 2. *Annal. c.* 85. *Vestilia prætoria familia genita, licentiam stupri apud Ædiles vulgaverat: more inter veteres recepto qui satis pœnarum adversum impudicas in ipsa professione flagitii credebant.* Hoc Tacitus. plura in Notis Lipsius. Tales mulieres dicit Ulpianus turpiter facere quod sint meretrices, id est, impudicitiam professæ: at non turpiter accipere, cum sunt meretrices: ducto, ut videtur, argumento a decoro artis professionisque. quale fieri finit hoc lenæ apud Plautum, *Asinar.* 1. 3. 21.

- - - *Quid me accusas, si facio officium meum?*
Nam neque usquam fictum, neque pictum, neque scriptum in poëmatis,
Ubi lena bene agat cum quiquam amante quæ frugi esse volt.

Hanc rationem Ulpianus vocat *novam:* id est, insuetam, insolitam: ut sæpe Veteres loqui, ipse pluribus probarem: nisi prævenisset V. CL. Radulphus Fornerius, *Rer. quotid. lib.* 3. *c.* 24.

Altera Pauli deliberatio est, si dumtaxat sit accipientis turpitudo, non etiam dantis. sic vero ait *l.* 1. §. 2. *Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest.* Et exemplum in verbis sequentibus *l.* 2. *Ut puta dedi tibi, ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas.* Et subjicitur: *In qua specie Julianus scribit, si tibi dedero, ne hominem occidas, condici posse.* Sic ille: & merito mireris: cum manifeste detur, ne pecces: id est, ne quid admittas turpe. Sed idcirco nihil pacisci aut accipere debes, contra oportet te a peccato, atque adeo a re turpi ultro abstinere amore virtutis, aut metu legum. quod si ideo accepisti pecuniam ne admittas scelus: hoc vero Veteribus merito est semper turpe visum. Idem puta; si tibi dedero, ut mihi reddas rem apud te depositam; vel ut instrumenta mihi redderes *d. l* 2. §. 1. item, si tibi dedero pecuniam, ut mihi reddas rem quam mihi furto abstulisti *l. pen. C. h. t.* aut ut reddas pecora quæ abegeras *l. ult. C. h. t.*

Postrema Pauli inspectio est, si versatur utriusque & dantis & accipientis turpitudo. ait autem, sic datum non posse repeti *l.* 3. *D. h t.* hac optima ratione, quam dat Imp. Antoninus *l.* 2. *C. h. t.* quod in pari causa possessoris conditio melior habetur. Et est exemplum Paulo *d. l.* 3. Veluti, si pecunia detur, ut male judicetur. idque ultro liquet. sed quid, si dedi; ut Judex secundum me pronunciaret in bona causa? hunc articulum tractat Ulpianus *l.* 2 §. 2. *h. t. Est quidem*, inquiens, *relatum, condictioni locum esse: sed hic quoque crimen contrahit: Judicem enim corrumpere videtur; & non ita pridem imperator noster constituit, litem eum perdere.* Sic Ulpianus, satis obscure. sed mihi probabile est, indigitare, fuisse quidem qui referrent, id est, docerent, esse locum condictioni, data Judici pecunia; ut secundum causam bonam pronunciaret: putantes, eo in casu nil fieri, nisi quod fieri, Judicis officio convenit. sed horum sententia ab Ulpiano refutatur eo; quod etiam tali datione admittitur crimen, ideoque procul dubio turpis est dantis causa: ut enim præ se ferat, bonam esse causam suam; & idcirco velle se, secundum hanc pronunciari: talis tamen prætextus pertinet ad exemplum potest enim fallere aut falli: utique voluit, Judicem corrumpere, id est, in suam sententiam transducere. estque id eo evidentius, quod etiam Imperator noster, qui est Antoninus Caracalla, non ita pridem constituit, eum litem perdere. Sed apparet, in proposito versari utriusque turpitudinem, ideoque cessare ex hac causa condictionem. Idem, inquit Ulpianus *l.* 4. *h. t.* si ob stuprum datum sit, vel si quis in adulterio deprehensus redemerit se. item si fur dederit, ne proderetur *d. l.* 4. §. 1. Est in his justa & elegans ratio, si exigatur ad regulas juris civilis: sed in præsentia non addenda: cum liceat eam petere ex his quæ scripsi *Dioclet. & Maxim. c.* 5.

Hactenus dixi, quid obtineat, si quid datum sit ob turpem causam. sequens quæstio est, si sic promissum sit. proponit hanc Paulus *l.* 8. *h. t.* & hoc solvit modo: Si ob turpem causam promiseris Titio, quamvis si petat, exceptione doli mali, vel in factum summovere eum possis, tamen, si solveris, non posse te repetere: quoniam

niam sublata proxima causa stipulationis quæ propter exceptionem inanis esset, pristina causa, id est, turpitudo superesset: porro autem, si & dantis & accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse: & ideo repetitionem cessare, tametsi ex stipulatione solutum sit.

TITULUS VI.

De condictione indebiti.

Cur Titulus De condictione indebiti collocetur hic, ubi exponitur condictio certi ex mutuo, si quis quærat: ei parata jam in antecessum Titulo 1. *De rebus creditis* est responsio: quod indebitum accipiens ab eo qui per errorem solvit, ei perinde re obligatur, ac si mutuum accepisset: daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio. fundamentum hujus actionis alioquin non est obligatio ex vero contractu: nam qui indebitum accepit, adeo non tenetur proprie ex contractu, ut si certiorem rationem sequamur, magis ex distractu, quam ex contractu possit dici obligatus esse: is sane qui pecuniam dat solvendi animo, eam dat potius in hoc, ut distrahat negotium, quam ut contrahat. cæterum extra id quod agitur palam, tacita nascitur obligatio *l.* 13. §. 2. *D. Commod.* qua is qui accepit, perinde tenetur, ac si mutuum ei daretur §. 6. *Inst. de oblig. quæ qua*s*. ex contr. nasc. l.* 5. §. 3. *D. de oblig. & act.* Sed apparet ratio positi hoc loco Tituli De condictione indebiti: simul venire illam actionem quasi ex contractu, adeoque ex bono & æquo, solitam quippe quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare *l.* 66. *D. h. t.* volente naturali æquitate, post distincta dominia, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem *l.* 14. *&* 15. *D. d. t.*

Ut autem locum habeat hæc condictio, in summa tria concurrere oportet: primum est, ut aliquid sit solutum: alterum, ut sit per errorem solutum: tertium, ut sit indebitum. primum oportet aliquid esse solutum: nempe dantis opinione: si enim verum quærimus, nulla est indebiti solutio: sola est debiti *pr. Inst. Quib. mod. tollit. oblig.* Interim soluti verbo hic duo continentur: unum est, ut aliquid sit datum: alterum, ut sit datum pro debito. primum oportet aliquid esse datum: quia solvere est, naturaliter præstare quod debetur *l.* 49. *D. de solution.* Ita ex re nascitur indebiti condictio, exemplo mutui §. 1. *Inst. Quib. mod. re contrah. oblig.* Producta tamen similitudine rationis est ad cautionem, sive promissionem indebite præstitam, ut restituatur & liberatio sequatur *l.* 3. *C. l.* 31. *D. h. t.* Non sufficit, quid datum esse, ut sit indebiti condictio: plus oportet, datum esse tamquam ante debitum. id vero ideo necessarium est; ut indebiti solutio discernatur a transactione: in qua datur quidem, sed non datur, tamquam ante debitum, verum ob causam futuram: quæ est, ut a lite discedatur; ideoque non repetitur, etsi nulla res ante media fuerit. Ita Paulus *l.* 65. §. 1. *h. t.* & notandum: quod in fine deest particula, *&*, hoc modo restituenda: *& transactio imperfecta est, & repetitio dabitur:* ut observavi *lib. sing. Ad Edict. De pact. & transact. c.* 3.

Ut igitur obtineat indebiti condictio, aliquid solutum esse debet: sed per errorem. nam si quis sciens solverit quod non debet, cessat repetitio *l.* 1. §. 1. *h. t.* quasi donaverit *l.* 53. *D. de reg. jur.* Nec mutat, si dicatur dedisse hac mente, ut postea repeteret *l.* 50. *h. t.* nisi adjecerit solutioni; ut, si apparuisset, esse indebitum, vel Falcidia emerserit, reddatur: nam tum, quasi negotium gestum sit inter eos, repetitio locum habebit *l.* 2. *d. t.* Quid, si solverit, dubitans, an debeat? hic in partes iverunt Veteres. sed Justiniano placet *l. ult. C. d. t.* ei concedere condictionem.

Vult igitur indebiti condictio, aliquid esse solutum per errorem. sed qualem? facti procul dubio: nam de hoc loquitur *l.* 6. *&* 7. *C. h. t.* & sunt exempla *l.* 19. § 3. *& l.* 22. *D. d. t.* De errore juris videamus. In hoc aliud placuit. certe Paulus *l.* 9. *D. de jur. & fact. ignor. Regula*, inquit, *est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.* Ac secundum hanc regulam ita in proposito ajunt Diocletianus & Maximianus *l.* 10. *C. eod. tit. Cum quis jus ignorans, indebitam pecuniam solverit: cessat repetitio. per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere, tibi notum est.* Eodem modo Gordianus *l.* 9. *C. Ad Leg. Falcid.* verbis sequentibus: *Error facti quartæ ex causa fideicommissi non retentæ repetitionem non impedit. is autem qui sciens se posse retinere, universum restituit, condictionem non habet: quin etiamsi jus ignoraverit, cessat repetitio.* Attuli testimonia evidentia ad demonstrandum quod dixi, tantum repeti indebitum facti ignorantia solutum: juris autem ignorantia solutum non æque. At enim Gordianus in *l.* 9. *C. Ad Senatusc. Vellejan* sic rescribit: *Quamvis mulier pro alio solvere possit; tamen si præcedente obligatione, quam Senatusconsultum de intercessionibus efficacem esse non sinit, solutionem fecerit, ejus Senatusconsulti beneficio munitam se ignorans, locum habet repetitio.* Sed facilis est responsio: quæ enim proposita Gordiano fuit consultatio, est de muliere juris errore solvente quod per Senatusconsultum Vellejanum non tenebatur solvere. ad mulieres autem regula quam ex Paulo posui, non pertinet. Ne opus sit, alios quærere testes, ipse sic Paulus *d. l.* 9. *D. de jur. & fact. ign. Minoribus viginti quinque annis jus ignorare permissum est. quod & in fœminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur: & ideo sicubi non est delictum, sed juris ignorantia, non læduntur.* Molestus præterea hic est Viris Doctis Ulpianus *l.* 1. *D. Ut in possess. legat.* Proponitur ibi heres, cui in testamento remissa a testatore erat satisdatio legatorum servandorum causa, eam legatario præstitisse; quod crederet, eam a testatore in testamento non potuisse remitti: cum jam contra rescripsissent D. Marcus & Commodus *l.* 2. *& l.* 7. *C. eod. tit.* lapsus igitur fuit errore juris & tamen permittitur ei condictio indebitæ cautionis. Quid dicimus? ab Ulpiano tradi jus singulare, ideoque non trahendum ad consequentiam. id unde intelligitur? ex his ejus verbis: *Si vero hoc non potuisse remitti crediderit, numquid condicere possit qui jus ignoraverit? adhuc tamen benigne quis dixerit, satisdationem condici posse.* Ulpianus indigitat, condictionem indebitæ cautionis errore juris præstitæ, etsi cesset secundum juris regulam, in proposito posse recipi: sed, ut dixi, benigne: id est, singulari jure, & sine exemplo: ut in talibus observari, etiam Africanus memorat *l.* 34. *D. Mandati.* At enim est in *l.* 7. *&* 8. *D. de jur. & fact. ign.* regula, errorem juris in damnis non nocere. quid ni igitur in errore juris obtineat indebiti soluti con-

condictio? Sed videamus; ne oporteat eam regulam sic accipi; quasi velit, juris errorem in medio rem relinquere, eoque perinde habere, ac si non esset erratum: sic enim neque nocet, neque prodest. ita Cujacius, atque ingeniose *lib. 5. Observ. c.* 39. proinde non est dubium, quin indebitum solvens per errorem juris, faciat quidem damnum, at non ob juris errorem; sed propter solutionem: quia perinde est, ac si non esset erratum: id est, ac si indebitum a sciente esset solutum. Et quod est valde observandum, potest huc referri quod in *l. penult.* §. *ult. D. de jur. & fact. ignor.* a Paulo dicitur, Ignorantiam facti, non juris prodesse: nec stultis solere succurri, sed errantibus.

Postremo desiderat indebiti condictio, solutum esse indebitum hoc vero pluribus modis accidit. primum est indebitum nullo jure debitum. de quo nihil attinet dici: quia est vere indebitum, quod neutro jure debetur. *l.* 26. §. 3. *h. t.* pone: nulla intervenit obligatio ex contractu, nulla ex delicto, vero vel quasi. pone, intervenisse causas obligationum, sed quæ jure non valuerint; ut sunt multæ tales sub Titulo *Inst. de inut. stipul.* & alibi. quid, si valuerunt, sed jure non habuerunt effectum? nihil mutat *l.* 54. *h. t.* & est casus: si quid erat debitum jure civili, sed poterat per exceptionem infirmari. est enim ejus exactio summo jure: quia producit actionem: sed instituta potest jure Prætorio elidi per exceptionem. quo facto, nihil interest; utrum ab initio nulla fuerit actio, an per exceptionem eliderctur *l.* 112. *D. de reg. jur.* Hoc tamen Ulpiano *d. l.* 26. §. 3. demum placet, si perpetua sit exceptio. Recte: nam si temporalis sit; contra est. finge: est aliquid promissum in diem: statim debetur; etsi non potest exigi, ante quam venit dies. igitur solutum ante diem, non repetitur *l.* 10. *D. h. t.* quia statim cessit dies, quamvis nondum venit *l.* 213. *D. de verb. oblig.* Hoc: si debitum sit in diem certum. De incerto deliberemus. est is aut omnino incertus, aut utique venturus: hoc casu pro certo est, illo conditio habetur: estque ejus proprium, ut quamdiu non existit, sit quidem spes debitum iri, sed interim dies neque venisse, neque cessisse dicatur *d. l.* 213. eoque solutum tamquam indebitum, optimo jure repetitur: licet debitum sub conditione omnimodo exstatura solutum repeti nequeat *l.* 16. 17. 18. *D. h. t.* observante Ulpiano *l.* 9. § 1. *D. de novat.* eum qui sub conditione stipulatur, quæ omnimodo exstatura est, videri pure stipulari. Quid, si dubitetur, an extitura sit conditio? Papinianus *l.* 56. *h. t.* sufficit, inquit, ad causam indebiti, incertum esse, temporaria, an perpetua, sit exceptionis defensio.

Sit igitur regula (nam regulam indicat Inscriptio *l.* 40. *D. h. t.*) *Qui exceptionem perpetuam habet, debitum per errorem solutum repetere potest.* At nec hæc regula est sine exceptione; si audimus Marcianum *d. l.* arbitratur is, talem exceptionem aut ejus causa cum quo agitur, dari; aut in odium creditoris. priore casu ait, solutum repeti; idque accidere in Senatusconsulto de intercessionibus; id est Senatusconsulto Vellejano. posteriore putat, perperam solutum non repeti; veluti, si filiusfamilias contra Senatusconsultum Macedonianum mutuam pecuniam acceperit, & paterfamilias factus solverit: nimirum, quia perpetua exceptio altero in casu etiam naturalem obligationem tollit: in altero tantum civilem *l.* 9. §. *ult. & l.* 10. *D. de Senatusc. Macedoniano:* ut in loco demonstrabitur.

Illud quale, quod in exceptione competentiæ qua maritus de dote conventus ultra quam facere possit, se tuetur, est a Paulo *l.* 8. *h. t.* traditum hunc in modum: *Quod nomine mariti, qui solvendo non sit, alius muneri solvisset, repetere non potest: adeo debitum esset mulieri.* Mihi videtur ea exceptio tota esse humanitatis: itaque maritus ea non tam liberari obligatione restituendæ solidæ dotis: quam in præsentia excusari a necessitate solvendæ. Argumentum mihi illud Pauli, *Adeo debitum esset mulieri:* tum cautio quam Justinianus *l. unic.* § 7. *C. de rei uxor. act.* vult ab eo interponi de reliquo dotis solvendo, si quandoque ad meliorem fortunam revertatur.

Superest, ut disputemus de debito jure naturali, jure civili indebito. Aliquis hæreat: quia tale debitum, ut maxime nitatur æquitate juris gentium, auctoritate juris civilis destituitur. ita caret actione, nec potest ab invito peti. Si tamen ultro sit solutum, non potest repeti: quia verum debitum est jure naturæ indebiti autem soluti condictio naturalis est *l.* 15. *h. t.* ex æquo & bono inducta *l.* 66. *d. t.* ne alter cum alterius detrimento fiat locupletior *l.* 14. *d. t.* quod hac in specie non est. Est igitur debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda *l.* 64. *d. t.* Et eleganter Paulus *l.* 10 *D. de oblig. & act. Naturales*, inquit, *obligationes non eo solo æstimantur, si actio aliqua earum nomine competit: verum etiam eo, si soluta pecunia repeti non possit.*

Plane est vel in naturali obligatione aliqua opus cautione. quia non est unus ejus finis, atque effectus: quin alia causam debet mero beneficio, nec procedit ultra officium: alia nata quasi ex negotio gesto comparatur ad obligandum. prioris exemplum est in donatario: qui donatori tenetur ad remunerandum; sed pudore mero, nulla juris necessitate. quare nec impedit condictionem solutionis per errorem factæ: putantibus Veteribus, non agi dato acceptoque beneficio, ut sit creditum; auctore Seneca *lib.* 3. *De benefic. c.* 7. posterior hujus loci est. exempla occurrunt passim.

Hactenus apparet, indebitum in præsente condictione intelligi nulli debitum. porro addam, idem videri, si debeatur quidem, sed alii, & alii solvatur: aut si ab alio debitum alius solvat, quasi ipse debeat suo nomine *l.* 65. §. *ult. h. t.* nam vel tum repeti solutum ejusdem æquitatis est: quia non potest solutum videri debitum quod nec a debitore ipso, nec ejus nomine, est solutum *l.* 19. § 1. *d. t.* contra dicendum, si debitoris nomine sit solutum, (ut potest eo invito vel ignorante fieri *l.* 53. *D. de solut.*) cessare repetitionem: quia jam suum recepit creditor; ut est in *l.* 44. *D. h. t.* & debet accipi *l.* 5. *C. de petit hered.* Forte hoc frigebit tibi existimanti, sic nullam esse dubitandi causam. Sed erit aliqua: si solvens alterius nomine, eum debitorem suum esse putet; & non est. ita enim neutri debet: & ideo repetet, non quidem ab eo cui solvit, verum a debitore pro quo solvit *l.* 5. § 5. *D. de except. dol. mal. l.* 12. *D. de novat.*

Age, nunc videamus, cui detur indebiti condictio. Paulus dat ei qui solvit, & si decesserit, antequam repetat, heredi ejus. Sic Paulus *l.* 12. *h. t.* ex natura actionis in personam, natæ quasi ex contractu §. 6. *Inst. de oblig. quæ quas. ex contr. nasc.* ideoque solitæ competere ei qui potest dicere, adversarium sibi teneri aliqua obligatione §. 1. *Inst. de action.* Id tamen aliquando fallit: non subtili quidem jure; sed benignitate Principali. Exemplum *l.* 2 § 1. *h. t.* Aliquis heres scriptus, adita hereditate solvit legata ex testamento quod putabat esse verum & ratum. id testamentum Judicis sententia declaratum postea est

est falsum vel inofficiosum vel ruptum. apparet, indebita esse legata: testamento quo sint relicta, nullo ab initio vel ex postfacto; ideoque optimo jure repeti. utrum ab herede instituto, an legitimo? prior solvit, sed non est heres; posterior est heres, sed non solvit. interim condictio indebiti est actio personalis, tantum obtinens inter eos inter quos est nata quasi ex contractu. proinde non competit heredi legitimo, sed scripto: maxime, si de suo solvit legata. imo & si de hereditate dedit: quia hereditatis petitione tenetur ad restitutionem tamquam juris successor. quamquam hoc casu interest: utrum ea solverit bona fide; arbitratus, se heredem esse ex testamento: an mala fide. nam si bona fide solverit ante motam controversiam; (post est possessor malæ fidei) tenetur quidem petitione hereditatis restituere legata ex hereditate soluta; & ideo potest ea, si velit, repetere directa indebiti condictione: sed si malit, uti retentione, & directam actionem cedere heredi legitimo; nec hoc ei invidetur. scilicet, quia bonæ fidei possessor ex Senatusconsulto, de hereditatis petitione facto, non ultra, quam est locupletior factus, hereditatis petitione tenetur. Non igitur invitus ipsa restituet legata per errorem soluta bona fide ante motam controversiam: sed potest defungi, cessa heredi legitimo indebiti condictione: isque ea deinde experietur adversus eos qui ea acceperunt. nec tamen minus sine cessione hic utetur indebiti condictione, non directa ex regulis juris: (quibus alligatus intelligitur Prætor) sed utili *l.* 16. §. *ult.* *l.* 17. *D. de petit. hered.* suadente æquitate, ob improvisum casum *l.* 36. §. 1. *D. de testam. milit.* sive ob novam & improvisam causam, benignitate Rescripti Principis legibus soluti. Verum id circa inofficiosum & falsum testamentum, aut quia post multum temporis emerserit æs alienum, aliosve subortos casus, egregie observavit Ulpianus *d. l.* 2. §. 1. & Papinianus *l.* 3. *h. t.* nec temere subjectum *l.* 4. non esse novum, ut quod alius solvit, alius repetat.

Sequens locus est, adversus quem competat indebiti condictio. Modestinus *l.* 49. *D. h. t.* quæ est ex lib. 3. Regularum, hanc ponit regulam: *His solis pecunia condicitur quibus quoquo modo soluta est: non quibus proficit.* Sic Modestinus; evidente ratione: quia indebiti condictio nascitur quasi ex negotio gesto *l.* 33. *d. t.* sive quasi ex contractu § 6. *Inst. de oblig. quæ quas. ex contr. nasc.* Indebiti enim solutione quasi gestum est negotium inter solventem & accipientem indebitum. datur igitur ex natura obligationis, quasi ex negotio gesto, sive quasi ex contractu natæ, adversus eos solos quibus quoquo modo solutum est, non quibus proficit.

Hoc loco non debui oblivisci, ad quid detur indebiti condictio. Pomponius *l.* 7. *h. t.* sic definit: *Quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum, aut tantumdem repetitur.* Pomponius vult, ipsum solutum repeti, si corpus fuerit: tantumdem, si quantitas. & est ratio, quod illud functionem accipit in specie: ista in genere. Cæterum ubi tantumdem dicit Pomponius, eamdem quidem indigitat quantitatem: sed ob id non vult, bonitatem negligi: ne æstimationem quidem, si non potest idem vel tantumdem reddi. Ita certe Paulus *l.* 65. §. 6. *h. t.* *In frumento*, inquit, *indebito soluto & bonitas est*, *& si consumpsit frumentum*, *pretium repetet.* Venit igitur in indebiti condictionem idem vel tantumdem. & ut ex bono & æquo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit *l.* 66. *d. t.* sic quid mirum est, repetere non modo solutum, sed præterea quidquid ei naturaliter accedit: eo quod ejus fuisset, etsi non esset solutum. eo in numero Paulus *l.* 65. §. 5. *d. t.* ponit partus & fructus: & in *l.* 15. addit, quod alluvione accessit: sic ibidem præfatus: *Indebiti soluti condictio naturalis est. & ideo etiam quod rei solutæ accessit, venit in condictionem.* An usuræ quoque? ne puta: *l.* 1. *C. h. t.* quia sunt civiles accessiones, natura incognitæ: ut demonstravi plene *lib.* 1. *De fœn. & usur.*

Ab eodem temperamento procedit; ne is qui indebitum accepit, eo nomine teneatur ultra, quam sit locupletior factus. Huc ducit finis actionis, hoc unum providentis, ne quis cum alterius detrimento fiat locupletior. Ita est: condictio indebiti, nata ex bono & æquo, non damnat reum in solidum ejus quod accepit, sed quatenus habet: modo si dolo careat. alioquin vel de eo teneri, quod non habet, non est iniquum. Paulus *l.* 65. §. 8. *h. t.* rem exemplo illustrat. proponitur servus tibi indebite solutus, a te esse manumissus. Paulus non dubitat esse condictionem, sed quatenus sit, id quærit. sic vero scribit: si sciens manumisisti; teneberis ad pretium ejus, propter dolum: si nesciens; non teneberis ad pretium, quod nullum ad te venit: sed dumtaxat propter operas, si quas promisit tibi libertus, & ut hereditatem ejus restituas. Simile exemplum est in §. 7. *d. l.* 65. Ego putans, me tibi debere habitationem, tibi permisi habitare in domo mea. intellecto post errore, est mihi jus condicere habitationem, non ipsam: (factum enim infectum fieri non potest) sed ejus æstimationem. quam? ait Paulus, non quanti locare potui, sed quanti tu conducturus fuisti. Sunt & alia exempla *l.* 26. §. 12. *d. t.* sed ex superioribus facile inventura interpretationem.

Exposui, quando sit indebiti condictioni locus. reliquum est, quando cesset. sit id multis modis. & inter alios, si quid sit solutum ea ex causa ex qua lis inficiando crescit in duplum. sic Veteres definiisse, testis est Imp. Justinianus §. *ult. Inst. De oblig. quæ quasi ex contract. nasc.* idque certissimi juris esse traditum a Diocletiano & Maximiano *l.* 4. *C. h. t.* qua ratione? aliis alia incidit. mihi placet, quod ab Arnoldo Vinnio, & Jano a Costa ad *d.* §. *ult.* fuit creditum, simplo soluto de duplo transigi. in transactione autem non est indebiti condictioni locus *l.* 65. *D. h. t.* Præter hanc exceptionem est & alia in pœnis. Auctor Ulpianus *l.* 42. *d. t.* Pœnæ, inquiens, non solent repeti, cum depensæ sunt. & est ratio hæc apud Pomponium *l.* 19. *d. t.* Si pœnæ causa ejus, cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet: & ideo solutum repeti non potest. Tertia exceptio hæc est apud Pomponium *l.* 51. *h. t.* Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus. exemplum *l.* 33. *d. t.*

TITU-

TITULUS VII.

De condictione sine causa.

Ulpianus *l.* 1. *pr.* §. 1. *&* 2. *item l.* 4. *h. t.* est, inquit, & hæc species condictionis, si quis sine causa promiserit, vel si solverit quis indebitum. sed & si ob causam promisit, causa tamen secuta non est, condictio locum habet. igitur sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi quæ finita est, vel secuta non est, dicendum est, condictioni locum fore. Exempla *l.* 2. *&* 3 *d. t.* alia *l. ult. eod.* illa non egent interpretatione: hæc exponam infra sub Titulo, *De ritu nuptiarum.* Cæterum potest alicui condici quod vel non ex justa causa ad eum pervenit, vel redit ad non justam causam. Hoc constare ait Ulpianus *d. l.* 1. §. 3 nec magis opus, moneri, quod dicitur *pr. d. l.* eum qui promisit sine causa, condicere quantitatem non posse, quam non dedit: sed ipsam obligationem: id est ejus liberationem, & si scriptura intervenit ejus restitutionem.

LIBER DECIMUS TERTIUS

TITULUS. I.

De condictione furtiva.

CONDICTIO furtiva de qua hic agit Titulus, possit alicui prima facie videri ex delicto proficisci: quando non habet usum nisi re per furtum ablata. nec alio ducit sonus condictionis furtivæ, rem furtivam a fure repetentis. accedit, quod condictio rerum amotarum cui proxima est condictio furtiva, palam dicitur ex delicto nasci *l.* 21. §. 5. *D. de act. rer. amot.* Ei tamen qui sic censeat, non assentiar: existimans, utramque jure gentium comparari ex bono & æquo: exemplo cæterarum condictionum, solum agentium: ne quis contra naturalem æquitatem locupletior fiat ex alterius jactura. Hoc sane Marcianus de condictione ex injusta causa, qualis est condictio rerum amotarum, cui furtivam assimilavi, testatur *l.* 25. *d. t.* Acceperit igitur utraque actio ex delicto occasionem: at ex eo proprie non est: evidente argumento, quod Ulpianus *l.* 10. § 2. *D. de compensat.* actionem ex maleficio orientem, ut puta ex causa furtiva, distinguit ab actione qua condicitur ex causa furtiva. præterea neutra est pœnalis, neutra famosa. contra utraque tantum rem ablatam domino repetit jure gentium. Atqui condictio furtiva dicitur introducta esse odio furum §. 14. *Inst. de actionib.* Sit ita. sed quid tum postea? nam & exceptio Senatusconsulti Macedoniani (quod observavit V. CL. Janus a Costa ad *d.* §. 14) dicitur in odium fœneratorum dari *l.* 40. *D. de condict. indebiti*; & præscriptiones contra desides homines, juris sui contemptores opponi solitæ, odiosæ vocantur *l. ult. C. de annali exceptione*: nec idcirco ex maleficio esse, & pro pœnalibus haberi intelliguntur.

Nunc cætera exequar. primum oportet, ut obtineat condictio furtiva, furtum factum esse. cum vero furtum sit contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei, vel etiam usus, possessionisve *l.* 1. §. 3. *D. de furtis*, facile intelligimus, in condictione furtiva non esse opus, rem esse domino interceptam: sed sufficere, eo invito esse contrectatam lucri proposito. Et est exemplum: si quis usus ea sit, domino invito; sciens se eam contrectare eo invito. Sic Pomponius *l.* 16. *D. h. t. Qui*, inquit, *furtum admittit, vel re commodata vel deposita utendo, condictione quoque ex furtiva causa obstringitur.* Pomponius significat, eum qui re commodata vel deposita utitur, puta, dolo malo & invito domino, fraudulosa illa contrectatione furtum admittere; & ideo non tantum actione furti pœnali, sed etiam condictione furtiva, teneri. Dixi, quando sit furtivæ condictioni locus.

Quæris adversus quem competat? id significat Paulus *l.* 5. *h. t.* confessus, numquam ea condictione alium teneri, quam qui furtum fecit. aut heredem ejus. primum dat eam adversus furem ipsum: & quia manifestum non distinguit a nec manifesto, probabile est, eam dare adversus utrumque. ita clare Ulpianus *l.* 10. *d. t. Sive*, inquit, *manifestus fur, sive nec manifestus sit, poterit ei condici.* Unum postulat nos meminisse Ulpianus, ita demum manifestum furem condictione teneri: si a domino deprehensa non fuerit ejus possessio. cæterum ait, neminem furum condictione teneri, postequam dominus possessionem adprehendit; & ideo Julianum, ut procedat, in fure manifesto tractare de condictione, ita proponere: furem deprehensum aut occidisse, aut fregisse, aut effudisse id quod interceperat. Tenet igitur condictio furtiva qualemcumque furem. An & raptorem? poterat ambigi: quia alius est fur, alius raptor. alter clam aufert per insidias: alter vi manifesta. id discrimen attigit Ulpianus *l.* 2. §. 24. *D. Vi bonor. rapt.* Plautus quoque *Epidic.* 1. 1. 10. Verba Plauti: *T. Minus jam furtificus sum, quam ante hac. E. quid ita? T. Rapio propalam* Sed Ulpianus *d. l.* 10 §. 1. rejecta verborum subtilitate, *Ei quoque*, inquit, *qui vi bonorum raptorum tenetur, condici posse*, testatus, ita Julianum lib. 22. Digestorum significare. ac ne quis putet, eo confundi Julianum, quod vi agit raptor cum fur plerumque agat clam per insidias: nescio, an etiam annotarit, alibi Juliano fuisse causam sic definiendi: quod putaret, eo furem esse non desinere. imo contra, quod raperet propalam, idcirco esse furem improbiorem *d. l.* 2. §. 10 *&* *l.* 14. § 12. *D. Quod met. caus.* At Paulus *d. l.* 5. *h. t.* ait præter furem, etiam heredem, cæterosque ejus successores, condictione teneri. Quid, si furiosi sint aut infantes? Pomponius *l.* 2. *d. t.* ne hos quidem excipit, cum heredes necessarii extiterunt, quamvis cum eis agi non possit.

Tenetur igitur furtiva condictione non fur tantum: sed ejus heres quoque. Quatenus? in solidum. Qua ratione? videlicet, quia condictio furtiva habet rei persecutionem *l.* 7. §. 2. *d. t.* Hoc intendit hoc Ulpiani *l.* 9. *d. t. In condictione ex causa furtiva non pro parte quæ pervenit, sed in soli-*

solidum tenemur, dum soli heredes sumus: pro parte autem heres, pro ea parte qua heres est, tenetur. Vere & clare: etsi huic definitioni moram objicere creditur Paulus *l.* 6. §. 4. *D. de act. rer. amot.* conjunctus præsertim cum *l. ult. C. eod. tit.* Sed hanc tollam infra *d. t.*

Interea observandum Paulum, cum in *d. l.* 5. *h. t.* ait, numquam alium hac condictione teneri quam qui furtum fecit, sic esse accipiendum, quasi velit, ea teneri solum qui contrectavit, nam is solus fecit furtum: at eum cujus ope consilio furtum factum est, quia ipse non contrectavit, licet furti tenetur ad condictionem furtivam non pertinere; quia ipse non fecit furtum. atque ita Ulpianus *d. l.* 6. *h. t.* Similiter fuit dubitatum, furto a filiofamilias facto, utri condici possit, filio, an patri? Paulus *d. l.* 5. ex furtiva, inquit, causa filiofamilias condici potest. recte: fecit enim furtum, atque ex omnibus causis tamquam paterfamilias obligatur; & ob id agi cum eo tamquam cum patrefamilias potest *l.* 39. *D. de oblig. & act.* De patre ambigas: quia Paulus *d. l.* 5. nominatim dicit, ex furtiva causa filiofamilias condici posse. & auget difficultatem; quod præfatur, numquam ea condictione alium, quam qui fecit, teneri, aut heredem ejus. pater autem neque furtum fecit, neque filii heres est. Sed quid est? patri non poterit directo condici de peculio: quia pater de peculio quidem tenetur ex contractu filii: sed ex ejus delicto non tenetur: eo quod peculii datione alterum ei permisisse creditur; alterum non æque. Si tamen furto locupletius factum sit filii peculium: placuit, patrem utili actione teneri, non quatenus in peculio est, sed quatenus illud locupletius factum est. ita conjicio ex *l.* 5. *D. de act. rer. amot.* quæ est Papiniani, loquentis de actione rerum amotarum, rebus a filiafamilias divortii causa amotis: eo certius, quia utramque actionem hac in parte comparat Ulpianus *l.* 3. §. 12. *D. de peculio.* & ad eumdem modum *l.* 4. *D. h. t.* ait: *Si* servus vel filiusfamilias *furtum commiserit, condicendum est* domino *id quod ad eum pervenit: in residuum noxæ servum dominus dedere potest.* Verba prima sunt de servo & filiofamilias: sequentia sunt de servo tantum: de filiofamilias non sunt. Ea res in *Rationalib.* molesta fuit Antonio Fabro. sed ipse nihil mutandum censeo: animadverso, talia etiam alibi deprehendi; quin nec esse quidem omnino dissimile in *d. l.* 3. §. 12. Malim igitur in proposito quod de altero dixit Ulpianus, de altero quoque exaudire: excepto, si quid in alterutro sit speciale: quale est, quod servus ipse judicio conveniri non potest: filiusfamilias potest, & quidem ita; ut, si lis cum eo sit contestata, possit pater, filio condemnato, actione rei judicatæ conveniri, etiam ea ex causa ex qua ab initio conveniri non potuit *d. l.* 3. §. 11. quare in *d. l.* 4. de servo additur, *Quod in residuum noxæ servum dominus dedere potest.* Non peccavero, si ad hanc partem quæ ad servum spectat, referam hoc Celsi *l.* 15. *h. t. Quod ab alio servus subripuit, ejus nomine liber tenetur: condici autem ei non potest, nisi liber contrectavit.* Pone: servus furtum fecit alii, quam domino. is servus postea manumissus. quæritur, an liber factus teneatur ei cui furtum fecit? Celsus actionem furti pœnalem distinguit ab actione rei persecutoria, qualis est condictio furtiva. illa eum teneri ait: hac negat; nisi liber contrectavit. qua causa? Celsus nullam indicat. sed videamus, ne voluerit, condictionem furtivam, quamvis ex furto pendentem, tamen quod est rei persecutoria, non pœnalis, in proposito magis imitari actiones ex contractu rem persequentes, quam ex delicto pœnales. Ait vero Ulpianus *l.* 14. *D. de oblig. & act. Servos ex delictis quidem obligari, & si manumittantur, obligatos remanere: ex contractibus autem civiliter quidem non obligari, sed naturaliter & obligari & obligare. denique si servo qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor.* Tenes, adversus quos detur condictio furtiva.

Porro accipe, quibus detur. Ulpianus *l.* 1. *h. t.* dat domino, & soli: quamquam non semper, sed donec suo facto dominium amittat. sic observat *l.* 10. §. 2. *d. t.* & ponit exemplum: si dominus rem alienaverit. addit §. 3. inde a Celso inferri, si dominus rem furtivam pure legaverit furi heredem non posse ei condicere: idemque esse, si legaverit alii. nimirum, quia dominium in utroque casu facto testatoris, id est, domini, discessit. Hoc plus scribit Paulus *l.* 11. nec legatarium posse condicere. & causatur, condictionem competere ei cui subrepta res est, vel heredi ejus. legatario vero, etsi jam dominus sit, non est subrepta: neque est heres domini cui surrepta est. non igitur ei competit condictio furtiva. Ita est, ut dixi: solus condicit dominus cui est furtum factum, & quamdiu est dominus. alius postea dominus factus, vindicare rem ablatam potest: sed condicere non potest *d. l.* 11. Superioribus convenienter Ulpianus ex Marcello sic definit *l.* 12. Si res mihi subrepta, tua remaneat, condices: sed & si dominium non tuo facto amiseris, æque condices. & est exemplum in rebus extinctis in §. 26. *Inst. de rer. divis.* Hoc in re propria Ulpianus *l.* 12. *h. t.* quid in re communi? in §. 1. ex eodem Marcello sic infert: In communi igitur re eleganter ait, interesse, utrum tu provocasti communi dividundo judicio, an provocatus es: ut, si provocasti communi dividundo judicio, amiseris condictionem; si provocatus es, retineas.

Reliquum est, ad quid spectet condictio furtiva. ostensurus hoc Ulpianus *l.* 7. §. 1. *h. t.* condictionem furtivam distinguit ab actione furti: dicens, hanc pœnam petere legitimam, illam rem ipsam *d. l.* 7. §. 2. Rei autem appellatione etiam fructus comprehendit: nam vel hos in hanc actionem venire ait *l.* 8. §. *ult. d. t.* exemplo eorum quæ de his & cæteris accessionibus naturalibus dicta sunt sub Titulo, *De condictione causa dat. caus. non sequut.* Paulus *l.* 3. *d. t.* addit, si quid præterea intersit agentis, & id venire in condictionem. exemplum Paulo: si servus condicatur, isque heres sit institutus, & periculum subeat dominus hereditatis perdendæ. item, si mortuum hominem condicat, consecuturum ait pretium hereditatis. Venit igitur in hanc actionem res surrepta. quid si sit massa ex argento, ex qua facta sint pocula? movet quæstionem, quod non pocula sunt surrepta, sed massa. nunc non est massa, sed pocula, id est, aliud, quam quod est surreptum, & peti condictione furtiva solitum. Sed Paulus *l.* 13. *d. t.* Fulcinium sequutus ait, pocula ex argento surrepto facta condici. & recte: quia non constituunt speciem a massa diversam: quippe cum possint facile ad massam, id est, ad veterem & rudem materiam, reduci *l.* 7. §. 7. *D. de adq. rer. domin.* Igitur quod dictum, rem subreptam furi condici, procul dubio obtinet, quamdiu extat: tamdiu enim dari potest. quid, si perierit? jam non potest dari: sed non idcirco fur condictione liberatus esse intelligitur: contra tenetur ad ejus æstimationem, necessitate jus faciente, ubi non licet facere aliter. quid hæremus? & alias, si quæ res debita perierit post moram, personæ interpellatione admitti solitam *l.* 32. *D. de usur.* obligatio perpetuatur, resque peti potest *l.* 91. §. 4. *& 6. D. de verb. oblig.* Sed in fure præcipuum est,

est, quod etiam non interpellatus in mora est: qui ne attingere quidem rem alienam, nedum retinere debuit, invito domino. an igitur miramur, furem, re perempta, quod ipsam dare nequit, ad æstimationem obligari *l.* 8. *l. ult. D. h. t.* Hac ratione, ne fuerit quidem labor, ut inveniatur ea æstimatio, quodnam considerandum præsertim sit tempus. placet enim, quod Ulpianus *d. l.* 8. §. 1. ait, id spectari quo res umquam plurimi fuit; additque hoc, vel inde intelligi, quod fur deteriorem rem factam dando non liberatur: eo quod semper moram facere videtur. Exempla duo adfert Paulus *l.* 13. *h. t.* prius est, quod in condictione poculorum quæ sint facta ex surrepta massa, etiam fit cœlaturæ æstimatio. alterum est: quod si infans surreptus adoleverit, æstimatio fit adolescentis, quamvis cura & sumptibus furis creverit.

Spero, neque inutilem, neque tædio, futuram orationem monentis, quod de periculo furis dixi, ubi periit res furtiva, non sine temperamento accipi oportere. quemadmodum enim periculum fuit consequens moræ quam fur semper facere intelligitur: ita rationis est, aliter recipi, purgata mora, & postea nulla. adferuntur autem sub hoc Titulo modi duo purgandæ moræ: oblatio rei furtivæ, & novatio. oblatio est rei præsentis: sola enim præsens offerri potest: absens non potest *l.* 72. §. 3. *D. de solut.* ea oblatio aut nuda est aut solemnis. nuda fit adhibitis testibus, non secuta obsignatione & depositione. talis oblatio moram purgat, condictionem non tollit: utique, quamdiu res extat: at extincta, tollit. videlicet, quia mora purgata, periculum desinit esse furis; & deinceps fit domini: cujus foret, non facto furto, id est, mora ab initio non admissa. solemnis oblatio est, quam secuta fit obsignatio & depositio. ejus major vis est, quam nudæ: cedit enim (ut intelligitur ex *l.* 9. *C. de solut. & l.* 19. *C. de usuris*) pro solutione: ejusque exemplo tam extante re furtiva, quam perempta condictionem tollit: quia perinde habetur, ac si res furtiva domino esset restituta. Demonstrata sic natura utriusque oblationis, & nudæ & solemnis: ultro liquet, quid velit hoc Ulpiani *l.* 8. *D. h. t. In re furtiva condictio ipsorum corporum competit: sed utrum tamdiu, quamdiu extant; an vero & si desierint esse in rebus humanis? Et si quidem ob tulit fur, sine dubio nulla erit condictio. si non obtulit, durat condictio æstimationis ejus: corpus enim ipsum pr. stari non potest.* Sic Ulpianus. ad eumdemque modum potest accipi, quod de oblatione dictum a Papiniano *l.* 17. *h. t.* Alter modus purgandæ moræ est novatio: sive simplice stipulatione fiat inter easdem personas: sive interveniente delegatione inter diversas. utriusque meminit Papinianus *d. l.* 17. verissime arbitratus, neutram re præsente egere: quia hoc casu, quamvis res absit, non potest mora ex furto eveniens superesse, furti obligatione in aliam interveniente novatione translata.

Igitur purgatur a fure mora oblatione rei aut novatione. An etiam, si parato fure condictionem excipere, per me steterit rem condicere: cum esset in rebus humanis, & postea sit perempta? Tryphoninus *l. ult. h. t.* negat: testatus, Veteres voluisse, jam condictionem durare. atqui aliter placuit in cæteris debitoribus. Demus: juste ad judicium provocantibus *l.* 24. *D. de usuris.* At de fure dici hoc qui potest? nam ejus numquam justa causa est. imo contra Tryphoninus, videtur, inquit, fur qui primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea quam nec debuit auferre, moram facere.

Exposito usu condictionis furtivæ, deinceps an necessaria sit, videamus. Eam litem finit Justinianus §. 14. *Inst. de actionibus* verbis sequentibus: *Plane odio furum quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est: ut extra pœnam dupli aut quadrupli, rei recipiendæ nomine fures etiam hac actione teneantur, Si apparet, eos dare oportere, quamvis sit adversus eos etiam hæc in rem actio per quam rem suam quis esse petit.* Justinianus significat, condictionem furtivam esse inventam idcirco, quod odium furum postularet, eos (addo, alios eis similes *l.* 1. §. 1. *l.* 2. *D. de condict. tritic.*) gravius teneri, quam vulgares malæ fidei possessores, vindicatione quidem adstrictos ad restitutionem rei, si eam possideant, aut alioquin fecerint dolo malo, quo minus possideant: at condictio furtiva indistincte datur adversus furem, etsi rem furtivam non possideat, nec dolo malo fecerit, quo minus possideat §. *ult. Inst. de oblig. quæ ex delict. nasc.* imo, ut vidimus, tenetur etiam, cum eam amisit casu fortuito: qui in rei vindicationem non venit; ut apparet ex *l.* 16. *D. de rei vindic. & l.* 40. *D. de petit. hered.* Indicavi, quo sensu dicatur, odio furum placuisse, eos, præter actionem furti & rei vindicationem etiam condictione furtiva adstringi, & quidem magis, id est, gravius, quam rei vindicatione. Adhuc latet, qua ratione fur dicatur ad dandum condictione furtiva conveniri: cum soli concedatur domino; ejusque quod est jam ejus, amplius dominus fieri nequeat. Aliis aliud sedet. mihi probabile est, hanc actionis formulam non procedere a vero: sed Veteres, ut multa alia colore aliquo induxerunt, ita in proposito voluisse sub isto colore periculum rei furtivæ, si quo fortuito casu pereat, reo eidemque furi, tamquam domino, nocere potius, quam actori, ad quem alioquin jure dominii rei interitus pertineret ex regulis juris.

Præter certi condictionem ex causa furtiva domino adversus furem accommodari solitam, est alia quæ incerti vocatur: & competit ei cujus non dominium fuit, sed possessio. Observatum exemplum ab Ulpiano *l.* 12. §. 2. *D. h. t.* in creditore pigneratitio his verbis: *Neratius libris membranarum Aristonem existimasse refert, eum cui pignori res data sit, incerti condictione acturum, si ea subrepta est.*

Titulus. II.

De condictione ex lege.

Ex ordine sequitur condictio ex lege, ipsa multi in jure usus. de hac ita Paulus *l. unic. Si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est.* Paulus novam appellat legem, quæ sit lata post Legem Duodecim Tabularum: quæ sæpe vetus, sive antiqua, appellatur. Igitur inventa tali nova Lege obligatione, nec prodito ea nomine actionis, ejus executionem procuraturæ: placuit, Jureconsultis, in Fori Disputatione de ea deliberantibus *l.* 2. §. 6. *D. de orig. jur.* ex lege condictionem concedere. Extant complura exempla: sed defungar uno aut altero, tale adfert Ulpianus *l.* 27. §. *ult. D. Ad Leg. Jul. de adult.* ex capite nono Legis Juliæ de adulteriis: sic loquens. Si servus adulterii accusetur,

& accusator quæstionem in eo haberi velit, duplum pretium domino præstari Lex jubet: at hic simplum. Qua actione? Lex nullam nominat. tantum indicat debiti obligationem. at Marcianus *l.* 28. sequente, Quod, inquit, ex his causis debetur, per condictionem quæ ex Lege descendit, petitur. Aliud exemplum in *l.* 1. *C. h. t.* Proponitur ibi Fisci debitor ex primipilo, id est, ex causa primipilari. est autem hic primipilus, annona militaris: alias dicitur pastus primipili. annotavit hoc Jacobus Gothofredus ad *l.* 6. *Cod. Theod. De cohortalib.* & ante Jacobus Cujacius ad *l.* 3. *C. eod. tit.* Qui eam annonam curabat, dicebatur fisco teneri ex primipilo, sive ex causa primipilari: & ut interérat fisci, hanc diligenter atque ex fide administrari: sic erant multa fisci privilegia. inter cætera est hoc in præsenti; ut si solvendo ex primipilari causa non sit ejus debitor, & habeat debitorem ex causa fœnebri in diem certum, hic ab illo conveniri possit, ut debitum repræsentet ante definitum tempus: etsi id sit contra juris formam. Sed Imperatores, arbitrati, publicam utilitatem privata esse potiorem, neglecto jure solemni in honorem fisci, & ipsi & ejus debitori illum in finem indulsere ex lege condictionem. Est & aliud exemplum in *l.* 65. *D. Solut. matrim.* ad quam more suo erudite D. Cujacius *lib.* 2. *Observ. c.* 34. Novo etiam jure Imp. Justinianus confirmavit donationem nudo pacto perfectam, ex eoque obligationem nasci jussit *l.* 35. §. 5. *C. de donat.* actionis tamen nomen nullum prodidit. servanda igitur illa donatio condictione ex lege. quam etiam ipse deinde posuit Justinianus *Novell.* 161. *c.* 1. §. 1.

TITULUS. III.

De condictione triticiaria.

Ad hunc Titulum qui est *De condictione triticiaria*, nullam adferam interpretationem: non adsuetus alios docere quod ipse non intelligo. memoria teneo omnia, de hac condictione tradita a Tituli hujus Interpretibus: sed expensis omnibus diligenter, adeo nihil probare, mihi permisi: ut contra sæpe sim miratus, tam secure tractari actionem: cujus nemo non modo usum, at nec nomen, ad probabile explicando adduxit. tantum abest, ut quisquam utrumque aut alterum sit ex solido consequutus. Dixi, meo more, quod sentio, ingenue. nec offendet verecundia abstinentis exemplo publice noxio: utique non effecturo aliud; nisi ut hic & alibi incognita pro cognitis jactentur. utinam alii similiter profiterentur, se de natura & ratione hujus actionis nihil habere compertum bona fide! posset fortasse sic sperari, fore: ut eruditiores de obscuritate rei admoniti, cogitarent deinceps de quærenda via nova, qua aliquando liceret eam in clara luce conspicere.

TITULUS IV.

De eo quod certo loco dari oportet.

Titulus, *De eo quod certo loco dari oportet*, indicat nomen actionis a Veteribus hoc loco explicitæ; constatque primis Edicti verbis, quo proposita illa actio fuit: ideoque Edicto optima fide restituitur. Præter hoc conjicio ex *l.* 2. §. 1. *D. h. t.* factam in Edicto fuisse mentionem *stipulationis*, certo loco *dari*. Non minus persuasus sum disputatione §. 8. *d. l.* Prætorem, si ex ea stipulatione alio loco agatur, facta commemoratione ejus, quo debetur, esse pollicitum actionem, *quanti ea res erit.* Postremo est mihi documento, Prætorem meminisse *arbitrii Judicis*, quod hæc actio *d. l.* 2. & alibi vocatur *arbitraria.* His argumentis venit mihi in mentem, Edicti formam in hunc modum confingere: *De eo quod certo loco dari oportet ex stipulatu, si alio petatur facta mentione ejus quo debetur: actionem dabo; ut quanti ea res erit, tanti arbitrio Judicis æstimetur.* Hæc summa Edicti, complexi actionem necessariam stipulato, Ephesi, verbi gratia, decem dari. habebat enim is jus Ephesi agere actione directa ex stipulatu: alibi agere jus non habebat: plus petiturus loco; eoque litem amissurus, non institutam ita, ut eam ex lege stipulationis institui oportebat. illo sane sic intendente, Ajo, te mihi Romæ decem dare oportere ex stipulatu: Prætor Judici sequentem præscribebat formulam: Si paret, reum decem Romæ dare oportere ex stipulatu, condemna. Sic vero ordinato judicio, una erat Judicis notio, an reum Romæ decem ex stipulatu dare oporteret. quod si non pareret: nil ei restabat, nisi reum absolvere; etsi pareret, Ephesi deberi. videlicet, quod non jusserat Prætor judicari, an Ephesi, sed an Romæ deberetur. a formula autem Prætoris Judici recedere in judicio stricti juris non licebat. Interim sileri non oportet, natam ex illo rigore fuisse difficultatem plane inexplicabilem. ea difficultas erat: quod si promissor numquam veniret Ephesum, sive quod nollet, sive quod non posset, vel morbo impeditus, vel negotiis distractus; numquam posset ad suum venire stipulator: inani actione, alio loco non habitura usum. Æquum erat, fateor, promissorem tali in casu alibi, quam Ephesi conveniri. At hæc non de æquo, sed de jure, quæstio est: & commode Celsus, quidquid, inquit, adstringendæ obligationis est, id nisi palam verbis exprimatur, omissum intelligendum est *l.* 99. *D. de verb. oblig.* Igitur in re necessaria subvenit Prætor: concessa stipulatori actione utili *l.* 1. *D. h. t.* per quam permittebat Judicis arbitrio, æstimare, quanti rei aut actoris interesset, potius Ephesi, quam Romæ, solvi *l.* 2. *d. t.* Nec tamen Prætor vel sic agi permittebat, nisi facta mentione loci in quo promissa erat solutio. ea enim omissa, si pure ageret stipulator; illi Prætor alio loco non indulgebat actionem utilem sive arbitrariam, loci utilitatem reo auferenti §. 33. *Inst. de actionib.*

Obtinet igitur hæc utilis sive arbitraria actio in contractibus stricti juris: qualem in Edicto esse stipulationem, Ephesi decem dari, certus auctor est Ulpianus *l.* 2. §. 1. *D. h. t.* An etiam in judiciis bonæ fidei? De his nihil adjecit Prætor. & fuerit argumento hoc Pauli *l.* 7. *pr.* & §. 1. *d. t.* *In bonæ fidei judiciis etiam si in contrahendo convenit, ut certo loco quid præstetur, ex empto vel vendito vel depositi actio competit, non arbitraria actio. Si tamen certo loco traditurum se quis*

quis stipulatus sit, hac actione utendum erit. Florentiae sic extat: aliter editur apud Accursium & Haloandrum. sed sana est Florentina lectio: ut bene observavit Russardus. Secundum hanc negat Paulus, in bonae fidei contractibus pacto convento aliquid certo loco praestari, actionem utilem sive arbitrariam ex hoc Edicto competere. contra vult, eam esse supervacuam: in actione bonae fidei, qualis est empti vel venditi vel depositi, clausula Ex fide bona formulae inseri solita, amplissimam Judici permittente facultatem aestimandi, quemadmodum actori & reo ex aequo & bono satisfieri debeat. Nec erraverit, quisquis dicat, actionem arbitrariam, exemplo actionis exceptionisque doli mali, judiciis bonae fidei inesse, ibique officio Judicis contineri, nec desiderare Praetoris indulgentiam, quamvis in actionibus stricti juris necessariam. Illud quale, quod § 1. *d. l.* 7. addit Paulus: *Si tamen certo loco traditurum se quis stipulatus sit, hac actione utendum erit.* Lucem faciet intellectus verbi, *stipulatus*, non active, sed passive, accipiendi: ut apud Ulpianum in *l.* 26. §. 13. *D. de condict. indeb.* & a Suetonio fuisse usurpatum, testis est Priscianus *lib.* 8. his verbis: *Suetonius passive protulit* (stipulari) *in* 4. *Praetorum: Laetoria quae vetat minorem annis* 25. *stipulari*, ἐπερωτᾶσθαι. Ita fuerit Pauli sensus: Etsi in bonae fidei contractu, quo convenerit, quid praestari certo loco, supervacua sit arbitraria actio sufficiente actione bonae fidei: tamen si venditor, verbi gratia, novandi animo stipulatus sit, id est, promiserit, se rem venditam certo loco traditurum; deinde est stipulatio facta ex causa emptionis & venditionis, ac si venditor non accedat ad locum placitum, utendum est hac actione, id est, arbitraria: quia non est jam emptio & venditio, sed stipulatio: ex qua sine commemoratione loci in contrahendo adjecti, actio alibi institui non potest.

Non igitur obtinet arbitraria actio in bonae fidei contractibus: sed in contractibus stricti juris: non tamen in omnibus, sed in stipulatione. nam de una illa loquutum fuisse Praetorem in Edicti restitutione in antecessum monui ex *l.* 2. §. 1. *D. h. t.* Caeterum non hoc fine stetit diligentia, latius porrecta a Veteribus interpretatione. Nec dubito; quin ab hac causa placeat Paulo *l.* 5. *d. t.* si heres a testatore jussus sit, quid dare certo loco, etiam arbitrariam actionem, id est, utilem ex testamento, competere. Nec aliud fuit consilium Pomponio *l.* 6. *eod. tit.* si mutua pecunia sic data fuerit; ut certo loco reddatur. De pecunia quoque constituta disputans Ulpianus *l.* 16. §. 1. *D. de constit. pecun. Certo loco*, inquit, *& tempore constituere quis potest nec solum eo loci petere, ubi ei constitutum est, sed exemplo arbitrariae actionis ubique potest.* Haec verba apposui, ut ea juvarem paucis: parum enim cohaerent: nisi putetur Ulpianus, *Constituere quis potest*, dixisse pro potest facere, ut constituatur: quomodo *punire* pro facere, ut puniatur, & *damnare* pro facere, ut damnetur, alibi usurpari, annotavi supra sub Titulo, *De receptis.* Quidquid est: illud liquet, Jurisconsultos arbitrariam actionem non magis in stipulatione, quam in aliis stricti juris contractibus, admisisse. Qui potuere silente Edicto? opinor, eos movisse; quod eadem fuit utilitas proponendae arbitrariae actionis in omnibus stricti juris contractibus; si convenerit, quid dari certo loco. nec est verisimile, Praetorem pro sua sapientia voluisse, eam in una valere specie, in aliis noluisse, quantumvis pari omnium causa. receptum igitur est ex Praetoris mente: ut quemadmodum in stipulatione, ita in caeteris stricti juris contractibus, solutione certo loco promissa, ubique agi possit. Nec metuam huc ex *d. l.* 16. §. 1. transferre hoc Ulpiani, *Exemplo arbitrariae actionis ubique possit.* quid enim denunciat, nisi quod constitutori in proposita ibi specie licet ubique agere ad similitudinem, sive ex mente Edicti quo promissa a Praetore fuit arbitraria actio. quemodo idem Ulpianus *l.* 28. §. 5. *D. Ex quib. caus. major.* ait, *Exemplo rescissoriae actionis etiam exceptio ei qui reipublicae causa abfuit, competit.* Sensus Ulpiani, (a me demonstratus sub Titulo, *Ex quib. causis majores*) est, Ex Edicti verbis tantum competere actionem rescissoriam; sed exceptionem nihilominus ex Edicti sententia obtinere. De eo deliberemus; an quis putans, se debere loco certo, si indebitum solvit, idemque sit repetiturus, indigeat utili condictione, exemplo Edicti. Poterat alicui videri idcirco: quod indebiti solutio quasi mutuum est *l.* 5. § 3. *D de oblig. & act.* Sed Paulus *l.* 27. *D. de condict. indeb.* sic scribit: *Qui loco certo debere existimans, indebitum solvit, quolibet loco repetet: non enim existimationem solventis eadem species repetitionis sequitur.* Obscurior est Pauli sermo: sed designat, eum qui existimans se debere loco certo, indebitum solvit, & mox repetit, non egere utili condictione: sed directa posse repetere quolibet loco; eo quod existimatio solventis non cohaeret ejus repetitioni & esse argumento: quod ut maxime putaret, se, cum solvit, debere certo loco; proinde non convenit, ut eodem repeteret loco, quo solvit: nec est causa aut necessitas actionis arbitrariae. contra potest in proposito pecunia indebite soluta sine commemoratione loci in quo soluta sit, repeti quolibet loco.

Liceret mihi jam hinc discedere; nisi coarctanda essent proxima Pauli verba, *quolibet loco*, ultra ejus mentem, ultraque juris formam prima facie egredientia. sane servantibus dicta de foro competente supra sub Titulo, *De judiciis:* probabile est, putantem, se debere certo loco, non cogi, a se solutum repetere in loco solutionis: sed habere jus, eo nomine agere in loco domicilii ejus qui indebitum accepit. sic utique cavetur; ne contra juris formam, quod noluit Paulus, in infinitum excurrat *locus quilibet.* erit vero sensus, eam repetitionem posse fieri in loco quolibet, ubi alioquin esset conveniendus qui indebitum accepit: qualis locus est domicilii particularis aut communis.

Sit ita in *d. l.* 27. in qua est actio stricti juris. sed quid dicemus de *l.* 16. §. 1. *D. de constit. pecun.* in qua arbitrariam esse, paulo ante demonstratum est. & tamen illa dicit Ulpianus, pecuniam certo loco constitutam non solum peti eo loci, sed *ubique* posse. Siccine? primum foret perabsurdum, locum aut constituto aut stipulationi adjici coarctandi fori gratia; idemque adjecto loco fieri laxius, quam eo non adjecto esset futurum. Deinde non mutavit hoc Praetor, proposita arbitraria actione: non alio ejus fine, quam ne directa actio, propter adjectum locum, intercideret: promissore ad eum non accedente. Ita putemus, stipulatorem inventa actione arbitraria, tantum in eum reduci statum; in quo, omissa loci adjectione, fuisset. quo casu promissorem in loco domicilii conveniri debuisse, inter omnes constat. Verum quid haeremus? investigantes Ulpiani mentem an meliore utamur duce, quam Ulpiano? atqui ille in *l.* 19. §. *ult. D. de judic.* sic scribit: *Sciendum est, eum qui ita*

fuit

fuit obligatus, ut in Italia ſolveret, ſi in provincia habet domicilium, utrobique poſſe conveniri & hic & ibi. Durior tamen eſt Ulpiani locutio. Non nego: ſed duriorem malo, quam falſam aut ſtultam: cum præſertim ea durities molliatur & forma juris, & mente contrahentium, & teſtimonio Ulpiani, & plane ſimili locutione Pauli de ſtricti juris actione in *d. l.* 27. *D. de condict. indeb.*

Addamne, Papiniani *l.* 43. *D. de judic.* addam: cum in hac aliud præterea habeam notare. Verba Papiniani: *Eum qui inſulam Capuæ [fieri] certo tempore ſtipulatus eſt, eo finito,* quocumque loco *agere poſſe in id quod intereſt, conſtat.* Ut intelligatur Papiniani ſcopus, obiter repetam, arbitrariam actionem in Edicto proponi ex ſtipulatione Epheſi dari, verbi gratia, decem. Inde hæſitatum mea opinione fuit in Fori disputatione, ubi agere debeat ſtipulatus inſulam Capuæ fieri, finito tempore: id eſt, poſt moram promiſſoris. Nihil de hac ſpecie Prætor. ait vero Papinianus, conſtare, (puta, in Fori disputatione inter Juriſconſultos) eum qui inſulam Capuæ fieri ſtipulatus ſit, non habere opus actione utili ex ſtipulatu, ſeu arbitraria: ſed poſſe actione directa ex ſtipulatu quæ eſt ſtricti juris, agere (ut in omnibus faciendi obligationibus) ad id quod intereſt, quocumque loco: in quo ſcilicet conveniendus promiſſor foret, non adjecta Capuæ mentione. Sic placuit omnibus; & probavit Papinianus: ſi præſertim quis inſulam fieri ſtipuletur Capuæ, id eſt, adjecto loco certo: eſtque obſervanda hæc adjectio. nam ſi quis inſulam fieri ſtipuletur, non appoſito loco: negat Ulpianus, ſtipulationem valere *l.* 2. §. 3. *D. h. t.* idemque Marcello viſum *l.* 95. *D. de verb. oblig.*

Venit igitur arbitraria actio in Edicto ex illa ſtipulatione, Epheſi decem dari: ut dixi ex Ulpiano *d. l.* 2. §. 1. Quid, ſi quis ſit alternative ſtipulatus, Epheſi aut Capuæ dari; vel Epheſi decem dari, vel Capuæ hominem. an vel hic locus eſt arbitrariæ actioni ex hoc Edicto; adeoque ex ſtipulatu licet experiri detracto altero loco. Hæc quæſtio occurrit apud Ulpianum in *d. l.* 2. ſed quia ex parte in §. 2. ex parte in §. 3. quisquis adunaverit ſpiritum utriusque loci, quo uterque olim cohæſit: næ ille ſerviet indagaturo Ulpiani ſenſum. me non pigebit Ulpiani verba hoc modo adſcribere, deleto ſigno §. 3. *Si quis Epheſi decem, aut Capuæ hominem dari ſtipulatus experiatur, non debet detracto altero loco experiri: ne auferat loci utilitatem reo. Scævola lib.* 15. *Quæſtionum ait, non utique ea quæ tacite inſunt ſtipulationibus, ſemper in rei eſſe poteſtate: ſed quid debeat, eſſe in ejus arbitrio; an debeat, non eſſe. Et ideo cum quis Stichum aut Pamphilum promittet, eligere poſſe, quod ſolvat, quamdiu ambo vivunt: cæterum ubi alter deceſſit, extingui ejus electionem; ne ſit in arbitrio ejus, an debeat, dum non vult vivum præſtare, quem ſolum habet. Quare & in propoſito eum, qui promiſit Epheſi aut Capuæ, ſi fuerit in ipſius arbitrio, ubi ab eo petatur, conveniri non potuiſſe: ſemper enim alium locum electurum; ſic evenire, ut ſit in ipſius arbitrio, an debeat. quare putat poſſe ab eo peti altero loco & ſine loci adjectione. Damus igitur actori electionem petitionis. Et generaliter definit Scævola, petitorem electionem habere, ubi petat: reum, ubi ſolvat: ſcilicet ante petitionem. Proinde mixta (inquit) rerum alternatio locorum alternationi, ex neceſſitate facit actoris electionem, & in rem propter locum: alioquin tollis ei actionem, dum vis reſervare reo optionem.* Summa diſputationis Ulpiani eſt, hunc tractatum non pertinere ad hoc Edictum; ideoque non ex eo, ſed ex ratione & natura perfectarum obligationum, definitionem ſortiri oportere. age diſputationem examinemus. prima verba ſunt: *Si quis Epheſi decem aut Capuæ hominem dari ſtipulatus experiatur, non debet detracto altero loco experiri: ne auferat loci utilitatem reo.* Ulpianus hic, quantum conjicio, ponit ſententiam Veterum quorumdam, exiſtimantium, ſtipulanti Epheſi decem, aut Capuæ hominem dari, non eſſe jus, actione arbitraria experiri, detracto altero loco, ſed debere agere alternative, ſecundum formam ſtipulationis: hac allata cauſa, quod in alternantibus promiſſionibus ſolet tacite agi; ut promiſſoris ſit electio *l.* 10. §. *ult. D. de jur. dot. l.* 95. *D. de ſolut.* eamque utilitatem ei actione hac arbitraria auferri non oportere. ſed hanc ſententiam non probat Ulpianus. contra is, intellecto ex Scævola, talem cauſam aliquando fallere, negat hanc valere ad præmunitionem ejus ſententiæ: præſertim juris neceſſitate ejusmodi ſubtilitatem palam infringente. quo argumento? ait, hanc retinentibus pendere a voluntate promiſſoris, an debeat: contra naturam obligationis quæ permittit quidem debitoris arbitrio, quid debeat; ſed non æque, an debeat: ipſa nulla futura, niſi habeat neceſſitatem adſtringendi debitoris *l.* 8. *D. de oblig. & act. l.* 17. *D. de verb. oblig.* Sic Ulpianus, & ut dixi edoctus a Scævola. Verba Ulpiani: *Scævola lib.* 15. *Quæſtionum ait, non utique ea quæ tacite inſunt ſtipulationibus, ſemper in rei eſſe poteſtate; ſed quid debeat, eſſe in ejus arbitrio; an debeat, non eſſe.* Atque hoc quo certius ſit, deinde hujusmodi confirmat exemplo: *Et ideo eum qui* (ſic recte legit Antonius Auguſtinus *lib.* 1. *Emend c.* 9.) *Stichum aut Pamphilum promittit, eligere poſſe, quid ſolvat, quamdiu ambo vivunt: cæterum ubi alter deceſſit, extingui ejus electionem.* Quamobrem? quia ſumma ratio retinendæ obligationis, hoc juris ſubtilitati manifeſte extorquet. Eam rationem accipe ex his verbis: *Ne ſit in ejus arbitrio, an debeat: dum non vult vivum præſtare quem ſolum debet.* Sic vides exemplum, & ratione firmatum, atque inde mox ſic ab Ulpiano inferri ad præſentem caſum: *Quare & in propoſito eum qui promiſit Epheſi aut Capuæ, ſi fuerit in ipſius arbitrio, ubi ab eo petatur, conveniri non potuiſſe: ſemper enim alium locum electurum.* Eſto: quid poſtea? ait, *Sic evenire* (id eſt, ſic eventurum) *ut ſit in ipſius arbitrio. an debeat.* Quod cum refutet vis & ratio obligationis, ad effectum, ut dixi, reſpicientis: porro ſic de Scævola Ulpianus: *Quare putat poſſe ab eo peti altero loco & ſine loci adjectione:* id eſt, actione directa, non arbitraria. Ipſe autem Ulpianus, *Damus igitur*, inquit, *actori electionem petitionis*, id eſt, jus alibi petendi pure, ſimpliciter, non adjecta loci mentione: quaſi neceſſitas in propoſito actori faciat jus agendi alio loco, ubi non liceat facere aliter. Sæpe ſic Veteres, & recte, neceſſitatem ſubtilitati præferentes. eſtque, exemplum conſimile petere a Marcello *l.* 59 §. 1. *D. de jur. dot.* nec dubito, quin in præſentia tale indigitet Ulpianus, ſic tandem concludens ſecundum Scævolam: *Et generaliter definit Scævola, petitorem electionem habere, ubi petat: reum, ubi ſolvat: ſcilicet ante petitionem. proinde mixta* (inquit) *rerum alternatio locorum alternationi, ex neceſſitate facit actoris electionem, & in rem propter locum: alioquin tollis ei actionem, dum vis reſervare reo optionem.*

A §. 2. & 3. *d. l.* 2. proximus eſt tranſitus ad §. 4. verba hæc ſunt: *Si quis ita ſtipulatur, Epheſi & Capuæ, hoc ait, ut Epheſi partem & Capuæ partem petat.* Florentiæ ſic legitur, *hoc ait.* malo, *hoc agit*: ut eſt in aliis libris. ſenſus: Qui ita ſtipu-

pulatur, Ephesi & Capuæ dabis, ejus propositum est; ut Ephesi petat partem unam, & Capuæ alteram. & quidem, si Ephesi petat unam; hanc recte petet actione directa: sed si utramque illa petet Ephesi; non recte petet: peccaturus contra legem stipulationis; dum utilitatem loci promissori aufert respectu partis quam Capuæ solvi oportet. petet igitur, si sapit, alteram Ephesi actione directa, alteram arbitraria. Hoc ita, si quis sit stipulatus decem Ephesi & Capuæ dari: sed non æque, si hominem Ephesi & Capuæ dari stipuletur. & est ratio differentiæ: quod quantitate in stipulationem deducta, in ea est res dividua; cujus promissio facile habet exitum. at re individua, homine, verbi gratia, in eam veniente, exitum non habet. non igitur subsistit talis stipulatio: nam si stipulor, ut fiat quod natura fieri non concedit: non magis obligatio consistit, quam cum stipulor, ut detur quod dari non potest *l.* 35. *D. de verb. oblig.*

Nescio, an ab eadem causa in *d. l.* 2. §. 6. porro sic scribat Ulpianus: *Qui ita stipulatur, Ephesi decem dari, si ante diem, quam Ephesum pervenire possit, agat* (actione videlicet arbitraria de eo quod certo loco) *perperam ante diem agi.* Ulpianus hanc rationem petit a Juliano: *quia & Julianus putat, diem tacite huic stipulationi inesse.* Eam Juliani rationem adeo probat Ulpianus; ut deinde sic ultra subjiciat: *Quare verum puto, quod Julianus ait, eum qui Romæ stipulatur, hodie Carthagini dabis, inutiliter stipulari.* Sic censeo, & favet Papinianus *l.* 49. §. 2. *D. de fidejussorib.*

Subveni Ulpiano in plerisque articulis *d. l.* 2. *h. t.* nec destituam in §. 7. verba talia sunt: *Idem Julianus tractat; an is qui Ephesi sibi aut Titio dari stipulatus est, si alibi Titio solvatur, nihilominus possit intendere, sibi dari oportere? Et Julianus scribit, liberationem non contigisse: atque ideo posse peti quod interest. Marcellus autem & alias tractat, & apud Julianum notat, posse dici, & si mihi alibi solvatur, liberationem contigisse: quamvis invitus accipere non cogar. plane, si non contigit liberatio, dicendum ait, superesse petitionem integræ summæ; quemadmodum si quis insulam alibi fecisset, quam ubi promiserat, in nihilum liberaretur. Sed mihi videtur summæ solutio distare a fabrica insulæ: & ideo quod interest, solum petendum.* Ecce: Sempronius Ephesi sibi aut Titio dari stipulatus est. ex ea stipulatione debetur Sempronio; nam ei adquisita est obligatio & actio. Titio nihil debetur: quia est tantum adjectus solutionis gratia. ita non potest Titius petere: sed potest ei solvi, etiam invito creditore: si præsertim ei solvatur ex lege stipulationis. id vero in proposito non est factum: convenerat enim, ut ei solveretur Ephesi. quo casu ipso jure esset sublata ex stipulatu actio. at hic alibi facta est solutio. putat igitur Julianus, ipso jure perseverare utilem ex stipulatu actionem; etsi possit tolli per exceptionem: ideoque non esse causam; ne petatur id quod interest, Ephesi solutum esse: nec obstare, quod summa stipulatione promissa, cum effectu peti nequeat: quia utique, actione ipsa subsistente, subsistit officium Judicis: facturi æstimationem ejus quod interest. Hoc Juliano visum. An & Marcello? negat Ulpianus verbis sequentibus: *Marcellus autem & alias tractat, & apud Julianum notat, posse dici, & si mihi alibi solvatur, liberationem contigisse quamvis invitus accipere non cogar.* Obscura sunt verba: sed videamus; ne indigitent, Julianum a Marcello notari, id est, reprehendi; ejusque reprehensionis esse sensum, debitorem quidem Sempronio creditori ipsi volenti solventem alibi, quam ubi debuit, a Sempronio liberari: sed Titio solventem alibi quam debet, a Sempronio non liberari, neque ipso jure, neque ope exceptionis: non facta solutione ex lege stipulationis. quare inde infert Marcellus: *Plane si non contingit liberatio, superesse petitionem integræ summæ.* Sensus: Si solutione Titio alibi facta, non contigit debitori liberatio: superest petitio integræ summæ, hoc est, non tantum ejus quod interest officio Judicis, sed præterea ipsius summæ, stipulatione promissæ. Et hoc confirmat sequente similitudine: *Quemadmodum si quis insulam alibi fecisset, quam ubi promiserat, in nihilum liberaretur.* Tenes sensum Notæ Marcelli ad Julianum. sed hanc refutat Ulpianus hisce verbis: *Sed mihi videtur summæ solutio distare a fabrica insulæ; & ideo quod interest solum petendum.*

Vidimus, quando Prætor locum faciat arbitrariæ actioni. nunc est de officio Judicis hujus actionis loquendum. id in Edicto his expressi verbis: *Actionem dabo, ut quanti ea res erit, tanti arbitrio Judicis æstimetur.* Et dedi argumentum: quod hæc actio in *l* 2 & passim vocatur *arbitraria.* addidi, quod ex verbis, *Quanti ea res erit*, Ulpianus in *d. l.* 2. §. 8. arripuit occasionem quærendi, debeatne Judex servire quantitati contractus, an vel excedere, vel minuere, quantitatem debeat. non respondet quidem Ulpianus, quantum apparet, ad quæstionem: sed, quod est frequens Veteribus, responsionem quæstione ipsa complectitur. vult igitur; ut si interfuisset rei, potius Ephesi solvere, quam eo loci quo conveniebatur, ratio ejus haberetur; licet aloquin servientibus proprietati formulæ, hac vera rei æstimatio continetur *l.* 179. & *l.* 193. *D. de verb. signif.* Cæterum ait Gajus *l.* 3. . *h. t.* hanc actionem ideo referri in arbitrium Judicis: quia scimus, quam varia sint pretia rerum per singulas civitates regionesque: maxime vini, olei, frumenti. pecuniarum quoque licet videatur una & eadem potestas ubique esse, tamen aliis locis facilius & levibus usuris inveniuntur; aliis difficilius & gravibus usuris. Prospexit igitur Prætor, ne reo intercipiatur loci utilitas: actori Prætor non prospexit, quatenus attinet ad Edicti verba: eodemque modo etiam de reo solo loquitur Imperator §. 33. *Inst. de actionib.* Ulpianus tamen *l.* 2. *D. h. t.* testatur, arbitrariam actionem continere utriusque utilitatem, tam actoris, quam rei. Sed ego hoc. nisi intercedat quis doctior, accipiam secundum Prætoris mentem: cum verba tantum attingant personam rei. nec dubito, quin in *d. l.* 2. §. 8. huc evadant sequentia Ulpiani verba: *Julianus Labeonis opinionem sequutus, etiam actoris habet rationem: cujus interdum potuit interesse Ephesi recipere. itaque utilitas quoque actoris veniet.* Et sunt hæc exempla: *Si pecuniam trajectitiam dederit, Ephesi recepturus, ubi sub pœna debebat pecuniam, vel sub pignoribus, & distracta pignora sunt, vel pœna commissa mora tua, vel fisco aliquid debebatur, & res stipulatoris vilissimo distracta est.* Et ex his mox sic concludit: *In hanc igitur arbitrariam quod interfuit, veniet, & quidem ultra legitimum modum usurarum:* id est, ultra centesimas usuras: quæ usuræ legitimæ dicebantur. Poterat his aliquam injicere moram: quod id quod interest, pecunia debita, ne in negotiatore quidem, egreditur usuras legitimas *l.* 19. *D. de peric. & commod. rei vend. l.* 70. §. 1. *D. de legat. lib.* 2. Sed in proposito speciale jus esse, pridem ostendi *lib.* 2. *De fœnor. & usur. c.* 6. Et ut erit hæc quæ dixi, fere obtinent; si alio agatur loco, quam Ephesi, ubi debetur. at si Ephesi agatur, Ulpianus in *l.* 4. *D. h. t.* (quæ, ut Inscriptio indicat, debet conjungi cum fine *d.* § 8. *l.* 2) sic scribit: *Quod si Ephesi petetur, ipsa sola summa petetur, nec amplius quid; nisi si quid esset stipulatus, vel si* tem-

temporis utilitas intervenerit. Verum hoc quoque quid velit, exposui *d. c.* 6. Ne illud quidem prætermittere sustinuit Ulpianus *d. l.* 4. §. 1. quod interdum debet Judex, ex hac actione cognoscens, cum sit arbitraria, reum absolvere. quo modo? cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est. nec exemplis abstinet: ea exempla sunt; Quid enim, si ibi vel oblata pecunia actori dicatur, vel deposita, vel ex facili solvenda? nonne debebit interdum absolvere? sensus est, Judicem debere interdum absolvere: inclusa interrogationi responsione: ut sæpe. Quid ergo est? Ulpianus in summa, inquit, æquitatem ante oculos habere debet Judex qui huic actioni addictus est.

Satis de æquitate, Judicis arbitrio actori & reo exhibenda cum ex Edicti verbis, tum ex ejus sententia: nisi e re fuerit, adhuc inquiri, quid præ se ferat Ulpianus *l. pen. D. h. t.* verbis sequentibus: *Is qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quam in quo promisit, solvere invito stipulatore potest.* Item quid affectet Venulejus *l.* 137. §. 2. *D. de verb. oblig.* sic scribens: *Eoque transacto, quamvis Romæ remanserit, nec possit Ephesi pecuniam dare: nihilominus ei recte condicetur: vel quia per ipsum steterit, quo minus Ephesi daret; vel quoniam per alium Ephesi possit dari; vel quia ubique potest solvere.* Aliquis putet, hæc pugnare: sed non pugnant; & verus est uterque locus: aptatus, ut oportet, superioribus. sane quid vetat admitti, quod ait Ulpianus, eum qui certo loco promisit, non posse invito stipulatore solvere alio loco, quam in quo promisit, nisi sit paratus, utilitatem loci contrahendo definiti solvere præter sortem. nam huc evadere ejus doctrinam, in superioribus apparuit. Nec alio pergere Venulejum, existimandum est. nam ut dicat, eum qui pecuniam certo loco promisit, posse ubique solvere: tamen id demum tenet, oblata creditori simul pecunia debita, simul eo quod ejus interest eam esse loco placito solutam. Sic constat utrique & Ulpiano & Venulejo ratio: & accipiendum hoc quoque modo est a Juliano dictum in *l.* 16. §. 1. *D. de fidejussorib.*

Exposui Judicis officium inter stipulatorem & promissorem, inter quos locum habet ex stipulatu actio utilis sive arbitraria, si quando agatur alio loco, facta mentione ejus quo debetur. Proxima consultatio erit; an id pertingat quoque ad fidejussorem qui pro promissore intervenit. causam quærendi dedit species ex Africano sequens in *l.* 8. *D. h. t.* Tu centum Capuæ dari stipulatus, fidejussorem accepisti. debitor in mora est. jus est tibi, adversus eum alibi, quam Capuæ, agere actione arbitraria ad centum; eritque Judicis æstimatio, quanti tua intersit, eam summam Capuæ esse solutam. Idem: si fidejussor interpellatus, ut solvat Capuæ, est in mora: nam vel ille sic tenetur hac actione tam ad id quod interest creditoris, Capuæ solutum esse, quam ad ipsam sortem. Illud quæsitum: quatenus teneatur fidejussor, mora non a se, sed a reo principali, admissa. pone: reus interpellatus, ut solvat Capuæ, non solvit, etsi posset. creditor, electo fidejussore, quod ei licebat, ante inventum a Justiniano ordinis beneficium, illum convenit arbitraria actione de eo quod certo loco: potestne Judex eum condemnare ad promissam sortem tantum, an etiam ad id quod præterea creditoris interest, eam Capuæ solutam esse? forte dices, moram rei principalis nocere fidejussori *l.* 88. *D. de verb. oblig. l.* 24. §. 1. *D. de usuris.* nec potest negari, si quis promisso servo, dedit fidejussorem, & servus decessit post moram rei principalis, tam fidejussoris, quam rei obligationem durare ad æstimationem servi: qui mortuus, ipse jam præstari nequit. *l.* 58. §. 1. *D. de fidejussorib.* Sed commode animadvertit Africanus, in præsentia non verti: an fidejussor, propter moram debitoris, teneatur principali obligatione: sed an ultra eam teneatur ad id quod actoris præterea interest. hoc vero negat: arbitratus, fidejussoris obligationem, propter ipsius quidem moram augeri; sed non propter moram rei principalis: consequenter effici mora rei, ut ipse ultra sortem officio Judicis damnetur ad id quod actoris interest, eam Capuæ solutam esse: sed non æque effici, ut fidejussor ad id quod interest damnetur ultra sortem. Videlicet sors est stipulatione promissa: at hoc quod interest, propter moram rei, promissum non est. non igitur est debitum principali obligatione: nec magis fidejussoria: certo, quod fidejussor se non obligavit ultra quam tenetur reus principalis. Ne longe petenda esset hæc distinctio; curarunt quæ adscripsi Africani verba: *Nec oportebit, quod forte per reum steterit, quo minus tota centum Capuæ solverentur, obligationem fidejussoris augeri.* Atqui si quis centum, & usuras ex mora stipulatur: constat, mora a reo principali admissa, non modo eum, sed fidejussorem quoque, ad usuras obligari. teneatur igitur hoc exemplo fidejussor non modo ad sortem stipulatione promissam, sed etiam ad id quod stipulatoris postea cœperit interesse. Hunc scrupulum qui ex transverso poterat injici, Africanus solvit his verbis: *Neque enim hac causa recte comparabitur obligationi usurarum. ibi enim duæ stipulationes sunt, hic autem una pecuniæ [creditæ] est: circa cujus executionem æstimationis ratio arbitrio Judicis committitur.* Sensus est, hanc objectionem, ut est a dissimilibus facta, nullam habere veri consequentiam. Ain'tu? age, experiamur. Ubi quis fidejussorem accipit, sortem & usuras stipulatus: duæ sunt stipulationes: una sortis, altera usurarum: nec abs re est, fidejussorem tam ad usuras, quam ad sortem, obligatum intelligi: cum usuræ æque sint in obligatione pro qua intercessit fidejussor, ac sors principalis. Hoc igitur modo non augetur fidejussoris obligatio ex mora rei: quia cum contraheretur stipulatio, usuræ ea promissæ jam tum obligatione comprehendebantur. aliud vero est in præsente casu: in quo est una tantum obligatio pecuniæ creditæ; circa cujus executionem æstimatio ejus quod interest, ante non debita jure obligationis, magis extrinsecus Prætoris benignitate postea adjecta, fidejussori nocere non debet. Est igitur una sors in obligatione, eaque post moram rei principalis non minus a fidejussore, quam ab illo debita: sed id quod præterea interest creditoris, in obligatione non est; contra foris accedit officio Judicis ex postfacto; ideoque a fidejussore solvi nihil attinet: ne accessoria obligatio, citra ejus voluntatem, ex rei mora augeatur. Satis evidens erat hæc differentia. sed nihilominus visum Africano, eam firmare novo argumento. id argumentum est: quod si pars pecuniæ debitæ creditori soluta sit post moram; & ab eo reliqua petatur: jam non tale esse debet Judicis officium; ut æstimet utilitatem totius debiti Capuæ non soluti: quia partis solutæ sublata est obligatio, & actio: sed quanti actoris intersit, eam dumtaxat summam quæ petatur, Capuæ solutam esse: quia quatenus actio est, hactenus Judicis officium est; ultra non est. His solet objici *l.* 54. *D. Locati.* Sed frustra: nam superior disputatio obtinet, cum fidejussor simpliciter intervenit: id est, in id solum quod debebat reus principalis;

lis; cum hoc fide sua esse juberet fidejussor. sed in *d. l.* 54. non est is casus. contra proponitur ibi aliquis fidejussisse in omnem causam: quo casu rationis est, eum agnoscere omnia illi causæ consequentia: tamquam si ita fidejussisset, in quantum illum condemnari oportet, tantum fide mea esse jubeo.

Nisi molesta erit longior interpretatio, Africano in *d. l.* 8. subjiciam intellectum Pauli in *l. ult. h. t.* sed non est longior, profutura vicinitate materiæ. Thema tale. Aliquis stipulatus est, centum sibi dari Capuæ. mora a reo facta: volebat stipulator eum convenire actione arbitraria de eo quod certo loco. reus, dato fidejussore ejus actionis nomine, a stipulatore impetravit, ut litem pro tempore omitteret. quæritur, quatenus teneatur fidejussor, acceptus ejus actionis nomine. hæc est formula fidejussionis: qua sine dubio promisit, se soluturum id quod in eam actionem venit, sive quod ex ea debetur. Quamquam nec hoc est sine ambiguitate. nam si agetur adversus reum principalem; condemnabitur non modo ad summam in stipulationem deductam: sed præterea ad omne id quod actoris interest, ipsi Capuæ solutum esse. possit igitur in præsentiarum fidejussor acceptus ejus actionis nomine, eodem modo obligatus videri: id est, non modo ad summam centum, sed præterea ad omne quod actoris interest. tenes quæstionem. quid Paulus? ait, *Si post moram factam, quo minus Capuæ solveretur, cum arbitraria vellet agere, fidejussor acceptus sit* actionis nomine: *videamus, ne ea pecunia quæ ex sententia Judicis accedere potest, non debeatur, nec sit in obligatione; adeo ut nunc quoque sorte soluta, vel si Capuæ petatur, arbitrium Judicis cesset.* Pauli sensus est, fidejussorem tantum esse damnandum ad solutionem ejus quod sit in obligatione: nam hoc demum deberi, ideoque solum venire in actionem, cujus nomine fidejussit. id intelligi ex eo, quod in obligatione tantum est pecunia in stipulationem deducta. hoc vero quod ei accedit ex sententia Judicis, non fuit stipulatione rogatum aut promissum: sed ei officio Judicis ex postfacto demum extrinsecus accedit; cum non esset in obligatione & actione. Ne hoc quidem sine pignore credi vult Paulus: ergo id duobus firmat argumentis. unum est, quod si in proposito id quod interest debetur jure obligationis, adhuc posset peti, soluta pecunia in stipulationem deducta: quia deinde adhuc superesset ejus obligatio & actio. nunc contra per solutionem sublata actione, simul sublatum est officium Judicis; ideoque nulla actione peti potest: imo ne debetur quidem, cum non sit officio Judicis adjudicatum. Alterum argumentum est: quod creditor, si in proposito agat Capuæ, agit directa actione quæ est stricti juris: in eaque ut cessat arbitrium Judicis; ita nec habetur ratio ejus quod actoris interest Capuæ solutum esse. Aliquis dicat, inquit Paulus, Si judex centum & viginti condemnare debuerit; centum solutis ex universitate, id est, ex universo debito, tam ex sorte, quam ex pœna, (sic appellat id quod interest ex persona debitoris: ut sæpius sit) tam ex sorte, quam ex pœna solutum videri: ita superesse petitionem ejus quod excedit sortem, & accedere pœnam pro eadem quantitate. Sed hoc vanum Paulo videtur: primum, (sic puto) quia ex Pauli sententia nihil debetur ejus quod interest nomine: deinde, quia creditor, pecuniam accipiendo, pœnam remisisse intelligitur.

Titulus V.

De constituta pecunia.

In Rubrica, *De constituta pecunia*, constitui dicitur pecunia: cum quis nudo pacto promittit, se soluturum quod vel ipse vel alius debet. ea autem pecunia petitur actione constitutoria. sic vocatur actio in *l.* 20. *h. t.* alias dicitur actio de constituta pecunia. de eaque propositum a Prætore fuisse Edictum, auctor est Justinianus §. 8. *Inst. de actionib.* & sparsim extant ejus Fragmenta *l.* 1. §. 1. *l.* 16. §. 2. *& l.* 18. § 1. *h. t.* Me suasore sic restitues. *Si appareat, eum qui pecuniam constituit, neque solvere, neque fecisse, neque per actorem stetisse, quo minus fieret quod constitutum est, eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse, judicium dabo.* Ex hoc Edicto apparet, constituta ex consensu facta, a Prætore custodiri, etsi nulla intervenerit stipulatio § 9. *Inst. de actionibus.* puto, arrepta occasione a recepto ab argentariis certa forma. in hoc recepto cum civilis obtineret æquitas: placuit Prætori, pro sua humanitate, favere naturali æquitati, & hac qualiacumque constituta sine discrimine tueri. hoc vult Ulpianus *l.* 1. *pr. h. t.* & addit, Prætorem arbitrari, grave esse, fidem fallere: id est, grave esse, fallere in proposito fidem, agnito, per constitutum debito. utique (quod observat Theophilus ad *d.* §. 9) non potuit debiti jam agniti solutio promissa, licet pacto nudo, negligi, nisi turpiter. Hac ratione fuit etiam dubitatum a Veteribus, quamvis contrarium obtinuerit; an Prætor hic pœnam proponeret adversus eum, qui constitutum sua die non solvit, quasi deliquerit: ut apparet ex *l.* 18. §. 2. *h. t.*

Nunc ad Edictum veniam: primum dicturus, quinam teneantur de constituta pecunia; tum quibus detur hæc actio; dehinc ad quid. & quando. prima cura erit, quinam hac actione teneantur. Ait Prætor, *Qui pecuniam debitam constituit.* Verbum, *Qui*, tam fœminam, quam marem, complectitur: quia pronunciatio sermonis in sexu masculino plerumque ad utrumque sexum porrigitur *l.* 195. *D. de verb. signif.* Igitur *Qui* sic accipiendum est, *Quæve*: verumque est, etiam mulieres de constituto teneri: maxime, si pro se constituant. nam si pro alio constituant; est species intercessionis *l.* 1. §. 1. *h. t.* quæ mulieribus Senatusconsulto Vellejano prohibetur. Atqui vel hanc patitur latitudo Edicti. Nisi oportet eam cedere rationi; ut careat absurditate, nec in aliam juris partem impingat. Similis observatio est circa pupillum: nam de eo quoque nihil est expressum. interim prohibetur ille regulis juris sine tutoris auctoritate contrahere: & his consequenter negat Ulpianus *d. l.* 1. § 2. eum sine tutoris auctoritate constituendo obligari. Quid, si filiusfamilias constituat? jam valet constitutum; eoque & filius & pater de constituto tenetur: scilicet, quia filiusfamilias ex omnibus causis, tamquam paterfamilias, jure civili in solidum obligatur *l.* 39. *D. de oblig. & act.* pater autem ex contractu filii cui peculium dedit, jure Prætorio tenetur, quatenus est in peculio *d. l.* 1. §. 3. *h. t.*

Porro, cum ait Prætor, *pecuniam*; aliter accipiendum est pecuniæ verbum, quam est acceptum a Justiniano. nam Prætor eo verbo so-

lam notabat rem pondere, numero, aut mensura, constantem, sive esset numerata pecunia, sive alia quantitas. sed Justinianus pecuniæ appellationem porrexit ad omnes res quæ sint in patrimonio: sive sint quantitates, sive sint corpora, mobilia, immobilia, vel sese moventia *l.* 2. *C. h. t.*

At non fuit contentus Prætor, pecuniam dixisse. plus desiderat, *debitam* fuisse, quæ constituitur. Non vult, debitam manere, postquam constituta est: sed ei sufficit, tum cum constituebatur, fuisse debitam *l.* 18. §. 1. *h. t.* estque id verum, etiamsi nullus appareat, qui interim debeat. Sic in *l.* 11. *h. t.* Ulpianus: & hoc ponit exemplum: ut puta, si quis ante aditam hereditatem debitoris, vel capto eo ab hostibus, constituat se soluturum. ac præfatus, & Pomponio videri, valere constitutum: quoniam debita pecunia constituta est *l.* 11. *D. h. t.* Quid, si plus constituatur, quam debetur? finge: (quod est exemplum *d. l.* 11. §. 1.) aliquis debens centum aureos, constituit ducentos. ait Ulpianus, eum in centum tantummodo teneri: quia ea pecunia debita est: ultra non est. indeque concludit; quod ergo & is qui sortem constituit cum usuris quæ non debebantur, in sortem dumtaxat tenebitur. Similiter, si decem debeantur, & (debitor) decem & Stichum constituat: ait Paulus, eum decem tantummodo nomine teneri *l.* 12. *D. h. t.* Ita, si debitor constituat plus, quam ipse debet: nam de tali casu adducti loquuntur loci. Non idem est; si quis pro alio plus constituat, quam ille debeat. nam illud commune est in universis qui pro aliis obligantur: quod si fuerint in duriorem causam adhibiti; placuit, eos omnino non obligari: id est, ne ad summam quidem concurrentem. In leviorem plane causam accipi possunt. sic Ulpianus *l.* 8. §. 7. *D. de fidejussorib.* & ei convenienter Paulus *l.* 13. *D. h. t.* Ut igitur valeat constitutum, vult Prætor, pecuniam quæ constituitur, esse debitam. Quid, si aliud constituatur, quam quod debetur? Secundum Edicti verba non valebit constitutum quia quod constituitur, non debetur. ait autem Prætor, Qui pecuniam debitam constituit. Patitur tamen Ulpianus *l.* 1. §. 5. *D. h. t.* aliud pro alio constitui. ac movet eum; quod jam placet, volenti aliud pro alio posse solvi. constitutum vero non ad debiti promissionem spectat: sed debiti solutionem. qui enim pecuniam constituit, non promissione primum inducit debitum: sed promittit solvere ante debitum. igitur hoc utimur jure, ut quemadmodum potest volenti aliud pro alio solvi; sic possit volenti aliud pro alio constitui. Similis dubitatio fuit in *l.* 14. §. 1. *D. d. t.* si quis constituerit, se daturum pignus, an probetur constitutum? non enim convenit Edicti verbis: dicentis, qui pecuniam debitam constituit. & pignus debitæ pecuniæ differt a pecunia debita. admittit tamen Ulpianus constitutum, postquam utilitas pignorum irrepsit. significat autem, postquam Edicto Prætoris est receptus usus pignorum; rationis esse, ut recipiatur quoque constitutum pignorum. optime: ex quo enim placuit, aliud pro alio constitui, quia obtinuit, aliud pro alio solvi; cur non æque constituatur pignus: id est, accessio rei principalis, veluti pars atque appendix, præstitura solutionis securitatem. Simile jus est: si quis constituerit, certam personam pro se fidejussuram *d. l.* 14. §. 2.

Igitur requirit Prætor *Debitum*: sed qua ex causa? non addit. quin simpliciter ait, *Qui pecuniam debitam constituit.* potest igitur pecunia constitui quacumque ex causa debita; id est, ex quocumque contractu, sive certo, sive incerto *l.* 1. §. 6. *D. h. t.* id est, nominato, aut innominato. Similiter, si quasi ex contractu debeatur, ex tutela, verbi gratia, dubium non est, quin hoc quoque constitui possit *d.* §. 6. idem dicit Paulus, si ex delicto debeatur: ut injuria, furto, rapina *l.* 29. *d. t.*

Sicut non refert Prætoris, qua ex causa debeatur quod constituitur? ita nec refert, quo jure debeatur: utrum civili & naturali simul, an naturali tantum. etsi enim proprie debitum putetur, civiliter & naturaliter debitum: quia id demum potest peti; naturaliter autem debitum non potest exigi, eoque sæpe a debito separatur: ait tamen Ulpianus *l.* 1. §. 7. *h. t.* in constituto debitum vel natura sufficere. nempe, quia Prætor favet naturali æquitati, & debet sibi imputare qui constituit natura debitum. Multo magis potest constitui, quod Prætorio jure debetur, etsi non utique jure civili debeatur; nam hoc jure honorario etiam peti potest. ideoque & pater & dominus de peculio obstricti, si constituerint, tenebuntur: utique usque ad quantitatem quæ tunc, cum constituebatur, in peculio fuit. idemque est: si plus suo nomine constituit pater, nam ne sic quidem tenebitur in id quod plus est *l.* 1. §. *ult. D. h. t.* quod si filii nomine constituerit, se decem soluturum, quamvis in peculio quinque fuerint, de constituto in decem tenebitur *l.* 2. *d. t.* Vice versa, si quis constituerit quod jure civili debebat, jure Prætorio non debebat, id est, per exceptionem, quæritur, an vel hic de constituto teneantur? Dubitatio vertitur: quod vel id debitum parit actionem, & peti potest. Sed Ulpianus *l.* 3. §. 1. *h. t.* ait esse verum, & Pomponium scribere, eum non teneri: præfatus, juribus debitam non esse pecuniam quæ constituta est: puto, quia respicientibus ad exitum oppositæ exceptionis, pecunia neutro jure debetur, neque civili, neque naturali.

Occurrit hic & alia inspectio, quid observandum sit: si quidem debeatur & civiliter & naturaliter, verum in diem. non enim exigi potest sic debitum, quamdiu non venit dies. interim cessit dies, & jam debetur. tenere igitur constitutum, ait Labeo apud Ulpianum *l.* 3. §. 2. *h. t.* & adjicit, vel propter has pecunias quæ nondum peti possunt, inducta potissimum esse constituta: & confitetur Ulpianus, non invitum se probare hanc sententiam: habere enim utilitatem, ut ex die obligatus, constituendo se eadem die soluturum teneatur. imo putat Paulus, & si citeriore die constituat se soluturum, similiter teneri *l.* 4. *d. t.*

Postremo non interest, a quo aut cui debeatur pecunia. quod enim exigitur, ut debita constituatur, in rem exigi, Ulpianus observat *l.* 5. §. 2. *D. h. t.* ait autem, *in rem* pro generaliter & sine personæ expressione: ut alibi demonstratum.

Porro ait Prætor, *Constituit.* Hoc autem verbum, ut Nonius docet, inter cætera significat firmare & retinere id quod minus firmum sit. Inde potest videri constituere pecuniam debitam, qui agnoscit priorem obligationem, eamque firmat, ac retinet, ejus solutionem promittens certa die. Nec male Ulpianus *l.* 1. §. 4. *h. t.* dicens, eum qui inutiliter stipulatus est, cum stipulari voluerit, non constitui sibi, non posse de constituto experiri: quoniam non animo constituentis, sed promittentis, factum sit. Ita est: qui constituit, non inducit obligationem quæ ante non fuit: sed præcedentem sequente conventione firmat ac re-

retinet. id facit, cum prius debitum adgnoſcit, & ſe id ſoluturum pollicetur. agnito enim debito quid reſtat: niſi, ut ſolvatur, aut ſolutioni ponatur tempus palam aut tacite? ac vel hoc conſtituti verbo indigitatur. ſane præſenti tempori opponitur conſtitutum. alterum adeſt, & jam venit. alterum nondum venit, ſed futurum exſpectatur. Auctor Quintilianus, *Declam.* 280. his verbis: *Omnium vel pœnarum vel præmiorum tempus aut conſtitutum aut præſens eſt.* Nec aliter Cicero, Ad Marium *lib.* 7. *Epiſt.* 4. *Quare*, inquit, *ſi quod conſtitutum cum podagra habes, fac ut in alium diem differas.* Vult igitur Prætor, ut ſit actioni conſtitutoriæ locus conſtitutam eſſe pecuniam debitam. Sed quo modo? nudo conſenſu. nam ſi ſtipulatione egeret conſtitutum: quid opus erat Edicto, cum ſufficeret ex ſtipulatu actio §. 9. *Inſt. de actionib.* Accedit, quod ſimpliciter ait Prætor, *Conſtituit:* nec ſolemnium meminit. favet igitur naturali æquitati, nudo conſenſu contentæ. Illud non omiſero: quod Prætor non dicit, *ſtatuit*, ſed *conſtituit* deſiderat igitur conſenſum duorum, id eſt, conſtituentis, & ejus cui conſtituitur: perinde ut in cæteris conventionibus non unius, ſed duorum, conſenſum intervenire oportet. Hoc certum; ubi quis pro ſe conſtituit. at pone, alium pro alio conſtituere: an dicimus, etiam debitorem conſentire oportere? mihi non placet. & movet me; quod conſtituens neque debitorem obligat, neque cum ipſo contrahit: tantum ſe obligat ei cui conſtituit pro debitore. ſufficit igitur duorum conſenſus: debitoris ſupervacuus eſt quippe cum liceat unicuique, alterius cauſam ſolvendo facere meliorem. Id adeo verum eſt: ut Ulpianus *l.* 27. *D. h. t.* ex ſententia Pomponii dicat, non modo pro ignorante, ſed pro invito quoque, conſtitui poſſe: indeque inferat porro, falſam eſſe opinionem Labeonis: exiſtimantis, *Si poſtquam qui conſtituit pro alio, dominus* (Antonius Faber *lib.* 15. *Conject. c.* 4. pro *dominus* recte legit, *debitor:* quod & ſequentia indicant) *ei denunciat, ne ſolvat, in factum actionem dandam.* Et ſubjicit Ulpianus, id a Pomponio, *non immerito* dici: ſic præfatus, *Nam cum ſemel ſit obligatus qui conſtituit, factum debitoris non debere eum excuſare.*

Fit igitur conſtitutum nudo conſenſu, ſicut pactum. utrum inter præſentes tantum, an inter abſentes quoque Ulpianus? *l* 14. §. *ult. D. h. t.* conſtituere, inquit, & abſentes & præſentes poſſe, ſicut paciſci. inter abſentes poteſt fieri per epiſtolam vel per nuncium: quia & paciſci abſentes poſſunt per epiſtolam vel nuncium *l.* 2. *D. de pactis.* primum poteſt conſtitui per epiſtolam *l.* 24. *D. h. t.* amplius poteſt inter abſentes etiam conſtitui per nuncium, etſi hominem liberum. nempe quia nuncius verba conferens in perſonam domini, & ejus voluntatem alteri ſuo miniſterio denuncians, præbet vicem epiſtolæ *l.* 15. *D. h. t.* aliter ac procurator. nam is obligationem ſibi adquirit: mihi non adquirit. ita ipſe poteſt ex ſua conventione experiri: ego non poſſum; niſi ceſſis & mandatis actionibus: quæ ante in ejus perſona conſtiterunt *l.* 5. § 5. *&* 6 *d t.* Hoc in procuratore. Idem in tutore, in curatore furioſi, aut actore municipum: nam his conſtitui poteſt *d. l* 5. §. 7. Et tamen ſi actori municipum vel tutori vel curatori furioſi vel adoleſcentis, ita conſtituatur, municipibus vel pupillo, vel furioſo vel adoleſcenti ſolvi, ſtricto jure non valet conſtitutum: manifeſto, quæcumque gerimus, cum ex noſtro contractu trahunt originem, niſi ex noſtra perſona ſumant obligationis initium, inanem actum noſtrum efficere: & ideo contrahere, ut alter ſuo nomine recte agat, minime poſſe *l.* 11. *D. de oblig. & act.* igitur ſi actori municipum vel tutori pupilli vel curatori adoleſcentis ita conſtituatur, municipibus vel furioſo vel adoleſcenti vel pupillo ſolvi, non dabitur his directa actio de conſtituta pecunia: ſed utilitatis gratia actio utilis *d. l.* 5. §. 8. *d. t.*

Poſtremo docet Ulpianus *d. l.* 14. § *ult. d. t.* quibuſcumque verbis conſtitui: modo ſint idonea ad demonſtrandum conſtituendi animum. Ita refert, utrum promittatur dari, an conſtituatur ſolvi; ut ex Ulpiano *l.* 1. §. 4. *h. t.* in anteceſſum annotavi. Cæterum etſi idonea verba deſideret conſtitutum: non ob id opus eſt dici, *conſtituo:* ſed, ut dixi, ſufficit aliud qualecumque verbum ei fini aptum. id indicat ſequens formula conſtituti per epiſtolam in *l.* 5. §. 3. *d. t.* Scripſi ſecundum mandatum Seji, ſi quid tibi debitum adprobatum erit, me tibi cauturum & ſoluturum ſine controverſia. Item *l.* 24. Remanſerunt apud me quinquaginta ex credito tuo, ex contractu pupillorum meorum, quos tibi reddere debebo Idibus Martiis probos. Et in *l* 26. Decem quæ Lucius Titius ex arca tua acceperat, ſalva ratione uſurarum, habes apud me, Domine. Similiter valet conſtitutum, ſi quis dicat, Satisfaciam tibi pro eo debito. item, Satisfiet tibi a me. quid, ſi imperſonaliter dicat, Satisfiet? eum teneri, Juſtinianus negat *Auth. Si quando C. h. t.*

Neſcio an addam hactenus dictis de forma & modo conſtituendi, nihil vetare, quo minus in diem fiat conſtitutum: nam & pactum in diem fieri conſtat. præterea evici ſupra, hujus verbi poteſtate contineri; ut qui pecuniam debitam conſtituit, ejus ſolutionem in diem polliceri intelligatur. quid, ſi dies etiam ſolet conſtituti formulis inſeri? exempla præſens Titulus habet complura. Illa difficilior fuit quæſtio, ipſa moleſta Veteribus, (ut in *l.* 2. *C. h. t.* refert Juſtinianus) an valeat conſtitutum pure factum ſine die? Et quod ad Edicti verba attinet, nil refert, utrum pure, an in diem conſtituatur: late enim patent Edicti verba. adhæc poteſt pactum cui aſſimilatur conſtitutum, tam pure, quam in diem, fieri. Sed hæret Paulus *l.* 21. §. 1. *D. h. t.* confirmans, dici poſſe, te non teneri. nec ſine ratione: nam ſi pure conſtituatur ſine die; poſſet cum conſtituente agi ſtatim. at huc non ſpectat conſtitutum; ſed ut in diem differatur exactio. accedit, quod Prætor hanc actionem pollicetur demum; ſi paret, eum qui conſtituit, ad diem non ſolvere, neque feciſſe, quo minus fieret quod conſtitutum eſt. at non poteſt fieri, ut per conſtitutum eodem tempore & obligatio naſcatur, & mora contrahatur. quin prius eſt; ut obligetur is qui conſtituit, & in mora deinde conſtituatur. quare ſi pure conſtituat quis quod pure debet, quia non poteſt ſtatim & teneri & conveniri; prope eſt, ne valeat conſtitutum: ejus natura & fine repugnante. Sed placuit tandem Paulo, rem benignius interpretari; & quod actum eſt, ita accipere ex natura conſtituti, quaſi ei tacite inſit tempus: intra quod conſtituens ſatisfacere & poſſit & debeat: ac ſi non faciat ſatis, hoc Edicto teneatur. Viſum autem eſt illi, ſufficere tempus decem dierum *d. l.* 21 §. 1. *D h. t.*

Similis fuit apud Veteres dubitatio, an valeat conſtitutum pecuniæ ſub conditione debitæ. ejus litis meminit Juſtinianus *l.* 2. *C. h. t.* finge, pecuniam deberi ſub conditione. an ea poteſt pure vel certa die conſtitui? dubitatio vertitur:

H h 3 quod

quod Prætor actionem non pollicetur; nisi appareat, pecuniam tum, cum constituebatur, fuisse debitam *l.* 18. §. 1. *h. t.* quod autem debetur sub conditione, non est debitum, quamdiu non existit conditio, quia ante dies neque cessit, neque venit, tantum spes est, debitum iri existente conditione *l.* 213. *D. de verb. signif.* sive igitur pure, sive in diem, constituatur debitum sub conditione, ante existentem conditionem non est constitutum: quia ante non est debitum, & ut maxime constituatur pure vel in diem, ante non potest peti: nulla ante nata actione. Vides difficultatem. Accipe solutionem. Conditio, postquam extitit, solet retro trahi, & deinde haberi conventio, ac si pura ab initio fuisset. Ita putemus, constitutum debiti sub conditione sub eadem suspendi conditione sub qua debitum suspenditur: eaque existente, utramque tenere actionem: deficiente, utramque deperire. Sic Paulus *l.* 19. *h. t.* pure vel in diem constituto debito sub conditione. quid si pure debitum sub conditione constituatur? Paulus *d. l.* §. 1. ait, actionem esse, non quidem directam, sed utilem. & recte: non enim potest directa ex constituto venire: ubi: ut in proposito, non valet constitutum: retinentibus ejus finem; qui unus est, debiti exactionem in diem differre. at adjecta hic conditio non tam differt ejus executionem, quam ipsam suspendit obligationis vim ac substantiam. non igitur valet constitutum debiti puri sub conditione factum: quia abhorret a fine & natura constituti; nec potest ex eo agi actione directa. Ait tamen Paulus, placuisse Pomponio, hic constituto, quod æquitati convenit, post existentem conditionem, concedere actionem utilem, neglecta subtilitate actionis directæ.

Tandem consideremus actionem constitutoriam. eam Prætor in *l.* 16. §. 2. *& l.* 18. §. 1. *h. t.* sic promittit: *Si appareat, eum qui constituit, neque solvere, neque fecisse, neque per actorem stetisse, quo minus fieret quod constitutum est, eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse.* Ut hæc actio est nova & remota a rigore juris civilis, ita Prætor eam circumspecte pollicetur sub conditione, & quidem duplice: prorsus, ut altera deficiente, eam non promittat. prior conditio est: Si appareat, stetisse per reum & non stetisse per actorem, quo minus solveretur, aut fieret quod constitutum est. Sensus est: actionem de constituta pecunia demum dari; si appareat, reum fuisse in mora; actorem non fuisse. Primum oportet reum fuisse in mora. quo tempore? Hanc quæstionem Ulpianus *l.* 16. §. 4. sic proponit & finit: *Hæc autem verba Prætoris,* Neque fecisse reum quod constituit, *utrum ad tempus constituti pertinent, an vero usque ad litis contestationem trahimus? & puto, usque ad tempus constituti.* Igitur si reus tempore constituti non fuerit in mora, actor fuerit: apparet, actori volenti postea agere, denegari actionem. utique, si per ipsum steterit, quo minus fieret quod constitutum sit: nam sic sonant Edicti verba. sed quid si non per eum stetit, verum per rerum naturam? silent Edicti verba: sed Ulpianus putat, convenire Prætoris sententiæ, ut adhuc reo subveniri debeat *d. l.* 16. §. 3. Ut igitur obtineat actio de constituta pecunia, oportet reum in mora fuisse ad diem constituti; actorem non fuisse in mora: & si intervenerit actoris mora; apparet, defecisse conditionem sub qua hanc actionem dedit Prætor. Plane, si reus in mora fuerit ad diem, & alia die offerat quod constituit, nec actor accipere velit, cum nulla sit justa causa non accipiendi: adhuc dicit Paulus *l.* 17. *D. h. t.* æquum esse, reo succurri aut exceptione, aut justa interpretatione, ut factum actoris usque ad tempus judicii ipsi noceat: quasi illa verba, *Neque fecisse*, hoc significent, neque in diem in quem constituit, fecerit, neque postea. Atque hunc in sensum etiam Ulpianus *l.* 18. *h. t. Item*, inquit, *illa verba*, Neque per actorem stetisse, *eandem recipiunt dubitationem. Et Pomponius dubitat, si forte ad diem constituti per actorem non steterit, ante stetit vel postea; Et puto, & hæc ad diem constituti referenda: proinde si valetudine impeditus, aut vi aut tempestate petitor non venit, ipsi nocere, Pomponius scribit.* Illud non negaverim, quod actor, ubi fuit in mora accipiendi constitutum; eoque non habeat deinceps actionem constitutoriam ad consequendum ei constitutum: non idcirco destituitur actione quam ante constitutum habebat ad pecuniam debitam. nam constituto non liberatur prior obligatio *l.* 15. *D. de in rem verso.* imo Gajus *l.* 28. *D. h. t. Ubi quis*, inquit, *pro alio constituit se soluturum, adhuc is pro quo constituit, obligatus manet.* Atque hoc si est: liquet, constituto non fieri novationem: numquam contingentem, nisi sublata priore obligatione *l.* 1. *D. de novat.* Probabile igitur est, actorem eo quod impeditur agere actione constitutoria, deficiente ejus conditione, non impediri, adhuc vetere uti actione quæ ei salva est. Cæterum ut utraque concurrat obligatio, vetus & nova de constituta pecunia: tamen solutione ex una facta, tollitur utraque. solutione, inquam; non litis contestatione. sic Ulpianus *l.* 18. §. *ult. h. t.* & recte: nam litis contestatio, etsi aliquatenus habetur pro novatione; tamen necessaria est, & a voluntaria hac in parte distinguitur *l.* 29. *D. de novat.* Satis de priore conditione sub qua actionem constitutoriam proponit Prætor. Quæ altera? his continetur Edicti verbis: *Eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse.* Hæc verba (ut Ulpianus scribit *d. l.* 18. §. 1.) interpretationem pleniorem desiderant. nam primum efficit; ut, si quid tunc debitum fuit, cum constitueretur, nunc non sit, nihilominus teneat constitutum: quia retrorsum se actio refert. proinde temporali actione obligatum, constituendo teneri debere, Celsus & Julianus scribunt: licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. Quare & si post tempus obligationis se soluturum constituerit, adhuc idem Julianus putat: quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licet in id tempus, quo non tenebatur.

Ex hactenus dictis intelligitur, eum qui pecuniam debitam constituit, ei cui constituit teneri actione constitutoria. idemque est, si non constituit quidem, sed adversarius eo postulante juraverit, pecuniam sibi ab eo esse constitutam *l.* 25. §. 1. *h. t.*

Exspectas, ad quid hæc actio detur. non ero in mora. datur ad hoc; ut is qui constituit solvat constitutum. quid, si malit debitum solvere, quam constitutum? fac; illud aut illud debuit: alterum constituit. estne audiendus, alterum solvere malens? negat Papinianus, esse audiendum; si velit hodie fidem constitutæ rei frangere *d. l.* 25. *D. h. t.* Oportet igitur eum qui constituit, solvere quod constituit. Inde quæritur apud Paulum *l.* 21. §. 2. an qui solvere constituit, satisfactione defungi possit? Pauli verba sunt: *Constituto satis non facit, quo soluturum se constituit, si offerat* satisfactionem. *Si quis autem constituat,* se satisdaturum, *fidejussorem vel pignora det, non tenetur, quia nihil interest, quemadmodum satisfaciat.*

Sic

Sic Florentiæ editur. sed legendum: *Si quis autem constituat*, se satisfacturum, *fidejussorem.* &c. Sensus Pauli: quod qui constituit, se soluturum, is offerendo satisfactionem non implet creditoris intentionem: quia aliud est solvere, aliud satisfacere. nam solutionem accipere tenetur creditor, etiam invitus: at satisfactionem admittere invitus non cogitur; etsi satisfactio a volente creditore admissa debitori cedat pro solutione *l.* 6. §. 1. *D. Quib. mod. pign. solv.* Sed Paulus *d. l.* 21. §. 2. non quærit de eo qui volenti cupiat satisfacere: sed de eo qui invito offerat satisfactionem; postquam constituit solutionem: & ait, hunc oblata satisfactione non implere constitutum. longe aliter, ac si constituit se satisfacturum; & paratus est, ei fidejussorem vel pignora dare. hic enim etsi non offerat solutionem, tamen si pignora vel fidejussorem obtulit, constituto satisfecit: quod, ut Paulus ait, nihil interest, qnemadmodum satisfaciat. Non minus convenit Edicti verbis: ne qui sit paratus solvere aut facere id quod constituit, nisi solidum solverit aut fecerit, constituti obligatione liberetur. id placet, si unus vel pro se vel pro alio constituerit: imo etiam, si duo, quasi duo rei, constituerimus. nam & tum cum altero in solidum agi, Ulpianus finit *l.* 16. *D. h. t.* Justiniano tamen visum *l.* 3. *C. d. t.* epistolam D. Hadriani quæ de periculo inter mandatores & fidejussores loquitur, vel in his qui pro aliis pecunias simul constituunt, obtinere: hac allata causa; quod æquitatis ratio diversas actionum species excludere nullo modo debet. Sed apparet, eum qui constituit teneri id quod constituit solvere. utique, si extat: sic enim potest solvere. at si perierit, cum per eum staret, quo minus solveret: jam quia non potest solvere quod promisit, necessitate fit; ut in locum constitutæ rei succedat ejus æstimatio. auctor Julianus *l.* 23. *h. t.* verbis sequentibus: *Promissor hominis, homine mortuo, cum per eum staret, quo minus traderetur, etsi hominem daturum se constituerit, de constituta pecunia tenebitur, ut pretium ejus solvat.*

Expositis plerisque ad intellectum actionis constitutoriæ pertinentibus, adhuc monet Ulpianus *d. l.* 18. §. 2. e re esse, hic subjungere, utrum pœnam contineat illa actio, an rei persecutionem? Speciem pœnæ habebat: quod proposita a Prætore adversus moram non solventis sua die constitutum, poterat proposita intelligi in pœnam ruptæ fidei. Sed Marcello visum, magis esse, ut sit rei persecutio. idemque probat Ulpianus. & recte: ut enim Prætor hanc actionem demum promittat; si appareat, eum qui constituit, neque solvere, neque fecisse: tamen non aliam illi præfert causam, quam conventionem: ac secundum hanc facit quidem creditori jus persequendi constitutum: sed eum ultra egredi non sinit. non est igitur hæc pœnalis actio, sed rei persecutoria. ab eaque causa non tantum heredi, sed adversus heredem quoque, competit, & perpetuo. sic sane rescribit Imp. Gordianus *l.* 1. *C. h. t.* & Justinianus *l.* 2. etsi olim, ipse ait, non in omnibus casibus esset longæva, sed in speciebus certis annali spatio concluderetur.

TITULUS VI.

Commodati vel contra.

Nunc redeo e diverticulo in viam. dixit in *l.* 1. *D. de rebus creditis* Ulpianus, Prætorem, sub Titulo, De rebus creditis, non tantum de mutuo edixisse, sed de commodato quoque & pignore. exposito igitur mutuo, id est primo contractu qui re contrahitur; sequitur secundus commodatum. Est vero, contractus juris gentium bonæ fidei quo corpus gratis utendum datur ad certum finem aut tempus: ea lege; ut finito usu aut tempore, idem corpus non deterioratum restituatur. De hoc contractu exstant in *l.* 1. sequentia Prætoris verba. *Quod quis commodasse dicetur, de eo judicium dabo* Hujus autem Edicti interpretationem non esse difficilem, Ulpianus ait §. 1. unum solummodo notandum: quod qui Edictum concepit, commodati fecit mentionem, cum Pacuvius utendi mentionem fecit. Pacuvius fuit Edicti auctor. is sic scripsit: *Quod quis utendum dedisse dicetur* pro eo qui Edictum concepit, hic est Julianus, compilator Edicti perpetui, reposuit, *Quod quis commodasse dicetur.* Res minime insolita: & sub Titulo, Quod metus causa, & De pactis, a me similiter notata. Emendavit igitur Julianus Pacuvii vetus Edictum, restituto aptiore verbo. Dices, commodari & utendum dari confundi *l.* 54. § 1. *D. de furtis*, & §. 2. *Inst. Quib. mod. re contrab. oblig.* At hoc cum fit, a verborum proprietate receditur. tantum enim interesse inter commodatum & utendum datum, Labeo auctor est, quantum inter genus & speciem *d. l.* 1. §. 1. itaque constat, usum non in commodato solum contineri, sed etiam in locatione & precario: cum hæc a commodato valde distent. Nam locatio est res ad usum data cum diffinitione mercedis; ut Isidorus loquitur, *lib.* 5. *Origin. c.* 25. Commodati causa gratuita §. 2. *Inst. Quib. mod. re contrab. oblig.* Usus igitur locato comparat commodatum. merces separat utrumque. Inter precarium ac commodatum quoque est differentia. in precario enim petenti precibus quid conceditur utendum, quamdiu is qui concessit, patitur *l.* 1. *D. de precario.* at commodati usus modo aut tempore includitur. ita potest precarium, cum videtur danti, revocari; licet is qui accepit, nondum usus sit. est enim hæc precarii lex & forma, spectans magis ad beneficium, quam ad negotii gestionem *l.* 2. §. 2. *l* 14. *D. de precario.* commodatum non potest intempestive revocari: quia ex præscripto fine & modo datur commodatario; & ideo ne commodans retro agat, ac finem denuo præscribat, impedit non officium tantum, sed & suscepta obligatio inter dandum accipiendumque *l.* 17. §. 3. *h. t.* Sic nostri. etiam Isidorus *d. lib.* 5. *Origin. c.* 25. Verba Isidori: *Commodum est id quod nostri juris est, & ad alios temporaliter translatum est, commodum temporis quamdiu apud eum sit. unde & commodum dictum est. precarium est, dum prece creditor rogatus permittit debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari, & ex eo fructus capere. Et dictum precarium, quia prece additur: quasi dictum precadium. r pro d. litera commutata.*

Sed apparet, commodare proprie esse rem dare gratis utendam ad certum finem modumque. proinde non consensu perfici commodatum; sed traditione ex consensu facta usus causa: eique consequens esse; ut commodatæ rei proprietas, etiam possessio, maneat apud commodantem: propterea quod usus & quidem certus ac temporalis ad quem spectat commodatum, cum haberi possit salva rei substantia, nec dominii nec possessionis eget. argumento est, locatio & conductio: ex qua re con-

conducta utitur conductor ita, ut locatorem agnoscat dominum ac possessorem; ejusque possessioni sua detentione ipse præbeat ministerium. quod si in locato obtinet: cur in commodato aliter sit, causa non est. præterea nostros *l.* 8. & 9. *b. t.* sic Isidorus *d. loc.* addo, Seneca, *Epist.* 120. Verba Senecæ: *Magnus animus, conscius sibi melioris naturæ, dat quidem operam, ut in hac statione qua positus est, honeste se atque industrie gerat. cæterum nihil horum quæ circa ipsum sunt, suum judicat, sed ut commodatis utitur peregrinus & properans* Res clara ac certa. nisi difficultatem accipit a precario: in quo ut eadem sit ratio quæ est commodati: tamen possessio transit. Sed interest: quod precarium neque ad tempus, neque ad modum, datur. imo pro arbitrio dantis manet apud rogantem, aut ab eo revocatur. interim potest rem precario accipiens, ea uti frui vel in perpetuum, modo danti videatur. quid ni possit eam precario possidere: videlicet eam, si sic ferat casus, tuiturus interdictis, Uti possidetis, & Unde vi. quod in commodato, in quo usus tempore aut modo circumscribitur, non est necessarium. Habet igitur commodatarius nudam detentionem, non possessionem, multoque minus dominium commodatæ rei. ideoque nihil refert, quæ res commodetur, propria, an aliena *l.* 15. & 16. *b. t.* In mutuo aliter est: differentiam faciente re de qua contrahitur. nam mutuum respuit corpora, tantum admittit quantitates quarum usus omnis consumptione constat: nec est consumptio, nisi translato dominio. igitur nec est mutuum, nisi dominium proficiscatur. commodatum vero est corporum: quorum ut est usus salva substantia: ita ut sit commodatum non est opus, mutari dominium. Atque ita est: non potest commodari id quod usu consumitur: nisi forte (quod Ulpianus observat *l.* 3. §. *ult. b. t.*) ad pompam vel ostentationem accipiat. quo in numero sunt nomismata aurea vel argentea vetera quibus pro gemmis uti solent: quorum usumfructum legari posse, Pomponius censet *l.* 28. *D. de usufructu.* de quibus egi diligenter *lib.* 1. *De usufructu. c.* 4. Non minus observandum, quod Gajus *l.* 4. *b. t.* *Sæpe etiam*, inquit, *ad hoc commodantur pecuniæ, ut dicis gratia numerationis loco intercedant.* Sic legit Antonius Augustinus, *lib.* 2. *Emend. c.* 2. & erudite observat, hoc verbo, *dicis causa*, significari, aliquid non serio & vere fieri; sed simulate, atque ut videatur officio, aut jure civili, defungi is qui facit. exemplum ejus rei *l.* 1. §. 34. *D. de Senatusc. Silan.* Eo vero modo id in *d. l.* 4. accipi a Gajo, probabile mihi fit ex Inscriptione, *Gajus lib.* 1. *De Verborum Obligationibus.* apparet enim, loqui de verborum obligationibus; in quibus est stipulatio. fuit autem in ea aliquando observatum; ne alias perficeretur, tollereturve, quam interveniente ære & libra: ut demonstravi, *lib. sing. Ad Edictum, De pactis, c.* 8. unde possit hic esse Gaji sensus, Sæpe ad hoc commodari pecunias: ut interveniente pecuniæ alicujus, verbi gratia, nummi sestertii, commento, atque imagine, juri civili convenienter perfecta esse stipulatio videatur. Illud parvi refert, utrum res mobiles, an immobiles, commodentur. credidit quidem Labeo, commodari rem mobilem, non etiam soli; utendam dari etiam soli: & verisimile est Doctissimum illum Virum, ut sic sentiret, fuisse aliqua inductum ratione: sed hanc non attulit Ulpianus, cum eum refutat *l.* 1. §. 1. *b. t.* tantum dixit, Sed, ut apparet, proprie commodata res dicitur, & quæ soli est. idque & Cassius existimat. Vivianus, auctore Ulpiano *d. l.* 1. §. 1. amplius etiam habitationem commodari posse, ait. Sed esse tutius præscriptis verbis agere, ipse censet Ulpianus *l.* 17. *D. de præscriptis verbis*, & quod Inscriptio utriusque loci ostendit, eodem *libro* 28. *Ad Edictum:* quare uterque hoc modo optime conjungitur.

Ait Prætor, *De eo judicium dabo.* Ex hac clausula intelligitur, (quod Paulus observat *l.* 17. §. 3. *b. t.*) commodato negotium geri invicem & ideo invicem propositas esse actiones: ut appareat, quod initio beneficii ac nudæ voluntatis fuerat, converti in mutuas præstationes actionesque civiles. Est igitur commodatum contractus, qui parit actionem commodati, & quidem duplicem, directam & contrariam. Prior est directa: eaque commodati per excellentiam vocatur in Rubrica: etiam principalis *d. l.* 17. §. 1. Altera commodati actio dicitur contraria *d. l.* 17. §. 1. & passim: quia, ut Rubrica indicat, datur *contra*, id est, vicissim, vel e diverso: Ut notat Cujacius *lib.* 9. *Observ. c.* 2. eo verius: quia hoc *contra* sic sumitur apud Terentium, *Eunuch.* 2. 3. *vers.* 64, & 3. 1. *vers.* 54. Est vero utraque actio bonæ fidei *l.* 3. §. 2. *b. t.* §. 28. *Inst. de actionib.*

Primum videbo de actione commodati directa. ea datur ei qui commodasse dicetur. sic loquitur Prætor: & quia non distinguit eum; etiam fur & prædo, si commodaverint, habebunt commodati actionem: est enim commodatum *l* 15. & 16. *b. t.* & eorum interest *l.* 1. §. 39. *D. depositi*, atque ex honesta causa: si præsertim dicat, sua interesse eo quod domino tenetur rei vindicatione, vel ad exhibendum: quamvis aliter sit; si dicat, se domino teneri actione furti aut condictione furtiva: priore enim casu tenetur ut qualiscumque possessor; posteriore ut fur, id est, improbe *l.* 12. §. 1. *l.* 14. §. 3. & 8. *D. de furtis.*

Datur igitur actio commodati directa commodatori: nec dubium est, quin detur adversus commodatarium. An omnem? utique, si valet commodatum. alioquin contra est: ut, si impuberi aut furioso res sine tutore aut curatore commodata sit. quia enim carent consensu; ideo non consistit commodatum, nec adversus eos commodati actio competit *l.* 1. §. *ult. b. t.* sed ad exhibendum dabitur actio: ut res exhibita vindicetur *l.* 2. *b. t.* estque ejus juris ratio: quod pupilli aut furiosi sine tutoris aut curatoris auctoritate ac consensu non obligantur, quoties necessarius est eorum consensus: sed, ubi ex re nascitur obligatio, id est, quasi ex contractu, etiam sine tutore aut curatore tenentur *l.* 46. *D. de oblig. & act.* Plane, si locupletior factus sit pupillus: dicemus, eum utili commodati actione teneri ex Rescripto D. Pii *l.* 3 *b. t.* Idem: si doli capax sit pupillus, & in re commodata quid dolo malo egit. non videtur quidem mihi hoc venire ex regulis juris; (nam secundum has aliter respondet Ulpianus *d. l.* 1. §. *ult.*) sed adversus has receptum esse per consequentiam Rescriptum D. Pii. ac dubito: an ad hunc modum in causa depositi idem disputet Ulpianus *l.* 1. §. 15. *D. depositi.*

Datur igitur directa commodati actio adversus commodatarium. quid, si sit filiusfamilias aut servus? Ulpianus *d. l.* 3. §. 4. & 5. sermone parum accurato, sed sano intellectu adjuvando, sic scribit: Si filiofamilias servove commodatum sit, dumtaxat de peculio agendum erit: cum filio autem familias ipso & directo quis poterit. sed & si ancillæ vel filiæfamilias commodaverit, dumtaxat de peculio erit agendum. sed non tantum ex causa doli earum personarum pater vel dominus condemnetur, sed & ipsius quoque domini vel patris fraus dumtaxat venit: ut Julianus lib. 11. circa pigneratitiam actionem distinguit. Est & quæ-

quæſtio de eo qui nobis bona fide ſervit: de quo Pomponius *l.* 13. §. 2. *h. t.*

Hæc; ſi unus ſit commodatarius. quid, ſi duo ſint? fuit quæſitum, utrum actio adverſus ſingulos competat in ſolidum; an pro portione? ſed Ulpiano *l.* 5. §. *ult. h. t.* placet ſententia Celſi filii; exiſtimantis, utrumque in ſolidum teneri: quaſi commodator ſit in ſolidum utriusque fidem ſequutus. Nec obſtat Africanus *l.* 21. §. 1. *h. t.* Nam hic commodator eſt utriusque, non ſingulorum fidem in ſolidum ſequutus. illi etiam vaſorum periculum conjunctim ſuſceperunt: pacti, ut eſſet commune periculum: id eſt, ut quisque præſtaret periculi partem: non ut unus ſolveret ſolidum. ita ſinguli ex natura contractus, niſi aliud placeat, in ſolidum hac actione tenentur. & obſervandum quod Ulpianus in *d. l.* 5. §. *ult.* addit; quod quodammodo duo rei habentur: ſic, ut ſi alter conventus præſtiterit, alterum liberet, & ambobus competat furti actio: de quo Cujacius *lib.* 26. *Obſerv. c.* 26.

Cæterum, ſicut hæc actio datur adverſus commodatarium: ita datur adverſus ejus heredes: & ſi plures ſint, pro portionibus hereditariis: niſi ſi quis ex ſuo facto conveniatur *l.* 17. §. 2. *h. t.* aut niſi unus habeat facultatem reſtituendæ rei totius *l.* 3. § 3. *h. t.* ubi Charondas *in Notis margin.*

Nunc dicam, ad quid detur commodati actio, & quod in ea ſit officium Judicis. id oſtendet formula, a Prætore præſcribi ſolita. ea formula fuit: quidquid te mihi ex commodato dare facere oportet ex fide bona. ea formula convenit his Edicti verbis, Quod quis commodaſſe dicetur, de eo judicium dabo. Edicto non addidi verba, ex fide bona: quia non Edicto debentur; ſed Juriſconſultis: qui (ut apparet ex *l.* 2. §. 6. *D. de orig. juris*) ex Legibus atque Edictis actionum formulas compoſuere, pro publica utilitate, & in propoſito ex natura contractus ex utroque latere obligatorii. ſed hanc evincit *l.* 3. § 3. *h. t.* & §. 28. *Inſt. de actionib.* Ante omnia igitur dicam, hanc actionem competere ad reſtitutionem rei commodatæ: ſi commodatarius eam teneat ultra præſcriptum tempus; aut eam transferat ad alium uſum, quam accepit. eſt enim commodato proprium, ut habeat certum modum aut tempus. ita, ſi commodatarius re commodata uſus ſit ad eum modum aut tempus, extinguitur commodatum: & convenit bonæ fidei, ut eam repoſcenti commodatori reſtituat *l.* 5. §. 8. *D. & l.* 2. *C. h. t.* Utrum in genere; an in ſpecie? hoc magis eſt. &, ne opus ſit cæteris quæ attuli ſupra, adſcribam hæc verba Agrætii, Veteris Grammatici. *Commodamus amico pro tempore equum, ſervum, hanc ipſam rem quam dedimus recepturi.* Sic ſi una res commodata ſit. Sed finge, duas eſſe commodatas. poteſtne de altera agi commodati? Vivianus quidem putat. ſed Paulus ait, Pomponio id ita videri verum: ſi ſeparatæ ſint. nam eum qui carrucham puta vel lecticam commodavit, non recte acturum de ſingulis partibus. Sic ille *l.* 17. §. 4. *h. t.* cum eaque poteſt conjungi *l.* 36. *D. de evict.* quæ eſt ex eodem libro. Quid, ſi reddatur res commodata, ſed deterior? non videtur reddi: quia non patitur interpretatio bonæ fidei, ut intelligatur redditum quod non eſt ita redditum, ut oportet ex bona fide. unde conſequens eſt, cum deterior facta reſtituitur res commodata, nec id quod intereſt, præſtatur, adhuc eam recte peti judicio bonæ fidei *l.* 3. §. 1. *h. t.* licet in ſtrictis judiciis de dolo actio deſideretur *l.* 7. § 3. *D. de dol. mal.* Sive igitur non poſſit reddi res commodata; ſive non aliter, quam deterior; locus eſt actioni commodati: præſertim, ſi quid in ea re factum ſit dolo malo. eſt enim alienum a bona fide: ut quem beneficio affecerim, is mihi injuriam referat pro gratia. idque in tantum verum eſt, ut ne conveniri quidem in commodato poſſit, Ne dolus præſtetur *l.* 17. *h. t.* At non tantum de dolo tenetur commodatarius: ſed de culpa quoque. nec diſtinguo, utrum ſit lata, levis, an leviſſima. Optime enim Ulpianus *l.* 10. *h. t.* Eum qui rem commodatam accepit, ſi in eam rem uſus eſt, in quam accepit, nihil præſtare; ſi eam in nulla parte deteriorem fecit, verum eſt: nam ſi culpa ejus fecit deteriorem, tenebitur. ſic Ulpianus. nec minus plene Gajus *l.* 18. *h. t.* a commodatario omnem præſtari culpam. nimirum, quia plerumque ſolius vertitur commodatarii utilitas. ſic vero in *l.* 5. § 2. *h. t.* definit Ulpianus. Atqui aliud eſt in precario: etſi hoc quoque totum ſpectet ad accipientis utilitatem. nam qui precario accepit, tantum præſtat dolum & culpam latam *l.* 8. § 3. *D. de precario.* Sed ſalva res eſt: differentiam inter commodatum & precarium faciente utriusque natura. contrahitur enim commodatum præſcripto utendi fine & modo: eoque non poteſt intempeſtive revocari *l.* 17. §. 3. *h. t.* at precarium non ſic datur; ideoque poteſt revocari ſemper, etſi is qui precario accepit nondum uſus ſit *l.* 1. *l.* 2. §. 2. *l.* 12. *D. de precar.* ac merito poteſt imputari ei qui cum ſuſpectam haberet diligentiam ejus cui precario dedit, precarium, ut poterat, non revocavit. Ipſe ſic Ulpianus *d. l.* 8. §. 3. Nec quid turbat hoc ejusdem Juriſconſulti, *Cuſtodiam plane commodatæ rei etiam diligentem debet præſtare. l.* 5. §. 5. *h. t.* Non enim hic dicitur, commodatarium debere commodatæ rei præſtare cuſtodiam diligentem: ſed cuſtodiam plane diligentem. qualis cuſtodia eſt diligentiſſima: eodemque modo ſic dicitur ab Ulpiano, quo Juſtinianus §. 2. *Inſt. Quib. mod. re contrah. oblig. Is*, inquit, *qui utendum accepit, ſane exactam diligentiam cuſtodiendæ rei præſtare jubetur.* nam *ſane exacta* eſt valde exacta. & ita quoque, *ſane iniquum* eſt valde iniquum § 30. *Inſt. de actionibus*; & homo quispiam *ſane doctus* pro *valde doctus*, apud A. Gellium, *lib.* 3. *Noct. Attic. c* 1. Sed hoc quod dixi de omni culpa in commodato præſtanda, demum verum eſt: ſi ſolius verſetur commodatarii utilitas. nam ſi utriusque ſit; tum tantum levis præſtatur *d. l.* 18. *h. t.* imo, ſi ſolius commodantis cauſa ſit commodatum, ut aliquando talis occurrit caſus: rationis eſt, dolum ſolum præſtari: idemque ſervari, ſi ita convenit *l.* 5. § 10. *h. t.* De caſu fortuito videamus. huic non poteſt reſiſtere humana infirmitas: non enim poteſt eum prævidere; & ſi prævideat, certe prævenire nequit. idcirco in nullo bonæ fidei judicio præſtatur *l.* 23. *D. de regulis juris.* nec eſt cauſa, cur eo nomine teneatur commodatarius: ſi modo is caſus non ipſius culpa intervenerit. alioquin rationis eſt, commodatarium teneri, propter culpam ante caſum admiſſam, & ob ſecutum caſum non excuſandam. idem jus eſt: ſi, cum incidit caſus, adhuc aliqua commodatarii deprehendatur culpa; etſi nulla fuerit ante caſum. alterum notat Juſtinianus §. 2. *Inſt. Quib. mod. re contrah. oblig.* utrumque Ulpianus *l.* 5. §. 4. *& 7. D. h. t.* Cæterum, ut de caſu fortuito non teneatur commodatarius; præſtanda tamen ab eo in re commodata præter culpam eſt diligentia, ſive cuſtodia *d.* §. 2. *d. l.* 5. §. 2. usque adeo, ut debeat non in ipſa tantum re commodata, ſed in ejus quoque acceſſione præſtari pone: equam tibi commodavi. eam pullus comitabatur. etiam pulli te cuſtodiam præſtare debere, Veteres reſponderunt *d. l.* 5. §. 5. & 9.

Convenit igitur Judicis officio in hac actione: ut res commodata commodatori ex fide bona non deteriorata restituatur: alioquin æstimetur quod actoris interest, ei ita restitutam esse. proprie enim, ut dixi, non videtur reddita quæ deterior redditur *l.* 3. §. 1. *h. t.* Porro cum ea fit æstimatio, rei judicandæ tempus, quanti res sit, observatur: ut in cæteris bonæ fidei judiciis fieri solet: quamvis in stricti juris judiciis plerumque litis contestatæ tempus spectetur. Ne hoc quidem prætermittam: quod hæc æstimatio interdum fit per actorem, interdum per Judicem. & ab actore fit jurejurando in litem ex ejus affectione in infinitum; cum rei dolus accusatur. a Judice contra fit ex rei veritate, quanti actoris intersit; si non rei dolus, sed culpa intervenerit. Hoc nunc ex *l.* 3. §. 2. *&* *l.* 5. §. 1. *D. h. t.* saltem attingo obiter: quia de omnibus bonæ fidei judiciis de restituendo loquentibus egi supra sub Titulo, *De in litem jurando.* Affinis superiori observationi est adhuc sequens: quod actor, si susceperit oblatam litis æstimationem, rem accipientis facit, maxime præsentem: absentem vero tunc, cum reus possessionem est ex voluntate actoris nactus. & ideo nec est a ratione alienum, litem a Judice non æstimari aliter, quam si caverit actor, per se non fieri, ne ejus rei possessio tradatur *l.* 13. *D. d. t. juncta l.* 46. *&* 47. *D. de rei vindic.* Sed de directa commodati actione satis. Oblivisci tamen me non oportet: quod cum ea concurrunt actiones aliæ; ut furti: cujus exemplum apud Ulpianum *l.* 5. §. 8. *D. h. t.* Gellium *lib.* 7. *Noct. Attic. c.* 15. & Valerium Maximum *lib.* 8. *c.* 2. §. 4. Ulpianus *l.* 14. *d. t.* etiam meminit condictionis ex causa furtiva. tum in *l.* 7. §. 1. *&* *l.* 18. §. 1. *eod.* actionis ex Lege Aquilia. quamquam ut ex una percepto quod debetur, altera tollatur aut minuatur, auctore Paulo *l.* 34. §. *ult. D. de oblig. & act.* & ad eum Pacio *Centur.* 4. *quæst.* 43.

Restat actio commodati contraria; ipsa ex interpretatione bonæ fidei profecta. præbet argumentum, quod non semper datur; sed justis demum ex causis. exempla non addo. sunt elegantia & clara in *l.* 18. §. 2. *&* 3. *l.* 17. §. 3. *& ult. l.* 5. §. 8. *l.* 21. *D. h. t.* Unum patere moneri: quod contraria actio potest directæ opponi per modum exceptionis jure pensationis, seu retentionis *d. l.* 18. §. *ult.* & est mihi suspicio, illam ab hac forma cœpisse primum; atque ut jura paulatim increscunt movente utilitate; mox invaluisse usu, ut etiam posset sine principali institui ultro *l.* 17. *h. t.* Ita non est inutilis aut supervacua contraria actio. sed hoc licet intelligere ex *d. l.* 18. §. *ult.*

TITULUS VII.

De pigneratitia actione vel contra.

Commodatum excipit pignus: tertius contractus re constans. est autem pignus, contractus juris gentium, bonæ fidei, quo res creditori datur in securitatem debiti: ea lege, ut soluto debito, aut cum pro eo erit satisfactum, eadem res non deteriorata restituatur. Hæc definitio, mea opinione, est propria hujus loci: accommodata videlicet Edicto, sub hoc Titulo proposito. alioquin duplex fuit contractus: vel in specie pignus, sive contractus pigneratitius; vel fiducia, sive contractus fiduciarius. formam priorem tenes: in posteriore observabo solum: quod solemnis erat; fieri demum solita interveniente mancipatione, vel cessione in jure, addito pacto de remancipando, exsoluto debito, verbi gratia. Quia autem illa solemnitas suas habebat ambages, etiam difficultates minime necessarias: pro communi utilitate forte placuit primum Jureconsultis in Fori disputatione, ac deinde Prætori in Edicto, rejecta scrupulositate supervacua ac molesta, rem totam eo modo quo nostra præivit definitio, ad naturalem simplicitatem revocare. Nolui hoc silentio prætermittere: arbitratus, interesse Jurisprudentiæ elegantioris, ut alias, ita hic, non ignorari juris originem progressumque, simul rationem informati obliteratique contractus fiduciarii, cujus frequens apud Veteres est memoria, sed a Triboniano in Corpore Juris Justinianei nusquam relictum nomen, vix vestigium, ob nullum deinceps ejus futurum usum. Testimonia ejus quod dixi, non appono. Dedi idonea antehac *lib.* 2. *Observ. c.* 7. *&* 8. etiam dabit infra Titulus *De pignoribus* libro XX. nunc quod est hujus loci, aggredior Edictum de contractu pigneratio in specie tali De eo propositum a Prætore fuisse, memorat Ulpianus *l.* 1. *D. de rebus creditis.* formam talem fuisse, mihi persuadeo: *Quod pignori datum esse dicetur, de eo soluta creditori pecunia, aut cum eo nomine ei satisfactum erit, perve eum stabit, quo minus id fiat, judicium dabo.* Ex primis Edicti verbis, *Quod pignori datum esse dicetur*, actio quam Rubrica dicit pigneratitiam, in *l.* 42. *D. h. t.* & *l.* 2. *D. de pignoribus*, vocatur judicium de pignore dato. Est autem pignus, res omnis creditori pro debito obligata. alias hypotheca appellatur. Hoc modo Marcianus in formula hypothecaria, *Inter pignus*, inquit, *& hypothecam tantum nominis sonum differre.* Hæc verba extant in *l.* 5. §. 1. *D. de pignorib.* & spectare ad Formulam hypothecariam, indicio est Inscriptio, *Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.* In præsente Edicto contra est. auctor Justinianus §. 7. *Inst. de act.* Verba Justiniani. *Inter pignus & hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interest. nam de qua re inter creditorem & debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata; utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia est: nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit. at eam quæ sine traditione, nuda conventione tenetur, proprie hypothecæ appellatione contineri dicimus.* In hoc igitur Edicto pignus proprie accipitur quod est traditum *l.* 9. §. 2. *D. h. t.* comparata pigneratitia actione ad restituendam rem pignori datam §. *ult. Inst. Quib. mod. re contrab. oblig.* at restitui, nisi ad creditorem a debitore traditione profecta, non potest. Ad hanc observationem accedit altera: quod Prætor facturus actioni pigneratitiæ locum, non desiderat rem obligatam esse pignoris jure: sed esse datam pignoris causa, quamvis non sit pignori obligata. itaque actio pigneratitia vel hac parte distat ab actione hypothecaria: nam ut hæc obtineat, necesse est, pignus jure contrahi; ideoque duo concurrere: primum, ut sit debitum pro quo res pignori obligetur *l.* 5. *D. de pignorib.* deinde, ut rem pignori pro eo obliget is cujus in bonis ea sit *l.* 6 *C. Si aliena res pign. dat. sit.* neutrum postulat actio pigneratitia: quin illi satis est, rem haberi pignoris loco, etsi pignori obligata non sit. Hoc tam varie: quia actio hypothecaria est in rem: pigneratitia in personam. illa competit adversus quemvis possessorem: ista inter contrahentes tantum.

suppetit

suppetit igitur causa, ne alius ob inutile pignus teneatur actione hypothecaria: quia pignus quod non valet, rem non afficit. ut autem a pigneratitia liberetur creditor, quæ causa est; etsi re ei inutiliter pignori data? sane nulla: non enim iniquum fuerit, eum qui rem qualiter qualiter accepit pignori, perinde ad restituendum teneri, ac si pignus jure esset constitutum *l.* 11. §. 2. *l.* 9. §. 4. *l.* 22. §. 2. *D. h. t.* Atque huc intendisse Gajum *l.* 9. §. 1. *D. de pignorib.* jam pridem conjeci *lib.* 1. *Observ. c.* 7. ex Inscriptione loci: quæ spectat ad hoc Edictum: in quo vera est ejus sententia: cum sub Titulo *De pignoribus*, ubi exponitur Formula hypothecaria, ab absurditate excusari nequeat. Quid igitur est? pignori obligari non potest res aliena, nec magis propria, debito non præcedente: sed utraque potest pignori dari; licet neutra obligetur pignori. Idcirco edixit Prætor, quod pignori datum esse dicetur: non edixit, quod pignori obligatum esse dicetur. multum autem interest inter obligari pignori & dari pignori. priore casu res obligatur: posteriore contrahentium personæ tenentur: res libera est. Utcumque erit: Prætori in pigneratitia actione sufficit, rem pignori esse datam: nec addit causam ex qua sit data. proinde potest pignus dari non ob pecuniam tantum, sed ob aliam quoque causam: veluti, si quis pignus alicui dederit, ut pro se fidejubeat *l.* 9. §. 1. *D. h. t.*

Proponitur igitur in hoc Edicto actio de pignore dato. passim dicitur pigneratitia. est vero directa vel contraria. prior est principalis: eoque pigneratitia in Rubrica per excellentiam appellatur. Datur autem debitori adversus creditorem: sicut inter eos intervenit contractus ex quo nata est: quamquam inter eos non ante vim suam exserit, quam soluto creditori debito, aut cum ei erit satisfactum. Huc ferunt se Edicti verba. & recte: nam cum in securitatem debiti detur pignus: ullone jure erit, sublato debito? atqui tum cessat securitatis causa. putemus igitur, ubi creditori datur, ut securus sit de debito suo; hoc agi, ut eo finito, ex fide bona restituatur. Atque hoc convenire actioni pigneratitiæ, observant Diocletianus & Maximianus *l.* 11. *C. h. t.*

Pollicetur igitur directam pigneratitiam actionem Prætor, soluta pecunia. Solutam autem pecuniam accipe nummis probis: nam his demum contingit debiti liberatio. quod si soluta sit pecunia nummis reprobis: ea non fit liberatio debiti, ideoque perseverat pignus: tantum restituenda debitori reproba pecunia *l.* 24. §. 1. *D. h. t.* Desiderat igitur pigneratitia actio, solutam esse pecuniam, sed omnem *l.* 9. §. 3. *d. t.* nam quamdiu superest pars debiti, tenet pignus: sicut tamdiu est debitum, & causa pignoris. Inde quæsitum, si creditori plures extiterint heredes, & uni solvatur pars debiti: an reliqui possint fundum oppignoratum vendere jure pignoris? Hæc est quæstio *l.* 11. §. 4. *h. t.* in qua ait Ulpianus, solutione uni facta, non debere cæteros heredes injuria affici: proinde posse eos totum fundum vendere: oblato debitori eo quod uni solvit. & addit Ulpianus, eam sententiam non esse sine ratione: nempe, quia manifesti juris est, defuncto creditore, multis relictis heredibus, personalem quidem actionem Lege Duodecim Tabularum inter eos dividi: pignus vero in solidum unicuique teneri *l.* 1. *&* 2. *C. Si unus ex plurib. heredib. credit.*

Ne hoc quidem me oblivisci hoc loco oportet; quod Prætor, debitum solutum esse postulans, ut sit pigneratitiæ actioni locus, solum intelligit debitum, in cujus securitatem pignus datum est: aliud non intelligit. quare, si in sortem duntaxat est obstrictum; quamdiu est sortis debitum, tamdiu est causa pignoris, & cessat pigneratitia actio. aliter ac soluta sorte, & reliquis usuris. nam soluto sortis debito, propter quod obligatum fuit pignus, esse desiit pignus, & sine causa retinetur ob usuras pro quarum securitate non est datum. idem vice versa est; si pignus sit dumtaxat datum in usuras, & hæ solutæ sint: nam solutis usuris pro quibus est constitutum pignus: non superest pignus, non pro sorte, sed pro usuris datum. quo igitur jure retineatur pro sorte pro qua non est datum? Utique, si universæ solutæ sint: nam quamdiu aliquæ debentur, sive stipulatione, sive pacto nudo, tamdiu cessabit actio pigneratitia: quia tamdiu perseverat pignus pro usuris datum. & tamen vel hoc recipit temperamentum, nisi promissæ forte sint ultra legitimum modum. nam hæ non debentur; quia sunt illicitæ. Sic Ulpianus *l.* 11. §. 3. *D. h. t.* etiam Imperatores *l.* 4. *&* *l.* 22. *C. de usuris.* Imo ut evitentur tenebræ quas hic Ulpiano facile offundat Rescriptum Gordiani ad consultationem cujusdam Festi *l. unic. C. Etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse*, bene custodiendi sunt utriusque termini. nam sunt diversi. Ain'tu? differentia liquebit appositis Gordiani verbis sunt autem hæc. *At si in possessione fueris constitutus: nisi ea [quoque] pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur quæ sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Jure enim contendas debitores eam solam pecuniam cujus nomine ea pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt: quod in secundo creditore locum non habet: nec enim necessitas ei imponitur chirographarium etiam debitum priori creditori offerre.* Ab Ulpiano differre hoc Gordiani thema, verissime monui. nam a Gordiano agitur de duobus debitis principalibus; cum ab Ulpiano agatur de uno principali & altero usurario, id est, accessorio. Id, si sapimus, negari nullo colore potest. Sed quæ sit ratio differentiæ, non liquet. Aliquis putet, Gordianum, specie æquitatis, constituere novum jus, Ulpiano incognitum. Sed hoc si quis dicat, ei non assentiar: aliter enim se res habet. primum vide sis *d. l.* 22. *C. de usuris.* in qua retinetur Ulpiani sententia, posterior Rescripto Gordiani. deinde apparet ex claris Gordiani verbis, ab eo non fieri jus novum; sed ad factum rescribi de jure recepto. Quid ergo est? nihil restat; nisi ut dicamus, hic, ut alibi, non omnium quæ constituta sunt, rationem reddi posse: & ideo rationes eorum quæ constituuntur, inquiri non oportere: alioquin multa ex his quæ certa sunt, subverti *l.* 20 *&* 21. *D. de legibus.* Quid, si addam, Veteres possessionem adepto justa ex causa, etiam alibi dedisse retentionem, donec ei satisfiat; licet alioquin non habeat pignus. Exempla adduxi infra sub Titulo, *De Lege Rhodia de jactu, ad finem.*

Ut igitur obtineat pigneratitia actio, vult Prætor, solutam esse pecuniam debitam. nec tamen negabit ei locum, ea non soluta, quoties perinde est, ac si soluta esset. complura extant ejus generis exempla: & quædam adfert Ulpianus *l.* 11. §. 2. *D. h. t.* Unum est: Si quasi daturus tibi pecuniam, pignus accepero nec dedero. Siccine? Constabit Ulpiano ratio: cogitantibus; quod, ut sit contractus pignoris, satis est, quid pignori datum esse. non sit igitur pignori obligatum, quod pignori datum est, ubi nihil debitum est: tamen nata est pigneratitia actio; potest-

testque ea quod pignori datum est, repeti optimo jure. atqui non est soluta pecunia. recte mones. sed quid est opus solvi, quod non debetur. tenebor igitur pigneratitia, & nulla solutione facta: quia nulla necessaria, tantum sperato, non contracto debito. Liquet primum Ulpiani exemplum. Alterum tale est. Titius, accepta mutua pecunia, aliquid pignori dedit sub conditione. ea conditio defecit. non potest obligatum videri pignus, ubi defecit conditio. postquam pignori quid sub conditione est datum, perfectus est contractus pignoris; nec est, cur nequeat quod est datum pignori, actione pigneratitia repeti: quamvis soluta non sit pecunia debita. quia enim defecit pignoris conditio: pignori datum non magis pignori tenetur, quam si soluta esset pecunia; cum pignus jure foret obligatum, existente conditione. Exemplum hoc Ulpiani alterum. Venio ad tertium. hoc quale? Titius Sempronio promisit centum; deditque ei rem pignori. mox Sempronius illi acceptum tulit debitum. potestne pignus repeti actione pigneratitia? Forte dices, debitum non esse naturaliter solutum. Sed quid refert? quando acceptilatione est extinctum civiliter *l.* 107. *D. de solutionibus.* hac sane ut non contingat naturalis solutio, utque debitum liberatur solutionis exemplo *l.* 5. *D. de acceptilatione*, ideoque imaginaria solutio appellatur §. 1. *Inst. Quibus modis tollitur obligatio.* Non igitur mirum est, hoc modo dari pigneratitiam actionem; perinde ac si vera & naturalis solutio intervenisset. Superest in *d. l.* 11. §. 2. postremum Ulpiani exemplum. In eo proponitur esse debita pecunia; deinde intervenisse pactum, ne petatur. quæritur, an locus sit actioni pigneratitiæ? certum est, adhuc debitum esse, & posse actione peti ipso jure. cæterum si petatur: fit adversus fidem pacti cui stari voluit Prætor. alioquin finit, eam elidi exceptione. hoc facto: jam nihil interest, utrum debitum solutione sublatum sit ipso jure, an pacto per exceptionem: & recte Ulpianus, *d. l.* 11. §. 2. etsi pecunia non fuerit soluta, tamen quia perinde est, ac si soluta esset, facit pigneratitiæ actioni locum. Non dissimile exemplum est apud Paulum *l.* 20. §. 2. *D. h. t.* Fac: debitum est creditori oblatum, eoque recusante accipere, a debitore obsignatum & depositum. quid Paulus? nimirum, quia per creditorem stetit, quo minus solveretur, propter similitudinem rationis, idem esse observandum, quod futurum esset, si solutio facta esset. non enim oportet a creditore pendere; ne liberetur debitor: paratus ei quod debet solvere. igitur si creditor sine causa recuset accipere oblatum debitum, & debitor ex more obsignatum deponat, etsi proprie non solvat, tamen juris interpretatione solvisse intelligitur, eoque statim se & pignora, cæterasque accessiones liberasse *l. ult. C. de luitione pignoris.* Imo Ulpianus, si debitor apud Prætorem in jure offerat pecuniam quæ petitur, & creditor eam nolit accipere: ait, quod Prætor ei denegat actiones *l.* 30. *D. de solutionibus.* ac secundum hæc explicanda *l.* 11. *C. de usuris:* adhibita levi emendatione quam tentavi *lib.* 2. *De fœnore & usuris c.* 9. *pag.* 221. Plus Ulpianus *l.* 9. §. *ult. D. h. t.* ait, Qui ante solutionem egit pigneratitia, non recte egisse: & tamen si in judicio offerat pecuniam, debere rem pignoratam, & quod sua interest consequi. Superioribus exemplis addam novationem: quia ejus quoque meminit Ulpianus *d. l.* 11. *D. h. t.* est autem ea duplex: alia necessaria alia voluntaria. illa fit voluntate creditoris & debitoris: hæc lite cum debitore contestata. est autem æquissimum, quod Ulpianus *d. l.* ait, Solutum non videri, si lis cum debitore sit de ipso debito contestata, vel si fidejussor sit conventus. nam cum inter invitos fiat litis contestatio, non fuit rationis, ut actor suam conditionem faceret deteriorem *l.* 29. *D. de novationibus.* aliter ac fit in novatione voluntaria. per quam principali debito creditoris voluntate sublato, sine dubio etiam sublata pignoris accessio est *l.* 18. *D. eod. tit.* Optime igitur Ulpianus *d. l.* 11. Novata, inquit, debiti obligatio pignus perimit: & addit, Nisi convenit, ut pignus repetatur.

Cæterum, ut appareat, actioni pigneratitiæ locum fieri soluto debito: ait tamen Paulus *l.* 20. §. *ult. D. h. t.* Interdum, & si soluta sit pecunia, eam inhiberi. & est exemplum: si creditor a debitore pignus emerit. nam si debitor creditori pignus vendidit pro debito: venditio cedit pro solutione. ita recessum est a contractu pignoris: ac si debitor postea offerat debitum; non ob id aget pigneratitia: quia consensu perfectam pignoris venditionem revocare, salvo jure, non debet *l.* 34. *D. h. t.* imo debitor, ubi sivit pignus apud creditorem manere ex causa venditionis, ejus dominium creditori tradidit quasi brevi manu. vice etiam versa, creditor, cum a debitore non accepit debitum, sic habetur, ac si ei pretium solvisset. ita si totum spectamus negotium, perinde est, ac si creditor, soluto debito, pignus debitori restituisset, ab eoque idem ex causa emptionis soluto pretio recepisset.

Vix opus addi, parum referre Prætoris, volentis solutam esse pecuniam, utrum soluta sit ipsi creditori; an ejus voluntate alii, verbi gratia, procuratori, vel servo exigendis pecuniis præposito. quod enim alii solvitur ejus voluntate, ipsi solvi intelligitur. Inde quærit Ulpianus *l.* 11. §. 5. *D. h. t.* si domum conduxeris, & ejus partem mihi locaveris, egoque locatori tuo pensionem solvero: an possim adversus te pigneratitia experiri? Et putat, posse: & si partem tibi, partem ei solvero, tantumdem dicendum esse. plane inquit Ulpianus, invecta mea & illata dumtaxat in eam teneri summam in quam cœnaculum conduxi. non enim credibile esse, hoc convenisse, ut ad universam insulæ pensionem frivola mea tenerentur. & addit, videri tacite cum domino ædium hoc convenisse, ut non pactio cœnacularii proficiat domino, sed sua propria.

Satis de soluto debito, ulterius nunc eundum est. promittit enim Prætor debitori actionem pigneratitiam etiam tum; *cum creditori erit satisfactum.* Notat hoc Ulpianus *l.* 9. §. 3. *D. h. t.* & addit, satisfactum accipi, quemadmodum voluit creditor, etsi non sit solutum: sive voluit sibi aliis pignoribus caveri, sive fidejussoribus, sive reo dato, id est, expromissore dato, sive pretio aliquo, vel nuda conventione imo generaliter, inquit Ulpianus, quoties voluit creditor recedere a pignore, ei satisfactum videri, si ut ipse voluit, sibi cavit, licet in hoc deceptus sit. nam ut ei non sit solutum, tamen cum ei est satisfactum: non habet, cur queratur de debito liberato per satisfactionem quam ipse admisit pro solutione, ea contentus. idem putemus; si ex pignore creditor fructus aut pensiones percepit. non enim lucratur perceptos fructus: (nisi contracta antichresi de qua scripsi *lib.* 2. *De fœnore & usuris c.* 9.) sed eos imputat debito. p[illegible]rius, ut si sufficiant ad totum debitum, quasi genere quodam compensationis solvatur actio & reddatur

tur pignus. quod si fructus debitum excedant, etiam qui supererunt, reddantur. si non attingant summam debiti, quod perceptum est, debiti quantitatem relevet *l.* 1. & 2. *C. h. t.* Quod de fructibus & pensionibus dixi, pertinet ad qualecumque lucrum ex re pignorata perceptum. finge: (qui est casus *l.* 18. *D. h. t.*) obligatum tibi esse debitoris nomen ait Paulus, id posse fieri, & esse effectum hujus pignoris: ut tibi ad exigendum debitum competat utilis actio: & si ipse directa agam adversus debitorem, ei adversus me competat exceptio. proinde si id nomen fuerit pecuniarium, tuque id exegeris; ait Paulus, compensaturum te exactam pecuniam cum principali debito. quod si nomen fuerit alicujus corporis; id est, si debitum fuit aliquod corpus: id quod acceperis non compensabis, quia corpus non admittit compensationem; sed retinebis id pignoris loco. Est & alia species quæ huc pertinet in *l* 22 *pr.* & § 1. *D. h. t.* & quidem duplex: sed sufficerit: priorem exposuisse: quia altera inde clarebit ultro. Ecce: surreptum creditori pignus est. is creditor egit actione furti, & consequutus duplum aut quadruplum. ait Ulpianus, creditorem, quidquid perceperit, debito imputaturum; & Papinianum hoc confiteri: id est, affirmare. Sic: si tertius furtum fecerit. sed quid, si ipse debitor fecerit? ait Ulpianus, quod ipse debitor creditori præstitit actione furti, non oportere ei restitui: quia ob furtum præstitit. & est ratio differentiæ justa: nam in priore casu non erat æquum, creditorem quid ex pignore lucrari: in posteriore contra non erat utile, a creditore debito imputari quod pro furto ipse præstiterat debitor: quia alioquin foret circulus; si quod una manu dederat, altera reciperet: cum impunitum esse furtum non oporteat.

Sed apparet, actionem pigneratitiam etiam debitori adversus creditorem dari, cum ei aliter, quam per solutionem, erit satisfactum. & est hoc verum tum, si volenti creditori satisfecit debitor nam si non solvere, sed alia ratione satisfacere, paratus est: nihil ei prodesse, Gajus ait *l.* 10. *D. h. t.* idem Ulpianus censet *l.* 6. §. 1. *D. Quibus modis pign. vel hypothec. solvitur.* & præfatur, *quod fieri imputare debet creditor qui satisfactionem admisit vice solutionis. at qui non admittit satisfactionem, sed solutionem desiderat, culpandus non est.*

Reliquum est, quid veniat in actionem pigneratitiam. Id vero docet Papinianus *l.* 40. §. 2 *D. h. t.* debere, inquiens, creditorem, soluta pecunia, pignoris possessionem quæ corporalis apud eum fuit, debitori restituere: nec quid quam amplius præstare. Ulpianus tamen ait, etiam debere creditorem, cum pignus reddit, debitori repromittere de dolo; & si prædium fuit pignoratum, & de jure ejus: ne forte servitutes, cessante uti creditore, amissæ sint *l.* 15. *D. h. t.* Recte: nam hæc ad effectum restituendæ possessionis, quam plenam intendit Papinianus, pertinent: neuter plus postulat. Igitur æque bene Ulpianus *l.* 9. §. *ult. D. h. t.* ait, in hoc judicium venire rem pignoratam, & si quid interfit. finge, (omittam enim modo tradita de dolo, & amissis non utendo servitutibus) creditorem male tractasse res pignoratas, vel debilitasse servos pignoratos: etsi reddat, tamen tenebitur ex natura judicii bonæ fidei: in quo dicitur res non reddita quæ deterior redditur. Quamquam hoc ita verum: si fecerit dolo aut culpa. nam si jure suo usus, damnum dedit sine culpa, non tenebitur: ut si pro maleficio coërcuit, vel vinxit, vel obtulit Præfecturæ, id est, Præfecto urbi, vel Præsidi *l.* 24. §. *ult. D. h. t.* Culpam autem quemadmodum accipimus? utrum levem, ut in empto, locato, societate, dote; an levissimam, ut in commodato? Ulpiano in *l.* 5. §. 2 *D. Commodati* placet, levem accipere. quo argumento? hoc certissimo, quod in pignore vertitur utriusque & creditoris & debitoris utilitas: ut in empto, ut in locato, ut in societate, ut in dote: ideoque est par in omnibus ratio præstandæ dumtaxat levis culpæ. Atqui idem Ulpianus *l.* 13. §. 1. *D. h. t.* sic scribit: *Venit autem in hac actione (pigneratitia) & dolus & culpa, ut in commodato; venit & custodia: vis major non venit* Noli putare. optimum Ulpiani locum vexat manifestum scripturæ vitium, sequente sanandum modo: *Venit autem in hac actione & dolus & culpa. at in commodato venit & custodia. vis major non venit.* Sic conjicio; & eo probabilius: quia hæc emendatio constat mutatione admodum exigua fere unius literæ. accedit, quod in *l.* 14. mox sequente ei convenientissime sic ex Paulo subjicitur: *Ea igitur quæ diligens paterfamilias in rebus suis præstare solet, a creditore exiguntur.* Aptum inde ac firmum meæ argumentum conjecturæ; & quod posset sufficere: sed ne alicui relinquatur scrupulus vel minimus, lubet præterea addere, quod ipse Ulpianus (& quis sit fidelior meliorque de ejus sententia scripturaque aut testis aut judex?) *in d. l.* 5. §. 2. & sensu & modo plane eodem ei qui est meæ emendationis, facit discrimen utriusque actionis, pigneratitiæ & commodati, in his verbis, *Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote*, ut in pignore, *ut in societate, & dolus & culpa præstatur.* Commodatum autem *plerumque solam utilitatem continet ejus cui commodatur. & ideo verior est Quinti Mutii sententia, existimantis & culpam præstandam & diligentiam.* Res evidentissima, jam observata a me olim *lib.* 1. *Probabil. c.* 4. & post *lib* 4. *c.* 3. ubi, quæso, vide: & proderit vidisse ibi expositam insuper *l.* 19 *C. de pignoribus*, aliaque loca obscura & difficilia *h. t Codicis* hac in parte.

Venit igitur in actionem pigneratitiam (huc enim redeo) ipsa res. quid si vendita a creditore sit, & pluris, quam ei debebatur? jam cogitur creditor judicio quod de pignore dato proponitur, debitori restituere superfluum pretium cum usuris: ut convenit bonæ fidei. quid si velit emptorem debitori delegare? non esse audiendum, ait Papinianus *l.* 42 *D. h. t.* & pro ratione addit, *Cum in venditione, quæ* [*rite*] *fit, ex facto suum creditor negotium gerat.* Sic Florentiæ editur. sed ingeniose Cujacius legit, *ex pacto.* nec desunt alibi exempla mutati utriusque verbi: *ex facto* & *ex pacto.* Ego certe in *l.* 6. *C. de solutionibus* simile deprehendi *lib.* 2. *Observ. c.* 24. & aliud dedit Dominus van Bynkershoek *lib.* 1. *Observ c.* 7. *l.* 22. *C. de negotiis gestis.* Sensus Papiniani: Quod in pignoris venditione a creditore facta ex pacto de distrahendo pignore (quod in *l.* 4. *C. hoc tit.* dicitur *vulgare pactum*) creditor non gerit debitoris negotium, sed gerit negotium suum. ita non est causa, cur invitus cogatur debitor delegatione creditoris mutare actionem, & alium sibi admittere debitorem. aliter ac si creditor gessisset debitoris negotium; nec ejus culpa argui posset. At his resistit Ulpianus *l.* 24. §. 2. *D. h. t.* Sed non resistere facile intelligetur: cogitantibus, duplicem esse dubitationem: unam, an creditorem oporteat debitori reddere superfluum pretii: alteram, quando oporteat creditorem debitori superfluum reddere. ad prio-

rem quæstionem respondet Papinianus *d. l.* 42. ad posteriorem Ulpianus *d. l.* 24. §. 2. ait igitur Papinianus, creditorem teneri, debitori reddere superfluum; nec posse invito debitori delegare nomen emptoris. Ulpianus vero ait, creditorem non esse obilgatum, debitori superfluum pretii restituere ante, quam id ab emptore exegerit: propterea quod non debet id de suo solvere. quod si debitor recuset exspectare emptoris solutionem, scilicet, quod suspecta ei sit creditoris negligentia: posse a creditore accipere mandatas actiones, quibus ipse adversus emptorem experiatur. Hoc mihi videtur: nec opus addi, interesse inter emptoris nomen debitori a venditore seu creditore delegatum, & actiones debitori a venditore mandatas adversus emptorem. Ultro enim apparet, novationem altera in specie fieri: in altera non fieri. Addam potius, quod Pomponius *l.* 6. §. 1 *D. h. t. Si*, inquit, *creditor pluris fundum pigneratum vendiderit, si id fœneret, usuram ejus pecuniæ præstare debet ei qui dederit pignus sed & si ipse usus sit ea pecunia, usuram præstari oportet. quod si eam depositam habuerit, usuras non debet.* Huc usque de actione pigneratitia directa.

Succedit contraria; sic dicta, quia contra, id est, vicissim datur. indicat hanc Rubrica, *De pigneratitia actione vel contra:* similis Rubricæ, *Commodati vel contra.* sicut igitur pigneratitia, id est, directa pigneratitia, debitori datur adversus creditorem: sic creditori adversus debitorem vicissim competit contraria: suadente natura actionis personalis ex contractu §. 1. *Inst. de actionibus:* idque certum esse, Paulus auctor est *l.* 16. §. 1. *D. h. t.* Extant hujus actionis complura themata: sed defungar paucis. Sit primum: Debitor rem alienam, vel alii pignoratam, vel in publicum obligatam, creditori dedit pignori. ait Paulus, debitorem creditori hac actione teneri. ad quid? puto, ad id quod ejus intersit maxime autem hoc verum est, auctore eodem Paulo *d. loco*; si debitor eam pro propria & libera creditori dedit ignoranti. nam sic malitiose fecit; ut dicitur in *l.* 9. *D h. t.* certe contra bonam fidem. solet enim pactis pignorum inseri, quod pignori datur, esse liberum: item, debitorem aliis nihil debere, nec esse debiturum sub eodem pignore: æque, quod pignori datur, esse proprium. quod si nihil horum sit conventum, tamen quia sic conveniri moris est, pro convento habetur in bonæ fidei judicio, quale est pigneratitium recteque debitor hoc nomine tenetur contraria pigneratitia actione: sive sciens, sive ignorans, rem talem esse, eam pignori dederit creditori, modo ignoranti: quia non convenit bonæ fidei ignorantem a debitore, qui professus est, se rem propriam aut liberam dare, & nunc mendacii arguitur, eo modo circumveniri. Non idem est; si creditor alienum, vel obligatum, vel morbosum, sciens accepit. nam tum negat Paulus, ei competere contrarium judicium: quia eo contentus fuit, certe deceptus non est. cæterum, si ignoranti creditori debitor sciens alienum dedit; ait Paulus, eum, præter contrarium judicium etiam de stellionatu teneri, quamvis si ignorans alienum dederit, propter ignorantiam, a stellionatu excusetur. sed, ut dixi, quantum ad contrarium judicium, non refert, utrum sciens, an ignorans dederit, verum utrum scienti, an ignoranti dederit. Fuit & de eo quæsitum *l.* 32. *D. h. t.* an possit creditor cum debitore qui alienam rem pignori dedit, contraria pigneratitia agere, si solvendo sit debitor. poterat enim dici: quod hic cessaret causa contrariæ actionis, ad hoc positæ; ut creditor habeat quod sua intersit, non esse sibi datam rem alienam: in proposito autem non interest creditoris, si solvendo sit debitor: etsi ei pignori dederit rem alienam. Sed contra placuit Marciano *d. l.* 32. etiam hic creditori competere contrarium judicium: propterea quod in tot humanis casibus ejus semper interest, potius pignori incumbere quam tantum agere adversus personam debitoris *l.* 25. *D. de regulis juris:* qui potest cras esse pauper, ut hodie sit dives. jam si naturale debitum est; quod non potest peti, deficiente actione: interest procul dubio creditoris, hac in specie habere pignus; etsi solvendo sit debitor. Habes exemplum unum contrariæ actionis.

Nunc alterum accipe ex *l* 3. *D. h. t.* id tale est. Creditor debitori reddidit pignus, quasi debitam pecuniam recepturus ab eo cominus; id est, statim: ut hic bene observavit inter alios Cujacius *lib.* x. *Observ. c.* 39 Creditor, inquam, debitori reddidit pignus, quasi recepturus ab eo cominus pecuniam debitam. is debitor, quod præ se ferebat, non solvit pecuniam: sed pignus a creditore receptum per fenestram misit, excepturo eo quem de industria ad id posuerat. Non dubium est, quin debitor creditori fecerit furtum possessionis: eoque & furti & ad exhibendum teneatur. sed de contraria pigneratitia videtur ambigi: quasi non habeat locum, restituto pignore, & finito contractu. Sed Pomponius ait, adhuc locum fore actioni contrariæ. ac si ei objiciatur exceptio, Extra quam si redditum pignus sit: optime replicari de dolo & fraude, per quam non redditum: sed per dolum & fraudem pignus ablatum sit.

Alius casus est in *l.* 8. *D. h. t.* cujus ideo apposui verba, quia complura observant, minime contemnenda. *Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum, quem pignoris causa acceperim, non tantum retentionem, sed etiam contrariam pigneratitiam actionem habebo. Finge enim medicis, cum ægrotaret servus, dedisse me pecuniam, & eum decessisse: item insulam fulsisse, vel refecisse, & postea deustam esse; nec habere quod possim retinere.*

LIBER

LIBER DECIMUS QUARTUS

TITULUS. I.

De exercitoria actione.

Expofito fuperioribus libris mutuo, commodato, & pignore, poterat hic expectari depofitum: nam is contractus ex quatuor qui re contrahuntur, adhuc fupereft. fed Prætor occafione pignoris, alteri obligationi plerumque acceffo rii, rejecto in alium locum depofito, maluit hic fubjicere aliquot formas obligationum, non tam aliquam producturas actionem, quam alii addituras qualitatem novam & jure civili incognitam. Paulus in *l.* 19. *D. de in rem verfo* has idcirco adjectiones appellat. Nec inutile fuit Prætoris confilium, per has promittentis adverfus alium, quam qui contraxerit, actionem. nam ex fuo quisque facto poterat jure civili conveniri: ex alieno conveniri nemo poterat. hoc vero ut erat juftum, ubi nulla ejus qui conveniebatur, intervenerat voluntas aut palam aut tacite: (videlicet, ne alterius negotiatione alteri noceretur) ita vifum eft Prætori non iniquum, cum ab alio effet contractum ex alterius confenfu, creditorem fubtilitate juris non deludi: fed illi, quatenus alterius negotiationi ab aliquo confenfum intelligeretur, adverfus eum actionem indulgere. placebunt quas adferam, fpecies Prætoriæ humanitatis.

Primam exhibet Titulus præfens *De exercitoria actione*. de qua duo fuere Edicti capita. & priore fic edixit Prætor: *Quod cum magiftro navis geftum effe dicetur, ejus rei nomine cui ibi præpofitus erit, de eo adverfus exercitorem judicium dabo.* Hoc caput collegi ex *l.* 1. *pr.* §. 7 & 12 *h t.* ait autem in *pr. d. l.* 1. Ulpianus, Utilitatem hujus Edicti patere, neminem effe qui ignoret. nam cum interdum ignari cujus fint conditionis vel quales, cum magiftris propter navigandi necesfitatem contrahamus; æquum fuiffe, eum qui magiftrum navi impofuit, teneri: ut tenetur qui inftitorem tabernæ vel negotio præpofuit. imo ait, effe majorem neceffitatem contrahendi cum magiftro, quam cum inftitore. quippe rem pati, ut de conditione inftitoris quis difpiciat, & fic contrahat: in navis magiftro non ita. nam interdum locum, tempus, non pati plenius deliberandi confilium. Promittitur igitur a Prætore exercitoria actio, fi exercitor navi fuæ impofuit magiftrum; & cum eo quid geftum, five contractum eft de eo cui ipfe præpofitus fit. Exercere navem effe, habere navem ex qua habeas quæftum, oftendi *lib.* 1. *Obferv. c.* 10. & *lib.* 1. *De ufufr. c.* 7. Inde exercitor is ad quem obventiones & reditus omnes perveniunt, five is dominus navis fit, five a domino navem per averfionem conduxit, vel ad tempus vel in perpetuum *l.* 1. §. 15. *h. t.* Parvi autem refert, qui exercet, mafculus fit, an mulier, paterfamilias, an filiusfamilias vel fervus. pupillus autem fi navem exerceat, exigemus tutoris auctoritatem *d. l.* 1. §. 16.

Obtinet igitur exercitoria actio, fi exercitor navi impofuit magiftrum; & cum eo fit contractum. Navis autem appellatio proprie marinam indigitat. fed Ulpianus eam exigens ad mentem Prætoris, fimilitudine rationis in *d. l* 1 §. 6. *Navem*, inquit, *accipere debemus, five marinam, [five fluviatilem] five in aliquo ftagno naviget. five fchedia fit.* Porro magiftrum accipere debemus eum cui totius navis cura mandata eft *d. l.* 1. §. 1. Et eft rationis, ex ejus contractu teneri exercitorem: quia eum navi impofuit fua voluntate, eaque re fivit, cum eo contrahi; certe decipi non debent hi qui cum ipfo contraxerunt. Sic in magiftro jus eft. quod fi cum quolibet nautarum fit contractum, non datur actio in exercitorem. Poterat quem morari, quod ex delicto cujusvis eorum qui navis navigandæ caufa in nave fint, datur actio in exercitorem. Sed contra Ulpianus, alia, inquit, eft contrahendi caufa, alia delinquendi: fiquidem qui magiftrum præponit, contrahi cum eo permittit: qui nautas adhibet, non contrahi cum eis permittit, fed culpa & dolo carere eos, curare debet *d. l.* 1. §. 2. Tenetur igitur exercitor non ex contractu nautarum, fed ex contractu magiftri quem navi præpofuit: quia ex voluntate fua eum teneri, æquum eft: fine voluntate fua eum teneri, non eft æquum. Cujus conditionis fit magifter, nihil intereft: utrum liber, an fervus: & utrum exercitoris, an alienus: fed nec cujus ætatis fit, intererit: fibi imputaturo eo qui præpofuit *d. l.* 1. § 3. Facile, inquit aliquis, hæc concedo in magiftro navi impofito ab exercitore ipfo. fed quid, fi magifter alium fibi fubftituerit? Ulpianus *d. l.* 1. §. 5. fic fcribit: Magiftrum accipimus non folum quem exercitor præpofuit, fed & eum quem magifter: & hoc confultus Julianus in ignorante exercitore refpondit. cæterum fi fcit & paffus eft, eum in nave magifterio fungi, ipfe eum impofuiffe videtur. quæ fententia mihi videtur probabilis. omnia enim facta magiftri debet præftare qui eum præpofuit: alioquin contrahentes decipientur: & facilius hoc in magiftro, quam inftitore, admittendum propter utilitatem. Quid tamen, fi fic magiftrum præpofuit, ne alium ei liceret præponere? an adhuc Juliani fententiam admittimus, videndum eft? finge enim, & nominatim eum prohibuisfe, ne Titio magiftro utaris. dicendum tamen erit, eo usque producendam navigantium utilitatem.

Illud fileri non vult Ulpianus *d. l* 1. §. 7 quod non ex omni caufa in exercitorem dat actionem Prætor: fed dumtaxat ejus rei nomine, cujus ibi præpofitus fuerit: id eft, fi in eam rem præpofitus fit, ut puta fi ad onus vehendum locatum fit; aut aliquas res emerit utiles naviganti, vel fi quid reficiendæ navis caufa contractum vel impenfum eft, vel fi quid nautæ operarum nomine petent. Inde quæritur §. 8. fi mutuam pecuniam fumpferit: an ejus rei nomine videatur geftum? & ait, Pegafum exiftimare, fi ad ufum ejus rei in quam præpofitus eft, fuerit mutuatus, dandam actionem: eamque fententiam fe putare veram: fubjecta hac ratione; Quid enim, fi ad armandam inftruendamve navem, vel nautas exhibendos, id eft, alendos, mutuatus eft? Inde quæfitum effe ait ab Ofilio, fi ad reficiendam navem mutuatus, nummos in fuos ufus converterit, an in exercitorem detur actio? Ofilium autem dicere, fi hac lege accepit, quafi in navem impenfurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem, imputaturum fibi, cur talem propofuerit: quod fi ab initio confilium cepit frau-

fraudandi creditoris, & hoc specialiter non expresserit, quod ad navis causam accipit, contra esse, eamque distinctionem a Pedio probari. Insuper addit Ulpianus § 10. *d. l.* 1. si in pretiis rerum emptarum fefellit magister: fore exercitoris damnum, non creditoris. Et in §. 11. si ab alio mutuatus, liberavit eum qui in navis refectionem crediderat, putat Ulpianus, etiam huic dandam actionem, quasi in navem crediderit.

Sed bene animadvertendum, cui rei præpositus sit magister: nam præpositio certam legem dat contrahentibus. ac si exercitor eum præposuit navi ad hoc solum, ut vecturas exigat, non ut locet, quod forte ipse locaverat, non tenebitur exercitor, si magister locaverit: vel si ad locandum tantum, non ad exigendum, idem erit dicendum. aut si ad hoc, ut vectoribus locet, non ut mercibus navem præstet, vel contra, modum egressus, non obligabit exercitorem. sed & si ut certis mercibus eam locet, præpositus est, puta legumini, cannabæ: ille marmoribus vel alia materia locavit: dicendum erit, non teneri. quædam enim naves onerariæ, quædam (ut ipsi dicunt) ἐπιβατηγοὶ, id est, vectorum ductrices sunt. & plerosque mandare scio, ne vectores recipiant; & sic, ut certa regione, & certo mari negotietur: ut ecce sunt naves quæ Brundusium a Cassiopa, vel a Dyrrachio vectores trajiciunt, ad onera inhabiles: item quædam fluvii capaces, ad mare non sufficientes *d. l.* 1. §. 12. Dies non sufficiet enumeraturo omnes præpositionum formas: nec tamen prætermittam hoc ex §. 13. *d. l.* si plures sint magistri, non divisis officiis, quodcumque cum uno gestum erit, obligabit exercitorem: si divisis, ut alter locando, alter exigendo, pro cujusque officio obligabitur exercitor. sed & si sic præposuit, ut plerumque faciunt, ne alter sine altero quid gerat, qui contraxit cum uno, sibi imputabit *d. l.* 1. §. 14.

Dixi, quando obtineat exercitoria actio. nec minus, cui competat: apparet enim a Prætore promitti ei qui cum magistro contraxit de ea re cui præpositus sit.

Porro addam dari adversus exercitorem: nam hunc Prætor indigitat. Ut tamen nobis electio sit: utrum exercitorem, an magistrum convenire velimus. hoc enim clare præcipit Ulpianus *d. l.* 1. §. 17. *b. t.* & ideo (sic deinde subjicit in §. 24.) si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest. sed si quid sit solutum, si quidem a magistro, ipso jure minuitur obligatio: sed & si ab exercitore, sive suo nomine, id est, propter honorariam obligationem, sive magistri nomine solverit, minuitur obligatio: quoniam & alius pro me solvendo me liberat. Quamquam autem Prætor actionem demum pollicetur, si cum magistro ejus gestum sit: tamen (ut Julianus quoque scripsit) etiamsi cum ipso exercitore sit contractum, pater dominusve in solidum tenetur *d. l.* 1. §. 23.

Datur igitur ei qui cum magistro contraxit exercitoria actio adversus exercitorem. sed observandum quod in §. 18. *d. l.* 1. sic scribit Ulpianus: Ex contrario exercenti navem adversus eos qui cum magistro contraxerunt, actio non pollicetur: quia non eodem auxilio indigebat. sed aut ex locato cum magistro, si mercede operam ei exhibet: aut si gratuitam, mandati agere potest. Solent plane Præfecti propter ministerium annonæ, item in provinciis Præsides provinciarum, extra ordinem eos juvare ex contractu magistrorum.

Reliquum est, ut dicam, ad quid detur exercitoria actio. puta autem, dari in solidum ejus de quo actum est; quia infinitus est Prætoris sermo, *Judicium dabo*; nullo adjecto modo: sicut & in solidum exercitor contrahenti consensit magistro. Sit ita: si unus exerceat navem: sed quid, si plures eam exerceant? ait Ulpianus *d. l.* 1. §. *ult.* cum quolibet eorum in solidum agi posse. videlicet, ne in plures adversarios distringatur qui cum uno contraxerit *l.* 2. *b. t.* nec quid quam facere ait Paulus *l.* 3. quotam quisque portionem in nave habeat. additque, eum qui præstiterit, societatis judicio a cæteris consecuturum. Si tamen plures per se navem exerceant, pro portionibus exercitionis conveniuntur: neque enim invicem sui magistri videntur *l.* 4. *d. t.*

Tantum de priore Edicti capite. posterius in *d. l.* 1. § 19. hoc modo proditur ab Ulpiano: ***Si is qui navem exercuerit, in aliena potestate erit, ejusque voluntate navem exercuerit, quod cum magistro ejus gestum erit. in eum in cujus potestate is erit, qui navem exercuerit, judicium dabo.*** Tenes Edicti tenorem. explicationem accipe ab Ulpiano *d. l.* 1. § 20. *& seqq.*

TITULUS II.

De lege Rhodia de jactu.

Titulum De exercitoria actione excipit Titulus De Lege Rhodia de jactu: occasione rei maritimæ ad quam spectavit exercitoria actio, hanc seriem commendante. Nomen Legi Rhodiæ fecit Urbs Rhodus, sita in insula ejusdem nominis. A. Gellius *lib.* 7. *Noct. Attic. c.* 3. eam civitatem & insulæ opportunitate, & operum nobilitate, & navigandi solertia, navalibusque victoriis celebratam esse, attestatur. Florus *lib.* 2. *c.* 7. nauticum populum dicit præter cætera laudatur a Strabone *lib.* 14. ejus diligentia prudentiaque circa res & leges nauticas. Ita non mirum, Populum Romanum qui ante primum bellum Punicum (auctore Floro *d. lib.* 2. *c.* 2.) non attigit res nauticas, nec de his posuit Leges in Duodecim Tabulis aut alias, non indignum sua majestate existimasse, egregiis uti legibus socii & amici Populi: quatenus suis non adversarentur. Sed hoc Imp. Augustum, & postea Antoninum, judicasse, auctor est Volusius Mæcianus *l.* 9. *D. b. t.* in qua (quod obiter addam) injecta mentio naufragii in *Italia* facti, & prædæ publicanorum Cyclades insulas inhabitantium, non sine ratione sæpe & multum exercuit Viros Doctos: animadverso spatio inter Italiam & Cyclades insulas nimis magno Sed evanescet difficultas; si pro *Italia* legatur *Æthalia.* sic res desiderat, & tentavi ego *lib.* 1. *Observ. c.* 13 ubi vide: si est tanti.

Lege Rhodia de jactu, cujus explicationem promittit Rubrica, ait Paulus *l.* 1. *b. t.* caveri: *Ut si levandæ navis gratia jactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est.* Utilitas Legis vix eget commendatione: ultro enim se ostendit. non tamen piguit Paulum *l.* 2. *in fin. pr.* præfari, æquissimum esse, fieri commune detrimentum eorum qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent. Ut ad rem veniam: Lex contributionem indultura damnum in nave passis tempestate duo desiderat: nempe, jactum mercium navis levandæ gratia esse factum & hunc jactum cæteris profuisse, nave salva. primum vult, jactum

tum mercium esse factum, & quidem navis levandæ gratia. ita non est contenta damno in nave obveniente: sed quærit, an damnum sit navis levandæ causa factum, & ut dixi, jactu mercium. sunt igitur angusta Legis verba: sed, ut fit, latius porrecta est ejus sententia: suadente æquitate, in pari causa par jus servari, etiam cum deficiunt verba. exemplum tale apud Callistratum *l.* 4. *D. b. t.* Navis onusta non poterat cum onere intrare portum vel flumen. idcirco necesse fuit, merces quasdam trajici in scapham; ne navis aut extra flumen, aut in ipso ostio, vel portu periclitaretur. scapha est cum mercibus submersa. an debet ratio haberi inter eos qui in nave merces salvas habent cum his, qui suas in scapha perdiderunt? non sinunt verba Legis, non facto mercium jactu: quem illa, ut contributio fiat, desiderant. nihilominus intererat omnium, communi periculo occurri exoneratione partis mercium in scapham immissæ. hoc vero Lex intendit. æquum igitur est, quamquam deficiant Legis verba, perinde ex ejus mente fieri contributionem, ac si jactura facta esset. Alius casus est in *d. l.* 4. §. 2. Ecce: de nave factus est aliquarum mercium jactus. aliæ in nave remanserunt. hæ factæ sunt deteriores: non quod in angulo alicubi jacerent, & unda penetravit: (tale enim damnum tangeret mercium dominum; alios non tangeret) sed quod per jactum denudatæ, adspargine aquæ sunt conspurcatæ, & viliores factæ. Quæritur, an domino hac causa damnum passo, conferri debeat? fateor: non sunt jactæ merces: quod Lex postulat. denudatio tamen præstitit damnum; eaque contigit propter jactum. in summa vero quid interest, jactas res meas amiserim, an nudatas deteriores habere cœperim? placet igitur, perinde subveniri domino qui merces suas, propter jactum, deteriores habere cœperit, ac subvenitur ei qui eas jactu perdiderit.

Sed contributio se, ut dixi, non adstringit ad jacturam, ne mercium quidem. plura solatur damna: etsi Lex tantum de jactis mercibus loquatur; nec alias res, aliosve casus attingat. Ne exemplum quæstioni sit: pone in *l.* 3. *D. b. t.* arborem cæsam. (sic malus appellatur, ut in *l.* 5. §. 1. *d. t.* & apud Petronium, *Satyric. c.* 114. ne quis poëticum ejus verbi usum esse opinetur) est præterea in *d. l.* 3. exemplum in dejecto alio navis instrumento: puta velo, antemna, gubernaculo, remis; dum in his damna contigerint navis levandæ causa. clare sic in *d. l.* 3. Papinianus: *Cum arbor, aut aliud navis instrumentum removendi communis periculi causa dejectum est, contributio debetur.* Eodem modo apud Hermogenianum *d. l.* 5. §. 1. fit mentio *arboris cæsæ.* quem in finem? *ut navis cum mercibus liberetur.* & additur, quod *propterea æquitas contributionis babebit locum.* Ita putemus, damno in nave facto, unam esse Legis sollicitudinem: utrum sit communis periculi avertendi causa factum. ac si id sit, qualecumque dicatur damnum, facit contributioni locum: sin aliud, negat: quantumvis sit in nave factum. ac secundum hæc danda sine dubio lux Paulo in *l.* 2. §. 1. *D. b. t.* Verba Pauli: *Si conservatis mercibus deterior facta sit navis, aut si quid exarmaverit, nulla facienda est collatio: quia dissimilis earum rerum causa sit, quæ navis gratia parentur, & earum pro quibus mercedem aliquis acceperit. nam & si faber incudem aut malleum fregerit, non imputaretur ei qui locaverit opus. sed si voluntate vectorum, vel propter aliquem metum id detrimentum factum sit, boc ipsum sarciri oportet.* Aliquem vexet hæc locutio, *Si navis quid exarmaverit.* Sed est similis apud Senecam, *Epist.* 30. ibique in *Notis* probata a Justo Lipsio V. CL. Igitur tempestate deterior facta est navis; puta, rupta, fissave, aut quid exarmavit: id est, amisit aliqua armamenta. faciem tempestatis sic describit Petronius *d. c.* 114. *Peragit interim tempestas mandata fatorum, omnesque reliquias navis expugnat. Non arbor erat relicta, non gubernacula, non funis, aut remus: sed quasi rudis atque infecta materia ibat cum fluctibus.* In tali tempestate navis quid exarmavit, aut deterior facta est, conservatis mercibus. an est detrimentum nautæ mercium contributione farciendum? Negat Paulus: & hanc adfert causam. *Quia dissimilis earum rerum causa sit, quæ navis gratia parentur, & earum, pro quibus mercedem aliquis acceperit.* Impedita est Pauli causa. Imo Cujacio *lib.* 23. *Observ. c.* 35. est suspecta: usque adeo, ut non vereatur, pro *dissimilis* substituere *similis.* usus ille est sua ratione. mea si uti mihi licebit: retinebo veterem lectionem, *dissimilis:* pro qua stant libri omnes. rem putemus. Lex Rhodia ad quam exigendus Pauli sensus, non sinit, collationem fieri ex servatis mercibus: præterquam ut farciatur damnum ad earum conservationem factum. hunc finem non invenit præsens casus. minime. in eo nocuerit tempestas navi aut armamentis, a nauta paratis, ut possit merces transvehere, & pro his mercedem accipere. cum tamen collationem petit reparando damno navis aut armamentorum; non petit farciri damnum ob servandas merces factum. sit igitur id oneri eorum domino: at ne incumbat his quorum merces sunt: nam hi non sunt domini navis aut armamentorum; at neque pro eorum periculo quid sunt polliciti: ideoque sola solutione mercedis, pro transvectione mercium conventæ, optimo jure defunguntur.

Aliquod attuli Paulo lumen: sed ut clarius sit, subjiciam Julianum *l.* 6. *b. t.* eadem via exeuntem. Verba Juliani: *Navis adversa tempestate depressa, ictu fulminis deustis armamentis, & arbore & antemna, Hipponem delata est, ibique tumultuariis armamentis ad præsens comparatis, Ostiam navigavit, & onus integrum pertulit. Quæsitum est, an hi quorum onus fuit, nautæ pro damno conferre debeant? Respondit, non debere: hic enim sumptus instruendæ magis navis, quam conservandarum mercium gratia factus est.* Christophorus Colerus, V. CL. *lib. sing. Parerg. c.* 19. deliberat, præstetne, pro *Navis depressa* scribi, *Navis deprensa.* illum movet, quod *deprendere* est verbum proprium nautarum, cum tempestate occupantur: idque aliquot Veterum testimoniis pulchre confirmat. Quod tamen mirere, contra putat, satis Latine *depressam* dici navem pro *submersa:* sicut sit in *l.* 7. *b. t.* Atque hoc mavult, recusatque idcirco in *d. l.* 6. recedere a recepta lectione. Sed vereor; ne fallatur Vir ille eruditus: hac ratione, quæ est evidentissima; quod in *d. l.* 6. navis Hipponem delata esse dicitur. quod a depressa, sive submersa nave longe abest. proinde non permitto mihi, ne pro *Navis depressa* Juliano restituam *Navis deprensa.* idque post hæc scripta, ac prælo jam parata, etiam observasse V. CL. Richardum Bentlejum, Notis ad Horatium *lib.* 1. *Carm. Od.* 14. *vers.* 10. adductis similiter ejus locutionis exemplis, lubenter animadverti. Non opus, hic iterum admoneri, Julianum in *d. l.* 6. *arborem* ponere pro *malo:* quod in antecessum factum. Illud non omittam, quod de armamentorum deustione ictu fulminis facta ait Julianus, posse juvari ex Seneca *lib.* 2. *Natur. quæst. c.* 40. Hæc obiter & quasi in transitu. Species talis: Navis adversa tempestate deprensa (sic enim malim legi) ictu fulminis deustis armamentis, & arbore, sive malo, & antemna, delata est in portum Hipponensem qui est in Africa,

Africa; ibique tumultuariis armamentis ad præsentem usum comparatis, Ostiam (Minucio Felici *in Octavio* dicitur civitas amœnissima in Italia apud Romam) navigasse, & onus integrum pertulisse. Quæsitum est, an hi quorum onus fuit, debeant nautæ pro damno navis & armamentorum conferre? Julianus negat, hac certa ratione: quod ubi armamenta tumultuaria comparabantur, jam desierat periculum tempestatis. fuere enim empta in portu Hipponensi in quo secura erat navis, nec causa aut jactus aut contributionis. itaque Julianus considerate respondit, hunc sumptum magis instruendæ navis, quam conservandarum mercium gratia factum esse. Quod cum Paulo in *d. l.* 2. §. 1. congruit. nam & ille eodem sensu ait, esse dissimilem causam earum rerum quæ navis causa parentur, ut armamenta, verbi gratia, & earum (puta rerum) pro quibus transvehendis mercedem aliquis, id est, magister navis, aut exercitor, acceperit. videlicet hic aut ille, amissis tempestate armamentis navis instruendæ gratia comparatis, damnum quidem facit, amittens sibi atque in usum suum necessaria: sed sic nihil amittit pro conservatione mercium: ad quod damnum unice respicit Lege Rhodia contributio. sufficit igitur vectoribus, mercedem solvere quam pro transvectione mercium promiserunt: sed non habent necesse, præterea facere contributionem pro comparandis reficiendisve armamentis, ad navem instruendam necessariis. non magis, quam faber, conducto opere, si aut incudem fregerit aut malleum, habet jus a locatore petere, id instrumentum sibi reparari: cujus ille neque dominus est, ut ejus periculo sit, neque restitutionem promisit, ut ad impensas reparationis teneatur. Restant in *d. l.* 2. §. 1. sequentia Pauli verba: ***Sed si voluntate vectorum vel propter aliquem metum id detrimentum factum sit, hoc ipsum sarciri oportet.*** Jacobus Cujacius *d. c.* 35. *lib.* 23. *Observ.* etiam hoc loco affectum esse Paulum suspicatus, tantumque ab eo excipi casum unum, non duos quos præfert scriptura, uno spiritu legi suadet, ***Sed si voluntate vectorum propter aliquem metum.*** Æque frustra. ac lubet mirari, sagacissimum illum Virum fugisse, voculam, ***vel***, ex usu illorum temporum hic nihil distinguere. Notavit eum usum Salmasius Notis ad Historiæ Augustæ Scriptores, multis in locis, inter alios ad Vopisci Probum *c.* 14. *p.* 663. & ad Capitolinum Gordiano *c.* 7. *p.* 88. Ipse quoque ego apud Ulpianum *l.* 11. §. 1. *D. de Public. in rem act.* cum deprehendi *lib.* 2. *De usufruct. c.* 2. etiam in *l.* 40. *C. de transact.* exemplum aliud *lib. sing. Ad Edict. De pact. c.* 14. nec fecero rem ingratam Studiosis juris; si nunc addam sequens ex §. 4. *Inst. de usu & habit: Sed & si pecorum vel ovium usus legatus sit.* Ludovicus Russardus *Not. margin.* monet, in quibusdam libris pro ***vel*** esse, ***veluti.*** quod & mavult D. Vinnius: proclamans, nisi ita legatur, Triboniani peccatum esse. In aliis tamen manuscriptis, quos inter est meus, extat ***vel***: & recte: nam ubi nihil distinguit, idem Justiniano valet quod in *l.* 12. §. 2. *D. d. t.* hoc Ulpiani: *Si pecoris ei usus relictus est, puta gregis ovilis.* Igitur ut revertar ad *d. l.* 2. §. 1. *h. t.* non est ibi Cujacii emendatione opus: satis idoneo Pauli sensu, Si vectorum voluntate, puta propter aliquem metum, deteriorata sit navis, aut quid exarmarit; non esse alienum a ratione Legis Rhodiæ, id detrimentum omnium collatione refici, quasi ad omnium utilitatem factum.

Nihil esset hic quod moremur diutius: nisi in *d. l.* 2. §. 3. *h. t.* insuper quæreretur, redempta a piratis nave, an collatio fieri debeat? nam nec hunc casum, quantum ad verba, attingit Lex Rhodia. Memorat tamen Paulus, Servium, Ofilium, Labeonem, existimasse, debere omnes conferre: quod, ut videtur, hic non est minor conferendi causa, quam jactu facto levandæ navis gratia: redemptione æque ad communem omnium utilitatem pertinente. quid, si prædones, sive piratæ, abstulerint aliqua? ait Paulus, eum cujus fuerint, ea perdere. non improbabili ratione, quia is non est damnum passus aliorum causa. Addit Paulus, Nec conferendum ei qui suas merces redemerit. sensus est, si quis merces suas separatim a cæteris redemerit, ne ei quidem conferendum: eo quod magis suum, quam commune, negotium gessit. Est & illud hujus loci, quod in *d. l.* 2. §. 5. ait Paulus, servorum quoque qui in mare (pro, *in mari*, ut alibi observatum) perierunt, non facienda magis est æstimatio, quam si qui ægri in nave decesserint, aut aliqui sese præcipitaverint. Æquissime: ut enim damnum passi sint quorum servi in mari, laborante nave, perierunt; tamen ubi contributio vertitur, non aliud putatur damnum, quam levandæ navis causa in communi periculo factum. id vero in proposito non magis contingit, quam ubi servi ægri in nave decesserint, aut aliqui sese præcipitaverint.

Explicitus est prior articulus Legis Rhodiæ. propero ad alterum. Is, ut jactus veniat in tributum, postulat, navem qua de factus sit jactus, esse salvam. Is articulus claret ex *l.* 4. *h. t.* nec alia eget confirmatione. nisi cui dubium est, Legem Rhodiam, jactu mercium facto levandæ navis gratia, cum jubet, omnium contributione sarciri, quod pro omnibus datum est *l.* 1. *h. t.* sic accipi, quasi velit, jactum omnium contributione sarciri tum, si is merces quæ in nave manserunt, omnibus salvas præstitit, salva nave. Sed nescio, an sic definiat Hermogenianus *l.* 5. *D. h. t.* ex sententia Legis Rhodiæ: dicens, hanc æquitatem placuisse. Verba: *Amissæ navis damnum collationis consortio non sarcitur per eos qui merces suas naufragio liberaverunt: nam hujus æquitatem tunc admitti placuit, cum jactus remedio cæteris in communi periculo, salva navi, consultum est.* Ecce: navis tempestate amissa est, nullo ante jactu mercium facto. aliqui suas naufragio liberaverunt: id est, ex naufragio conservarunt. Dubitatur: an damnum amissæ navis debeat refici collatione servatarum mercium? Non placet Hermogeniano: & justa ratione. ea ratio est: quod non damnum, qua damnum in mari factum, præbet contributioni causam: sed damnum jactu factum; hac mente, ut cæteris in communi periculo consuleretur. Nec contentus hac ratione est Hermogenianus: præterea desiderat, ut cæteris illo remedio, salva nave, sit consultum. Fuerit igitur, auctore Hermogeniano, mens Legis Rhodiæ; ne petatur contributio, eo quod est damnum datum, etsi mercibus in mare jactis navis levandæ gratia: sed ideo quod aliorum merces jactus remedio, salva nave, conservatæ sunt: id est, quod jactus speratum finem obtinuit. Quod si est, ut est verissimum: probatum est, non salva post jactum nave, nec collationem quidem Lege Rhodia admitti: non inveniente Lege, unde, aut cur, ea fieri debeat. Nec tamen vel hoc in mora est, ne submersa post jactum nave, mercibus interim quocumque modo conservatis, res perinde accipiatur, ac si illæ nave salva conservatæ essent. pone, ut exemplo intelligatur quæstio: jactus mercium factus est levandæ navis gratia: sed ingravescente paulatim tempestate navis postea submersa est. ex ea merces quædam per urinatores sunt extra-

ctæ,

ctæ. Rem attingit Manilius *lib.* 5. *Astronomic. vers.* 428. verbis sequentibus.

. . . *Votum est*
Illis in ponto, jocundum est quærere pontum,
Corpora qui mergunt undis, ipsumque sub antris
Nerea & æquoreas conantur visere nymphas,
Exportantque maris prædas, & rapta profundo
Naufragia, atque imas avidi scrutantur arenas.

Habes thema. quæstioni est, an merces per urinatores extractæ, pertineant ad collationem? Sabinus putavit; & Callistratus *l.* 4. §. 1. *h. t.* ait, cum *æque* respondisse. id vero, ut ego expono, est benigne. nam angustia & subtilitas regulæ Legis Rhodiæ contributionem, nisi salva nave, non sinebat. Sed Sabinus hanc æque, id est, benigne, interpretatur ex Legis fine: arbitratus, si ex nave quid conservatum sit qualicumque modo, obtineri finem Legis: unum quærentis; an ipsa navis aut ex ea aliquid servatum sit, non quomodo: cum præsertim parum referat.

Invento casu quo contributio fiat ex Lege Rhodia: restat, a quibus illa fieri debeat. Paulus *l.* 2. §. 2. *D. h. t.* definit, omnes quorum interfuisset jacturam fieri, conferre oportere. Nec sine ratione. ea ratio est: Quia id tributum observatæ res deberent. indeque infert Paulus, etiam dominum navis pro portione obligatum esse. Summa Pauli est, debere navem, & omnia quæ cum nave servata sunt, sine discrimine æstimari; si quidem recipiant æstimationem: nec interesse, utrum pondus habeant, & his onerata fuerit navis, an non: ut gemmæ, margaritæ, annuli, vestes cujusque: una Legis inspectione, an domini interfuerit, eas servari jactu, & recipiant æstimationem. hac causa libera excipit capita: nolens, pro his dari: quia nulla horum æstimatio est: cæterorum omnium est. & tamen ab his excipit Paulus, si quæ consumendi causa imposita sint, cibaria verbi gratia: eo magis; quod si quando ea defecerint in navigationem, quod quisque haberet, in commune conferret. Vult igitur Paulus, ea considerari tamquam futura omnium communia; & si quando defecerint in navigationem ad omnium conservationem in medium conferenda: volente necessitate, servari omnes.

Liquet, unde facienda sit contributio: adhuc liquere oportet, quomodo sit facienda. De hoc sic Paulus *d. l.* 2. §. 2 *Jacturæ*, inquit, *summam pro rerum pretio distribui oportet.* Sed hoc, quod quæritur, non satis extricat. itaque in §. 4. distinctius infit: *Portio autem pro æstimatione rerum quæ salvæ sunt, & earum quæ amissæ sunt, præstari solet. nec ad rem pertinet, si hæ quæ amissæ sunt, pluris veniri poterunt, quoniam detrimenti, non lucri, fit præstatio. sed in his rebus quarum nomine conferendum est, æstimatio debet haberi, non quanti emptæ sint, sed quanti venire possunt.* Harmenopulus, *Prompt. lib.* 2 *tit.* 11. *num.* 11. ait, Hoc fieri, quo & damnum, quoad fieri potest minuatur, & lucrum amplius propagetur. addit, ita utrisque consuli, & iis qui jacturam fecerunt, & iis qui res suas salvas habent.

Quod ad formam petendæ contributionis notanda est observatio Ulpiani *l.* 14. *D. de præscr. verb.* sic scribentis: *Qui servandarum mercium suarum causa alienas merces in mare projecit, nulla tenetur actione. sed si sine causa id fecisset, in factum; si dolo, de dolo tenetur.* Ulpiani sermo non est de eo cujus merces jactæ sunt in mare; sed de eo qui alterius merces projecit; & negat, hunc propterea ulla teneri actione. Quod probo. & est ratio; quod qui voluit, se aut merces suas servare, jactis aliorum mercibus, usus est temporis necessitate: semper jus faciente, cum non licet facere aliter. ita non tenetur ex delicto; nisi quid egerit dolo malo nec magis potest ex contractu obligatus censeri: quia nihil est inter eum & mercium dominum contractum de reparando jacturæ damno. Non est igitur in proposito inspiciendum, quis jecerit merces: id enim nihil ad rem pertinet. magis quærendum est, cujus res eo jactu servatæ sint: nam ejus interfuit, jactum fieri; ideoque æquum est, eum ob res servatas ad collationem teneri. At qua actione; cum nihil actum contractumve sit? Hoc diligenter tractat Paulus *d. l.* 2 *pr. D. h. t.* & quia obscure more suo: duo postulo observari: unum est quod hæc lex debetur Pauli lib. 34. Ad Edictum, ex quo est etiam *l.* 1. & plures aliæ sub Titulo *Locati conducti*, eoque fit verisimile, Paulum explicationem Legis Rhodiæ de jactu junxisse Edicto De locato & conducto. Altera observatio erit, quod Paulus in *d. l.* 2. ei cujus merces sint in mare jactæ, nullam concedit actionem ex Lege Rhodia; nec magis meminit actionis a Prætore in Edicto propositæ: tantum facit mentionem actionis ex locato & conducto; inductæ, ut videtur, hac in specie usu & disputatione Jurisconsultorum: interpretantium, contrahentes de mercibus nave transvehendis per mare, in quo orta tempestate necessario fiat mercium jactus, invicem obligari ex locato & conducto in id quod alterum alteri ex fide bona jactu facto præstare oportet, quasi id tacite placuerit, etsi de eo nihil nominatim convenerit § 3. *Inst. de oblig. quæ quasi ex contract.* proinde locata aut conducta mercium transvectione, & jactu e re vectorum facto jussu magistri, creditum fuit, convenire naturæ locationis & conductionis quæ est bonæ fidei, ut domini mercium, prout locata aut conducta sit earum transvectio, ex locato & conducto experiantur adversus magistrum navis: ut is vicissim agat contra vectores, merces suas salvas habentes, ad hoc, ut damnum jactus contributione pro portione reparent; aut hunc in finem eorum merces retineat, donec satisfaciant. Neutrum remedium est inauditum in jure nostro. nam & Labeo *l.* 60 §. 5 *D. Locati* ait, ubi quis alienam messem sustulit, dominum illi condicere frumentum posse, & ut id faciat, colonum ex conducto acturum cum domino. Dedi & alia exempla supra *sub Tit. de judic.* Non minus notum est jus retentionis, jurisconsultis eam, donec satisfiat, ex causa permittentibus possessionem adepto sine vitio, etiam si non habeat pignus *l.* 1. *D. Quib. mod. pign. solv. l.* 1. *C. Si alien. res pign. l. unic. C. Etiam ob chirogr. res pign.* In proposito autem videtur usus retentionem magistro navis concessisse, quasi ea lege merces exceperit: eo æquius, quod quodammodo esset necessarium: ne si ille deberet singulos judicio convenire, contributio facile eluderetur: plerumque ignotis vectoribus, sæpe alio festinantibus, utique dilapsuris, cum e nave erunt digressi. Sed, ut ad Paulum veniamus, is (quod optime observat D. Cujacius *lib.* 3. *Observ. c.* 2.) distinguit; utrum domini mercium magistro merces vehendas locaverint; an ab eo mercibus suis conduxerint certum locum. Huc redit summa totius loci. priore casu ait Paulus, dominos mercium ex locato acturos adversus magistrum navis: ut is vicissim agat actione ex conducto adversus vectores; ut præstetur quod eos, pro reparanda jactura, ex bona fide præstare oportet. Servius quidem respondit, mercium dominos cum magistro ex locato experiri debere, ut cæterorum vectorum merces retineat, donec damni

ni portionem præstent. & esse id commodissimum, Paulus fatetur. sed ipse subjicit: *Imo etsi retineat merces magister.* Ita Florentiæ legitur: cum in aliis libris (quod & malunt Viri Doctissimi) extet: *Imo etsi non retineat merces magister.* Sed retinenda Florentina lectio, supervacua adjectione voculæ, *non*: & est sensus, Imo etsi possit magister merces retinere: vel, etsi magister retineat merces aliquas, aut merces aliquorum, adhuc ultro (id est, prior: hoc modo id verbum recte accipit Cujacius *d. loc.*) habiturus est actionem cum vectoribus. fueritque id necesse, si sint vectores sine sarcinis quæ retineri possint: cum interim habeant annulos, gemmas, similia jactu facto servata. Altera distinctionis pars sequente continetur versu. *At si non (&) totam navem conduxerit, ex conducto aget: sicut vectores, qui loca in nave conduxerunt.* Ita Florentiæ editur. sed Cujacius mavult: *At si non totam navem conduxerit, ex conducto agent: sicut vectores qui &c.* Sensus: Quod mercium domini, si non locaverint transvehendas merces, sed locum aliquem in nave mercibus conduxerint, adversus magistrum agent ex conducto; ut is rursus suo modo adversus vectores agat ex locato ad præstationem contributionis: sicut vectores qui loca in nave conduxerunt, jactu damnum passi, consimili consilio cum magistro navis experiuntur.

TITULUS. III.

De institoria actione.

Exemplo actionis exercitoriæ ex negotiatione maritima profectæ, hic a Prætore proponitur actio institoria ex negotiatione terrestri hac, opinor, forma. *Quod cum institore gestum esse dicetur ejus rei nomine cui præpositus erit, de eo adversus eum qui præposuit, actionem dabo.* Qua ratione? Ulpianus *l.* 1. *h. t.* ait, Prætori visum esse, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum & conveniri. Sed addit Ulpianus, quod non idem facit circa eum qui institorem præposuit, ut experiri possit: sed si quidem servum proprium institorem habuit, potest esse securus, adquisitis sibi actionibus: si autem alienum servum, vel etiam hominem liberum, actione deficietur; ipsum tamen institorem vel dominum ejus convenire poterit, vel mandati vel negotiorum gestorum. præterea dicit Ulpianus, Marcellum opinari debere dari actionem ei qui institorem præposuit, in eos qui cum eo contraxerint. utique (quod ex Gajo subjicitur *l.* 2.) eo nomine quo institor contraxit; si modo aliter rem suam servare non potest.

Nunc de Edicto videamus. in eo dat Prætor actionem institoriam; si quid cum institore gestum erit. Institor autem appellatus est (ut Ulpianus ait *l.* 3. *h. t.*) ex eo quod negotio gerendo instet, nec multum facit, tabernæ sit præpositus, an cuilibet alii negotiationi. idque in *l.* 4. *& seqq.* multis exemplis illustratur. summam facit Paulus *l.* 18. *h. t.* Institor, inquiens, est qui tabernæ locove ad emendum, vendendumve præponitur, quique sine loco ad eumdem actum præponitur.

Qualis autem sit institor, non distinguit Prætor. quin generaliter dicit, *Quod cum institore gestum erit.* optime igitur Ulpianus *l.* 7. §. 1. Parvi, inquit, refert, quis sit institor, masculus, an fœmina, liber, an servus, proprius vel alienus. item quisquis præposuit. nam & si mulier præposuit, competit institoria, exemplo exercitoriæ actionis: & si mulier sit præposita, tenebitur etiam ipsa. sed & si filiafamilias sit, vel ancilla præposita, competit institoria actio. Pupillus autem institor obligat eum qui eum præposuit, institoria actione: quoniam sibi imputare debet qui eum præposuit *d. l.* 7. §. 2. nam (hoc addit Gajus *l.* 8.) plerique pueros puellasque tabernis præponunt. Verum si ipse pupillus præposuerit, si quidem tutoris auctoritate, obligabitur: si minus, non *l.* 9. *h. t.* nec tamen iniquum est, (quod Gajus monet *l.* 10.) eatenus dari in eum actionem, quatenus ex ea re locupletior est. præterea ait Ulpianus *l.* 11. si pupillus heres extiterit ei qui præposuerat, æquissimum fore, pupillum teneri, quamdiu præpositus manet. removendum enim fuisse a tutoribus, si nollent opera ejus uti. addit Ulpianus §. 1. *d. l.* 11. si minor viginti quinque annis erit qui præposuit, auxilio ætatis usurum, non sine causæ cognitione.

Datur igitur a Prætore institoria actio; si quid gestum erit cum institore: nec tamen omne quod cum institore geritur, obligat eum qui præposuit: sed ita, si ejus rei gratia, cui præpositus fuerit, contractum est, id est, duntaxat ad id ad quod eum præposuit. sic optime Ulpianus, & Edicto convenienter *l.* 5. §. 11. & in §. 12. cum sequentibus id explicat compluribus exemplis. sunt & alia in *l.* 11. §. 5. *& seqq.* quæ ibi videri possunt; nec opus adscribere.

Obtinet igitur hæc actio, si quid gestum erit cum institore ea de re cui ipse propositus erit. quid, si prohibuerit exercitor, cum eo contrahi? Ulpianus *l.* 11. §. 2. *h. t.* sic definit: de quo palam proscriptum fuerit, Ne cum eo contrahatur, is præpositi loco non habetur. & præfatur, quod non permittendum erit cum institore contrahere: sed si quis nolit contrahi, prohibeat: cæterum, id est, alioquin, qui præposuit tenebitur ipsa præpositione. Porro cum posset quæri, quid sit palam proscribere: Ulpianus in §. 3. id sic exponit: Proscribere palam sic accipimus, claris literis, unde de plano recte legi possit: ante tabernam scilicet vel ante eum locum, in quo negotiatio exercetur: non in loco remoto, sed in evidenti. Literis utrum Græcis, an Latinis? puto, inquit, secundum loci conditionem: ne quis causari possit ignorantiam literarum. certe si quis dicat, ignorasse se literas, vel non observasse quod propositum erat, cum multi legerent, cumque palam esset propositum, non audietur. Præterea monet Ulpianus §. 4. quod proscriptum perpetuo esse oportet. cæterum si per id temporis quo propositum non erat, vel obscurata proscriptione contractum sit, institoria locum habebit, proinde si dominus quidem mercis proscripsisset, alius autem sustulit, aut vetustate, vel pluvia vel quo simili contingit, ne proscriptum esset, vel non pareret, dicendum, eum qui proposuit, teneri. sed si ipse institor decipiendi mei causa detraxit, dolus ipsius proponenti nocere debet: nisi particeps doli fuerit qui contraxit.

Ex superioribus satis intelligitur, cui & adversus quem detur institoria actio. apparet enim, dari ei qui cum institore contraxit de ea re cui præpositus est, adversus exercitorem qui cum præ-

præposuit §. 2. *Inst. Quod cum eo qui in alien. potest.* sed (quod Ulpianus monet *l.* 13. §. 1. *h t.*) ita demum, si non novaverit quis eam obligationem, vel ab institore vel ab alio, stipulando novandi animo.

Ad quid datur institoria actio? in solidum ejus de quo contractum est *d.* §. 2. *Inst. Quod cum eo qui in alien. pot. est.* Recte: si tabernam unus exerceat: sed Ulpianus *l.* 13. § 2. *h. t.* ait, si duo pluresve eam exerceant, & servum, quem ex disparibus partibus habebant, institorem præposuerint, a Juliano quæri, utrum pro dominicis partibus teneantur, an pro æqualibus, an pro portione mercis, an vero in solidum? refert autem, verius esse a Juliano putari, exemplo exercitorum, & de peculio actionis, unumquemque in solidum conveniri posse. sed addit, eum qui conventus sit, quidquid præstiterit, ex Juliani sententia societatis judicio vel communi dividundo consecuturum. eamque sententiam se & supra probasse. Quod est verum. nec aliena ab his sunt quæ ex Paulo sequuntur *l.* 14. *d. t.*

Novissime sciendum esse, ait Ulpianus *l.* 15. *h. t.* has actiones perpetuo dari & in heredem & heredibus.

Titulus IV.

De tributoria actione.

Sicut in superioribus Titulis, ita in hoc est casus in quo a Prætore actio datur adversus alium quam qui contraxit. Sensus Edicti fuit: *Si is qui in aliena potestate esse dicetur, eo sciente in peculiari merce negotiatus erit, eo nomine judicium dabo, ut quod in ea merce erit, quodque ex ea receptum erit, ab eo in cujus potestate erit, singulis pro rata portione tribuatur; item si ejus dolo malo factum erit, quo minus tributum esse dicatur, quam debuerit, judicium dabo, ut id præstetur.* Et hujus Edicti (si audimus Ulpianum *l.* 1 *h. t.*) non minima utilitas est. hoc enim agit; ut dominus qui alioquin in servi contractibus privilegium habet, (quippe cum de peculio dumtaxat teneatur, deducto quod domino debetur) tamen si scierit servum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor, ex hoc Edicto in tributum vocetur. Ut igitur locum habeat actio tributoria, vult Prætor, eum qui in aliena potestate est, negotiatum esse. Potestatis autem verbum ait Ulpianus *l.* 1 §. 4. esse porrigendum ad omnem sexum, item ad omnes qui sunt alieno juri subjecti. imo addit in §. 5. tributoriam actionem non solum pertinere ad servos; verum ad eos quoque qui nobis bona fide serviunt, sive liberi, sive servi alieni sunt, vel in quibus usumfructum habemus. tantum postulatur, ut merx qua peculiariter negotietur, ad nos pertineat *l.* 2. *h. t.*

Non est contentus Prætor postulasse, eum qui in aliena potestate sit, negotiatum esse: amplius vult, negotiatum esse de merce peculiari, & sciente eo in cujus potestate est. Ait autem Ulpianus *l.* 1. §. 3. scientiam hic eam accipi, quæ habet & voluntatem: non utique manifestam, sed patientiam: non enim velle debere dominum, sed non nolle. igitur si scit, & non protestatur, & contradicit; tenebitur actione tributoria.

Mercis quoque *nomine* merito adjici, Ulpianus notat *l.* 5. § 4. *h. t.* ne omnis negotiatio cum servo facta tributoriam inducat. Certe addit §. 11. non totum peculium in tributum venire; sed id dumtaxat quod ex ea merce est; sive merces manent, sive pretium earum receptum, conversumve est in peculium. sed & si (ut est in §. 12.) adhuc debeatur mercis nomine a quibusdam quibus solebat servus distrahere, hoc quoque tribuetur, prout fuerit receptum. Quid, si servus iste præter mercem in taberna habeat instrumentum, an hoc quoque tribuatur, quæritur? Ulpianus *d. l.* 5 §. 13. putat, & hoc tribui ex sententia Labeonis. & esse æquissimum. ac sic præfatur; plerumque enim hic apparatus ex merce est: imo semper. cætera tamen, inquit, quæ extra hæc in peculio habuit servus, non tribuentur; ut puta argentum habuit vel aurum: nisi si hæc ex merce comparavit. Ut ut erit: habet actio tributoria locum; si servus, sciente eo in cujus potestate est, de merce peculiari sit negotiatus. Mercem autem peculiarem quomodo accipimus: nam proprietatem sequentibus est angustior ejus appellatio: ut neque ad servos, fullones, vel sarcinatores, vel textores, vel venaliciarios pertineat. Sed placuit Ulpiano, Pedium sequuto, Edictum ad omnes negotiationes porrigere *l.* 1. § 2. *h. t.* Interim observat Ulpianus §. 3. Peculiarem mercem non sicuti peculium accipi: hac præsertim ratione, quod peculium deducto quod domino debetur accipitur: merx peculiaris, etiamsi nihil sit in peculio, dominum tributoria obligat, ita demum, si sciente eo negotiabitur *l.* 1. §. 2. *h. t.* Superioribus convenit, ne merces dominicæ in tributum veniant, sed tantum peculiares *l.* 11. §. 7. *D. de instit act.*

Sequitur, cui, item adversus quem, & ad quid detur tributoria actio. Datur autem creditori qui de merce peculiari contraxit cum eo qui in potestate est. Datur vero adversus eum qui hunc in potestate habet, ut eo sciente de ea contractum est a servo. Ad quid datur? ait Prætor, dari ad hoc, ut quod erit in merce peculiari, quodque ex ea receptum erit, singulis pro rata portione tribuatur. Inde observanda differentia inter hanc actionem & eam quæ est de peculio. non enim hæc actio, (sic ait Paulus *l.* 6. *h. t.*) sicut de peculio, occupantis meliorem causam facit, sed æqualem conditionem quandoque agentium. Et valde placet hoc Ulpiani *l.* 5. §. 19. *h. t.* Tributio fit pro rata ejus quod cuique debeatur; & ideo, si unus creditor veniat desiderans tribui integram portionem, consequitur: sed quoniam fieri potest, ut alius quoque vel alii existere possint creditores mercis peculiaris, cavere debet creditor iste, pro rata se refusurum, si forte alii creditores emerserint. Ulpianus *l.* 7. *h. t.* Illud quoque, inquit, cavere debet, si quid aliud emerserit domini debitum, se ei pro rata refusurum. finge enim conditionale debitum imminere, vel in occulto esse; hoc quoque admittendum est: nam injuriam dominus pati non debet, licet in tributum vocatur. Datur igitur hæc actio adversus dominum, ut tribuat. Quid si nolit tribuere, fugiens hanc molestiam; contra paratus, peculio vel mercibus cedere? Ulpianus *d. l* 7. §. 1. ait, Pedium referre, audiendum eum; eamque sententiam habere æquitatem. & plerumque arbitrum a Prætore debere dari, cujus interventu tribuantur merces peculiares. Quid, si tribuerit: sed minus, quam debuerit? Ait Ulpianus *d. l.* 7. §. 2. tributoriam in eum dari: ut quanto minus sit tributum quam debuerit, præstet, eam-

eamque actionem dolum malum coërcere. Ulpiano consentit Julianus *l. ult. h. t.* Tributoria, inquiens, actione tunc demum agi potest, cum dominus in distribuendo pretio mercis Edicto Prætoris non satisfecit: id est, cum majorem partem debiti sui deduxit, quam creditoribus tribuit. Minus autem tribuere videri, ait Ulpianus *d. l.* 7. §. 2. etiamsi nihil tributum sit. Quid, si ignorans in merce servum habere, minus tribuit? jam ait Ulpianus, non videri dolo malo minus tribuere: sed re comperta, si non tribuat; dolo nunc non carere. proinde si sibi ex ea merce solvi fecit; utique dolo videri minus tribuisse. sed & si mercem perire passus est, aut eam avertit, aut vilioris data opera distraxit, vel si ab emptoribus pretium non accepit, teneri eum tributoria, si dolus intervenit *d. l.* 7. §. 3.

De proprietate hujus actionis sic ait Ulpianus *l.* 7. §. *ult. h. t.* Hæc actio & perpetuo & in heredem datur de eo dumtaxat quod ad eum pervenit: & subjicitur ex Juliano *l.* 8. quia non de dolo est, sed rei persecutionem continet. Quare etiam mortuo servo dominus, item heres ejus perpetuo teneri debebit, propter factum defuncti, quamvis non aliter, quam dolo interveniente competat. Addit Ulpianus *l.* 9. quod in herede dicimus, idem fore & in cæteris successoribus.

TITULUS. V.

Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur.

In limine Tituli præmonebo, eum qui cum servo contrahit, servum ipsum neque jure civili, neque jure Prætorio, ullo modo habere obligatum; sed dominum dumtaxat de peculio jure Prætorio tenere. qui vero cum filiofamilias contrahit, duos habere debitores: filiumfamilias in solidum jure civili, & patrem jure Prætorio tantum de peculio *l.* 44. *D. de pecul.* adeo, ubi de filii, id est, liberi hominis, obligatione quæritur; parum refert, utrum sui, an alieni, juris sit: quando filiusfamilias ex omnibus causis tamquam paterfamilias obligatur, & ob id agi cum eo tamquam cum patrefamilias potest *l.* 39. *D. de oblig. & act.* quamdiu est in patris potestate: tamdiu enim manet idem qui est obligatus. sed emancipatus a patre, fit alius: quia emancipatione, per imaginarias venditiones & sequentes manumissiones adhuc fieri solita, quodammodo in servitutem detrusus, capitis deminutione novus homo factus jure Pandectarum creditur: ideoque mera subtilitate ea actione quæ ante adversus eum competiit, ultra conveniri nequit. Ne tamen creditori ea re injuria inferretur; placuit Prætori Edicto de capite minutis, (quod extat *l.* 2. §. 1. *D. de capit. minut.*) illi adversus emancipatum, perinde ac si capitis deminutio nulla intervenisset, restituere actionem utilem, & quidem in solidum: sicut ante in solidum competierat. Cæterum, cum progressu temporis experiundo intelligeretur, novo patrifamilias, & ut plerumque incidebat, non in re lauta adhuc constituto, hoc gravius esse; visum Prætori alio Edicto, quod est positum sub hoc Titulo, eum post capitis deminutionem quidem perinde conveniri, ac si nulla intervenisset: at non jam in solidum, sed hactenus saltem, quatenus facere posset. & notandum, quod hanc humanitatem Prætor non emancipato tantum filio hoc Edicto exhibuit: sed ei quoque qui a patre sit exheredatus, aut alioquin se a patris hereditate abstinuit. Verba Prætoris ab Ulpiano *l.* 2. *D. h. t.* talia produntur. *In eum qui emancipatus aut exheredatus erit, quive abstinuit se hereditate ejus cujus in potestate, cum moritur, fuerit, ejus rei nomine quæ cum eo contracta erit, cum is in potestate esset, sive sua voluntate, sive jussu ejus in cujus potestate erit, contraxerit, sive in peculium ipsius, sive in patrimonium ejus, cujus in potestate fuerit, ea res redacta fuerit, actionem, causa cognita, dabo in quod facere potest.* In hoc Edicto Prætor, si ejus verba spectamus, tantum auxilium præbet filio emancipato, itemque exheredato, aut abstinenti se a patris hereditate. Sed Ulpianus *d. l.* 2. §. 1. motus benignitate Prætoris, ejusmentem longius porrexit: confirmans, æquissimum esse, causa cognita, etiam in alios dari actionem in id quod facere possunt: & affert complura exempla. unum est: *si citra emancipationem sui juris factus sit.* Quis ille? Flamen Dialis: de quo scripsi *lib.* 1. *Tit.* 7. *De adoptionibus & emancipationibus.* Alterum exemplum est: *vel in adoptionem datus, deinde pater naturalis decesserit.* Tertium exemplum est, *si quis ex minima parte sit institutus.* Imo *l.* 4. quæ conjugenda cum fine *d. l.* 2. sic pergit: *Sed si ex parte non modica sit scriptus heres filius, in arbitrio est creditoris, utrum in portione hereditaria, an in solidum eum conveniat. sed & hic Judex æstimare debet, ne forte in id quod facere potest, debeat conveniri.*

Ut revertar eo, unde incœpit interpretatio, apparet, Prætorem novo patrifamilias, si conveniatur ex contractu quem inivit filiusfamilias, subvenire; ne ultra quam facere possit, condemnetur. In herede non idem censet Ulpianus *l.* 4. §. 3. *h. t.* motus auctoritate Papiniani: lib. 9. Quæstionum, scribentis, in heredem filii actionem in solidum dandam. nempe opinatus ille est, privilegium filio a Prætore datum, heredi non datum, cum persona filii extingui.

Ego ne illud quidem omittam, quod Prætor adversus filium, patria potestate liberatum, actionem dans in id quod facere potest, loquitur de actione ex contractu, quoquo modo is fuerit celebratus: sive sua voluntate, sive jussu ejus in cujus potestate fuerit: amplius, sive in peculium ipsius, sive in patrimonium ejus, cujus in potestate fuerit, ea res redacta fuerit: uno Prætoris consilio, curare; ne ex negotio ante gesto novus paterfamilias rigore juris a suo creditore ullo casu opprimatur. Sic: si ex contractu conveniatur. quid, si ex delicto? non idem placet: quia Prætor de contractu loquitur; de delicto non loquitur. Atqui appellatione contractus etiam delictum censetur. Novi, me observasse supra sub Titulo, *De rebus creditis.* sed id ubi fit, contractus malus indigitatur *l.* 52. *D. de re judicata.* nec voluit Ulpianus, ut decuit virum honestatis studiosum, Prætoris cognitionem infuscare consilio adjuvandæ improbitatis: contra ait, ex delicto conventum, tamquam indignum Prætoris indulgentia, in solidum condemnari *d. l.* 4. §. 2. *h. t.*

Utilior & justior fuerit deliberatio, an in cognitione Prætoris etiam temporis haberi debeat ratio: ut, si quidem ex continenti cum filio agatur, detur actio in id quod facere potest: sin vero post multos annos, non debeat indulgeri? Ulpianus *d. l.* 4. §. 4. mihi, inquit, videtur ratio-

rationem habendam esse: & præfatur, in hoc causæ cognitionem verti.

Dat igitur ex hoc Edicto Prætor adversus filium emancipatum, exheredatum, & qui se patris hereditate abstinuit, ex vetere contractu actionem, in quantum facere potest. non tamen vel sic semper: sed interdum in solidum: quia, ut modo cœpi dicere, causa cognita eam dat: id est, ita demum, si ei justa causa videatur. Fac: aliquis in contrahendo est mentitus, se esse patremfamilias, cum esset filiusfamilias. is deinde a patre est aut emancipatus, aut exheredatus, aut se a patris hereditate abstinuit. an convento post emancipationem, mortemve patris, Prætor subveniet; ne in solidum conveniatur, si facere non possit? non sinit Ulpianus *l.* 4. §. 1. *h. t.* quam ob rem? ait, propter mendacium. Occurrit hic & alius respectus. ecce: pater filium, post contractum ab eo confectum, exheredavit, alio instituto herede. pater hunc rogavit, uti hereditatem filio restituat. restituta est ex Senatusconsulto Trebelliano. postea conventus filius. quomodo condemnandus? non in quantum facere potest, sed in solidum. Atqui à patre est exheredatus. Sit ita: sed restituta ei hereditate ex Senatusconsulto Trebelliano, cessat Edicti causa: quia etsi jure civili non sit heres, tamen vi Senatusconsulti jure Prætorio heredis loco habetur §. 4. *Inst. de fideic. hered.* &, ut Paulus loquitur, quodammodo heres est *l.* 5. §. 1. *h. t.* Quid, si contra filius a patre heres institutus, ac rogatus hereditatem restituere, nolit se ei immiscere, ideoque ex secundo capite Senatusconsulti Pegasiani coactus immiscuerit se, ut restituat hereditatem? immiscuit se. ita est: sed verissime Paulus *d. l.* 5. §. 2. perinde observandum esse ait, ac si se abstinuisset.

Titulus VI.

De Senatusconsulto Macedoniano.

Superioribus Titulis intellectum est, ex contractu filiifamilias a patre habentis peculium, cum adversus filium jure civili, tum adversus patrem jure Prætorio, actionem dari. Præsens Titulus ostendit, id fallere, data ei mutua pecunia, propter Senatusconsultum Macedonianum: quo prohibetur; ne ei qui filiofamilias mutuam pecuniam dederit, eo nomine actio petitioque detur. Verba Senatusconsulti Macedoniani hæc sunt ex *l.* 1. *h. t.* *Cum inter cæteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam æs alienum adhibuisset, & sæpe materiam peccandi malis moribus præstaret, qui pecuniam (ne quid amplius diceretur) incertis nominibus crederet. placere, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset, actio petitioque daretur: ut scirent, qui pessimo exemplo fænerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen expectata patris morte fieri.* Integra sunt hujus Senatusconsulti verba. tantum desunt Consules qui de eo retulerint ad Senatum. ita non liquet tempus quo sit factum. difficultatem auget discidium Taciti & Suetonii: quorum ille *lib.* XI. *Annal. c.* 13. hoc Senatusconsultum adscribit Claudio; hic Vespasiano *in ejus vita c.* XI. In componenda lite sudavit Petrus Faber *lib.* 1. *Semestr. c. ult.* Sed præstat conjectura Torrentii, *Notis ad Suetonium* existimantis, Macedonianum Senatusconsultum (legem generali vocabulo dicit Tacitus) factum Principe Claudio: ac post ejus mortem, per licentiam temporum desuetudine obliteratum, deinde a Vespasiano in usum fuisse revocatum, forte & asperatum; ut ad Tacitum arbitratur Justus Lipsius.

Certior est origo nominis Macedoniani Senatusconsulti: manifesto ex ejus verbis, venire a quodam Macedone: qui ei multiplice scelere causam præstitit. scio, rarius hoc accidere: & Leges ac Senatusconsulta plerumque a suis auctoribus appellari. ne tamen vel illud sine exemplo sit, suffecerit Lex Scantinia de impudicitia: quam a Scantinio, impudico homine, in cujus odium lata est, nomen accepisse, dudum est ab aliis observatum. Cæterum quisnam fuerit iste Macedo, minime constat. Plinius *lib.* 3. *Epist.* 14. meminit cujusdam Largii Macedonis, patre libertino nati, prætoriis ornamentis honestati: illum sævum fuisse in servos, & in villa Formiana ab ipsis in balneo cæsum, tandem expirasse. At de præsente longe alia Senatus. ait, eum, præter cætera scelera, etiam adhibito ære alieno, peccandi materiam malis moribus præstitisse; dum pecuniam crederet incertis nominibus. His vero verbis quid indigitet Senatus, non bene expediunt Doctissimi Viri. Meo judicio, *incerta nomina* sunt *mala nomina*: quibus in fine Senatusconsulti opponitur *bonum nomen.* Horatio dicitur *certum nomen.* Res talis est: fœneratores duri atque acerbi, boni tamen viri, pecunias suas non fœnerabant, nisi nominibus certis, id est, nominibus bonis, sive quibus per leges, perque eorum fortunas, tuto credi viderentur. hi fœneratores, ut erant securi sortis, una erant contenti centesima: quæ maxima quidem erat & gravissima, at legibus permissa, unde & legitima appellata. contra improbi aut fatui fœneratores quærebant nomina mala, sive, ut Senatus loquitur, incerta, id est, quibus non poterant tuto credi pecuniæ, ut filiisfamilias, prodigis, & luxuriosis. tales fœneratores non stabant intra unam centesimam, sive legitimam usuram. sub prætextu periculi quod credendo erant subituri, stipulabantur binas, ternas, quaternas, etiam quinas, centesimas. Res incredibilis: at vera, nec minus improba. adolescentes certe tam immanibus usuris exiguo tempore obruti ære alieno, atque inextricabili, dum viveret pater, ejus vitæ struebant insidias: parricidio inventuri, unde dissolverent æs alienum. ita optimum factum Senatus: vetantis, mutuam pecuniam filiisfamilias dari; &, si contra factum esset, fœneratori eo nomine dari actionem petitionemque, non modo patre vivo, sed mortuo quoque: scilicet, ut ne tunc quidem bonum fieret filiifamilias nomen, quod vivo patre erat malum. Dixi, quid mihi videatur de ratione ac providentia Senatus, pro instituto nunc breviter. uberius egi *lib.* 2. *De fœnore & usuris c.* 13. adductis ex vetustate testimoniis pulchris atque elegantibus, quæ ibidem vide, & juvabit vidisse.

Nunc age, ipsa Senatus verba consideremus. Ait, *Placere, ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, actio petitioque daretur.* Verbo, *Placere*, Senatus decretum indigitari, observavit Budæus, *Annot. ad Pandect. pag.* 136. Sensus, Decrevisse Senatum; ne filiofamilias mutua detur pecunia. appellatione autem *Filiifamilias* Senatus indigitat filium in patris potestate constitutum: qualem

lem filiumfamilias appellari, apparet ex *l.* 4. *D. de his qui sunt sui vel alieni juris.* nec refert, utrum natura, an fictione juris, in patris potestate sit: nam filiosfamilias non solum natura, verum & adoptiones faciunt *l.* 1. *D. de adoptionib.* Hac igitur ratione Ulpianus *l.* 1. §. 2. *D. h. t.* Si, inquit, adrogatus mutuam pecuniam acceperit, deinde sit restitutus, ut emanciparetur, (qualis casus occurrit in *l.* 32. *D. de adoptionib.*) Senatusconsultum locum habebit: fuit enim filiusfamilias. Prohibet igitur Senatus filiofamilias mutuam pecuniam dari. De emancipato nihil addit. ideo, si illi data sit pecunia mutua; cessat Senatusconsultum: quia est patrifamilias data. Ratio differentiæ duplex: una, quod filiusfamilias nihil proprium habet jure civili: altera, quod pater possit insidias metuere a filio qui in ejus domo ac familia sit ære alieno obrutus. neutra ratio obtinet in filio emancipato: nam is est paterfamilias, eoque sua habet bona. præterea est extra patris familiam; nec magis patri periculosus, quam alius extraneus. Sic apparet, Senatui fuisse causam loquendi de filiofamilias, at non æque de filio emancipato. Quid, si pendeat, utrum in potestate sit filius, an non sit. pone; patrem habet apud hostes. ait Ulpianus, esse in pendenti, an in Senatusconsultum sit commissum: nam si reciderit in potestatem patris, Senatusconsulto locum esse: si minus, cessare: interim igitur denegandam esse actionem *l.* 1. §. 1. *D. h. t.* Fere prætermieram, quod Senatus de filiofamilias loquens, nihil de ejus ætate, conditione, aut statu addit. quin simpliciter ait, Ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, actio petitioque daretur. argumentum id sufficere Senatui, filiumfamilias esse, cui credita sit pecunia; nec referre ejus, utrum sobrius sit & parcus, an prodigus & luxuriosus: adolescens, an provecta ætate: privatus, an alius. credidit videlicet Senatus, optimos mores facile transfigurari in pessimos. scivit etiam, neminem ætate aut dignitate jure civili filiumfamilias esse desinere. Sed hoc ostendi supra sub Titulo, *De his qui sunt sui vel alieni juris.* & in præsentia observat Ulpianus *l.* 1. §. *ult. D. h. t.* In filiofamilias, inquiens, nihil dignitas facit, quo minus Senatusconsultum Macedonianum locum habeat: etiamsi Consul sit, vel cujusvis dignitatis. nisi forte castrense peculium habeat. tunc enim infit, cessare Senatusconsultum. quatenus? usque ad quantitatem castrensis peculii: cum filiifamilias in castrensi peculio vice patrumfamiliarum fungantur *l.* 2. *D. d. t.*

Superior labor hæsit circa filiumfamilias. sequens erit circa filiamfamilias. de ea silet Senatus. sed pronunciatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur *l.* 195. *D. de verb. signif.* pari præsertim utriusque ratione. in proposito vero quid interest, utrum filiifamilias, an filiæfamilias, luxuria in necem patris mutua pecunia instruatur? Pulchre hoc, pro sua prudentia, animadvertit Ulpianus *l.* 9. §. 2. *D. h. t. Hoc*, inquiens, *Senatusconsultum ad filias quoque familiarum pertinet.* Demus: perdita pecunia. Sed quid, si *adfirmetur*, *ornamenta ex ea pecunia comparasse*? Hanc difficultatem occupat Ulpianus *d.* §. 2. *l.* 9. & Ornamenta muliebria designat; eaque in *l.* 25. §. 10. *D. de aur. arg. mund.* ait, esse inaures, armillas, viriolas, annulos & omnia quæ ad aliam rem nullam parantur, nisi corporis ornandi causa: quo ex numero etiam esse aurum, gemmas, lapillos, alia; omniaque distinguit a mundo muliebri: sicut Paulus *l.* 37. *D. eod tit.* ab his separat vestes: spectata verborum proprietate. At Ulpianus in *d. l.* 9. §. 2. non hanc quærit, sed exemplum luxuriæ muliebris; nec eo excludit alia: pari in omnibus fœminarum insania. Cato apud Livium *lib.* 34. *Quia honestum dictu saltem seditioni prætenditur muliebri? ut auro & purpura præfulgeamus*, *inquiunt*: & mox, *Ne ullus modus sumptibus*, *nec luxuriæ sit.* Jam Seneca *lib.* 7. *De benefic. c.* 9. *Video uniones non singulos singulis auribus comparatos: jam enim exercitatæ aures oneri ferundo sunt. junguntur inter se*, *& insuper alii binis superponuntur: non satis muliebris insania viros subjecerat*, *nisi bina ac terna patrimonia auribus pependissent. video sericas vestes*, *si vestes vocandæ sunt*, *in quibus nihil est*, *quo defendi aut corpus aut denique pudor possit: quibus sumptis mulier parum liquido nudam se non esse jurabit. Hæc ingenti summa ab ignotis etiam ad commercium gentibus accersuntur.* In tanto fœminarum luxu eat nunc fœnerator, & clamet, filiamfamilias, verbi gratia, ornamenta comparasse ex pecunia mutua, atque ea extare. Nisi parata Ulpiano responsio est, *Non ad rem pertinere:* addita hac ratione, *Nam ei quoque qui filiofamilias credidit*, *decreto Amplissimi Ordinis actio denegatur: nec interest consumpti sint nummi*, *an extent in peculio.* Absit igitur, ut indulgeatur infirmitati sexus muliebris, luxuriose viventis. contra probo hoc Ulpiani, *Multo magis severitate Senatusconsulti*, *ejus contractus improbabitur*, *qui filiæfamilias mutuum dedit. d. l.* 9. §. 2.

Quod de filiafamilias dixi, an in nepote, & pronepote obtineat, quæri solet. hinc facit, quod aliter filius, aliter nepos, appellatur §. *ult Inst. Qui testam. tut. dar poss* inde, quod in *l.* 201. *D. de verb. signif.* dicitur justa interpretatione recipi; ut appellatione filii sicut filiafamilias sæpe continetur; ita & nepos contineatur, & patris nomine avus quoque comprehendatur. Quid dicimus? convenire similitudini rationis; ut in proposito a verbi proprietate recedatur: cum hoc quoque suadeant sequentia Senatusconsulti verba: *Etiam post mortem parentis cujus in potestate sit.* clare enim evincunt, Senatum appellatione filiifamilias non tantum filium exaudire, sed nepotes quoque & pronepotes: qui ut sint in potestate avi vel proavi, tamen in parentis potestate esse, negari non possunt: cum procul dubio avi & proavi sint parentes *l.* 4. §. 2. *D. de in jus voc.* imo vel ipsi, ut modo tradidi, patris appellatione justa interpretatione veniunt. Sed mitto argumenta: quando Philippus A. & Philippus C. *l.* 6. §. 1. *C. h. t.* ita palam rescripserunt: *Quod Senatusconsulti auxilium licet filiifamilias meminerit*, *& ad nepotes & pronepotes porrigitur.* Hæc, si nepos ultro acceperit pecuniam mutuam. at pone: filium habeo, & ex eo nepotem. huic creditum est jussu patris ejus. an est factum contra Senatusconsultum? Julianus *l.* 14. *D. h. t.* cum de eo rogatum esset, dixit: *Etiamsi verbis Senatusconsulti filii continerentur*, *tamen & in persona nepotis idem servari debere. Jussum autem hujus patris non efficere*, *quo minus contra Senatusconsultum creditum existimaretur*, *cum ipse in ea causa esset*, *ut pecuniam invito patre suo accipere non posset.*

Ait Senatus, *Mutuam pecuniam.* Is igitur solus Senatusconsultum offendit, qui mutuam pecuniam filiofamilias dedit: non qui alias contraxit: puta, vendidit, locavit, vel alio modo contraxit. Qua ratione? optima si audiamus Ulpianum *l.* 3. §. 3. *D. h. t.* ea ratio est: quod pecuniæ datio perniciosa parentibus eorum visa est. Sed quid? non numeravi filiofamilias pecuniam: sed in creditum abii illi ex causa emptionis, verbi gratia, stipulatus rei venditæ pretium. an locum habebit Senatusconsultum? Dices: non interest; utrum tibi dem pecuniam; an patiar, eam quam habes, apud

apud te remanere. est enim utroque casu mutuum: quod Senatus vetuit. Atque ita est prima ratione, quo ad verba Senatusconsulti. sed Ulpianus *d.* §. 3. id factum exigens ad ejus mentem, aliter censet: præfatus, quod pecuniæ numeratio non concurrit. Sensus Ulpiani: quod filiofamilias data pecunia, subministratur quod perdat. id autem noluit Senatus. at cum pecuniam debitam retinet creditore consentiente, non accipit plus, quam habuit. certe secunda conventio ei non adfert novam luxuriæ materiam: quamvis emptionem in mutuum transferat quadam juris subtilitate. igitur nec eo facit contra mentem Senatus. Sic Ulpianus, ac probantibus Severo & Antonino *d. l.* 3. *C. b. t.* hac egregia ratione: *Origo enim potius obligationis, quam titulus actionis considerandus est.* Prohibet igitur Senatus filiofamilias mutuam pecuniam dari. alios contractus cum illo fieri, non prohibet. Tamen vel hoc demum placet Ulpiano *d. l.* 3. §. 3. *D. b. t.* si non fraus Senatusconsulto sit cogitata: ut qui credere non potuit, magis ei venderet; ut ille rei pretium haberet in vicem mutui. Similis Ulpiani observatio est; si filiusfamilias fidejusserit. motus enim Neratii ac Celsi sententia ait, & tum cessare Senatusconsultum: sed Julianum adjicere, si color quæsitus sit, ut filiusfamilias, qui erat mutuam accepturus pecuniam, fidejuberet alio reo dato: fraudem Senatusconsulto factam creditori nocere, & dandam tam filiofamilias, quam reo exceptionem: quoniam & fidejussori filiifamilias subvenitur *l.* 7. *D. b. t.*

Vidimus, Senatus consulto prohiberi, ne filiofamilias mutua detur pecunia. Exspectas tradi; utrum sola designetur datio numeratæ pecuniæ, an omnium quæ mutua dari solent. Hanc litem dirimit Ulpianus *l.* 7. §. 3. *D. b. t.* sic scribens: *verba videntur mihi ad numeratam pecuniam referri: ait enim Senatus, Mutuam pecuniam dedisset.* Sensus Ulpiani: quod appellatio pecuniæ late patet: præter numeratam pecuniam, & quantitates & corpora complectens: verum hic coangustatur apposito verbo. non enim vetat Senatus, pecuniam dari: sed vetat, mutuam pecuniam dari. qua adjectione facta, nil necesse fuit, quærere; an sub pecuniæ appellatione in Senatusconsulto corpora comprehendantur: (quod alioquin certissimum est *l.* 178. *D. de verb. signif.*) nam mutuum non recipit corpora: solas recipit quantitates. at nec omnes has Senatus indigitat; licet omnes possint mutuæ dari. alioquin sufficiebat mutui mentio, & supervacua erat pecuniæ adjectio. ita vero efficitur ex sententia Ulpiani: ut Senatus, nolens mutuam pecuniam filiofamilias dari, non videatur omnem prohibere mutui formam, sed unam numeratæ pecuniæ. Si tamen fraus sit Senatusconsulto adhibita; puta, frumento vel vino vel oleo mutuo dato; ut his distractis fructibus filiusfamilias pecunia uteretur: & hic ait Ulpianus *d. l.* 7. §. 3. *D. b. t.* filiofamilias subveniendum esse.

Vetat igitur Senatus, numeratam pecuniam filiofamilias mutuam dari. utrum sub usuris, an sine usuris. Hoc suadeat verbi proprietas: quam pulchre indicat hoc Pedonis Albinovani *Eleg.* I. *vers.* 369.

Vita data est utenda, data est sine fœnore nobis
Mutua, non certa persoluenda die.

Nonius quoque *cap.* 4. *num.* 70. verba Nonii. *Mutuum a fœnore hoc distat, quod mutuum sine usuris: fœnus cum usuris sumitur, & est accepti fœtus. unde & fœnus dictum est. ut Græce* τόκος, *quasi partus mutui sumpti Plaut. Asinar.* Nam si mutuo non potero, certum est, sumam fœnore. *Unde honestius mutuum est, quod sub amico affectu fiat, tamen usu temporis necessarii fœnore sumere decet.* Sic quidem illi. At Ulpianus in *l.* 7. §. 9. *D. b. t.* contra scribit: *Sive sub usuris mutua data sit, sive sine usuris ad Senatusconsultum spectat.* Ulpianus verbi vim non ex ejus proprietate æstimat; sed, quod res postulat, ex mente & sententia Senatus: qui vetans, filiofamilias credi mutuam pecuniam, id est, gratis utendam sine usuris, æque aut magis noluit, ei pecuniam dari sub usuris, id est, non gratuitam. Non est, quod hæreamus: toto Senatusconsulto præsertim spectante ad fœnus, pessimo exemplo exerceri a Macedone solitum. Quid, si hoc Senatusconsultum ab hac re in *l.* 3. *C. b. t.* vocatur Senatusconsultum quo fœnerare filiisfamilias est prohibitum? In primis vero huc pertinet, quod in fine Senatusconsulti subjicitur: *Ut scirent qui pessumo exemplo fœnerarent.* Igitur improbat Senatus utrumque tam fœnus, quam mutuum.

Non minus meretur annotari: quod Senatus non vetat, mutuam pecuniam filiofamilias promitti; sed vetat, illi mutuam pecuniam dari. ait enim, *Placere; ne ei qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, actio petitioque daretur.* Sit igitur mutua pecunia filiofamilias dari promissa stipulatione, & mox credita, id est, mutua data patrifamilias emancipatione facto: ait Ulpianus *l.* 3. §. *ult. D. b. t.* cessare Senatusconsultum: eo quod promissa quidem filiofamilias est pecunia mutua, sed est jam patrifamilias data. quod Senatus non prohibuit. Et opportune subjicitur ex Scævola *l.* 4. *Quod vulgo dicitur, filiofamilias credi non licere, non ad verba referendum esse, sed ad numerationem.* id est, non ad stipulationem, quæ interrogatione & responsione constat; sed ad dationem, pecuniæ numeratione fieri solitam. Ergo hic (quod ex Paulo additur *l.* 5.) & in solidum damnabitur, non in id quod facere potest, quamvis exheres a patre vel emancipatus sit. Possim videri, quantum satis, adjuvisse Ulpianum in *d. l.* 3. §. *ult.* nisi adhuc obscura essent hæc ejus verba: *Sive capite deminutus sit, sive morte patris, vel alias sui juris sine capitis deminutione fuerit effectus.* Quis enim Ulpiani tempore, præter mortem, fuit modus tollendæ patriæ potestatis sine capitis deminutione? jure novo est dignitas patriciatus *l.* 3. *C. de Consulibus.* sunt & aliæ in *Novell.* 81. *c.* 1. *& seqq.* sed hos modos a Justiniano inventos ignoravit Ulpianus. an igitur a Triboniano inflexum dicemus ad jus novum? mihi non videtur, sed respicere ad dignitatem Flaminis Dialis, & Virginis Vestalis: quos ea tempestate a patria potestate sine capitis deminutione exiisse, supra probavi sub Titulo, *De adoptionibus, ad fin.*

Huc usque ostendi, a Senatu prohiberi, ne filiofamilias mutua pecunia detur. Sequens locus dicet, quid juris sit, si contra factum dicatur. Ait Senatus: *Placere, ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis cujus in potestate fuisset, actio petitioque daretur.* In his verbis animadverit Marcianus odium Senatus contra fœneratorem *l.* 40. *D. de condict. indeb.* Ulpianus *l.* 9. §. 2. *D. b. t.* dicit severitatem Senatus: & in §. 4. *d. l.* ait, ea liberationem fieri ob pœnam creditorum. Indicavi pœnam; nondum formam: cum possit metui, ne fœneratoris actio petitioque hac locutione, *Ne actio petitioque detur*, ipso jure infirmetur. Sed Veteres aliter interpretati sunt. & clare Ulpianus in *l.* 11. *D. b. t.* ait, *Non opposita exceptione Senatusconsulti, sequi condemnationem.* Igitur cum scirent Veteres, filiumfamilias ex omni causa, tamquam patremfamilias, obligari *l.* 39. *D. de oblig. & act.* Se-

Senatui vero esse jus aliquam rem, aut aliquam personam, movente utilitate, legibus eximere, etsi non soleat eas directo abrogare: sic acceperunt Senatus verba; quasi respicerent ad effectum institutæ actionis: arbitrati, dandam quidem fœneratori esse actionem eam postulanti certo jure civili: sed datam sine re esse relinquendam, tamquam inutilem. Sic dedit Prætor auctoritati Senatus; ut, si manifestum sit, mutuam pecuniam esse filiofamilias datam contra voluntatem Senatus, deneget fœneratori actionem: alioquin det cum exceptione, Extra quam si pecunia mutua data sit adversus voluntatem Senatus. qua opposita, is est exitus: ut nihil intersit, utrum nulla sit actio petitioque; an per exceptionem infirmetur *l.* 112. *D. de reg. jur.*

Proximum est, quid Senatus actionis petitionisque appellatione designet. plerumque actio dicitur quæ in personam, petitio quæ in rem, datur *l.* 178. §. 2. *D. de verb. signif.* in proposito autem in personam actio est, condictio certi ex mutuo, vel ex stipulatu: petitio sola hypothecaria, pignore in securitatem mutui obligato. nam de rei vindicatione non cogitavit Senatus: quia dominio ex causa mutui in debitorem translato, creditor dominus esse desiit: ideoque non habet pecuniæ vindicationem, ne extantis quidem.

Ut igitur apparet, denegatur fœneratori actio petitioque, credita filiofamilias pecunia: utique, si sit per luxuriam consumpta. imo vel in peculio adhuc extante. Durum hoc; non nego: sed generalia sunt Senatus verba, *Ne actio petitioque daretur:* & secundum hæc Ulpianus *l.* 9. §. 2. *h. t. Nec interest*, inquit, *consumpti sint nummi, an extent in peculio.* At enim iniquum est, aliquem cum alterius injuria fieri locupletiorem. Quid, si id fallit, quoties alicui, ut in præsenti, pœnæ causa quid adimitur? illa enim legibus inflicta, ob communem utilitatem, licet damnum inferat, non intelligitur damnum inferre. ac valde probandum, quod a Tryphonino observatum *l.* 31. *D. depositi*, cum de æquitate quæritur, multum referre, quomodo æstimetur; utrum ad merum jus gentium, an magis cum præceptis civilibus & Prætoriis. nam ad merum jus gentium eam exigentibus, procul dubio restituenda fœneratori erit pecunia extans: sed si jus civile intuemur & legum ordinem; non fuerit absurdum, male meritum de republica, quo aliis exemplo sit ad deterrenda maleficia, egestate laborare.

Cæterum ut non refert Senatus, utrum consumpta sit pecunia, an extet: sic nec interest ejus, qualis sit fœnerator, qui eam filiofamilias mutuam dederit. Non ibo longe: ipse ait Senatus; *Ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, actio petitioque daretur.* Generalis est hic sermo: *Ne cui:* & ideo (ut Marcianus ait *l.* 15. *D. h. t.*) nihil interest, quis filiofamilias crediderit, utrum privatus, an civitas. Ejus quod de privato dicit, facile constat ratio. at in civitate subsistas. quis enim præsumat, deventuram eo malitiæ; ut aut ipsa aut ejus actores sustineant materiam præstare malis moribus? Sed Marciano visum, in civitate quoque locum habere Senatusconsultum, & ita inquit D. Severum & Antoninum rescripsisse: existimantes videlicet, quod in Macedone expertus est Populus Romanus, ejusmodi esse, ut ab omnibus timendum sit: ideoque non tam esse animadvertendum, quis crediderit, quam cui; cum utique ei fœneret malo exemplo, tametsi alioquin non peccet animo.

Hæc; si fœnerator scivit, se filiofamilias dare mutuam pecuniam. sed finge, ignorasse. nihil, inquis, excipitur. multa tamen, quamvis non excipiantur, intelliguntur. ac si rem recta putamus via: quæ causa Senatui puniendi fœneratorem? nisi quod pecuniam filiofamilias dedit sciens, esse filiumfamilias: sive consilio peccavit, sive juris ignorantia: quæ non habet excusationem. Non ita est in ignorante, esse filiumfamilias: hic enim voluit, pecuniam dare patrifamilias: quod non prohibet Senatus. credidit tamen filiofamilias: lapsus errore facti; cum putaret, patremfamilias esse. teneatur igitur Senatus verbis: adversus quæ dedit pecuniam. at ejus sententia excusatur: nolens offendere Senatus voluntatem. Vidit hoc Julianus *l.* 19. *D. h. t.* dicens, nulli obstare exceptionem; nisi qui sciret, aut scire potuisset, filiumfamilias esse, cui pecuniam credidit. Exemplum in *l.* 1. *C. h. t.* in filio: qui in patris potestate existens, mutuam pecuniam accepit, cum se patremfamilias diceret, ejusque affirmationi crederetur, non simpliciter, sed justa ratione. puta, (quod ex Juliano ponit Ulpianus *l.* 3. *pr. &* §. 1. *D. h. t.*) creditor putavit, patremfamilias esse eum cui pecuniam dedit, non vana simplicitate deceptus, nec juris ignorantia, sed quia publice plerisque paterfamilias videbatur. sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, sic denique conducta habebat vectigalia: quæ, ut videtur, solis licebat patribusfamilias conducere. Id si in facto liqueat: ait Ulpianus, Julianum sequutus, cessare Senatusconsultum; itaque rescriptum esse, forte *l.* 2. *C. h. t.* & recte, quia non creditor peccavit, sed, pater: qui aut scivit, suum filium se sic gerere pro patrefamilias; & debuit hoc prohibere: aut nescivit; & imputet sibi quod in mores filii non inquisivit. utcumque, ad curam ejus pertinuit; ne eo modo alius per filium quem in potestate habebat, deciperetur.

Ex superiore quæstione, ut fit, nascitur sequens apud Ulpianum *d. l.* 3. §. 2. quid juris sit in pupillo, si pecuniam filiofamilias mutuam dedit? ait autem Ulpianus, hunc per ætatem non potuisse scire, an sit filiusfamilias: ideoque Julianum putare, cessare Senatusconsultum. addit, eum nec aliter sentire in minore viginti quinque annis. Sed ipse in minore subsistit: dicens, ei a Prætore esse causa cognita succurrendum per in integrum restitutionem: qua de supra libro IV. sub Titulo, *De minoribus.* In pupillo autem non resistit quidem Juliano; sed ait, eum debuisse etiam alia ratione inhibere Senatusconsultum: eamque rationem esse: quod pecunia quam pupillus sine tutoris auctoritate det mutuam, non fit mutua. & a simili hoc adfert argumentum: quod ipse Julianus ad eumdem modum opinatur, Si filiusfamilias filiofamilias crediderit pecuniam, cessare Senatusconsultum: eo quod non fit mutua pecunia; quamvis habuerit liberam peculii administrationem. Quam ob rem? ait, quod filiusfamilias pecuniam filiofamilias mutuam dando, eam perditurus est severitate Senatusconsulti; pater autem indulgens ei peculii administrationem, non concedit ei jus perdendæ, sed administrandæ, pecuniæ: & ideo patri superesse nummorum vindicationem.

Difficilior in *l.* 3. §. 7. *D. h. t.* est deliberatio in duobus credendi reis: quorum unus filiofamilias mutuam numerat pecuniam: alter ab eo stipulatur. si unus sciat, alter ignoret, filiumfamilias esse: ait Ulpianus, severius dicendum, (sic legendum) utrique nocere. videlicet, quia unitate obligationis in utriusque persona consistentis, efficitur; ut a sciente liberatus filiusfamilias, etiam ab ignorante liberatus esse intelligatur. non quasi

alteri

alteri per alterum noceatur: sed quod actio in persona unius infirmata, ne alteri quidem prodesse potest. Sic Ulpianus: & observanda hæc ejus locutio: *Severius dicendum* est: cum præsertim indicet, Ulpianum sicut alias, sic hic, in Senatusconsulti explicatione, severiorem sententiam sequi odio fœneratorum: quibus minime faveri voluit Senatus, quamquam alioquin passura non videatur æquitas alteri per alterum noceri.

Vice versa, ponamus duos filiosfamilias debendi reos ejusdem pecuniæ creditæ: & creditori unius conditionem innotuisse, alterius non innotuisse. an uterque vel hic liberatus censeri debet? Ex sententia Ulpiani (quæ est in *l.* 7. §. 8. *D. b. t.*) interest, ad quem pervenerit pecunia: nam si data sit ei quem creditor scivit filiumfamilias esse: ait Ulpianus, Senatusconsulto locum esse: quia utique pecunia filiofamilias est credita; ideoque non unum modo, sed alterum quoque, liberari. quod si pecunia sit data ei quem creditor ignoret, filiumfamilias esse; jam magis esse, ut uterque teneatur: nam errorem creditoris excusari ob eum qui pecuniam accepit; in altero nihil fieri contra voluntatem Senatus: nolentis, pecuniam filiofamilias a sciente dari: quod hic factum non est.

Apparet igitur, exceptionem a Senatu permitti adversus actionem, petitionemque fœneratoris, mutuam pecuniam filiofamilias dantis. idemque observandum in successoribus ejus: nam & his denegandam actionem esse, Ulpianus censet *l.* 7. §. 6. *D. b. t.* Cæterum cui danda hæc exceptio sit, non indicat Senatus. Potest igitur videri, eam in rem dedisse: existimantibus Veteribus, legem aliquid sine designatione personæ jubentem vetantemve, in rem, id est, generaliter, jubere vel vetare. notavi talia sub Titulis, *Quod metus causa*, item *De petitione hereditatis*, & *Ad exhibendum*. Horum exemplo hic putemus, exceptionem a Senatu generaliter dari omnibus adversus quos, absque Senatusconsulto esset, actio daretur ex mutuo filiofamilias dato: non quod de his palam loquutus sit Senatus: sed quod Veteres ex usu juris interpretati Senatus verba, ea sic acceperunt, quasi comprehendant omnes quibus competeret actio, nisi eis Senatusconsulti severitate denegaretur. Hac ratione de herede consentit Ulpianus, si filiusfamilias decesserit paterfamilias; & de patre, si filiusfamilias decesserit *l.* 7. §. 10. *D. & l.* 6. *C. b. t.* Plus ait Ulpianus *l.* 9. §. 3. *D. eod.* etiam fidejussori & mandatori adversus creditorem exceptione Senatusconsulti succurri. utique, si & ipsi habeant ex mandato regressum adversus filiumfamilias. nam si donandi animo intercesserunt: tunc, quia non habent regressum, non putat locum habere Senatusconsultum. Sic Ulpianus. Cur tam varie: cum simpliciter loquatur Senatus? Nimirum, creditor petens a fidejussore, regressum habente adversus filiumfamilias pro quo intercessit, vi ipsa petit a filiofamilias: quippe cum fidejussor solutum debitum a filiofamilias repetit mandati actione; non refert filiifamilias, utrum fidejussori, an creditori, solvat debitum. Non ita est, ubi fidejussor pro filiofamilias intervenit donandi animo, eoque regressum adversus eum non habet. quia præsertim agit Senatus: ut patris securitati consulat: idque etiam obtinebit tum, cum actionem creditori permittit adversus fidejussorem aut mandatorem; qui filiumfamilias, ejusve patrem, heredesve repetere non potest.

Vidimus, quando Senatus, a fœneratore data filiofamilias mutua pecunia, eum coërceat exceptione adversus ejus actionem petitionemque. etiam videmus aliquot casus quibus temperata ex mente Senatus sit ea severitas. restant pauci in *l.* 2. *C. b. t.* annotandi. sunt autem illi recepti interdum ex persona patris, interdum ex persona filiifamilias: nam de creditoris parte ante dictum est. a parte patris duo occurrunt: unus est, si pecunia filiofamilias patris voluntate credita sit. alter, si versa sit in rem patris. utriusque justa ratio est: sola Senatus cura, ne pater habeat a filio metuere injuriam: quæ volenti non fit. jam si pecunia a filiofamilias mutuo sumpta, in rem patris vertitur: est hic exitus; ut neque vitium habeat, neque in Senatus reprehensionem cadat. æquum igitur est, cessante Senatusconsulti ratione, cessare ejus severitatem. De utraque videamus specie. prior habet patris voluntatem. hæc ejus mandato aut jussu perficitur; nec minus tacito consensu scientis, & cum potest, non prohibentis *l.* 7. §. 11. *l.* 12. *l.* 16. *b. t.* An & ratihabitione? Veteres dubitarunt: sed Justiniano *l. ult. C. b. t.* visum, patris ratihabitionem vel principali patris mandato, vel ejus consensui non esse absimilem; & ideo generaliter retrotrahi ac confirmari ea quæ ab initio subsequuta sunt. sic vero significat, præcedentem filii obligationem sequente patris ratihabitione confirmari, cum adversus patrem, tum adversus filiumfamilias, ejusque fidejussores: quibus exceptio, absque ratihabitione foret, certo jure competiisset. Atqui exceptio fidejussoribus adquisita, non potest iis invitis auferri. Sed postquam obtinuit, ratihabitionem retrotrahi, perinde esse cœpit, ac si obligatio semper constitisset; nec exceptio umquam adversus eam competiisset. Cæterum quomodo fiat ratihabitio, palam, an tacite, parum refert. exemplo res clara *l.* 7. §. 15. *D. b. t.* nec opus explicatione. Est & alia, præter superiorem, causa denegandæ exceptionis: si pecunia mutua data filiofamilias ab eo versa sit in rem patris *d. l.* 2. *C. b. t.* sive eam hoc animo accepit, ut in rem ejus verteret; sive ab initio non sic accepit, sed postea in rem patris vertit: nam & tum intelligendum est, ab initio accepisse, ut in rem verteret. Quod si mutuam pecuniam acceptam patri solvit in proprium debitum, non videtur vertisse: & ideo si pater ignoravit, adhuc erit Senatusconsulto locus *d. l.* 7. §. 12. Aliter dicitur in eo, qui studiorum causa absens, mutuum acceperat: utique, si probabilem modum, id est, quantitatem a patre solitam subministrari, non excessit *d. l.* 7. §. 13. Similiter cessat Senatusconsulti exceptio, si filius accepit mutuam pecuniam, ut liberaret eum: qui si peteret, exceptione non submoveretur *d. l.* 7. §. 14. Quid, si acceperit mutuam pecuniam; ut eam pro sorore sua daret in dotem? ait Paulus *l.* 17. *b. t.* patrem teneri actione de in rem verso: præfatus, ipsi mortua in matrimonio puella dotis repetitionem dari.

At non tantum ex persona patris, sed etiam ex persona filii, cessat Senatusconsultum. & est exemplum in *d. l.* 2. si filius suæ potestatis constitutus, fidem suam obligavit facta novatione. qua ratione? quia jam non manet vetus obligatio quam fecit filiusfamilias, prohibente Senatu; sed est nova, facta a patrefamilias, quam Senatus neque vetat, neque improbat. Idem, si filiusfamilias factus paterfamilias, alio quocumque modo agnoscat debitum: nam sic perinde habetur, ac si a patrefamilias esset contractum: quia a filiofamilias contractum, & a patrefamilias impletum solutione, verbi gratia, in totum, vel pro parte, a patre-

familias approbatum esse, negari nequit. quare si paterfamilias in totum aut ex parte solvat pecuniam quam filiusfamilias acceperat mutuam: neque solutam repetit, & de reliqua conventus, non utetur Senatusconsulti exceptione *l.* 7. §. *ult. D. h. t.* Quid, si pignus det? vel eo agnoscit debitum. est enim pignus accessio debiti. illud vero sine hoc esse numquam potest. igitur pignore a patrefamilias constituto in securitatem debiti, quod contraxit filiusfamilias; quis dubitet, & ipsum debitum ab eo agnitum firmatumque esse. Utrum tamen totum, an ad modum pignoris? Hoc conjunctio *l.* 7. §. *ult.* cum *l.* 9. *h. t.* suadet. sunt enim ex eodem lib. 29. Ulpiani ad Edictum, & olim cohæserunt hoc modo: *Si paterfamilias factus solverit partem debiti cessabit Senatusconsultum: nec solutum repetere potest. Sed si paterfamilias factus rem pignori dederit, dicendum erit, Senatusconsulti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem.* Ratio differentiæ inter solutionem & pignus non una adfertur ab eruditis Interpretibus. Sed, quod sit dictum cum prolixa eorum pace, nulla sapit. nec tamen a me impetro, ut quæram novam: quia non facile invenietur vera: illa differentia, quantum conjicio, magis ab auctoritate alicujus, olim regnum in Foro habentis, quam a certa ratione profecta. Sæpius contigerunt talia. & simile quid deprehendi alibi in Servio Sulpicio: inter quem & Gallum Aquilium in Fori disputatione fuit dubitatum: utrum jus oneris ferendi esset prædii servitus. natura servitutis subnixa erat Galli sententia: negantis, servitutem ita posse imponi. sed evaluit contraria Servii in proposita specie, ut possit quis defendere, jus sibi esse, cogere adversarium, parietem reficere ad onera sua sustinenda. Hoc ex Ulpiano *l.* 6. §. 2. *D. Si servit. vindic.* observavi supra sub Titulo, *Commun. præd.* & ante *lib. sing. Ad Edict. De pact. & transact. c.* 19.

Mitto illa: quod dixi, agnitione debiti facta a patrefamilias, confirmari debitum mutuæ pecuniæ filiofamilias datæ, ita verum est, si a sciente fiat agnitio: nam si contigerit errore facti, ait Pomponius *l. ult. h. t.* licere obligato, se tueri exceptione in factum *l. ult. D. h. t.* Adhuc addam, eam debiti agnitionem in persona filiifamilias demum procedere, postquam est paterfamilias factus. nam si debitum agnoscat, cum est in potestate: inutilis est agnitio, tantum firmatura mutuum, a Senatu improbatum. quid si solvat, repetetne solutum? Non puto. & est ratio: quia naturalis obligatio manet. *l.* 9. §. *pen. junct.* §. *ult. & l.* 11. *D. h. t.* pater tamen repetet a filio ex re sua solutum, atque ut Ulpianus ait *d. l.* 9. §. 1. ex omni eventu: id est, sive consumpta sit pecunia, sive extet. Sic Ulpianus, & allegat Julianum. Idem tamen in *l.* 14. *D. de reb. cred.* quæ est ex eodem libro ex quo est *d. l.* 9. id negat: & ut utitur auctoritate Marcelli, a Juliano passim recedentis; non inverisimilis est sententia V. CL. Jacobi Cujacii *lib.* 14. *Observ. c.* 35. inanem fore operam sperantis, conciliare eos qui conciliari nolint.

Postremo ait Senatus: *Ut scirent qui pessumo exemplo fœnerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen exspectata patris morte fieri.* Sufficit igitur Senatui, a fœneratore peccari exemplo, etsi non peccetur consilio. quod & alibi observatur *l.* 3. §. 2. *D. Ad Leg. Cornel. de sicar. & l.* 38. §. 5. *D. de pœnis.* Hisce porro verbis, *Expectata patris morte*, rem odiosam ac nefariam a Senatu significari, ipso prope sono intelligitur. convenit nempe filii boni & pii officio hoc Juvenalis *Sat.* 3. *vers.* 43.

- - - *Funus promittere patris*
Nec volo nec possum.

De impio contra Ovidius *lib.* 1. *Metamorph. vers.* 148. scribit:

- - *Ante diem patrios inquirit in annos.*

Alter igitur optat vitam patris, alter expectat ejus mortem. Demea sic apud Terentium *Adelph.* 5. 4. 20. *Illum ut vivat optant, meam autem mortem exspectant scilicet.* Eodem alludit hoc Quintiliani, *lib.* 9. *Inst. Orat. c.* 3. ἀντανάκλασις, *ejusdem verbi contraria significatio. Cum Proculejus quereretur de filio, quod is mortem suam exspectaret, & ille dixisset, se vero non expectare. imo, inquit, rogo expectes.* Possent hæc sufficere ad intellectum verbi. addam tamen hoc Livii *lib.* 28. *c.* 27. *In castris en meis (quantum me opinio fefellit) fama mortis meæ non accepta solum, sed etiam exspectata est.* Apparet igitur, Senatum hoc agere, ne filiifamilias nomen quod vivo patre erat malum, exspectata, sive desiderata, quæsitave, ejus morte fiat bonum? Longius id trahit Justinianus §. 7. *Inst. Quod cum eo qui in alien. potest.* si filiusfamilias emancipatione fiat sui juris: puto, suadente utilitate ex mente Senatus; licet verba deficiant. Similiter Ulpianus *l.* 7. §. 4. *D. h. t.* Si, inquit, filius in alterius erat potestate, cum mutua daretur, nunc in alterius, mens Senatusconsulti non cessat. dabitur itaque exceptio. Præterea subjicit in §. 5. si non mors, sed alia causa ejus patri inciderit, quo minus sit in civitate, Senatusconsulto locum fore. Nimirum Senatus exceptionem filiofamilias non concedit ideo, quod eum, cum convenitur, filiumfamilias deprehendit: sed quod ei, cum esset filiusfamilias, mutua pecunia data est; idque nomen, quod est malum, quamdiu est in potestate patris, qualicumque modo solvendæ patriæ potestatis deinceps bonum fieri, publice non expedit.

Non mihi permitto; ne putem, ab eadem duci causa, quod in *l.* 11. *D. h. t.* dicitur, exceptionem hujus Senatusconsulti, si omissa sit ante sententiam, adhuc post eam in ipsa posse executione opponi. id recedere ab usu perpetuarum exceptionum, quibus exceptio hujus Senatusconsulti annumeratur *l.* 9. §. 4. *D. h. t.* non est, quod negemus *l.* 2. *C. Sent. rescind. non poss.* Interim nititur hoc optima ratione juris, si quando cum filiofamilias agitur. nam paterfamilias factus, si nolit uti Senatusconsulti exceptione, ea uti non cogitur; sive ei palam renunciet, sive tacite. at filiusfamilias judicio conventus, si omittat Senatusconsulti exceptionem, sive sponte, sive per errorem, & condemnatus non appellet; non prohibetur, eam vel in executione opponere: nolente ratione, filiumfamilias pacto expresso aut tacito eludere auctoritatem Senatusconsulti, non in honorem ejus facti; sed ad securitatem patris, & in pœnam fœneratorum: quam proinde pendere ab arbitrio filiifamilias luxuriosi & prodigi non oportet: cum præsertim ille tam facile sit Senatusconsulti exceptionem, quam ejus prohibitionem, necturus. ita infit Ulpianus Julianum scribere in ipso filiofamilias, exemplo mulieris intercedentis. & recte: nam Senatusconsulto Vellejano improbata vetitaque illi similiter omni modo intercessione pro aliis, ideoque nulla ejus renunciatione, si quæ facta sit adversus voluntatem Senatus: æque rationis est, illam, si non opposita Senatusconsulti exceptione condemnata sit; hac in executione adhuc uti: ne alioquin illi fiat jus, vel sic tacite circumvenire mentem Senatus, contra cujus verba intercedere palam plenissime prohibetur: ut in loco apparebit.

LIBER

LIBER DECIMUS QUINTUS

TITULUS. I.

De peculio.

ULPIANUS *l.* 1. *h. t.* ordinarium, inquit, Prætor arbitratus est, prius eos contractus exponere eorum, qui alienæ potestati subjecti sunt, qui in solidum tribuunt actionem: sic deinde ad huc (forte legendum, *ad hunc*) pervenire, ubi de peculio datur actio. Est autem triplex hoc Edictum: aut enim de peculio, aut de in rem verso, aut quod jussu, hinc oritur actio. Prima occurrit de peculio actio. Esse autem peculium dictum, quasi pusillam pecuniam, sive patrimonium pusillum, Ulpianus ait *l.* 5. §. 3. *h. t.* facta, ut videtur, comparatione pecuniæ aut patrimonii filii servive cum eo quod sit patris aut domini. alioquin posse vel servi & filii peculium bene magnum & opulentum esse, intelligitur ex *l.* 7. §. 4. *& seqq. d. t.* §. 5. *in fin. Inst. Quod cum eo qui in alien. potest.* & est exemplum apud Suetonium *Tiberio c.* 15. Non minus utile est sciri: quod Theophilus §. 4. *Inst. eod. tit.* peculium filii aut servi, cum patrimonium dicitur, interpretatur naturale patrimonium: videlicet, quia exactum ad jus civile, non est servi aut filii patrimonium. solum dicitur patrimonium patris aut domini: cui jure potestatis tam filius, quam servus adquirit omnia. Ita non male Justinianus §. 10. *Inst. de action.* dicit, peculium esse velut patrimonium filiorum, filiarumque, item servorum. Sed definitionem videamus. peculium Tubero apud Ulpianum *d. l.* 5. §. 4. sic definit: quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur. Nec alio pergit Florentinus *l.* 39. *d. t.* dicens, & ex eo peculium consistere, quod parcimonia sua quis paravit, vel officio meruerit a quolibet sibi donari, idque velut proprium patrimonium servum suum habere quis voluerit. Florentinus innuit, solitos antiquitus dominos, addo patres quoque, acuendæ industriæ parcimoniæque gratia, cum servis, tum liberis quædam permittere administranda exemplo & jure quodam patrimonii: ut tamen hæc domini aut patris re vera existimarentur. Sed ut ad Tuberonem veniam: cum is peculium dixisset, quod servus a domini rationibus ejus permissu separatum habet, mox quæsitum fuit, an hæc definitio etiam ad vicariorum peculia pertineret? & quidem negavit Labeo: sed ei restitit Celsus *l.* 6. *h. t.* arbitratus, eo ipso quod dominus servo constituit peculium, etiam vicario constituisse. inde obtinuit, sub servi peculio etiam vicariorum servi peculium contineri *l.* 17. *& alibi d. t.* Superioribus addendum: quod ubi dixit Tubero, peculium esse, quod habet servus, pro exemplo accipiendum est: cum non minus filiorum filiarumque, quam servorum, in potestate existentium peculium esse, ex superioribus intelligatur. Quamquam interest, quod servi peculium semper fuit uniusmodi; utputa totum profectum ex re & substantia domini: cum filiifamilias peculium, etsi ab initio quoque tantum fuerit profectitium, tamen progressu temporis factum sit quadruplex: scilicet, profectitium, adventitium, castrense, & quasi castrense. Differentiam singulorum, omnibus ultro notam, ex professo hic repetere, supervacuæ fuerit diligentiæ: ac suffecerit, dixisse, filiifamilias peculium profectitium solum ad hanc actionem de peculio pertinere: cætera non pertinere. Est igitur Tuberoni peculium, quod servus a rationibus dominicis separatum habet: at non qualiter qualiter, ne puta: sed domini permissu. sic enim definit. & ei convenienter Pomponius *l.* 4. *h. t.* ait, peculii esse non id cujus servus seorsum a domino rationem habuerit: sed quod dominus ipse separaverit, suum a servi ratione discernens. non absurde: nam cum servi peculium totum adimere vel augere, vel minuere dominus possit; animadvertendum est, non quid servus, sed quid dominus constituendi servilis peculii gratia fecerit. Et valde probo, quod in §. 5. Ex his, inquit, apparet, non quod servus ignorante domino habuerit, peculii esse, sed quod volente: alioquin & quod subripuerit servus domino, fieri peculii: quod non est verum. Igitur placet Paulo *l.* 8. *h. t.* dominum non statim, quod ex re sua peculii esse voluit, peculium fecisse: sed si tradidit, aut cum apud eum (servum designat) esset, pro tradito habuit: desiderare enim rem naturalem dationem. contra autem, simul atque noluit, peculium servi esse, desinere peculium esse. Sic ille. Nec mutat, quod in *l.* 7. §. 2. *d. t.* ait Ulpianus, Scire non utique singulas res debere dominum, sed παχυμερέστερον, id est, pinguius. Non hoc demum procedit, constituto peculio. ex quo tempore etiam ignoranti adquiri, Papinianus ait *l.* 44. *D. de adq possess.* præfatus, utilitatis causa jure singulari esse receptum, ne cogerentur domini per momenta species & causas peculiorum inquirere. Vult igitur Tuberonis definitio, (ut hanc tandem absolvamus) in peculio videri quidquid servus domini permissu habet separatum ab ejus rationibus: non omnimodo; sed, ut ait, deducto inde, si quid domino debetur. Id vero debitum accipe naturaliter *l.* 11 §. 2. *h. t.* jure enim civili nec servus domino, nec dominus servo debet; sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus, quam ad jus civile, referimus obligationem *l.* 41. *h. t.* Porro, cur computari debeat peculium servi, deducto quod domino debetur, Ulpianus *l* 9. §. 2. *d. t.* hanc dat rationem: quia dominus prævenisse, & cum servo egisse creditur. Pedius §. 4. mox sequente ideo, inquit, quod domino vel patri debetur, minus in peculio esse: quoniam non est verisimile, eos concedere servo aut filio in peculio habere quod sibi debetur.

Exposita peculii definitione, aliquis exspectet divisionem. Sed in persona servi nulla umquam fuit: ejus peculio ex re domini semper profecto. unaque hæc forma olim etiam fuit in persona filiifamilias: etsi hujus peculium deinde quadruplex esse cœperit: nempe profectitium, adventitium, castrense, & quasi castrense: ut notum. Sed quod ad Edictum attinet, de solo est profectitio age igitur nunc quid de eo edixerit Prætor, consideremus. Ulpianus *l.* 1. §. 2. *h. t.* hanc prodit partem: *Quod cum eo qui in alterius potestate esset, negotium gestum erit.* Verum ut integretur Edictum, addenda sunt sequentia: *de eo adversus eum in cujus potestate esse dicetur, quatenus*

nus in peculio erit, aut ejus dolo malo erit factum, quo minus in peculio sit, actionem dabo. Hæc Edicti forma ex sequentibus liquebit. In præsentia dicam, quando faciat Prætor actioni de peculio locum. & puto, facere; si cum eo qui in alterius potestate est, negotium gestum erit. id enim est consequens primis Edicti verbis. Prætor de eo loquitur, non de ea: sed Ulpianus §. 3. *d. l.* 1. ita interpretatur, ut & ob eam quæ est fœminini sexus, detur ex hoc Edicto actio. Ulpianum confirmat Gajus *l.* 27. *d. t.* Et ancillarum nomine inquiens, & filiarumfamilias in peculio actio datur: maxime, si qua sarcinatrix aut textrix erit, aut aliquod artificium vulgare exerceat: & addit Gajus, Julianum scribere, depositi quoque & commodati actionem dandam earum nomine: longe magis non dubitari, & si in rem versum est, quod jussu patris, dominive contractum sit. Pollicetur igitur Prætor actionem de peculio, si cum eo qui in alterius potestate est, negotium gestum erit. quid, si cum impubere filio aut servo contractum sit? ait Julianus §. 4. *d. l.* 1. ita dandam in dominum vel patrem de peculio, si locupletius eorum peculium factum est.

Potestatis porro verbum Ulpianus communiter accipit tam in filio, quam in servo §. 5. *d. l.* 1. & quamquam dubium non est, quin potestas in servis proprie dominium significet: tamen Ulpianus §. 6. *d. l.* ejus vim hic longius porrigit: ut non magis spectetur dominium servorum, quam facultas habendi eos: & causatur, non solum servorum propriorum nomine nos conveniri, item communium, verum eorum quoque qui bona fide nobis serviunt, sive liberi sint, sive servi alieni. Ne hic quidem subsistit Ulpianus. contra *l.* 3. *h. t.* licet, inquit, Prætor, si cum eo qui in potestate sit, gestum sit negotium, polliceatur actionem, tamen sciendum est, & si in nullius sit potestate, dari de peculio actionem: & tale ponit exemplum: ut puta, si cum servo hereditario contractum sit ante aditam hereditatem. Et §. 1. subjicit, inde Labeonem scribere, & si secundo, tertiove gradu substitutus sit servus, & deliberantibus primis heredibus cum eo contractum sit, mox repudiantibus eis ipse liber heresque extiterit, posse dici, de peculio eum conveniri, & de in rem verso.

Ut igitur locum habeat actio de peculio, desiderat Prætor, cum eo qui in alterius potestate sit, negotium gestum esse: ac quia simpliciter ait, *Alterius*, nec verbum addit: placet Ulpiano *d. l.* 3. §. 2. parvi referre, servus quis masculi, an mulieris sit: nam de peculio & mulierem conveniri. præterea subjicit §. 3. Pedium scribere, etiam impuberes dominos de peculio obligari: videlicet, quia non cum ipsis impuberibus contrahitur, ut tutoris auctoritatem spectes. idemque juvari videtur eo, quod adjicit Pedius, pupillum non posse servo peculium constituere, nec tutoris auctoritate. id enim quo pertinet? nisi, ut putemus, impuberes dominos de peculio obligari demum, ubi a patre constitutum est. sane ait Ulpianus *l.* 7. §. 1. *h. t.* pupillum vel furiosum non quidem posse servo constituere peculium, verum ante constitutum (hoc est, ante furorem, vel a patre pupilli constitutum) his casibus non adimi. Quid igitur est? ab Ulpiano *d. l.* 3. §. 4. sic infertur: In furiosi quoque curatorem dandam de peculio actionem: nam & hujus servum peculium habere posse, non si fuerit concessum, ut habeat: sed si non fuerit prohibitum, ne habeat.

Daturus igitur actionem de peculio Prætor, vult, cum eo qui in alterius potestate sit, negotium esse gestum. quo modo? ex contractu, aut quasi ex contractu. & occurrunt utriusque generis exempla. An etiam obligationis ex delicto aut quasi ex delicto? nulla. & fuerit rationis; ne pater aut dominus ex delicto filii aut servi actione de peculio conveniatur: quia, peculii constitutio, ut dixi, pendet a voluntate patris aut domini *l.* 1. §. 5. *de adquir. possess.* qui creduntur quidem voluisse, id a servo aut filio exerceri augerique honesta & justa ex causa: sed non æque ex turpi & injusta. proinde quod ab his justa ex causa geritur, id vero peculii esse, & patrem vel dominum tenere peculiotenus quasi ex eorum voluntate gestum: sed quod ex maleficiis apprehenditur, nec peculii causam apprehendere *l.* 24. *D. d. t.* nec patrem aut dominum, præter eorum voluntatem, tenere, admodum probabile est. Ulpianus certe (*l.* 58. *D. de reg. jur.* quæ est hujus loci: quippe cum sit ex ejus lib. 2. Disputationum ex quo est etiam *l.* 32. *&* 36. *h. t.*). Ex pœnalibus, inquit, causis non solet in patrem de peculio actio dari. Nec minus commode *l.* 1. §. 7. *D. de his qui effud. vel dejec.* Verba: Si filiusfamilias cœnaculum conductum habuit, & inde dejectum vel effusum quid sit, de peculio in patrem non datur. quæso, quam ob rem? ait: quia non ex contractu venit. quid ergo? sic concludit bene: in ipsum itaque filium hæc actio (in factum de dejectis & effusis) competit. nempe, quia filiusfamilias, ut supra dixi, ipse ex omnibus causis tamquam paterfamilias obligatur. Sed apparet, negotii appellatione in hoc Edicto dumtaxat venire obligationem ex vero aut quasi contractu. Nec tamen vel ista semper. fingamus, servum aut filium pro alio fidejussisse, aut mandasse alteri solvi. an de peculio tenebitur pater aut dominus? Ulpianus *l.* 3. §. 5. *h. t.* servum distinguit a filiofamilias: arbitratus, in servo esse spectandam fidejubendi vel mandandi causam: nam si quasi intercessor intervenerit, non agens rem peculiarem, dominum de peculio non obligari: similiterque, si servus mandaverit, ut creditori solveretur, referre, quam habuerit mandandi causam: nam si pro creditore suo solvi mandavit, dominum esse de peculio obligatum: quod si intercessoris officio functus sit, non obligari dominum de peculio. Sic in servo Ulpianus; & probat Paulus *l.* 49. §. 1. *h. t.* Quid in filio? Ulpianus *d. l.* 3. §. 9. aliam tenet viam: confessus, veram esse sententiam Sabini & Cassii: existimantium, semper obligari patrem de peculio, & filium distare in hoc a servo. Similis differentia inter eos circa compromissum observatur; etsi vel illud stipulatione, id est, genere quodam negotii seu contractus constet. Eam differentiam tangit Ulpianus *d. l.* 3. §. 8 *&* 10. ait autem, si servus, se pro libero gerens, compromiserit, posita pœna, nisi stetur sententiæ arbitri, & Nervæ filio, & sibi, videri, ex compromisso adversus servi dominum non esse dandam de peculio actionem: reputantibus, compromissum redigi ad similitudinem judiciorum *l.* 1. *D. de recept.* & si judicio damnetur servus, nec adversus eum dari actionem judicati. contra §. 10. ait esse in filiofamilias: nam ex ejus compromisso teneri patrem; nec interesse ex qua causa compromiserit: utrum ex ea ex qua potuit quis cum patre de peculio agere; an vero ex ea qua non potuit: cum ex stipulatu pater conveniatur. Non minus notabile est quod in §. 11. *d. l.* 3. tradit Ulpianus, patrem judicati quoque de peculio actione teneri, etiam ejus actionis nomine, ex qua non potest pater de peculio actionem pati: & hanc rationem

nem dat veriffimam, quod ficut ftipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahitur: proinde non originem judicii fpectandam, fed ipfam judicati velut obligationem.

Intellecto, quando fit actioni de peculio locus; fimul intelligitur, qualis fit illa actio: ubi enim apparet, eam a Prætore promitti, negotio gefto cum eo qui in poteftate fit; an dubitamus, effe in perfonam, nata ex contractu aut quafi ex contractu obligatione? Confequenter competit illi qui cum eo qui in poteftate eft, negotium geffit: five fit in patris, five in domini, poteftate: nullo difcrimine, utrum is confenferit contractui, an eum prohibuerit *l.* 29. §. 1. *D. h. t.*

Non major labor eft fcire, adverfus quem competat de peculio actio, Prætore hanc promittente *adverfus eum in cujus poteftate eft* hic cum quo geftum fit negotium. Ita fuerit in hac actione quafi fingulare; quod, cum actio in perfonam folet dari adverfus eumdem adverfus quem nata eft §. 1. *Inft. de action.* hæc ambulat cum eo in cujus poteftate fit is cum quo negotium geftum fit. Eft igitur actio de peculio in perfonam; fed quia propter peculium comparata, eft in rem fcripta, id eft, generaliter fcripta: ficut in actione quoque Quod metus caufa, & ad exhibendum a Prætore obfervatum. exemplum in præfentia hoc accipe ab Ulpiano *l.* 32. §. 2 *h. t.* Venditor fervi cum peculio fervum vendidit, & tradidit peculium, uter convenietur de peculio? emptor. qua ratione? quia ei traditum eft peculium. quid venditor? hic ne intra annum quidem de peculio convenietur. Atqui accepit pretium fervi. Sed Neratius hoc pretium fervi peculium effe negat; idque Ulpianus probat. Quid fi quis fervum ita vendiderit; ut pretium pro peculio acciperet? jam contra videtur Javoleno *l.* 33. penes eum effe peculium ad quem pretium peculii pervenit: non penes quem res peculiaris fit: ut ex Pomponio fubjicitur *l.* 34. Quid, fi heres juffus fit peculium dare, accepta certa fumma? hoc cafu videtur Javoleno *l.* 35. non penes heredem effe peculium.

Sequens locus eft, ad quid hæc competat actio? id vero defignat Prætor his verbis quibus eam promittit, *Quatenus erit in peculio.* Fuitque caufa fic definiendi: quod pater aut dominus ex contractu filii aut fervi jure civili non tenentur: exiftimantibus Veteribus, effe abfurdum, eos ex facto alterius, quamquam in eorum poteftate pofiti, ignorantes aut invitos damno affici. at peculio negotiandi caufa conftituto a patre aut domino, Prætor temperaturus veterem rigorem, permifit, patrem aut dominum ex contractu filii aut fervi non quidem in folidum conveniri invito jure civili; fed quod eo non erat prohibitum, quatenus fuerit in peculio: interpretatus, eos confenfiffe hactenus; nec fore iniquum, ex fuo confenfu teneri. Ita propofita de peculio actione, res perinde accepta eft jure Prætorio, ac fi detur propter peculium: ideoque non habet effectum, nifi fit peculium: tum quoque non ultra, quam in eo reperiatur. quo tempore? rei judicatæ, nam hoc tempus fpectari potius, quam litis conteftatæ, Prudentibus placuit: ac pro modo qui tum erit, condemnationem fieri *l.* 5. §. 2. *D. de liberat. leg. l.* 35. *D. de fidejufforib. l.* 7. §. 15. *D. Quib. ex cauf. in poffeff. eat.* Poteft igitur ex hoc Edicto pater aut dominus de peculio folum conveniri, quatenus tempore rei judicatæ in peculio erit *l.* 30. *D. h. t.* ac fi tum nihil fuerit, abfolvi. nec tamen ob id minus recte conventus videtur *l.* 50. *d. t.* hoc plus finit Ulpianus *d. l.* 30. §. 4. ipfa fuadente æquitate, eum qui de peculio femel egit, aucto peculio, rurfus agere de refiduo debiti. imo Ulpianus *l.* 32. §. 1. *d. t.* in hoc, inquit, judicio licet reftauretur præcedens, oportet tamen augmenti & deceffionis rationem haberi: & ideo five hodie nihil fit in peculio, five acceſſerit aliquid, præfens ftatus peculii fpectandus eft. Ex eoque fic deinde infert: Quare circa venditorem quoque & emptorem (de quibus in anteceffum dixi) hoc nobis videtur verius, quod acceffit peculio, poffe nos ab emptore confequi; nec retrorfus velut in uno judicio ad id tempus conventionem reducere emptoris quo venditor conventus fit.

Poftquam demonftratum eft, actionem de peculio, quatenus in peculio eft, a Prætore dari: adhuc videndum, quemadmodum id accipiendum fit. pertinet huc in primis, quod Ulpianus obfervat, eum qui cum fervo contrahit, univerfum peculium ejus quod ubicumque eft, veluti patrimonium intueri *l.* 32. *D. h. t.* Non minus fciri oportet, quæ res in peculio effe poffint. quamquam his enumerandis non immorabor: quia hanc operam occupavit olim Ulpianus *l.* 7. §. 4. 5. 6. *l.* 9. *pr.* & §. 1. aliquatenus etiam Paulus *l.* 8. *d. t.* Præterea ignorari noluit Juftinianus §. 4. *Inft. Quod cum eo qui in alien. poteft. eft.* cum quæritur, quantum in peculio fit, ante deduci quidquid fervus domino, eive qui in poteftate ejus fit, debet. hoc enim Servium huic definitioni adjeciffe, annotavit Ulpianus *d. l.* 9. §. 3. hac addita ratione, Quoniam hoc quoque domino deberi, nemo ambigit. Præterea ait Ulpianus §. 4. *d. l.* 9. etiam id deduci quod his perfonis debetur quæ funt in tutela vel cura domini, vel patris, vel quorum negotia adminiftrant: dummodo dolo careant: fic enim temperat, propter rationem quæ ibidem redditur. Hisce deductis, placet Juftiniano *d.* §. 4. id quod fupereft, folum in peculio intelligi. Illud non filebo, hoc jure deductionis, ut eft privilegium patris vel domini, prærogativam deductionis indigitari *l.* 11. *D. de admin. tutor.* tantamque ejus vim effe; ut nullum privilegium patri aut domino, cum ex perfona filii aut de peculio conveniuntur, præponi poffit. Sic optime animadvertit Paulus *l.* 52. *h. t.* nec minus dignum notatu quod addit, in cæteris creditoribus habendam effe rationem privilegiorum: amplius, his ceffantibus, meliorem effe folere occupantis conditionem. porro, ne quæftioni fit, quisnam videatur occupare, profpexit Gajus *l.* 10. *d. t.* Occupare, inquiens, videtur non qui prior litem conteftatus fit, fed qui prior ad fententiam venit. Imputatur igitur peculio, quidquid fupereft, deducto eo quod patri aut domino debetur.

Sed longius ivit Prætor in fine Edicti: jubens, & hoc peculio imputari quod dolo malo domini factum eft, quo minus in peculio effet. fumma (ut Ulpianus *l.* 21. *h. t.* cenfet) cum ratione. Dolum autem malum quomodo accipere debeamus, aliquot exemplis in fequentibus demonftrat.

Titulus II.

Quando de peculio annalis actio eft.

Expofita fuperiore Titulo natura & proprietate actionis de peculio, præfente exponendum eft, quamdiu duret de peculio actio, non quidem conftante patris aut domini poteftate, fed

fed foluta. de eo Prætor ait *l.* I. *Post mortem ejus qui in alterius potestate fuerit, posteave quam is emancipatus, manumissus, alienatusve fuerit, dumtaxat de peculio, & si quid dolo malo ejus in cujus potestate est, factum erit, quo minus peculii esset, in anno quo primum experiundi potestas erit, judicium dabo.* Ex hoc Edicto obfervat in §. I. Ulpianus, quod quamdiu fervus vel filius in poteftate eft, de peculio actio perpetua eft: poft mortem autem ejus, vel poftquam emancipatus, manumiffus, alienatusve fuerit, temporaria effe incipit, id eft, annalis. Alienatio autem & manumiffio (ut in §. 4. idem docet Ulpianus) ad fervos pertinet, non ad filios. mors autem tam ad fervos, quam ad filios refertur. emancipatio vero ad folum filium. atque hoc eft extra dubium. illud quale quod fubjicit: *Sed & si alio modo sine emancipatione desierit esse in potestate, annalis erit actio.* Hæc adjectio aliquam habet obfcuritatem: quis enim Ulpiani tempore is fuit modus quo fine emancipatione, id eft, fine capitis deminutione definat effe in poteftate? fed jam fupra annotavi fub Titulo, *De adoptionibus*, eam infpectionem ufum habuiffe in Flamine Diali; nam eum fine capitis deminutione patria poteftate liberari folitum, ipfo auctore Ulpiano in *Fragm. tit.* 10. §. *ult.* & A. Gellio *lib.* I. *Noct. Attic. c.* 12.

Præter hæc obfervat Ulpianus §. 3. *d. l.* I. quod merito Prætor temporariam in hoc cafu fecit actionem: hac addita ratione; quod, cum filius aut fervus morte vel alienatione, verbi gratia, in patris vel domini poteftate effe definat; & fic extincto peculio, non poffit ulterius effe de peculio actio; nec tamen oporteat juris rigorem creditori fine ejus culpa nocere: rationis fuit Prætori, actionem usque ad annum producere *l. ult. D. h. t.* Annum autem quemadmodum computamus? Ulpianus *d. l.* I. §. 2. annus, inquit, utilis computabitur. & recte: quia Prætor dicit, in anno quo primum de eo experiundi poteftas erit: quibus verbis annum utilem defignari, ejus teftimonio conftat *l.* I. *D. de diverf. tempor. præfcript.* Inde porro confequens fuit, quod idem *d.* §. 2. obfervat Ulpianus, annum, fi conditionalis fit obligatio, non ex eo computandum ex quo emancipatus fit filius, fed ex quo peti potuit, conditione exiftente. Ipfe præterea addam, id Prætori, cum annalem facit actionem de peculio, ita placere demum; fi illa actio, cum in poteftate effet fervus vel filius, fuit perpetua actio ex empto aut vendito de peculio, verbi gratia: at fi ante temporalis fuit, redhibitoria, verbi gratia, ea temporalis manet *l.* 2. *D. h. t.*

Datur igitur actio de peculio intra annum, fervo mortuo, aut alienato, fed adverfus quem? adverfus eum apud quem hæret peculium. talis, alienatione per venditionem facta, eft venditor *l.* I. §. 5. *D. h. t.* cum fervum vendidit deducto peculio. folus enim hic quæritur is apud quem fit peculium *l.* 32. §. *ult. D. de peculio:* quia actio de peculio, quamvis originem trahat ex contractu, eoque perfonalis fit, fere propter peculium competit, ideoque in rem fcripta habetur. quid, fi alienatus donatione, permutatione, vel in dotem datione fit fervus? Ulpianus *d. l.* I. §. 6. Et fi, inquit, fervum donavit, vel permutavit, vel in dotem dedit, in eadem caufa eft. videlicet, quia non fuccurrit, cur vel ille qui in alium his ex caufis tranftulit dominium fervi cujus nomine ante factam alienationem poterat actione perpetua de peculio conveniri, poft eam deducto peculio factam, non fimiliter annali actione teneatur. Ne recedit quidem hinc Ulpianus *l.* I. §. 7. fi quis fervum alicui legavit non cum peculio. Quid, fi cum peculio legavit, vel liberum effe juffit? jam ait Ulpianus id quæftionis fuiffe. inter quos? inter Proculianos & Sabinianos: ut more fuo erudite conjicit Cujacius *Ad African. Tractat.* 9. *in expofit. l.* 38. *D. de condict. indeb. pag.* 1555. *& feq.* fed ipfe ait Ulpianus, fibi verius videri, (quod & obtinuiffe idem obfervat Cujacius) non dandam de peculio actionem neque in manumiffum, neque in eum cui legatum fit peculium. Ergo quod reftat, ultra quærit Ulpianus, an teneatur heres? & refpondet, teneri ex fententia Cæcilii: præfati, quia peculium penes eum fit qui tradendo id a legatario fe liberavit: hoc eft, quia vice peculii habet liberationem legati ad cujus traditionem ex teftamento erat obligatus. Subtile hoc, inquies, fed duriufculum. non negat Ulpianus: contra quæfito temperamento quo molliri ea durities poffet, non abhorret ab invento Pegafi; volentis, heredem a legatario conventum, exigere cautionem qua is promittat, heredem defendere adverfus creditores, fi ab eis conveniatur. id remedium his continetur Ulpiani verbis: Pegafus autem caveri heredi debere ait ab eo cui peculium legatum fit: quia ad eum veniunt (id eft, venire poffunt) creditores. Hoc igitur remedio licet heredi, fibi confulere: fi ante traditionem de peculio fit a legatario conventus. an & poft traditionem? minime. quid ergo? Ulpianus fic fcribit: fi tradiderit fine cautione, erit conveniendus. quod & Marciano vifum *l.* 18. *D. de pecul. legat.* Nifi & tum oneratur. Sed jam habet quod imputetur ipfi qui cum poffet, fibi caveri non curavit: ut & alibi obfervatum *l.* 3. *D. de transact. & l.* 2. *C. de hered. vel act. vendit.* Tantum de *d. l.* I. §. 7. cui objicitur *l.* I. §. 10. *D. de dot. præleg.* fed de hac D. Cujacius *d. loc.*

TITULUS III.

De in rem verfo.

Secunda actio ex tribus quarum Ulpianus in *l.* I. §. I. *D. de peculio* meminit, de in rem verfo appellatur. Verba Edicti non extant. fententiam ex *l.* I. *D. Quod cum eo qui in alien. poteft. eft:* ipfe fic concinno. *Si cum eo qui in alterius potestate est, negotium gestum esse dicetur, de eo quod in rem ejus versum erit, judicium dabo.* Utilitas hujus Edicti manifefta eft: Prætore & hic agente; ne quis juris fubtilitate cum alterius injuria fiat locupletior adverfus æquitatem naturalem, Ivit huc Pomponius apud Ulpianum *l.* 10. § 7. *D. h. t.* teftatus, videri creditori fervi hac actione adverfus lucrum domini fubventum. cafus elegantes fuppeditat Ulpianus *l.* I. *pr.* §. I. *&* 2. *h. t.* qui poffunt ibi videri: funt enim perfcripti pluribus verbis, quam ut lubeat hic apponere.

Igitur pollicetur Prætor actionem de in rem verfo: fi negotium geftum fit cum eo qui in alterius poteftate eft. & quia non addit verbum: placet Ulpiano poft Pomponium *l.* 5. § I. *h. t.* five ratum habeat contractum dominus paterve, five non: de in rem verfo effe actionem. Præter hanc obfervationem, eft & altera: quod Prætor actionem de in rem verfo quidem promittit, fi negotium geftum fit cum eo qui in alterius poteftate eft, ab eoque aliquid fit in rem patris aut domini verfum. at de homine libero, qui aliquid verterit in rem alterius in cujus poteftate non fit, non

non loquitur. igitur quod in servo aut filiofamilias qui in patris aut domini potestate sunt, singulariter a Prætore est constitutum: ad hominem liberum qui in potestate non est, invito Prætore, per consequentiam trahendum non est. fac: ut exemplo res clarior fiat: negotiorum gestor, fulturus alterius domum ruinosam, mutuam sumpsit pecuniam, eamque fulciendo domum vertit in rem ejus. ipse est creditori obligatus ex mutuo: sed dominum creditori non obligavit, quantumvis versa in rem ejus pecunia: quia non est in potestate ejus cujus negotium gessit: ideoque ad Edictum non pertinet. Sic mihi videtur: & juvat hoc Senecæ *lib. 5. De benefic. c. 19. Quædam in alios conferuntur, sed ad nos usque permanant. ab eo autem exigi quidque debet, in quem confertur: sicut pecunia ab eo petitur cui credita est, quamvis illa ad me aliquo modo pervenit.* At turbat te *l. 7. §. 1. C. Quod cum eo qui in alien. potest.* Sed non intelligenda est lex de actione de in rem verso; verum de utili actione negotiorum gestorum. Species. Aliquis alterius in cujus potestate non erat, gesturus negotium, mutuam accepit pecuniam, & hac fulsit ejus domum ruinosam. is gestor negotii postquam accepit pecuniam, creditori jure civili ex causa mutui est obligatus. at negotii dominus, licet versa sit in rem ejus pecunia, neque jure civili tenetur ex mutuo, quia ipse pecuniam non accepit; neque jure Prætorio de in rem verso, quia Prætor nil edixit de homine libero, a quo pecunia versa sit in rem alterius. restat igitur solum, ut negotiorum gestor ex mutuo teneatur creditori: & dominus gestori actione negotiorum gestorum, ipsa utili: ex quo dominus ratam habeat mutui dationem, aut in rem ejus versa sit pecunia mutua.

Porro ait Prætor, *De eo quod in rem ejus versum erit.* Et apparet, eum actionem, quatenus versum est, in solidum polliceri. Ulpianus *l. 10. §. 4. h. t.* interpretatur, prout aliquid versum est: & proinde sic infert, Si pars versa est, de parte erit actio. quod & a Justiniano observatum §. 4. *Inst. Quod cum eo qui in alien. pot.* De eo dubitat Ulpianus *d. l. 10. §. 5.* utrum in sortem dumtaxat teneatur dominus, an & in usuras? sic vero definit: siquidem promisit usuras, Marcellus lib. 5. Digestorum scribit, dominum præstaturum: sed si non sint promissæ, utique non debebuntur, quia in stipulationem deductæ non sunt. plane si contemplatione domini pecuniam dedi non gerenti servo negotia domini, sed ipse gerens, negotiorum gestorum actione potero etiam de usuris experiri.

Promittit igitur hoc Edicto Prætor actionem de eo quod in rem versum erit. est autem in rem vertere, in utilitatem vertere. nec est dubium, quin sic videatur versum, quidquid necessario in rem domini impenderit servus: veluti si mutuam pecuniam creditoribus ejus solverit, aut ædificia ruentia fulserit §. 4. *Inst. Quod cum eo qui in alien. potest. l. 3. § 1. D. h. t.* Idem est, si quid impenderit non quidem necessario, sed utiliter tamen. & differt tantum: quod ubi necessario quid impendit gessitve, totum spectatur pretium conventum: ubi vero non necessario impendit, non putatur in rem versum esse, nisi verum ipsius rei pretium *l. 5. h. t.* Igitur ut summam faciat Ulpianus *d. l. 3. §. 2.* regulariter, inquit, dicimus, totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati vel qui negotia gessit, negotiorum gestorum haberet actionem, quotiensque aliquid consumpsit servus, ut aut meliorem rem haberet dominus, aut non deteriorem. Et §. 3. ponit exemplum, si servus aut filius sumpsit pecuniam, ut se aleret & vestiret secundum consuetudinem domini, id est, usque ad eum modum quem dominus aut pater ei præstare consueverat. Quid ergo? si mutua pecunia accepta domum dominicam exornavit tectoriis & quibusdam aliis quæ magis ad voluptatem pertinent, quam ad utilitatem? non videri versum, Ulpianus putat §. 4. *d. l.* causatus, quod nec procurator hæc imputaret: nisi forte mandatum domini aut voluntatem habuit: nec debere dominum ex eo onerari. tantum pati, inquit, debere, a creditore hæc auferri, sine domus suæ videlicet injuria: nempe, ne cogendus sit, domum vendere, ut quanti pretiosior facta est, id præstet. Est & illud superioribus consequens, quod in §. 6. *d. l.* Ulpianus, Labeonem sequutus, confirmat, intelligi quoque in rem domini versum quod mutuatus servus, domino emit volenti ad luxuriæ materiam, unguenta forte, vel si quid ad delicias, vel si quid ad turpes sumptus subministravit: hac subjecta ratione quæ est optima: quod non spectamus, an bono domini cesserit, sed an in negotium domini.

Vix opus addi, quod Prætor, ubi postulat, in rem versum esse, convenit proprietati verbi, ipso facto in rem versum esse. ita non sufficit, acceptam esse pecuniam, hac lege, ut in rem verteretur: nisi cum effectu versa sit fuerit exemplum: servus accepit quasi in rem domini versurus. non vertit: sed decepit creditorem. negat Ulpianus *l. 3. §. 9. h. t.* videri versum, & teneri dominum. quid tamen, si is erat servus qui solitus erat vertere? adhuc putat Ulpianus, non nocere domino, si alia mente accepit; aut, si cum hac mente accepisset, alio vertit. aliquem moveat, quod solet dici, neminem debere esse in re aliena curiosum. sed in proposito contra sentit Ulpianus, creditorem, quo vertatur, curiosum esse oportere: ne ejus credulitas domino noceret, vel servi calliditas noceret.

Plane, si quid sit in rem versum; sufficit, negotium esse gestum bono atque utili consilio: nec desideramus bonum ejus eventum. ita pulchre Ulpianus *d. l. 3. § 7 & 8.* duobus usus exemplis: prius est, si frumentum comparaverit servus ad alendam domini familiam, & in horreo dominico repositum periit vel corruptum est, vel arsit. alterum est, si servum domino necessarium emisset, isque decessisset, vel insulam fulsisset, eaque ruisset. At enim idem Ulpianus *l. 10. §. 6. h. t.* contra sic scribit: *Versum sic accipimus, ut duret versum.* Novi: verum ex verbis sequentibus liquet, eum non quærere; an in actione de in rem verso debeat in rem bono consilio versum, bonum habere eventum: (quæ est præsens disputatio) sed si nata fuerit actio, pecunia bono consilio in rem versa; quærit an ea actio duret, ex quo pecunia illa servo sit a domino restituta? hoc vero negat: nempe quia causa hujus actionis (ut in §. 7. ipse mox annotat) est, ne dominus lucrum faciat cum aliena injuria. hoc autem non extat, refusa servo pecunia ab eo in rem domini versa. nisi interest, utrum nihil initio fuerit tale; an quod fuit, rursus solutum sit. igitur quia solutione definit esse versum quod ante erat versum: cessat actio de in rem verso. Si tamen in necem creditoris, id est, perdituro servo vel filio solutum sit, quamvis solutum sit, tamen *definit quidem*, inquit, *versum: æquissimum autem est de dolo malo adversus patrem vel dominum competere actionem.* Et hanc subjicit rationem: *Nam & peculiaris debitor, si fraudulenter servo solverit quod ei debebat, non liberatur.*

TITULUS IV.

Quod jussu.

Postrema actio ex tribus quas in Edicto junctas fuisse, Ulpianus memorat *l.* 1. §. 1. *D. de peculio*, ibidem & in Rubrica hac Quod jussu vocatur. verba autem Edicti (quantum conjicio ex *l.* 1. *D. quod cum eo qui in alien. potest.*) talia fuere: *Quod jussu ejus, in cujus potestate quis esse dicetur, gestum erit, de eo judicium dabo.* Si igitur jussu domini aut patris cum servo aut filiofamilias negotium gestum erit, Prætor adversus dominum aut patrem actionem pollicetur in solidum. Merito: nam is qui ita contrahit, videtur Justiniano sequi fidem domini aut patris §. 1. *Inst. Quod cum eo qui in alien. potest.* Ulpianus *l.* 1. *D. h. t.* causatur; quod quodammodo contrahitur cum eo qui jubet. ait autem uterque, cum Imperator, tum Ulpianus, hanc actionem dari in solidum: nimirum, quia illa quam dixi, ratione motus Prætor, simpliciter dixit *judicium dabo:* nec modum addit. dat igitur actionem in solidum, id est, hactenus, quatenus jussere pater aut dominus, non ultra *l.* 3. *D. d. t.* Eadem aut simili ratione sine distinctione dixit Prætor, *Quod gestum erit*, ideoque Ulpiano *l.* 10. §. *ult. D. de fidejussorib.* placet, *ad omnes contractus quod jussu referri.* an etiam ad liberationes? Negat Cujacius *lib* 5. *Observ. c.* 36. & adfert hoc Gaji: *Servus nec jussu domini acceptum facere potest.*

Jussus porro, ut hoc addam, est superioris, imperandi potestatem habentis; ideoque solet præcedere *l.* 25. §. *A. D. de adq. hered.* & parendi necessitatem involvit. sed hic latius accipitur pro quavis voluntate: ut etiam hæc verba pro iisdem accipiuntur *l.* 3. *h. t.* Inde Ulpianus *d. l.* 1. §. 1. Jussum, inquit, accipiendum est: sive testato quis, sive per epistolam, sive verbis, aut per nuncium, sive specialiter jusserit, sive generaliter: & ideo, & si sic contestatus sit, Quod voles cum Sticho servo meo negotium gerere periculo meo, videtur ad omnia jussisse, nisi certa lex aliquid prohibeat. sed & si mandaverit pater dominusve, Ulpiano §. 3. *d. l.* jussisse videtur. Idem Ulpianus §. 4. ait, si servi chirographo subscripserit dominus, teneri quod jussu: nec aliter esse, si ratum habuerit quis quod servus ejus gesserit vel filius: nam & tum quod jussu actionem dari. Quid ergo, si fidejusserit pro servo? Marcellus apud Ulpianum §. 5. *d. l.* ait, non teneri quod jussu. & hac utitur ratione: quod quasi extraneus intervenit: neque hoc, ut Ulpianus censet, dicit ideo, quod tenetur ex causa fidejussionis: sed quia aliud est jubere. denique idem scribit Marcellus, etsi inutiliter fidejusserit, tamen eum non obligari, quasi fidejusserit, ac dicit Ulpianus, eam sententiam veriorem esse. Similiter apud Paulum *lib.* 4. Ad Plautium sic extat *l. ult. h. t. Si dominus vel pater pecuniam mutuam accepturus, jusserit servo filiove numerari, nulla quæstio est, quin ipsi condici possit: imo hoc casu de jussu actio non competit.* Priora verba videntur Plautii: posteriora Pauli. Sed intelligitur, ut opinor, Prætorem jussus appellatione in Edicto voluntatem significare: & patrem aut dominum, cujus jussu negotium sit cum servo aut filio gestum, in solidum obligare: utique, si duraverit jussus. sed finge, revocatum esse, antequam crederetur. an potuit revocari? Ulpianus *l.* 1. §. 2. *h. t.* putat, posse: quemadmodum si mandasset, & postea ante contractum revocasset, & me certiorasset.

Quæ dixi, procedunt procul dubio, si quid cum servo proprio gestum erit jussu domini: nam ejus is in potestate est: & ad hunc spectant Edicti verba. an idem est, si quis jusserit contrahi cum servo alieno? sed non puto: clara ratione; quia hunc non habet in potestate is qui cum eo geri jussit. quod desiderat Prætor. Sed quid si is postea in potestate esse incipiat? Paulus *l.* 2. §. *ult. h. t.* Si, inquit, jussu meo cum alieno servo contractum fuerit, eumque postea redemero, quod jussu non tenebor. Quamobrem? ne actio quæ ab initio inutilis fuerit, eventu confirmetur. Ut igitur sit quod jussu actio: non sufficit, alicujus jussu esse a servo gestum: sed oportet a servo gestum esse jussu ejus in cujus is potestate sit. Quid, si fructuarius jusserit, aut bonæ fidei possessor? poterat dubitari. sed Marcellus putat, quod jussu dandam in eos actionem: eamque sententiam probat Ulpianus *l.* 1. §. 8. *h. t.* opinor, quia *potestatis* verbum in hoc Edicto latius accipitur pro habendi facultate: ut notatum sub Titulo, *De peculio.* De hoc nemo dubitat, si pupillus dominus jusserit, non teneri eum, nisi tutore auctore jussit *d. l.* 1. §. 7. Quid, si tutoris jussu servo pupilli creditum sit? placet hoc Pauli *l.* 2. *h. t.* si ex utilitate pupilli fuerit creditum, in pupillum dandam actionem quod tutor jussit. Idemque in curatore adolescentis, vel furiosi, vel prodigi, itemque procuratore, & administratore civitatis traditum *d. l.* 1. §. 9. & *l.* 4. *d. t.* Hoc: si servus sit in potestate unius. sed fac, esse in potestate duorum? Paulus *l. ult.* §. 1. *d. t.* sic finit: Si unus ex servi dominis jussit contrahi cum eo, is solus tenebitur. sed si duo jusserunt, cum quovis in solidum agi potest: quia similes sunt duobus mandantibus.

LIBER DECIMUS SEXTUS.

TITULUS I.

Ad Senatusconsultum Vellejanum.

SENATUSCONSULTUM quod Rubrica vocat Vellejanum, a Marciano in *l.* 40. *D. de condict. indeb.* appellatur Senatusconsultum De intercessionibus. quia prohibet fœminas pro aliis intercedere. Vellejanum autem dicitur a Cajo Vellejo Tutore, Consule suffecto, qui (ut liquet ex ipsis Senatusconsulti verbis in *l* 2. §. 1 *h. t.*) cum M. Silano (is in Corpore J. Gruteri, *p.* 470. *Inscr.* 1. & 2. vocatur L. Silanus) verba in Senatu fecit de fœminarum intercessionibus. ponitur vero hic Consulatus a Theod. J. ab Almelo-

meloveen, *Fast. Conf.* sub finem principatus Claudii anno ab U. C. 797. quo anno Consulem fuisse M. Junium Silanum, auctor est Dion Cassius.

Causa autem, cur hic Titulus hoc loco ponatur, mihi hæc videtur: quod in præcedentibus Titulis actio ex negotio ab aliquo gesto fuit data adversus alium, quam qui gessit. in præsente vero similiter ex intercessione mulieris actio a Prætore datur adversus alium quam adversus mulierem. observatus est is ordo non tantum in Pandectis a Justiniano: sed a Juliano quoque in Edicto perpetuo: monstrantibus Pauli, Ulpiani, & Gaji, libris Ad Edictum. nam ut Paulus lib. 30. Ulpianus lib. 29. Gajus lib. 9. est superiores Titulos interpretatus: sic Paulus ad hoc Senatusconsultum scripsit lib. 30. Ulpianus lib. 29. Gajus lib. 9. idque argumento est, vim hujus Senatusconsulti esse a Juliano Edicto perpetuo ex mente Senatus ad publicam utilitatem accommodatam. Sed hoc aperte Diocletianus & Maximianus *l.* 19. *C. h. t.*

Igitur quæ hoc Titulo tractantur de fœminarum intercessione, partim debentur Senatusconsulto, partim Perpetuo Edicto. illud fœminis, hoc etiam creditoribus, prodest. porro ait Ulpianus *l.* 2. *h. t.* quod primo quidem temporibus D. Augusti, mox Claudii, Edictis eorum erat interdictum, Ne fœminæ pro viris suis intercederent; postea vero factum est Senatusconsultum, ut dictum, sub finem Principatus Claudii, quo plenissime fœminis omnibus subventum est. Verba Senatusconsulti in *d. l.* 2. §. 1. hæc sunt: *Quod Marcus Silanus, & Vellejus Tutor, Consules, verba fecerunt de obligationibus fœminarum, quæ pro aliis reæ fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita consuluerunt: quod ad fidejussiones & mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint fœminæ, pertinet, tametsi ante videtur ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi, & ejus generis obligationibus obstringi non sit æquum, arbitrari Senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re Senatus voluntas servetur.* Corrupta esse hæc verba, observavi *lib.* 1. *Observ. c. ult.* ac primum pro *oportet* scripsi, *oporteret:* arbitratus, id loquendi usum desiderare: & si ad Sigla spectemus, facile sinere scripturæ formam. Deinde pro his, *Quod ad fidejussiones & mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint fœminæ, pertinet,* reposui, *Quod ad fidejussiones & mutui dationes, quibus pro aliis intercesserint fœminæ, pertinet.* Sic quoque hic constat ratio sententiæ Senatus, quæ alioquin est nulla. Non opus probatione. dedi *d. c. ult.* evidentem: ac si videris, non quæres aliam. Malo itaque excutere Senatusconsulti verba: prius laudata ex præcepto Ulpiani *d. l.* 2. §. 2. providentia Amplissimi Ordinis: opem ferentis mulieribus, propter sexus imbecillitatem multis hujuscemodi casibus suppositis atque objectis. proinde nec improbo hoc Pauli *l.* 1. §. 1. sicut moribus civilia officia adempta sunt fœminis, & pleraque ipso jure non valent: ita multo magis adimendum eis fuit id officium, in quo non sola opera, nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris.

Videamus igitur Vellejanum Senatusconsultum. summam in *pr. d. l.* 1. Paulus hanc facit: quod eo plenissime comprehensum est, *Ne pro ullo fœminæ intercederent.* Dicuntur autem pro aliis intercedere fœminæ: cum se pro aliis reas faciunt. Huc in *d. l.* 2. §. 1. ipsa se ferunt Senatus verba. nec alio it Ulpianus §. 5. *d. l.* interpretatus, fœminam procul dubio intercedere: cum in se suscipit alienam obligationem. Utrum veterem, an novam? non refert Ulpiani, modo alienam recipiat *l.* 8. §. 1. *h. t.* idemque sentiunt in *l.* 18. *C. d. t.* Diocletianus & Maximianus: confirmantes, fœminis vel veteres vel novas obligationes aliqua ratione suscipientibus Senatusconsulto subveniri. De utraque obligatione dispiciamus: sed primum de vetere: id est, de ea quæ in alterius persona ante constitit. hanc mulier in se dupliciter suscipit: vel enim participat eam, vel in se eam transfert. sic clare Alexander *l.* 4. *C. h. t.* participat autem hanc mulier; cum ad eam quæ in alterius persona constitit, alia accedit citra novationem. & est exemplum; si mulier pro alio aut fidejubeat, aut constituat. Utraque enim in specie vetus manet obligatio, & ad eam accedit nova: faciens intercessionem *l.* 1. §. 1. *D. de constitut. pecun.* Idem puta: si mulier res suas pro alio pignori obliget *l.* 8. *D. h. t.* nam vel sic veterem obligationem participat: etsi nullam in se recipit obligationem: opinor, credito, aliqua in res ejus recepta, non minus juste ei succurri in bonis ejus obligatis, quam ei, obligata ejus persona, succurritur. id significavit Alexander in *d. l.* 4. estque ibi pro *quod in rerum earum [habitis] pro aliis obligationibus admissum est*, ex libris manuscriptis quorum meminit Russardus, legendum, *quod & in rerum earum pro aliis obligationibus admissum est.* At non tantum participando veterem obligationem intercedit mulier: sed etiam eam in se transferendo. fac: pro alio mulier expromittit; aut alienum debitorem in judicio defendit *l.* 2. §. *ult. D. h. t.* nam utroque casu obligatio transfertur genere quodam novationis *l.* 11. §. 1. *D. de novat.* & *l.* 2. *C. de pactis.* intercedit igitur vel sic mulier. Tenes quo modo veterem obligationem mulier in se suscipiat aut participando, aut transferendo. porro accipe, quo modo in se suscipiat alienam novam. id fit: cum mandat alii credi; aut si, cum alius esset mutuam pecuniam accepturus, interposita mulier accepit, & ab initio pro alio rea fit. ut enim sic non receperit in se obligationem quæ in alio constitit: at recepit obligationem quam alius fuisset subiturus, nisi mulier intervenisset. Utrumque intercessionis genus indicat Senatus hisce verbis a me paulo ante sic emendatis: *Quod ad fidejussiones & mutui dationes, quibus pro aliis intercesserint fœminæ, pertinet.* Quo modo: Mulier quæ fidejubet pro alio, procul dubio recipit veterem alterius obligationem. at cui mutuum datur, cum est id datura alii, ea novam recipit obligationem. Esto. verum his Senatusconsulti verbis tantum duo continentur obligationum genera, fidejussio & mutuum. Sed mihi crede, hæc esse pro exemplis quibus illustretur, non restringatur, Senatus providentia. Ac me juvat: quod Consules initio Senatusconsulti dicuntur verba fecisse generaliter de obligationibus fœminarum, quæ pro aliis reæ fierent: nec se ad ullam intercessionis formam alligarunt. Accedit, quod præterea dicitur, Senatui placuisse, Ne a fœminis, si intercesserint, eo nomine petitio, neve in eas actio, detur. nam vel inde apparet, voluntatem Senatus ad omnes pertingere intercessionum species: ex quibus aut actio in personam, aut actio in rem nascatur. illa vero usum habet in fidejussione & mutuo: ista nusquam, præterquam in pignore. ad mutuum certe aut fidejussionem non spectat. putemus igitur, a Senatu omnem fœminarum intercessionem sine discrimine improbari, ejusque duo quidem proponi exempla, fidejussionem & mutui dationem; sed his non excludi pigno-

pignora aliosve interceſſionis modos: ex quibus actio in fœminas, aut ab his petitio, dari poſſit. Non alio conſilio Ulpianus *l.* 2. §. 4. & 5. *b. t.* Omnis, inquit, omnino obligatio Senatusconſulto Vellejano comprehenditur: ſive verbis, ſive re, ſive quocunque alio contractu interceſſerint. Sed etſi mulier defenſor alicujus extiterit; procul dubio intercedit. ſuſcipit enim alienam obligationem: quippe cum ex hac re ſubeat condemnationem. Hæc nunc breviter. plura dedi *lib.* 1. *Obſerv. c. ult.* quibus utatur licet, cui tanti mea videatur diligentia.

Interim apparet, fœminarum interceſſionem hoc Senatusconſulto inhiberi: eaque ut ſit, duo requiri. unum eſt, ut mulier obliget ſe vel res ſuas: alterum, ut ſe, resve ſuas, obliget pro alio. primum oportet eam obligari. nam, ſi pecuniam exſolverit pro aliis, cum obligata non eſſet, interceſſione ceſſante, repetitio nulla eſt *l.* 1. *C. b. t.* Idem in remiſſione pignoris *l.* 8. *b. t.* Similiter, ſi dum Titio donatum vult, a me accepit mutuam pecuniam, & eam Titio donavit, ait Ulpianus, ceſſare Senatusconſultum. Sed & ſi tibi donatura, creditori tuo nummos numeraverit, non intercedere; & pro ratione addit Ulpianus, Senatum voluiſſe obligatæ mulieri ſuccurrere, non donanti. ac, ne cui hoc abſurdum videatur, præterea cauſatur, quod facilius ſe mulier obligat, quam donat *l.* 4. §. 1. *b. t.* nimirum in donatione eſt præſens periculum, & urens ſtatim. id ut ſentiunt mulieres, ita ultro ſibi cavent, ne temere jactent ſuum, ad præſentia ſatis prudentes. at ex obligationibus poſtea ſurrepens demum damnum, in præſentia non apparet: tantum in futurum prominet; ac quanto ſerius obſervatur, tanto difficilius evitatur. bene igitur Senatus ei occurrit parti quæ propter mulierum imbecillitatem auxilio potiſſimum indigebat. at ubi natura illis ſufficiebat & tenacitas ſexus: quid erat opus Senatus providentia? ſolitis Legiſlatoribus, jus ad ea potius aptare quæ & frequenter & facile, quam quæ perraro, eveniunt *l.* 3. 4. 5. & 6. *D. de legibus.* Et extitere olim ſimilia *pr. Inſt. Quib. alien. lic. vel non.* item *pr. Inſt. De leg. Fuſ. Can. toll.*

Ut igitur intercedere videatur mulier, obligari debet: ſed pro alio. nam ſi ſuum negotium gerat, non videtur intercedere: nec eſt ei Senatus auxilio. quin Papinianus *l.* 95. §. 2. *D. de ſolutionibus* inconditum, inquit, eſt ſubvenire ſexui mulieris quæ ſuo nomine periclitatur. fac: mulier pecuniam alii creditura, eam tamquam in uſus ſuos accepit. non eſt Senatusconſulto locus. primum quia nemo alioquin contrahet cum fœminis, ubi poteſt ignorari, quid acturæ ſint *l.* 11. *b. t.* deinde auxilium meruit mulierum infirmitas; calliditas non meruit *l.* 30. *b. t.* Si tamen creditor ſciverit, pro alio interceſſuram; adhuc nocebit ei exceptio: auctore Ulpiano *l.* 12. *C. b. t.* Aliquem confundat ſequens Diocletiani & Maximiani Reſcriptum *l.* 13. *C. b. t. Si fœnebris pecunia, juxta fidem veri, a creditore tibi data eſt: ſive tota quantitas fœnoris, ſive pars ejus in uſum mariti proceſſiſſe proponatur, decreto patrum non adjuvaris: licet creditor cauſam contractus non ignoraverit.* Sed tu noli diſpari in cauſa idem jus ſtatuere. quæ in h. l. occurrit ſpecies, ad mulierum interceſſionem qua de noſtra eſt diſputatio, non ſpectat. magis continet liberalitatem marito a muliere factam. non alio ducunt verba: in his dicitur fœnebris pecunia mulieri a creditore data, in uſum mariti proceſſiſſe. non dicitur mulier, cum maritus eam pecuniam eſſet accepturus, interveniſſe, ut ſibi potius daretur fœnori, atque ipſa deinde eam fœnori daret marito. igitur obligavit ſe quidem creditori mulier, accepta pecunia fœnebri: at pro marito ſe creditori non obligavit. eſtque error Franciſci Hotman. V. CL. *lib.* 6. *Obſerv. c.* 2. exiſtimantis, in *d. l.* 13. pro *licet* eſſe ponendum, *niſi*: alioquin a jure diſcedere Imperatores: dicentes, in propoſito parvi referre, utrum creditor ſciverit cauſam contractus, an ignoraverit. nam recte putant illi, creditori ſufficere, ipſi nullam innotuiſſe mulieris interceſſionem: licet intellexerit donationem. multum enim intereſt, num hanc, an illam, mulier exerceat. altero caſu facit adverſus Senatusconſultum: altero non facit, ut in *l.* 4. §. 1. & *l.* 21. *b. t.* Non majus hic periculum a Scævola *l.* 28. §. 1. *b. t.* eſt enim ibi obſervandus mos Scævolæ frequens & familiaris: quod conſultus de facto, non de eo reſpondet, ſed de jure: facti quæſtione Judicis examini relicta.

Eſt igitur diligenter animadvertendum, cum de mulieris interceſſione quæritur, quid egerit; id eſt, utrum geſſerit negotium proprium, an alienum. poteſt enim de eo ſæpe dubitari. ſic in *l.* 8. §. 1. *b. t.* tutor in animum induxerat, diſtrahere pupilli prædia, urgente ejus ære alieno. mater venit ad tutorem: rogans, ne venderet. cum hæreret tutor; mater ei repromiſit indemnitatem. finita deinde tutela, pupillus tutorem convenit actione tutelæ male adminiſtratæ. tutor redit ad matrem. ea ſe tuetur exceptione Senatusconſulti. an recte? quæſtio vertitur; an cautio indemnitatis faciat interceſſionem. negat Papinianus: & præfatur, quod mulier in ſe non ſuſcepit alienam obligationem: ſed ipſa hanc fecit. at obligavit ſe pro alio. non ita eſt. obligavit ſe tutori. & ſi illi: non pro illo. non enim poteſt ſe quis eidem pro eodem obligare *l.* 19. *b. t. l.* 71. *D. de fidejuſſorib.* poſtremo pro alio obligatur demum qui pro alio ſe alii obligat. Sic Papinianus. nec aliter ſimili in cauſa Africanus *l.* 19. *b. t.* addo, Alexander priore ſpecie *l.* 6. *C. b. t.* nam eſt duplex. prior huc exit. Mater pupilli rogat tutorem: ut per eum ſibi liceat tutelam adminiſtrare. ac, ne tutor periculum a pupillo metueret, ei indemnitatem promiſit datis fidejuſſoribus. mater male geſſit tutelam. igitur finita tutela, conventus a pupillo tutor actione tutelæ, matrem repetit actione ex ſtipulatu. ait Imperator, eam recte repeti: quia non alienum negotium geſſit, ſed quodammodo ſuum. Hæc prior ſpecies. Altera talis eſt. aliquis tutor datus, volebat ſe a tutela excuſare ex cauſa aut privilegio. pupilli mater eum obſecrat, ne faciat: idque ut facilius impetret; tutori cavet de indemnitate, ſi quid pro pupillo erogaverit. Ait Imperator, matrem, a tutore conventam, Senatusconſulto juvari: non, quod ſe tutori obligavit: ſed quia ſe tutori obligavit pro pupillo; eoque interceſſiſſe intelligitur.

Igitur ut mulier Senatusconſulto adjuvetur adverſus interceſſionem, oportet eam pro alio obligari. & tamen evenit aliquando, ut etiamſi alienam ſuſcipiat obligationem, hoc Senatusconſulto non adjuvetur. id fit: cum prima quidem facie alienam, re vera autem ſuam, ſuſcipit. extant ejus generis exempla *l.* 13. *l.* 24. *D.* & *l.* 2. *C. b. t.* ſed non ſunt obſcura, nec egent explicatione, tantum notanda diſtinctio Africani *l.* 17. *b. t.*

Porro ſi conſtet, fœminam pro alio interveniſſe, non intereſt Senatus, quæ intervenerit. eſt enim generalis ſermo, *Quod ad fidejuſſiones & mutui dationes quibus pro aliis interceſſerint fœminæ, pertinet.* Cujuſcumque igitur ſint conditionis, loci, aut ſtatus, fœminæ quæ pro aliis interceſ-

ſerint,

serint, SCto adjuvantur. pari enim omnium facilitate intercedendi, par omnibus debebatur auxilium. & commode Ulpianus *l.* 2. §. 1. *h. t.* Hoc, inquit, Senatusconsulto plenissime omnibus fœminis subventum esse. Sic: si pro viris intercedant fœminæ. imo & si pro fœminis: ut enim Senatus, quæ intercedat fœmina, non distinguit: ita nec pro quo intercedat, quærendum putat. poterat quidem honestior videri fœminæ pro fœmina intercessio: at Senatus consulens imbecillitati sexus, ejus levitatem etiam hac in parte improbavit. vidit hoc Paulus *lib.* 2. *Sent. tit.* XI. sic scribens; *In omni genere negotiorum, & obligationum, tam pro viris, quam pro fœminis intercedere mulieres probibentur.* Hysterologia est: voluit enim dicere, fœminas non minus prohiberi, intercedere pro fœminis, quam pro viris. sed nihil mutandum: frequente tali apud Veteres Hysterologia: ut aliquoties observavi alibi. Finiam hanc partem; si addidero, infirmitatem sexus muliebris latitudine verborum Senatus adeo protegi; ut ea fœminæ non minus adjuventur; si pro personis conjunctis & necessariis, quam si pro extraneis, intervenerint. non arcessam argumenta. sufficit hoc Pauli *l.* 1. *h. t. Vellejano Senatusconsulto plenissime comprebenditur, Ne pro ullo fœminæ intercederent:* id est, ne pro ullo viro, aut pro ulla fœmina, sive extranea, sive conjuncta & necessaria: ut est, pater, filius, filia, vir proprius *d. l.* 2. §. *ult. l.* 8. *C. h. t.*

Pergit Senatus: *Tametsi ante videtur ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur.* Verbum, *ante*, accipe, ante ex Edictis Imperatorum Augusti & Claudii: quibus erat interdictum, *Ne fœminæ pro viris suis intercederent.* Cæterorum verborum, *Ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur*, non est alius sensus, quam iis dedi in Senatusconsulto Macedoniano. Puta igitur, *petitionis* nomine vindicationem venire; actionis nomine condictionem, seu actionem, in personam. sic hæc distinguuntur verba: hic eo verius, quia huc ducunt adjecta illa, *ab his*, & *in eas.* Est igitur Senatus sensus, quod ante ex Edictis Augusti & Claudii ita jus dictum fuit de fœminarum intercessionibus, ut sive ab his peteretur actione in rem, sive adversus eas ageretur actione in personam; utraque denegaretur. Datur autem in personam actio ex fidejussione & mutuo, verbi gratia; vindicatio vero ex pignore a muliere obligato. quod eo diligentius notandum: quia confirmat ea quæ de fœminarum intercessione supra tradidi. Cæterum Senatus, cum ait, *Ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur*, ad effectum postulatæ actionis aut petitionis respicit. non est enim illi negotium, intercessionem ipso jure infirmare: tantum vult, ei a Prætore effectum denegari. ita fit: ut Prætor petenti quidem det actionem aut petitionem: sed addat exceptionem, Extra quam si intercessum sit adversus prohibitionem Senatus. qua exceptione opposita, si ad exitum respicimus; jam nihil interest, utrum nulla sit data actio, an talis, quæ per exceptionem elidatur: ut sub Titulis, De jurejurando, & De Senatusconsulto Macedoniano est demonstratum.

Ait Senatus, *Cum eas virilibus officiis fungi, & ejus generis obligationibus obstringi non sit æquum, arbitrari Senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re Senatus voluntas servetur.* Virilia officia hic dicuntur, quæ desiderant animi virilis constantiam: quamquam in *l.* 1. §. 5. *D. de postulando*, & *l.* 18. *C. de procuratoribus* sumuntur pro his quæ in *l.* 2. *D. de regulis juris* officia civilia appellantur; & egrediuntur pudorem sexui congruentem. Sed alio respexit Senatus. id vidit Ulpianus *l.* 2. §. 2. *h. t.* dicens, Senatum tulisse opem mulieribus propter sexus imbecillitatem. Nec minus Paulus *l.* 1. §. 1. *h. t.* verba Pauli: *Sicut moribus civilia officia adempta sunt fœminis, & pleraque ipso jure non valent: ita multo magis adimendum eis fuit id officium in quo non sola opera nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris.* Vix scio, an addam, est enim levius, quod hanc Senatusconsulti formulam, *Recte atque ordine*, attingit Barnabas Brissonius *lib.* 1. *Select. antiq. c.* 9. potius monebo, quod sequentibus Senatus verbis, *Ad quos de ea re in jure aditum erit*, indigitatur Magistratus, cujus jurisdictio est. qualis, verbi gratia, Prætor, de ea re in jure adiri solitus. Exposui Senatus verba. nunc mentem exponam. mihi sic videtur: quod Senatus non directo prohibet, intercessiones a fœminis pro aliis fieri: nec magis agit, ut factæ ipso jure infirmentur. saltem ait, se arbitrari, non esse æquum, eas obstringi hujusmodi obligationibus modum sexus egredientibus: ideoque auctorem fieri Prætori ad quem de ea re in jure adeatur, ut intercessione pro aliis a fœmina gestum ex æquo & bono restituat: id est, ita; ut sexus imbecillitati data exceptione succurrat: (quod & ante Edictis Imperatorum Augusti & Claudii obtinuit, si quæ pro viro suo intercessisse diceretur) nec ob id negligat creditores, si vel eorum jus servari possit: tametsi id ante non fuerit usque quaque factum. Sic Senatus. Quid Prætor? excitatus ea auctoritate, proposuit Edictum: cujus sententia (nam verba periere) mea opinione, talis fuit. *Quod cum muliere gestum erit, si pro alio intercessisse dicetur; uti quæque res erit, animadvertam.* Igitur cum ex Edictis Augusti & Claudii, si pro viris suis fœminæ reæ fierent, ante ita jus diceretur; ne eo nomine in eas actio, neve ab his petitio daretur: Prætori hoc plus æquum visum est, quocumque modo intercesserint fœminæ, de intercessione ita jus dicere: ut non solum illis succurratur data exceptione: sed etiam creditori in veterem debitorem, aut certe in eum qui mulierem pro se ream constituisset, actio detur. Hoc censeo: & significat Paulus *l.* 1. §. 2. *h. t.* causatus, quod magis debitor, quam creditor, mulierem decepit. Sed prima Prætoris cura est: ne actio petitioque adversus fœminam ex ejus intercessione detur. quod etiam ante fuisse observatum, Senatusconsulti verbis declaratur. inde Pomponius *l.* 32. §. 2. *h. t. Totum*, inquit, *sermonem Senatusconsulti spectare ad petitionem non dandam:* id est, ad dandam mulieri exceptionem. Datur vero illa non tantum ipsi mulieri quæ intercessit: sed heredibus quoque, eam post mortem repræsentantibus *l.* 20. *C. h. t.* An & fidejussoribus? poterat dubitari, propter Senatusconsulti verba, *Ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur.* Sed facile obtinuit, ut exceptio daretur fidejussori, regressum adversus mulierem habituro; eo quod hoc casu videretur ipsi quodammodo mulieri dari. illud obscurius; an idem obtineat, si fidejussor non habeat regressum talem. non enim placuit Cassio. sed alia fuit Juliani sententia: præfati, Senatum totam improbare obligationem *l.* 16. §. 1. *h. t.* interim est hoc quoque quæstioni: eadem vel simili Senatusconsulti Vellejani locutione quæ est Macedoniani. & tamen in hoc alio jure utimur: ut Ulpianus refert *l.* 9 §. 3. *D. de Senatusc. Macedon.* Scio: remedium huic difficultati

dedit Accursius: dedere alii, suo quisque modo: fuit etiam qui negaret, integra esse Senatusconsulti verba, eaque causa non intelligi plene. At mihi horum nihil arridet. quin puto, ex Senatusconsulti verbis, quod Julianus dixit, liquere satis: præsertim reputantibus, ea spectare ad favorem fœminarum, propter earum imbecillitatem. aliter ac fit in Senatusconsulto Macedoniano: quod totum est comparatum in odium fœneratorum; eoque civilem quidem improbat obligationem; sed non æque naturalem. verum hoc egregie est observatum olim a Marciano *l.* 40. *D. de condictione indebiti*, nec opus pluribus.

Hactenus Prætor, Senatus auctoritatem secutus, mulieri intercedenti consulit data adversus creditorem exceptione. Succedit actio qua eum creditori illa intercessione læso, succurrere æquum est. fuit quidem hæc actio, ut dixi, Edictis Augusti & Claudii non usque quaque cognita. eam tamen ulterius negligi non sivit Senatus: videlicet, ne injuria oriretur inde, unde jura nasci oportebat. Sed ut non uno modo intercedit mulier: ita non est unus hujus actionis usus. utique, si participando veterem obligationem intercessit mulier, expedita res est: nam creditori salva mansit vetus actio? nec est ratio, cur hæc ei denegetur adversus veterem debitorem. quod si mulier pro alio intercedens, veterem actionem novatione in se transtulit: hoc casu oportet Prætorem, rescissa novatione qua sublata vetus actio est, creditori adversus veterem debitorem actionem utilem restituere. quod si ita mulier intercessit; ut ab initio se pro alio ream constitueret: jam nulla fuit vetus actio, & quod unum superest, dat Prætor, subducta mulieris persona, adversus eum pro quo intercessit, actionem novam quæ magis instituit, quam restituit, actionem. est vero æque hæc, ac superior, utilis. altera restitutoria, altera institutoria, appellari potest *l.* 1. §. 2. *l.* 8. §. 13. & 14. *D. h. t.* & ad has actiones pertinet traditum *l.* 10. *d. t.*

Sed de Senatusconsulto & Edicto satis. Nisi obiter repetendum, quod ante dixi, unam Senatui fuisse causam mulieres adversus earum intercessionem adjuvandi propter sexus imbecillitatem: ideoque eas destitui a Senatu: si (ut in *l.* 2. §. 3. *D.* & *l.* 5. & *l.* 18. *C. h. t.*) callide versatæ, creditorem deceperint: quasi (quod est ex Rescriptis D. Pii & Severi justissime observatum) infirmitas fœminarum, non calliditas, auxilium meruerit. Pari æquitate est in *l.* 23. *C. h. t.* a Justiniano sancitum, mulierem, si intercesserit, sive ab initio, sive postea, aliquid accipiens, ut sese interponat, omnimodo teneri, & non posse Senatusconsulti Vellejani uti exemplo; sive sine scriptis, sive per scripturam, sese interposuerit. imo (quod observandum) additur in §. 2. *d. l.* nisi certa forma ibi præscripta, a muliere facta sit intercessio, ne Senatusconsulti quidem auxilio ipsi opus esse. Sed ut eo redeam, est & alia, præter superiorem, inventa a Justiniano exceptio *l.* 24. *C. d. t.* item alia in *l.* 22. *eod.* a qua tamen in *Authent. Si qua mulier* mox sequente, adhuc excipitur mulieris intercessio pro marito: ut ibi potest videri. Quid, si mulier renunciet beneficio Senatusconsulti Vellejani? jam valere renunciationem, plerique omnes censent: modo mulier ante sit de privilegio suo admonita. movetque Viros Doctos; quod hoc Senatusconsultum est factum in favorem mulierum; & unicuique licet favori suo renunciare. Sed noli accedere illi sententiæ, quamvis seculi moribus receptæ. eam refutavit D. Vinnius *lib.* 1. *Select. quæst. c.* 48. non ineleganter: verum unus omnium pulcherrime Vir doctrina & judicio Eximius, Josephus Averanius, Antecessor Pisanus, *Interpretationum juris lib.* 2. *c.* 5. *pag.* 384. & *seqq.* nec habeo quod addam verissimæ quæstionis interpretationi.

TITULUS II.

De Compensationibus.

In ingressu Tituli, De compensationibus, forte quæratur, quemadmodum is cum præcedentibus cohæreat: parata responsio est, occasionem conjunctioni obvenisse a juris similitudine. nam sicut in prioribus fuit æquum visum, aliquando adversus alium, quam qui contraxit, actionem dari: ita sub præsente placuit Titulo, subinde adversus alium, quam cum quo contractum est, compensationem permitti.

Compensationis autem appellatione, quæ & pensatio dicitur *l.* 7. *h. t. l.* 39. *D. Solut. matrim.* Veteres indigitant mutuam quamdam solutionem: deducta verbi origine a pendendo, hoc est, solvendo: eo quod solutio, ante nummum forma publica signatum, fiebat appensione æris gravis. unde pendere pœnas, & pensiones, & expensa in rationibus, item impendia, & impendere, similiaque alia superesse, auctor est Festus in verbo, *Pendere*, & Plinius *lib.* 33. *Nat. hist. c.* 3. nec mirum, pensare dici pro solvere, vel retinere pro soluto; & compensari quod ab utraque parte debitum, ab utraque pro soluto, sive depenso, habetur. hoc compensatione contingere, Julianus indicat *l.* 2. *h. t.* his verbis: *Unusquisque creditorem suum, eumdemque debitorem, petentem summovet, si paratus est compensare.* Julianus vult, ubi Titius debet Sempronio, & Sempronius debet Titio; neutrum teneri solvere: licere enim convento protestari, sibi tantumdem deberi: nec iniquum videri, quod alteri ab altero debetur, utrimque retineri quasi solutum: nullo discrimine, utrum alter alteri solvat palam, an alter quod apud alterum est, manere patiatur. Sed hoc compertæ benignitatis esse, observat Pomponius *l.* 3. *h. t. Ideo*, inquiens, *compensatio necessaria est, quia interest nostra, potius non solvere, quam solutum repetere.* Nempe licebat petitori, objecta ei ab adversario compensatione mutui debiti, dicere: Tu solve mihi quod debes: & si putas me invicem debere tibi: jus est tibi petere: mihi defendere. Sic ex rigore juris. Sed pulchre animadvertit Pomponius, hunc deflectere a communi utilitate. primum refert omnium, lites minui. deinde cui bono solvere, & solutum mox repetere? jam, si ego solverim tibi; tu, cum repeto, non sis solvendo: nonne interest mea, potius non solvere, quam solvere & solutum repetere? imo, si rem recta putamus via, non tu longe abes a dolo: petens quod mox es redditurus *l.* 173. §. 3. *D. de reg. jur.* eoque trahens jus meum, cum interim frueris tuo. id certe nolit æquitas in judiciis præsertim bonæ fidei: in quibus Judici (auctore Justiniano §. 30. *Inst. de actionib.*) permittitur potestas ex æquo & bono æstimandi, quantum actori restitui debeat. quin & in stricti juris judiciis, ut idem infit Imperator, ex Rescripto D. Marci, opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur. Debetur

betur igitur compensatio non tam subtilitati juris civilis, quam æquitati naturali.

Definitur autem a Modestino *l.* 1. *h. t. debiti & crediti inter se contributio.* Nec dubito, quin Modestinus contributionem dicat pro confusione, seu mixtione ex mutua solutione profluente: interprete Lipsio, Notis ad Senecam *lib.* 6. *De benefic. c.* 5. *n.* 37. nam solutio est tributio, seu præstatio. tributum dicitur in *l.* 2. §. 2. *D. de Leg. Rhod. de jact.* inde contributio Paulo mutua solutio *d. l.* 2. § 7. *& l.* 1. *d. t.* Sit igitur compensatio mutua solutio, juris interpretatione quasi per brevem manum facta. Ut vero illa obtingat, desiderat Modestinus, ab utraque parte esse debitum & creditum, inter se contribuendum, sive miscendum confundendum, exæquandum. Et Modestino consentit Alexander *l.* 4. *C. h. t. Si*, inquiens, *constat pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet, ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur.* Ut igitur procedat compensatio, vult tam Alexander, quam Modestinus, utrimque esse debitum & creditum. nec addit hic aut ille, quale id esse oporteat. sed nullus labor; utroque jure, id est, & civili & naturali, debito: nam tum solutum non repetitur: quin ab invito exigitur efficace actione *l.* 108. *D. de verb. signif.* habetur igitur vere debitum: nec est, cur non optimo jure compensetur: sive instar solutionis, sive instar petitionis reputetur compensatio.

Similis ratio est debiti naturalis & Prætorii. sit exemplum: Servus de peculio suo contraxit. dominus ex hoc contractu non tenetur jure civili: quia non ipse contraxit, sed servus. ex alterius autem facto alium ignorantem obligari, non finit juris regula. Interim non potest negari, dominum qui servo concessit peculium negotiandi causa, videri in ejus contractum tacite consensisse: & esse bonum factum Prætoris, creditori adversus eum, non quidem in solidum, sed quatenus in peculio sit, actionem de peculio concedentis. Putemus igitur, æque juste hoc nomine adversus eum, si agat, indulgeri compensationem fini peculii quod servus habet. Sic Papinianus *l.* 19. *D. h. t.* & est casus, quem tractat, talis: Debitor Reipublicæ, si pecuniam publicam ex contractu Reipublicæ debitam servo publico citra voluntatem eorum solvit, quibus debitum recte solvi potuit: id est, citra voluntatem administratorum Reipublicæ: de quibus supra sub *Tit. Quod cujusq. univers. nom.* tali solutione se non liberavit a Republica: & ideo, ut ait Papinianus, *obligatio pristina manebit integra:* nec est causa, cur non denuo a Republica agi possit. cæterum, quia facta servo solutione, etsi male, cum eo gestum est negotium, ex eoque Respublica potest jure Prætorio actione de peculio conveniri, dabitur debitori, Republica pristina actione agente, compensatio peculii fini, id est, ad modum peculii quod servus habebit Elegans fuit superior species: sed æque elegans erit sequens: in *l.* 15. *h. t.* ex Javoleni lib. 2. Epistolarum: En, stipulatus sum, pecuniam a Titio dari certo loco. vicissim debeo Titio pecuniam. hanc ille a me petit: est mihi jus, compensare pecuniam mihi certo loco debitam. nam possum eam eo loco jure civili petere actione directa: etiam alio actione arbitraria, id est, utili ex Edicto Prætoris, facta mentione loci certi. nec de hoc ulla est dubitatio. illud quæritur; an etiam pensandum sit, quanti mea interfuit dari certo loco? dices, de eo neque rogatum in contrahendo esse, neque responsum: ideoque hoc ex stipulatu non deberi, nec peti posse actione directa & civili. interim constat, me pecuniam certo loco promissam alio loco petente actione utili atque arbitraria, officio Judicis haberi rationem ejus quod interest actoris vel rei, alio loco non esse datam. an igitur vel id quod interest propter locum, in proposito venit in compensationem? placet Javoleno: quia ut vi stipulationis non debeatur actione directa: at petita actione utili quæ est arbitraria, circa ejus executionem officio Judicis debetur. Hoc evincit Javolenus sequentibus verbis: *Si Titius petit, eam quoque pecuniam quam certo loco promisit, in compensationem deduci oportet: sed cum sua causa, id est, ut ratio habeatur, quanti Titii interfuerit, eo loco quo convenerit, pecuniam dari.* Sic Javolenus: & utile fuerit, hoc eo diligentius retineri: quia in *l.* 4. *&* 5 *C. h t.* similem usum accipit circa usuras: quas aliquando jure obligationis, aliquando officio Judicis, applicari, discitur ex *l.* 4. *C. Depositi l.* 49. §. 1. *D. de act. empt. l.* 54. *D. Locati.*

Sed apparet, jure naturali & civili aut Prætorio debitum sive obligatione, sive officio Judicis, compensationem recipere: si quidem contestata lis non sit. imo & si sit. Ecce: (quod est exemplum *l.* 8. *h t.*) ego a te petii mihi debitum aliqua ex causa; & litem sum contestatus. deinde tu adversus me agis ex alia causa. postulo, pecuniam de qua judicium jam accepi, compensari cum ea quam a me petis: quod dico, utramque esse debitam, & utramque pro soluta haberi, paris æquitatis esse. quæritur; an obtinere debeat compensatio? poterat quis existimare, pronunciandum esse super pecunia de qua judicium lite contestata constitutum est. sed aliter visum Gajo; sic scribenti: *In compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est.* & hanc addit rationem; *Ne diligentior quisque deterioris conditionis habeatur, si compensatio ei denegetur.* Optime: nam ut est in regulis juris, non solet deterior conditio fieri eorum qui litem contestati sunt, quam si non: sed plerumque melior *l.* 86. *&* 87. *D. de reg. jur.*

Sequitur alia circa debitum observatio, nec ipsa hoc loco negligenda. ea observatio est: quod qualecumque sit debitum compensationem admissurum, oportet purum esse: sic enim & cessit & venit ejus dies *l.* 213. *D. de verb. signif.* itaque & solvi & peti potest: nec est, cur non compensetur: certo, compensationem tam instar petitionis, quam instar solutionis, haberi. Aliter est; si in diem debeatur. nam (ut Ulpianus ait *l.* 7. *D. h. t.*) *quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dari oporteat.* Postrema verba, *quamquam dari oporteat*, occupant objectionem, eis tacite inhærentem. nam in diem debiti non quidem statim venit dies: sed statim cessit: estque ejus effectus, ut non quidem possit peti ante, quam venit dies, id est, ante quam præteriit dies obligationi apposita: sed interim nata sit obligatio; & debeatur *d. l.* 213. usque adeo; ut Paulus *l.* 10. *D. de condict. indeb.* sic opinetur: *In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit.* Id vero si est: forte videatur alicui non esse a jure alienum, compensari in diem debitum, hoc colore: quod compensatio sit instar solutionis. Sed id nihil movet Ulpianum; memorem, obligationi diem non adjici in favorem stipulatoris, sed promissoris: hunc igitur volentem recte solvere ante diem: illum ante diem ab invito non recte petere *l.* 41. §. 1. *D. de verb. oblig. l.* 70. *D. de solut.* compensationem porro esse speciem petitionis *d. l.* 15. *D. rat. rem. hab.* & ,si debitori objicitur ante diem, non alium fore exitum; nisi ut ab invito petatur solutio

ejus

ejus quod ante diem non debet peti: quia ab eo petitur, ut id interim sit pro compensato: id est, ut eo modo perinde liberetur, ac si solutum esset. hoc autem fieri, non sinit forma aut ratio obligationis in diem conceptæ, quamdiu nondum venit dies.

Hæc: si debitum utroque jure adjuvetur & civili & naturali. quid, si altero nitatur tantum? pone, aliquid jure civili deberi; naturali non deberi. estne ejus compensatio? facit hinc: quod jure civili parit actionem; & peti potest. inde facit: quod actio naturali carens æquitate, si instituatur, per exceptionem eliditur. sic vero nil interest, ipso jure non sit, an per exceptionem infirmetur *l.* 112. *D. de reg jur.* imo perinde est, quasi debita juribus, id est, jure civili aut naturali, non sit pecunia *l.* 3. §. 1. *D. de constit. pecun.* quare soluta etiam repeti potest, tamquam indebita. nec male Javolenus, *Quæcumque*, inquit, *per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt l.* 14. *D. h. t.*

Videamus de mero naturali debito. nam de eo, an compensetur, ideo solet in consilium iri: quod destitutum auctoritate juris civilis, non parit actionem qua exigatur. quin hoc intuitu parum abest ab indebito; nec videtur sufficere ad compensationem, speciem petitionis præferentem *l.* 15. *D. Rat. rem. hab.* Sed hanc subtilitatem quæ tota est juris civilis, adspernatur compensatio: unius studiosa æquitatis naturalis. sane ut peti nequeat naturale debitum, potest ultro solvi: solutum autem non potest repeti *l.* 10. *D. de oblig. & act.* & bene habet, quod Pomponius *l.* 51. *D. de condict. indeb. Ex quibus caussis*, inquit, *retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus.* ita minus proprie debitum sit naturaliter tantum debitum, præsertim collatum cum naturali & civili debito: at per abusionem non male debitum intelligitur *l.* 16. §. 4. *D. de fidejussorib.* nec intercedit Ulpianus; ne vel ipsum in compensationem recte deducatur *l.* 6. *D. h. t.* sic scribens: *Etiam quod natura debetur, venit in compensationem.* Dixi breviter, quid mihi sedeat. plenius est hanc quæstionem exequutus D. Vinnius V. CL. *lib.* 1. *Select. quæst. c.* 49. ubi, si libet, vide: nec pigebit vidisse.

Ex superiore quæstione nata est alia, quam in *l.* 16. §. 1. *D. h. t.* his verbis terminat Papinianus: *Cum intra diem ad judicati executionem datum judicatus Titio agit cum eodem Titio, qui & ipse pridem illi judicatus est, compensatio admittetur.* Thema tale est: Ego fui damnatus judicis sententia, tibi centum dare. & efluxit tempus damnatis ad conficiendam pecuniam indulgeri solitum. ejus temporis meminit Callistratus *l.* 31. *D. de re judicata*, etiam Lex Duodecim Tabularum; qua id triginta dierum fuisse, refert A. Gellius *lib.* 15. *Noct. Attic. c.* 13. & *lib.* 20. *c.* 1. deinde tu es ex alia causa damnatus, mihi tantumdem dare: & indultum tibi consimile spatium solvendæ pecuniæ est. hoc nondum elapso, tu agis adversus me actione rei judicatæ. quæritur; an possit adversus te admitti compensatio ejus pecuniæ ad quam tu condemnatus es mihi? ait Papinianus. at nondum elapsum est tempus legibus tibi concessum; & in diem debitum, ut ante dictum, ante quam dies venit, non compensatur; dilata ejus executione post diem. sed id levis momenti est ex Papiniani sententia, sic causati: *aliud est enim, diem obligationis non venisse; aliud humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis.* Papinianus negat, in proposito esse in diem debitum. contra putat esse debitum purum: cujus dies cesserat & venerat jam ante sententiam. tantum, inquit, damnato humanitatis gratia indultum esse tempus. aliud autem esse, diem obligationis non venisse: aliud, humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis.

Dixi de jure debiti ad compensationem apti. Adhuc dicendum de causa ex qua id proficisci oporteat: nam ne hanc quidem distinxit Modestinus *l.* 1. *h. t.* compensationem simpliciter definiens, debiti & crediti inter se contributionem. putemus igitur, generali & lato sermone effici: ut nihil intersit, (quod & Paulus monet *lib.* 2. *Sentent. tit.* 5. §. *ult.*) utrum par, an dispar, sit debiti causa: nec magis, utrum debeatur ex contractu, an quasi ex contractu; item utrum ex maleficio, an quasi ex maleficio. exempla satis pulchra dedit Ulpianus *l.* 10. *pr* §. 2. & 3. *h. t.* nec opus explicatione. pro ea serviet hoc Senecæ *lib.* 6. *De benefic. c.* 4. *Colonum suum non tenet, quamvis tabellis manentibus qui segetem ejus proculcavit, qui succidit arbusta: non quia recepit quod pepigerat, sed quia ne reciperet, effecit. Sic debitori suo creditor sæpe damnatur, ubi plus ex alia causa abstulit, quam ex credito petit. Non tantum inter creditorem & debitorem judex sedet qui dicat pecuniam credidisti. quid ergo? pecus abegisti, servum ejus occidisti. argentum quod* (ita legit V. CL. Justus Lipsius) *non emeras, possides: æstimatione facta, debitor discede qui creditor veneras.* Curiose & ex arte Seneca etiam ex maleficio admittit compensationem: non ubi criminaliter ex eo agitur, sed cum civiliter. plane convenienter huic Ulpiani *d.* §. 2. *Quotiens ex maleficio oritur actio, ut puta ex causa furtiva, cæterorumque maleficiorum, si de ea pecuniarie agitur, compensatio locum habet. Idem est, & si condicatur ex causa furtiva. Sed & qui noxali judicio convenitur, compensationem opponere potest.* Ratio differentiæ inter civilia & criminalia judicia est optima: quod in civilibus & pecuniariis actionibus potest æstimatio mutui debiti, ut utrimque privati commodi est, per compensationem, quasi ex utriusque consensu, privato jure tolli, nullo tertii damno aut præjudicio: ubi vero ab utraque parte incurrit criminis persecutio; neutri debetur pœnæ æstimatio; sed reipublicæ crimine utriusque læsæ *l.* 9. §. 5. *D. de publicanis.* ideoque neutra alteri in compensationem deduci potest, salva utilitate vindicandæ reipublicæ. Aliquem frustretur hoc Papiniani ex *l.* 39. *D. Solut. matrim. Viro atque uxore mores invicem accusantibus, causam repudii dedisse utrumque pronunciatum est. id ita accipi debet, ut ea lege, quam ambo contempserunt, neuter vindicetur: paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur.* Sed nolim, eum quem hic vexet locus, putare, a Papiniano disputari de publica criminis accusatione ex Lege Julia de adulteriis, quamvis & Legis meminerit, & accusationis: non enim ita est. contra pertinet ejus disputatio tantum ad judicium de moribus, frequens tum & usitatum, post abolitum *l.* 11. §. *ult. C. de repud.* In eo judicio, divortio a viro & uxore facto, invicem petebantur pœnæ injusti repudii, ob malos alterius mores, cum leviores, tum graviores: de quibus Ulpianus *Fragm. tit.* 6. id judicium Papinianus vocat accusationem, exemplo Scævolæ *l.* 47. *D. Solut. matrim.* quamquam esset privatum & civile judicium: sicut querela inofficiosi testamenti accusatio appellatur *l.* 17. *D. de inoffic. testam.* In eo igitur judicio de moribus privato & ordinario, si maritus accusaverit mores uxoris, & vicissim uxor accusaverit mores viri, petitis hinc inde pœnis divortii civilibus & pecuniariis; & pronunciatum sit, utrumque divortio dedisse causam: recte putat Papinianus, paria delicta mutua pensatione dissolvi: eoque a neutra parte

te deberi divortii pœnas. Sic in judicio de moribus civili & ordinario. at in publico & criminali Ulpianus *l.* 2. § 5. *D. Ad leg. Jul. de adult.* contra fcribit hoc modo: *Si* publico judicio *maritus uxorem ream faciat, an lenocinii allegatio repellat maritum ab accuſatione? Et putem, non repellere. lenocinium igitur mariti ipſum onerat, non mulierem excuſat.* Clarius & uberius Imp. Antoninus *lib.* XIX. *Cod. Gregor. tit.* 2. *Habebunt autem ante oculos inquirere, an cum tu pudice viveres, illi quoque bonos mores colendi auctor fuiſti. periniquum enim mihi videtur eſſe, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipſe non exhibet. quæ res poteſt & virum damnare, non ob compenſationem mutui criminis rem inter utrumque componere, vel cauſam facti tollere.* Extat idem locus eodem fenfu, non peræque iisdem verbis in *l.* 13. §. 5. *D. Ad leg. Jul. de adult.*

Quacumque igitur ex caufa debitum fit, utique privatum & civile, ejus compenfatio eft, fi agatur perfonali actione: nam hac petitur proprie debitum ex obligatione. at actiones in rem, non ex debito, nec ex obligatione, veniunt; fed ex dominio, vel jure in re, proficifcuntur §. 1. *Inſt. de actionib.* ita quæ in illis antiquitus obtinebat compenfatio, in his incognita fuit ante Juftinianum. primus (quod obfervavit V. CL. Jacobus Cujacius *lib.* 15. *Obſerv. c.* 12.) ille Imperator mutavit vetus jus *l. ult. C. h. t.* unde defcriptus eft §. 30. *Inſt. de actionib.* in quo fic infit: *Noſtra Conſtitutio easdem compenſationes quæ jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipſo jure minuant, ſive in rem, ſive in perſonam, ſive alias quaſcumque.* Imp. Juftinianus *debitum*, in compenfatione ante folitum hærere intra perfonales actiones, ad actiones in rem porrexit: arbitratus, reftitutionem poffeffionis quæ his vindicatur, jure quidem civili domino non deberi ex ejus & poffefforis conventione: fed ei deberi nihilominus jure gentium ex primæva conventione diftinctorum dominiorum: non male, nec fine exemplo: nam ita res habet; & hoc modo etiam *debitum* accipi in definitione actionis *pr. Inſt. eod. tit.* & *l.* 178. §. *ult. D. de verb. ſignif.* obfervavi alibi. Juftinianus tamen ab actionibus cæteris excipit actionem depofiti *d.* §. 30. nimirum, *ne ſub prætextu compenſationis depoſitarum rerum exactione quis defraudetur.* Nec improbes, fi fapis, reverentiam bonæ fidei in depofiti actione etiam fervatam olim a Paulo *lib.* 2. *Sentent. tit.* 12. §. *ult.* fic fcribente: *In cauſa depoſiti compenſationi locus non eſt, ſed res ipſa reddenda eſt.* Jam enim annotatum fupra *lib.* 1. *Tit.* 6. *De his qui ſunt ſui vel alien. jur.* aliquoties fieri apud Veteres, ut qui aliquid confirmat, aut in ufum revocat, ampliatve, id conftituiffe dicatur. Magis mirere, quod Imperator *d.* §. 30. *Excepta*, inquit, *ſola depoſiti actione.* & in §. 2. *d. l. ult.* præter hanc, etiam aliam ponit exceptionem his verbis: *Poſſeſſionem autem alienam perperam occupantibus compenſatio non datur.* Sed videamus, ne Imperatori in *d.* §. 30. non fit negotium, appofitione verbi, *ſola*, exceptionem reftringere ad unam depofiti caufam. primum apparet contrarium ex *d.* §. 2. deinde in fine principii ejusdem legis, cum quo confentire debet *d.* §. 30. inde defcriptus, non dicit Juftinianus, *Excepta ſola depoſiti actione*, fed ait, *Excepta depoſiti actione*: indicio indubitato, voculam, *ſola*, in *d.* §. 30. non pertinere ad exclufionem exceptionis modo allatæ ex *d.* §. 1. *l. ult.* nec præcife accipi pro *tantum*: fed pro *præcipue*: ut in hoc Virgilii *lib.* 1. *Georgic. verſ.* 29.

An Deus immenſi venias maris & tua nautæ
Numina ſola colant.

Quod ibi in Notis obfervat Servius Honoratus, vetus Grammaticus. Eodem fenfu Alexander *l.* 1. *C. de bonor. poſſeſſ. contr. tab quam præt. lib. pollic. Liberi*, inquit, *contra tabulas parentum bonorum poſſeſſione admiſſa*, folis *parentibus & liberis legata præſtare ſecundum Edictum debent.* Cum ait, *ſolis.* intelligit *præcipue:* nam Edictum præter parentes & liberos, etiam uxori nuruique dotis nomine legatum præftari jubet. Similiter puto in *l.* 12. *C. de oper. libert.* a Diocletiano & Maximiano dici, eos qui manumittuntur, patronorum filiis *ſolam* reverentiam debere: nam & operas eis deberi, conftat ex *l.* 5. *l.* 7. §. 6. & *ſeqq. D. de oper libert.*

Expenfis plerisque compenfationis articulis, age, nunc ejus formam, fimul effectum, confideremus. eft vero expedita utriusque via in judiciis bonæ fidei: Prætore in his jubente, Si paret, condemnari ex fide bona. fic enim non tenebatur Judex fequi apices juris *l.* 29. §. 4. *D. Mandati.* contra permittebatur ei libera poteftas ex æquo & bono æftimandi, quantum actori reftitui debeat. §. 30. *Inſt. de act.* adeo poterat compenfationem, fi liqueret, utrimque deberi, pro portione mutui debiti ex fide bona admittere; & fecundum eam alterum ab altero in totum vel pro parte abfolvere: perinde ac fi neuter alteri teneretur, utraque actione ipfo jure fublata vel imminuta. videlicet, quod creditur dolo agere: petens, fibi folvi, cum invicem debet, & recufat æquitatem objectæ compenfationis. talis vero exceptio, exemplo cæterarum, ineft judicio bonæ fidei *l.* 3. *D. de reſcind. vend. l.* 84. §. 5. *D. de legat. lib.* 1. *l.* 21. *D. Solut. matrim.* & officio Judicis continetur, nec habet conteftatione apud Prætorem opus. *l.* 38. & *l.* 58. *D. de petit. hered.* id vero quo fpectat; nifi ut obligatio putetur tolli ipfo jure? Sic in bonæ fidei judiciis. aliter in judiciis ftricti juris: anguftia formulæ, Si paret condemna, difcrimen faciente. Rem exemplo demonftrabo. Igitur fi actor ex mutuo, aut quo alio judicio ftricti juris, apud Prætorem petat centum, isque viciffim reo debeat tantum ex ftipulatu aut teftamento: multum intereft, utrum reus debitum pure inficietur; an confiteatur, fe debere; fed dicat, fibi invicem deberi, itaque dolo malo agere actorem qui petit quod mox fit redditurus. priore cafu folet Prætor Judici, poftulante actore, talem præfcribere formulam: Si paret, Gajum Sejo centum ex mutuo dare oportere, condemna. Pura hæc, ut vides, formula: atque ex ea unum Judicis officium cognofcere, utrum actori a reo ex mutuo debeantur centum: reumque, fi pareat, condemnare, licet proclamantem, fibi tantumdem deberi; eoque iniquum fore, fe condemnari. fcilicet, quia Judex non eft juffus judicare; utrum æquum fit, condemnari eum cui tantumdem ab actore debeatur; fed dumtaxat, an actori a reo centum ex mutuo debeantur. ultra autem formulam neque accepit, neque habet judicandi facultatem. Pofteriore cafu non folet Prætor Judici præfcribere formulam puram; fed ut poftulavit reus, fub conditione, hoc modo: Si paret, Gajum Sejo ex mutuo centum dare oportere, condemna, extra quam fi dolus intervenerit; vel, præterquam, fi reo tantumdem ab actore debeatur. Igitur ordinato fic judicio, jam hic erit exitus; ut poffit reus, poftquam actor intentionem fuam probavit, a Judice petere, admitti exceptionem compenfationis, five doli mali: probato, fibi invicem deberi. Nec minus poteft Judex, cognita veritate exceptionis, reum fecundum formulam, fibi a Prætore præfcriptam, abfolvere: more in judiciis recepto; de quo egi

lib. 1. *De jurisdict. & imper. c.* 13. *& De forma emendandi doli mali c.* 5. *&* 7.

Ab hisce initiis actionum bonæ fidei & stricti juris profecta compensatio, in iis non usque quaque perseveravit: quibusdam Jureconsultis (quos inter Neratius *l.* 4. *D. h. t.*) compensationem etiam in actionibus stricti juris ipso jure admittentibus; hoc prætextu, quod quo tempore vicissim deberi cœpit quantitas, eo tempore jam fuit utraque obligatio mutuo consensu sublata, quasi solutione per brevem manum facta. Ea tamen varietate quod incerta fieret compensationis forma, aliis hanc, aliis illam, præferentibus: dicitur Imp. Divus Marcus de jure consultus, pro more illorum temporum, rescripsisse magis quod tutius, (sic mihi videtur) quam quod verius esset, compensationem in judiciis stricti juris fieri opposita exceptione doli mali §. 30 *Inst. de actionib.* Cæterum, ut alibi sæpius itum a Jureconsultis fuit adversus Principum Rescripta & Decreta: ita in præsenti contraria prævaluit sententia: omnibus Jureconsultis tandem in Fori disputatione uno ore consentientibus, (sic accipio Paulum in *l.* 21. *D. h. t.*) actiones omnes tam stricti juris, quam bonæ fidei, compensatione, tamquam genere quodam solutionis, ipso jure tolli. Addo, nullo discrimine, utrum liquidum esset utrumque debitum, an alterum, aut etiam utrumque, illiquidum: nam hujus discriminis nec vola, nec vestigium est ante Justinianum. Unius fuit privilegium Fisci; ne adversus eum admitteretur compensatio, præterquam debiti quod vel confessione liqueret statim, vel posset alias liquere intra duos menses *l.* 46. §. 4. *D. de jure fisci.* Verum quod tum singulare Fisci jus fuit, Imp. Justinianus in *l. ult. C. h. t.* & §. 30. *Inst. de actionib.* fecit commune omnium hominum: vetans, compensationem admitti; nisi utrumque debitum aperto jure nitatur. sic in *d.* §. 30. loquitur. in *d. l. ult.* ait, nisi causa ex qua compensatur, liquida sit, & non multis ambagibus innodata, sed possit Judici facilem exitum sui præstare. Inde vulgo percrebuit, tantum liquidi cum liquido, non etiam liquidi cum illiquido, aut illiquidi cum illiquido, compensationem esse.

Sit igitur in omnibus tam stricti juris, quam bonæ fidei, judiciis compensatio instar solutionis: modo utrimque (sic temperari suadet hæc imago) debeatur quantitas: functionem non in specie, sed in genere, recipiens: nam ea æque magna, & æque bona ab utraque parte, neutrius interest, utrum hanc, an illam, habeat. Non ita est in corporibus: ideoque passim, nec absurde jactatur, quantitatem quidem cum quantitate compensari; at corpus cum corpore, aut corpus cum quantitate, non æque. Primum, quia compensatio habetur species solutionis; nec debet aliud pro alio solvi invito creditori *l.* 2. §. 1. *D. de reb. credit.* ne melius quidem pro deteriore: affectu in corpora cadente, quum non cadat in quantitates, tantum ad consumptionem spectantes. Accedit altera æque justa & probabilis ratio: quod compensatione corporis cum quantitate vi ipsa fieret emptio & venditio; quæ libera esse debet, nec tamen foret libera; si corpus cum corpore, aut corpus cum quantitate, altero invito, compensaretur. Mitto argumenta: re clara in *l.* 18. *D. de pig. act.* cujus apposui verba. *Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a Prætore hæc conventio: ut & te in exigenda pecunia, & debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis: si vero corporis alicujus, id quod acceperis, erit tibi pignoris loco.* Non me trahit in contrarium: quod in *d.* §. 30. *Inst. de actionib. & l. ult. C. h. t.* compensatio dicitur locum habere in omnibus actionibus tam in rem, quam in personam. Nam cum in utroque genere actionum æque veniant quantitates ac corpora: rationis est, compensationem utroque in genere demum usum habere; cum invenit casum in quo locum habere potest. Ac ne cui durior videatur illa interpretatio indefiniti sermonis ab Imperatore Justiniano adhibiti; non abs re erit, ei auctoritatem comparare sequente Apuleji loco, *De philosophia lib.* 3. jam alibi sæpius a me assumpto: *Universales sunt; ut omne spirans vivit: aliæ particulares; ut quædam animalia non spirant: aliæ indefinitæ; ut animal spirat. non enim definit, utrum omne, an aliquod. sed tamen pro particulari semper valet: quia tutius est id ex incerto accipere, quod minus est.* Obtineat igitur compensatio æque in actionibus in rem atque in actionibus in personam: non idcirco obtinet in omni casu in quo actio in rem locum habet: sed demum, si in ea præstanda quantitas est.

Revertamur eo unde incœpit disputatio. Modestinus *l.* 1. *h. t.* compensationem vocat debiti & crediti inter se contributionem: & monui jam in antecessum: eam definitionem non esse sic exaudiendam, quasi indigitet, compensationem procedere statim, ac sit debitum & creditum: sed si usuro compensatione sit debitum ab eo, adversus quem ea instituitur. ita non est satis, sustinentem uti compensatione docere, esse debitum: sed ei necesse est dicere, sibi esse debitum, atque ab illo adversus quem compensatione sit usurus. Cedo testimonia. non longe petam. sic Gordianus *l.* 9. *C. h. t. Ejus quod non ei debetur qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest.* Peto a Sejo quod mihi debet: is vult compensare quod a me debetur Gajo. an est justa compensatio? negat Gordianus; quia non est mihi res cum Gajo, sed cum Sejo: & ut debeam Sejo, non debeo Gajo: igitur est tantum compensatio ejus quod actor debet reo; quia tum demum est mutuum debitum. hoc modo Papinianus *l.* 18. §. 1. *D. h. t. Creditor*, inquit, *non cogitur compensare, quod alii, quam debitori suo debet:* Et est valde observandum, quod Papinianus ait, hoc esse verum, *quamvis creditor ejus pro eo qui convenitur, ob debitum proprium velit compensare.* Igitur cum de debito & credito disquiritur in proposito, solum intelligitur debitum ei contra quem dirigitur compensatio, & debitum ab eo qui agit: quod si ab alio aut alii debeatur, non putatur debitum, compensationi aptum & necessarium. Exemplum in *l.* 16. *D. h. t.* Miles debitor Titii, duos instituit heredes; unum bonorum castrensium, alterum bonorum paganicorum. non id licet homini pagano, sed licet militi; cui ex privilegio sufficit ad bonorum suorum divisionem nuda ejus voluntas *l.* 1. *D. de testam. milit.* Sed quid est? heres bonorum paganicorum experitur adversus debitorem militis. hic agenti opponit compensationem ejus quod ex institutione militis debetur ab herede bonorum castrensium. an recte? Non putat Papinianus. atqui agitur ab herede militis, & fuit debitum a milite, per heredem suum repræsentari solito. ita est: sed in ea parte in qua heres est: non etiam in alia in qua non est heres: militis autem hereditas ejus voluntate ita divisa est per constitutiones, quasi duorum sint hereditates *l.* 17. *D. eod. tit.* una bonorum paganicorum, altera castrensium. recte igitur responsum a Papiniano, cum militi castrensium bonorum alius, cæterorum bonorum alius, heres extitit, & debitor alteri heredum obligatus, vult compensare quod ab altero

ro debetur, non audiendum esse: quia apparet, non deberi ab eo cui compensatio opponitur.

Simile exemplum in *l.* 23. *h. t.* in qua tutori, ut potest, experienti adversus pupilli debitorem, ab eo objicitur compensatio ejus quod ipse debet suo nomine. & quæritur, an recte? negat Paulus; non recepta compensatione adversus alium, quam qui agit. atqui tutor agit. esto: sed ipse suo nomine non debet adversario, nec agit suo, sed pupilli nomine. ita juris interpretatione agit pupillus. tutor non agit, nec potest ei agenti pupilli nomine objici compensatio ejus quod ipse debet suo nomine: quia ut sit debitum, non est mutuum debitum. A *l.* 23. separemus tenorem *l.* 36. *D. de admin. tutor.* quæ alioquin posset alicui molesta esse. verba Papiniani hæc sunt: *Inter tutores divisa tutela est: æquitas quæ merum jus compensationis inducit, propter officium & personam agentis tutoris non differtur. nam divisio tutelæ quæ non juris, sed jurisdictionis est, modum administrationi facit, & inter ipsos locum habet, nec experiri volentibus obstare debet.* Ecce: pupillo patris testamento dati sunt tutores duo: &, ut apparet ex verbis *d. l.* inter hos divisa tutela est per Prætorem. uni cessit administratio rerum urbanarum; alteri provincialium. prior ille pupilli nomine agit de debito urbano, ad ejus administrationem pertinente. ei objicitur compensatio debiti provincialis. an jure? dubitatio vertitur: quod divisa inter tutores est tutelæ administratio: & interest pupilli, non confundi rationes & officia tutorum: ut de Fisci stationibus infra dicetur ex *l.* 1. *C. h. t.* quid Papinianus? ait, merum jus compensationis inductum esse æquitate: & vocat merum jus quod est integrum, illæsum forte: qualia sunt quæ nulla admixtione sunt attemperata, aut corrupta: ut ostendi *lib.* 1. *De jurisd. & imper. c.* IV. sensus, Jus compensationis, sicut æquitate inductum est, ita integritatem suam in proposito servare; ideoque non mutari propter officium & personam tutoris, petentis urbanum debitum: ut ut ei objiciatur compensatio debiti provincialis, ad ejus partes alioquin non pertinentis. quæso, quam ob causam? accipe a Papiniano. ait: *Nam divisio tutelæ quæ non juris, sed jurisdictionis est, modum administrationis facit, & inter ipsos locum habet, nec experiri cum pupillo volentibus obstare debet.* Sensus Papiniani est: quod pupilli debitor, a tutore urbano conventus de urbano debito, cum eo volens compensare debitum provinciale, compensatione uti potest; quamvis divisa inter tutores tutela: quia non cum tutore rem habet, sed cum pupillo. non enim tutor, sed pupillus ei tenetur. & quod tutor convenitur, in summa nihil efficit: quia perinde est, ac si pupillus ipse conveniatur. non igitur debet volenti cum pupillo experiri compensatione obstare tutelæ divisio: quia hac non debet corrumpi jus, quod ejus fuit ante divisionem. atqui divisio inter tutores facta est a Prætore. id concedit Papinianus, & proinde non timet dicere, eam esse jurisdictionis: sed interim negat, eam propterea esse juris. est igitur, inquit, facti, & pertinet ad modum administrationis inter ipsos tutores, inter quos exercita ea jurisdictio est, at ad creditores qui ei præsentes non fuere, non pertingit: tutela ipso jure legibus integra atque indivisa, licet de facto divisa sit auctoritate Prætoris: utique Legibus Duodecim Tabularum, sive unus detur tutor, sive plures, una est tutela personæ pupilli, & totius patrimonii ejus ex quo ab eo debeatur, ubicumque sit, & sive ab hoc sive ab illo administretur.

Sunt hæc certissima; & fallunt tamen, conjunctione obligationum aliud postulante. Ne desit exemplum, adferam *l.* 5. *h. t.* in qua si quid a fidejussore petat creditor, cum invicem debet reo principali vel fidejussori: finit Gajus, fidejussorem eligere; utrum malit compensare, quod ipsi, an quod reo principali, debetur: idque æquissimum esse confirmat. Nimirum ex subtilitate juris non habet fidejussor compensare, nisi quod ipsi a creditore debetur. nihilominus est unum debitum fidejussoris & rei principalis: & putat Gajus, fidejussori non inique permitti, compensare non modo quod ipsi, sed etiam quod reo principali, debetur: quasi ratio non patiatur, esse fidejussionem; cum deficit debitum principale: ubi autem cœpit a creditore invicem deberi aut reo principali aut fidejussori; tollitur principale debitum tam compensatione, quam solutione: & utraque peræque reo principali, & fidejussori, prodest ad liberationem. *l.* 4. *D. h. t.* accedit, quod nec interest creditoris, utrum a reo principali, an a fidejussore aut solutio aut compensatio fiat.

Quod dixi de obligationum conjunctione, si debeatur alii, quam volenti compensare, id dicam de conjunctione personarum: qualis est patris & filii qui est in ejus potestate. pone: aliquis contraxit cum filiofamilias. ex eo contractu filius actionem jure civili non adquirit sibi, sed patri in cujus potestate est. contra ipse creditori ex eo in solidum jure civili tenetur: pater nullo modo tenetur, ne a filio sine consensu suo obligetur. nihilominus visum, patrem ex contractu filii jure Prætorio teneri, quatenus in peculio est: quasi concedens filio peculium ex quo negotietur, in contractum filii, quatenus in peculio est, consensisse intelligatur. potest igitur pater agere ex contractu filii, societate, verbi gratia: &, si agat pro socio: ait Paulus, in solidum agendo, videri ratam habere societatem: eaque ratione conventum ab eo socium, jure compensationis servare solidum; quamvis, si ageret adversus patrem, dumtaxat actio de peculio ei præstaretur. Sic, si cum patre agatur. quid, si agatur cum filio? ait Paulus, quæri; an quæ patri debeantur, filius compensare possit? & putat, hoc magis esse admittendum: qua ratione? ait, quia unus contractus est tam patris, quam filii. recte igitur filius quod patri debetur, in compensationem deducit: sed cum conditione; ut caveat, patrem suum ratum habiturum, id est, non exacturum quod is compensaverit *l.* 9. *pr.* & §. 1. *D. h. t.*

Fui prope nimius, & tu intelligis, debitam ab utraque parte quantitatem ab utraque parte deberi compensatione, velut solutione, desinere; cum neutrius intersit ulterius perdurare. id placet in principali debito, nec minus in accessionibus: certo, sublata principali obligatione, non posse fieri; ut supersint accessiones *l.* 178. *D. de reg. jur. l.* 43. *D. de solut.* Sic legimus, post compensationem pignora repeti *l.* 12. *C. h. t.* & fidejussores liberari *l.* 4. *D. eod. tit.* etiam usuras: nullo discrimine, utrum utrimque sit usurarium debitum, an tantum ab altera parte: item, utrum hinc inde pares debeantur usuræ; an ab altera majores ab altera minores *l.* 11. & 12. *D. h. t.*

Tollitur igitur compensatione debitum utrimque, & totum: pari urimque debito. alioquin pro summa concurrente. Et, si totum petas, plus petendo (inquit Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 5. §. *ult.*) causa cadis. Nimirum quia male agis: ut idem ait Paulus *l.* 4. *D. h. t.* Atqui debitum non potest solvi pro parte. Demus, si solutio fiat invito creditori. at consentienti pro parte solvi potest. id vero in compensatione fieri, auctor est Justinianus §. *ult. Inst. de action.* & ante consti-

tuit

tuit Alexander *l.* 4. *C. h. t.* cujus mentio *l.* 11. *D. eod. tit.* Sic nulla facta solutione. quid, si facta sit per errorem? placet hoc Ulpiani *l.* 10. §. 1. *D. h. t. Si quis compensare potens, solverit, condicere poterit, quasi indebito soluto.* Est hoc quoque notari dignum, (ex superioribus enim sequitur) quod Paulus observat *l.* 21. *D. h. t.* verbis sequentibus: *Postea quam placuit inter omnes, id quod invicem debetur, ipso jure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.* Sensus Pauli: Procuratorem absentis nomine conventum, verbi gratia, condictione certi ex mutuo, si præsumat compensare quod domino ab actore invicem debeatur, non teneri cavere, dominum ratam habiturum compensationem: quia postea quam placuit, ipso jure compensari, quod invicem debetur, non procurator compensat, sed jus: eo quod compensatione fit, ut ab initio minus peti debeat: & quod plus petitur, male petitur, & ipso jure indebitum est.

Reliquum est, quando cesset compensatio. & jam datum exemplum in actione depositi. item, si quid vi occupatum sit *l. ult. C. h. t.* præterea ait Scævola *l.* 22. *D. h. t.* Si debeas decem millia aut hominem, utrum adversarius volet: non admitti hujus debiti compensationem; nisi adversarius palam dixisset, utrum voluisset: quia ante factam ab eo electionem non intelligitur, quid debeatur, quid solvendum, adeoque compensandum sit.

De Fisco nihil attinet quærere: utitur enim jure privatorum. tantum monendum est quod Antoninus refert *l.* 1. *C. h. t.* Senatum censuisse, & sæpe rescriptum esse, compensationi in causa fiscali ita demum locum esse; si eadem statio (de Fisci stationibus vide Jacobum Gothofredum ad *l.* 19. *Cod. Theod. de susceptoribus lib.* 12.) quid debeat. Sic Antoninus, & præfatur, hoc juris propter confusionem diversorum officiorum tenaciter servandum esse.

Quemadmodum Fisco, sic Reipublicæ, objicitur compensatio. nec tamen desunt casus, in quibus neutri objicitur. extant hi in *l.* 3. *C. & l.* 17. & 20. *D. h. t. l.* 46 §. 5. *D. de jur. fisc.* nec sunt sine difficultate: de qua consule Viros Clarissimos Barnabam Brissonium, *De solutionib. c. De compensatione*, Hugonem Donellum *lib.* 16. *Com. jur c.* 15. ibique in Notis Osualdum Hilligerum, & ab eo allegatos.

TITULUS. III.

Depositi vel contra.

Post satis longum diverticulum redit hic Titulus eo, unde discessum fuit libro XIV. nam cum quatuor sint contractus quibus re contrahitur obligatio, mutuum, commodatum, pignus, & depositum: expositis libro XII. & XIII. tribus prioribus, tandem explicandum venit depositum. de quo in *l.* 1. §. 1. *h. t.* tale extat Edictum: *Quod neque tumultus, neque incendii, neque ruinæ, neque naufragii causa depositum sit, in simplum: earum autem rerum quæ supra comprehensæ sunt, in ipsum in duplum: in heredem ejus quod dolo malo ejus factum esse dicetur, qui mortuus sit, in simplum: quod ipsius in duplum judicium dabo.* Sic Edictum prodit Accursii editio, etiam Haloandri, & Vintimillii. Florentiæ est, [ex] *earum autem causarum.* sed præstat Accursii lectio: repræsentans veterem loquendi formam, cujus sensus est: Quantum ad eas res, sive causas; vel in eis causis, sive in cæteris rebus: similem annotavi *lib. sing. Ad legem Aquiliam, c.* 14. ubi, si vacat & lubet, vide.

Interim æquitatem Edicti (ad hanc enim venio) nemo non summam esse confitebitur: intelligens, eum qui nequeat sua per se servare, ea amico custodienda tradere, meram ejus fidem sequutum: hunc autem appellatum, cum eam fallit, inficiatus depositum, perdere pulcherrimum humanæ vitæ præsidium. adeo probo hoc Senecæ *lib.* 4. *De benefic. c.* 10. *Depositum reddere, per se expetenda res est.* Nec mihi tempero; ne putem, ad laudem sanctæ nostræ religionis spectare sequens Plinii *lib.* 10. *Epist.* 97. testimonium de Christianis sui temporis: *Seque sacramento non in scelus aliquod obstringere: sed ne furta, ne latrocinium, ne adulteria committerent, ne fidem fallerent, ne depositum appellati abnegarent.*

Actio depositi in hoc Edicto proponitur, si depositum esse dicatur: sic enim ait prætor *Quod depositum sit.* Deponere autem, auctore Nonio, inter alia significat desperare. inde depositi desperati. erat enim (ut nos docet Servius ad Virgilium, *lib.* XII. *Æneid. vers.* 395.) apud Veteres consuetudo; ut desperati ante januas collocarentur, vel ut extremum spiritum redderent terræ; vel ut possent a transeuntibus forte curari, qui aliquando simili laboraverant morbo. quia vero illa depositio fiebat servandi hominis causa: obtinuit sermonis usu; ut quæ alterius fidei ac tutelæ committerentur, deponi dicerentur. Hac ratione ait Ulpianus *l.* 1. *D. h. t* depositum esse, quod custodiendum alicui datum est; & dictum ex eo quod ponitur. addit, præpositionem, *De*, augere depositum: ut ostendat, totum ejus fidei commissum, quod ad custodiam pertinet. Sic Ulpianus. eodemque modo apud Festum: *Dedita, valde data:* item *deocultarunt, valde occultarunt.* Significat igitur Ulpianus: quod rem aliquam custodiæ causa deponentes apud amicum, quem putamus fidelem, ejus curam omnem ita a nobis transferimus: ut totam ejus fidei & custodiæ relinquamus id quoque quia non fit sine commendatione & respectu amicitiæ; inde quod deponitur, etiam commendari dicitur, & commendare pro deponere accipitur *l.* 24. *l.* 26. *h. t. l.* 186. *D. de verb. signif.*

Est igitur depositum, contractus juris gentium, bonæ fidei, quo res alicui gratis custodienda datur: ea lege, ut quandocumque deponenti videatur, ei non deteriorata restituatur. Primum dixi, depositum esse contractum. sit argumentum: quod est conventio vi sua obligatoria ab utraque parte: ut ex Rubrica intelligitur. est igitur contractus *l.* 19. *D. de verb. signif.* Addidi, juris gentium: eo quod depositum retinet simplicitatem juris gentium, non accepta nova forma a jure civili. ita potest æque a peregrinis contrahi atque a civibus Romanis. ad hoc quoque nullam desiderat solemnitatem jure gentium incognitam. Quod vero adjeci esse bonæ fidei, convenit contractui ex utroque latere obligatorio: idque palam testatur Ulpianus *d. l.* 1. §. 23. *h. t.* Præterea dixi: quod in deposito res datur gratis custodienda. ita spectat ad officium & beneficium: usque adeo; ut si quid pro custodia interveniat, non sit depositum; sed locatio conductio, aut contractus innominatus *l.* 1. §. 9. *D. h. t.* quamquam si pretium depositionis detur, non tamquam merces, (nam & pro mercede alibi est *l.* 5. §. 2. *D. Commodati*) sed tamquam salarium remunerandi gratia, adhuc depositum est: locatio non est *l.* 2. §. 24. *D. Vi.*

bon.

bon. rapt. ſicut & in mandato ſequente Titulo annotabo. Porro ait definitio: quod in depoſito res datur cuſtodienda. Sic Ulpianus *d. l.* 1. *pr.* rectiſſime: eſt enim unus depoſiti finis, cuſtodia: ac ſi alia fuerit tradendi cauſa, quam cuſtodiæ: non erit depoſitum; ſed alius contractus, depoſito forte non abſimilis; qui appellatur mandatum. tractantur hujusmodi caſus *d. l.* 1. § 11. 12. 13. *&* 14. *h. t.*

Poſtremo obſervandum in definitione depoſiti: quod Ulpianus *d. l.* 1. *pr.* dicens, depoſitum eſſe quod eſt datum cuſtodiendum, indigitat, contractum a ponendo dictum, & ad cuſtodiam reſpicientem, non ante perfici, quam re tradita § 3. *Inſt. Quib. mod. re contrah. oblig.* cum ne cuſtodiri quidem poſſit, niſi tradita. Ita vero prudenter accipiendum eſt verbum, *datum*, quo in *d. l.* utitur Ulpianus. nam cum alias dominii translationem ſignificet *l.* 75. §. *ult D. de verb. oblig.* hic adjecto *cuſtodiæ* verbo temperatur: ut datum ſit poſitum ſive traditum cuſtodiæ gratia: ſufficiente illi nuda detentione: poſſeſſionis autem aut dominii translatione minime neceſſaria. adeo Florentinus *l.* 17. §. 1. *h. t.* Rei, inquit, depoſitæ proprietas apud deponentem manet, ſed & poſſeſſio. Sequitur in definitione, depoſitum dari ea lege, ut deponenti reddatur. nimirum, quia eſt finis cuſtodiæ, ut res depoſita ad utilitatem deponentis a depoſitario ſervetur, & repetenti ex fide bona reddatur. Quando? omni tempore. videlicet, quia deponentis intereſt, rem a ſe depoſitam ſibi reddi: depoſitarii non intereſt, eam invito deponente retinere; gratuita ejus cuſtodia, & injuſta, ſi eam nolit deponens *d. l.* 1. §. 45. Cæterum ut ſtatim ac repetitur, reſtitui debet res depoſita; ſic convenit naturæ depoſiti: ut integra, & non deteriorata reſtituatur *d. l.* 1. § 16. nec dubito, quin huc alludat hoc Prudentii, *Cathemerin. hymn. in exeq. defunctor.*

> *Tu depoſitum tege corpus,*
> *Non immemor ille requiret*
> *Sua munera fictor & auctor,*
> *Propriique ænigmata vultus.*
> *Veniant modo tempora juſta,*
> *Cum ſpem Deus impleat omnem,*
> *Reddas patefacta neceſſe eſt,*
> *Qualem tibi trado figuram.*

Quod depoſitum dixi, alio nomine ſequeſtrum appellatur: non enim patiar, a depoſito diſtingui ſequeſtrum, & ſeparationem talem reſpuit Ulpianus *l.* 5. *D. h. t.* confeſſus, cum ſequeſtro eſſe depoſiti actionem. Id vero quid innuit, niſi ſequeſtrem eſſe depoſitarium? arbitremur igitur, ſequeſtrum non eſſe ſpeciem contractus a depoſito diſtinctam ac ſeparatam; ſed eſſe legem depoſiti ad actionem depoſiti pertinentem. quomodo antichreſis eſt lex pignoris cuſtodienda actione hypothecaria, aut pigneratitia: & in diem addictio eſt lex venditionis quam exequimur actione ejus contractus. Hiſce exemplis facile ſcio, illos contractus hujusmodi pactis transfigurari: eoque hæc pacta propria habere nomina. ſed non puto, ipſos contractus ex his pactis fieri novos aut alios ab eis qui forent, ſi pactis informati non eſſent. Neſcio, an huc eat Paulus *l.* 6. *D. h. t.* ſic ſcribens: *Proprie in ſequeſtre eſt depoſitum; quod a pluribus in ſolidum certa conditione cuſtodiendum reddendumque traditur.* Senſus Pauli eſt, In ſequeſtre; vocabuli proprietatem quærentibus, eſſe depoſitum rei, (puta controverſiæ *l.* 110. *D. de verb. ſignif*) & hoc a pluribus fieri *l.* 17. *d. t.* idcirco quod pars non credit parti, (ut in *l.* 39. *D. de ſolut.* apud Petronium *Satyric. c.* 15. & Plautum, *Rudent.* 4. 3. *verſ.* 65.) ſub ea conditione, ſive eo pacto, ut pendente lite a ſequeſtro cuſtodiatur, & ea finita victori reſtituatur *l.* 33. *D. h. t.*

Non inelegans fuit ſuperior obſervatio. ſed quæ ſequitur, erit æque pulchra. vult illa: quod ſequeſtrum a litigantibus vel ultro fit, vel demum ex auctoritate Judicis. alterum voluntarium, alterum neceſſarium appellatur. prius, præter contrahentium voluntatem, nihil deſiderat, & interim in pecuniis, inque corporibus præſertim mobilibus, indiſtincte admittitur. idem fere eſt in poſteriore. tantum intereſt: quod hoc a Judice demum cauſa cognita inducitur; & tum quoque in pecuniis æque obtinet atque in corporibus mobilibus *l.* 7. § *ult. D. Qui ſatisd. cog.* aut fructibus rerum petitarum. Paulum vide *lib.* 5. *Sentent. tit.* 36 tum *l.* 5. §. 1. *D. Ut legat. ſeu fideic. ſervand. cauſ. cav.* *l.* 21. §. 3. *D. de appellat.* etiam Symmachum *lib.* 10. *Epiſt* 53. ita ſcribentem: *Interea Conſtitutionis memor, ſequeſtrari mobilia fructusque præcepi, ne medii temporis uſurpatio abutatur indebitis.* Hæc ſic ſervavit jus civile usque ad Principatum Honorii & Theodoſii. inde inductum in *l. unic. C. de probib. ſequeſtr. pecun.* eſt jus novum: quando his placuit, in ſequeſtratione neceſſaria corpora diſtinguere a pecunia ex qualicumque contractu debita: & in hac eam prohibere; in illis retinere. Ain'tu? clare Imperatores: *Quotiens*, inquiunt, *ex quolibet contractu pecunia poſtulatur, ſequeſtrationis neceſſitas conquieſcat.* Sola in his verbis prohibetur neceſſaria pecuniæ, & ex qualicumque contractu debitæ, ſequeſtratio. Idem agit Rubrica, ex ipſa illa lege formata, *De prohibita ſequeſtratione pecuniæ.* Non eſt hæc generalis, de prohibita ſequeſtratione: ſed, ut in lege obſervavi, loquitur de pecunia ſola: non de corporibus. Igitur ne dubitemus, quod Rubrica, quodque Lex indicat, in præſentia fieri jus novum, Veteribus incognitum. veriusque id ideo fuerit: quod in *d. l. unic.* non proponitur Reſcriptum ad factum, Principibus alicujus Libello oblatum: ſed nova ipſorum Conſtitutio miſſa, ut Inſcriptio docet, ad Johannem Præfectum Prætorio. quod eſt diligentiſſimæ obſervationis: evidenter probantis, eam de ſola pecunia, & quidem bis, loquentem, ex Imperatorum placito oportere intra pecuniam ex qualicumque contractu poſtulatam retineri; ad corpora vero, ne mobilia quidem, extendi: quamquam ſub pecunia alioquin omnes res, etiam corpora, contineantur. Quam ob rem? ne lis, ſi de pecunia forte moveatur ex aliquo contractu, ab executione accipiat initium. Huc ſpectant ſequentia *d. l. unicæ* verba: *Oportet enim debitorem primo convinci, & ſic deinde ad ſolutionem pulſari.* Item quod ulterius ſubjicitur: *Quam rem non tantum juris ratio, ſed & ipſa æquitas confirmat, ut probationes ſecum adferat, debitoremque convincat pecuniam petiturus.* Eſt igitur ſola pecuniæ ex qualicumque contractu poſtulatæ ſequeſtratio, a Judice juſſa fieri, in *d. l. unic.* ab Honorio & Theodoſio prohibita, cum ante eſſet licita. Dixi, quid mihi ſedeat; & addam, fere ſimile eſſe viſum V. Cl. Johanni Roberto *lib.* 1. *Sentent. jur. c.* 5.

Conſilium mihi fuit, hic recedere a ſequeſtratione. ſed ne faciam, poſtulat proxima inſpectio de poſſeſſione rei depoſitæ apud ſequeſtrum. nam de ea a Viris Doctis diſputatur propter *l.* 17. §. 1. *h. t.* & *l.* 39. *D. de adq. poſſeſſ.* mihi vero non ſuccurrit cauſa litis, quidquid aliis videatur. rem conſideremus. Verba *d. l.* 17. §. 1. talia ſunt: *Rei depoſitæ proprietas apud deponentem manet: ſed & poſſeſſio; niſi apud ſequeſtrem depoſita eſt. nam tum demum ſequeſter poſſidet:*

possidet: id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat. In his verbis significat Florentinus, quod sequestratio est depositum rei, non cujusque, sed litigiosæ, a pluribus factum sub certo pacto custodiendæ ac restituendæ. sed sive controversa res sit deposita, sive alia, & sive huic, sive illi custodienda & restituenda, dum ad custodiam spectat, quid refert? est igitur rationis, depositæ rei proprietatem, etiam possessionem, apud deponentem manere: neutrius translatione ad custodiam hic aut illic necessaria. ita: si naturæ suæ relinquatur sequestratio, re simpliciter custodiæ gratia apud sequestrem deposita. sed quid, si visum sit contrahentibus, ipsam possessionem apud sequestrem deponere? ait Florentinus, esse ea conventione actum, ut sequester possideat: nec esse tum quod vetet, quo minus possideat sequester: non quia huc it natura sequestrationis, sed quia sic placuit contrahentibus: forte nolentibus, ut neutrius possessio interim ad usucapionem alteri procedat. Sic mihi videtur: & tantum abesse, ut Florentino resistat Julianus in *d. l.* 39. *D. de adq. possess.* ut e contrario eum juvet omni modo: sic scribens. *Interesse puto, qua mente apud sequestrum deponatur res.* Optima hæc Juliani observatio, ubi quæritur, an sequester possideat, non esse juris, sed facti quæstionem. proinde unum inspici oportere, quid sit actum inter contrahentes: & sic egregie subjicit: *Nam si omittendæ possessionis causa, & hoc aperte fuerit approbatum: ad usucapionem possessio ejus partibus non procederet. at si custodiæ causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat.* Id vero an aliud est, quam quod a Florentino dictum, In sequestro possessionem manere apud deponentem: nisi ipsa apud sequestrem est deposita: idque manifeste probetur.

Sed revertor ad Edictum. in quo porro ait Prætor, *Judicium dabo.* Hoc judicium vocatur depositi; & est duplex, vel directum, quod in specie depositi est, vel contrarium. indicio Rubrica, *Depositi vel contra.* Esse vero hanc actionem bonæ fidei, & ipse modo demonstravi, & dubitari vetat Ulpianus *l.* 1. §. 23. *h. t.* Actio depositi directa competit deponenti: postulante bona fide hujus contractus depositum reddi ei qui deposuit. Ita Tryphoninus *l.* 31. *h. t.* dicens, hanc bonam fidem exigere summam æquitatem. solum quærit, quomodo eam æstimemus? utrum ad merum jus gentium, an vero cum præceptis civilibus & prætoriis. veluti (hoc proponit exemplum) reus capitalis judicii deposuit apud te centum. is deportatus est: bona ejus publicata sunt. utrumne ipsi hæc reddenda, an in publicum deferenda sunt? Ait Tryphoninus, si tantum naturale jus & gentium intuemur; ei qui dedit, restituenda sunt: si civile jus & legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt. & causatur, male meritum publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debere. Tenes unam inspectionem. Incurrit in §. 1. & alia. ea inspectio est, an bonam fidem inter eos tantum, inter quos contractum est, nullo extrinsecus assumpto, æstimare debeamus; an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id quod geritur pertinet. exempli loco: latro spolia mihi abstulit. Spolii appellatione Tryphoninus designat vestem quam mihi detraxit latro. ut apud Ulpianum *l.* 6. *D. de bon. damn.* & in hoc Tertulliani, *De resurrect. carn. c.* 7. *Ita quod hodie spolium efficitur, si detrahatur, hoc fuit indumentum cum superstruebatur.* Latro igitur abstulit mihi spolia: & ea posuit apud Sejum inscium de malitia deponentis, utrum latroni, an mihi restituere Sejus debeat? Tryphoninus sic ait; Si per se dantem accipientemque intuemur, hæc est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit: si totius rei æquitatem quæ ex omnibus personis quæ negotio isto continguntur, impletur, mihi reddenda sunt, quo (lege, *quoi. sive cui*) facto scelestissimo adempta sunt. Tum sic pergit: Et probo, hanc esse justitiam quæ suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personæ justiore repetitione. Quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilominus ei restituenda sunt qui deposuit, quamvis male quæsita deposuit. quod & Marcellus in prædone & fure scribit. eumque probat etiam Ulpianus *l* 1. §. 39. *h. t.* Ne hoc quidem sileri vult Tryphoninus, aliquando bonæ fidei convenire: ut liceat depositario, rem depositam retinere, repetente eam qui deposuit. & ponit exemplum: Si ignorans latro, cujus filio vel servo rem abstulisset, apud ejus patrem dominumve deposuit ignorantem: & addit, quod nec ex jure gentium consistet depositum; cujus hæc est potestas, ut alii, non domino sua ipsius res quasi aliena servanda detur. Et si rem meam fur, quam me ignorante subripuit, apud me etiam nunc delictum ejus ignorantem deposuerit: recte dicetur non contrahi depositum; quia non est ex fide bona, dominum rem suam prædoni restituere compelli. sed & si etiam nunc ab ignorante domino tradita sit quasi ex causa depositi, tamen indebiti dati condictio competet.

Datur igitur directa depositi actio deponenti. quid, si servus sit? ait Ulpianus, jam dominum eam habiturum *l.* 1. §. 17. *h. t.* sive vivat servus, sive decesserit *d. l.* § 30. non obscura ratione: nam servus nihil habet proprium: imo quod adquirit, domino adquirit: usque adeo, ut ne momento quidem subsistat in persona servi. hac ratione actio depositi ex servi deposito non servi, sed domini est; eaque dominus experietur: non modo vivo servo, sed etiam mortuo: quia ea actio numquam servi fuit; semper domini fuit. adeo nec manumissus ea aget: ut numquam ejus fuit. *d. l.* 1. §. 30. Idemque est, alienato servo: quia domino adquisita ab initio actio ab eo propter manumissionem aut alienationem servi non recedit. Ita verum est, initium spectandum esse *d. l.* 1. §. 30. *l.* 78 *D. de verb. oblig.* Ex vivi servo, quid de hereditario dicendum sit, facile conjicitur: quando vel hic, re deposita, actionem adquirit hereditati jacenti tamquam dominæ, & per eam futuro heredi *l.* 9. *C. h. t. l.* 16. *D. de oblig. & act.* Proxima deliberatio est, quid juris sit, si is qui mihi bona fide servit, rem deposuerit. ait vero Ulpianus *d. l.* 1. §. 27. actionem mihi dari: deposita ab eo re ad me pertinente. Simili modo & si usumfructum servi habeo, & quod is deposuit, fuit ex eo peculio quod ad me pertinebat, vel res mea fuit, eadem actione agere potero *d. l.* 1. §. 28. Sed apparet, actionem depositi dari deponenti: nec dubium est, quin etiam heredi detur. De tertio quæsitum fuit in *l. pen. C. Ad exhibendum.* Fac: aliquis res Photini deponens, convenit: ut eæ Photino redderentur. Impp. Diocletianus & Maximianus ita rescripsere: *Si res tuas commodavit aut deposuit is cujus in precibus meministi, adversus tenentem ad exhibendum vel vindicatione uti potes. Quod si pactus sit, ut tibi restituantur: si quidem ei qui deposuit, successisti jure hereditario, depositi actione uti non prohiberis: si vero nec civili, nec honorario jure ad te hereditas ejus pertinet: intelligis, nullam te ex ejus pacto, contra quem supplicas, actionem stricto jure habere: utilis autem tibi propter æquitatis*

tis rationem dabitur depositi actio. Hoc illi: & plura ejusdem æquitatis Principum Constitutionibus inducta adversus juris regulam annotavi ego *lib. sing. Ad Edict. de pact. & transact. cap.* 25. *pag.* 455.

Ab alia causa pendet intellectus Pauli *l.* 26. *D. h. t.* Verba Pauli: *Publia Mævia, cum proficisceretur ad maritum suum, arcam clausam cum veste & instrumentis commendavit Gajæ Sejæ, & dixit ei:* cum salva sanave venero, restitues mihi: certe si aliquid mihi humanum contigerit, filio meo quem ex alio marito suscepi. *Defuncta ea intestata, desidero, res commendatæ cui restitui debeant: filio, an marito. Paulus respondit, filio.* Publia Mævia ad maritum profectura, arcam clausam cum veste & instrumentis Gajo Sejo commendavit: eique dixit; id est, & pacta est: ut, si salva sanave redierit, ipsi redderetur: sin ei aliquid humanum contigerit; (id est, si obierit: hoc enim valet ea locutio, aversura malum omen apud homines superstitiosos) filio, quem ex priore marito suscepit, redderetur. Defuncta Publia Mævia intestata, quæsitum fuit: utri restitui debeat arca, filio, an marito? Paulo placuit, eam filio restitui. quo jure? forte dices depositi. sed non ita est: nam mater non potest filio suo pacto depositi actionem adquirere. quo igitur jure? fideicommissi ex Constitutione D. Pii: qua placuit; ut si deposita apud aliquem sit pecunia, ejusque fidei commissum, ut eam præstet, fideicommissum deberi; quasi rogatus sit heres, id debitum debitori remittere. estque ejus rei effectus: ut depositarius, etsi restituit debitum, heredi maneat obligatus, ab eoque possit actione depositi conveniri: sed conventus possit se tueri exceptione doli. quod cum ita se habet: ait Ulpianus, ab omni debitore posse fideicommissum relinqui *l.* 77. *D. de legat. lib* 1. idemque confirmat Scævola *l.* 37. §. 3. *D. de legat. lib.* 3. Hæc ego sic breviter: latius A. Faber *lib.* 19. *Conject. c.* 18.

Sequitur, adversus quem detur depositi actio. est vero consequens tam Edicto, quam naturæ depositi, eam dari adversus depositarium, cum quo contractum est; excepto, si rem suam apud se deponi passus sit. tum enim non tenetur depositi: sicut qui rem suam conducit, aut precario rogat, nec de precario, nec ex locato tenetur *l.* 15. *D. h. t.* Non adderem, hanc actionem in solidum dari adversus heredem, quippe cum is defunctum repræsentet: nisi Veteribus visa esset hæc quæstio non indigna tractari: hac contemplatione, quod actiones ex delicto non solent dari adversus heredes; nisi quatenus pervenit. porro actio depositi venit ex delicto; quia venit ex dolo. non igitur debet adversus heredem dari, nisi quatenus pervenit. Sed Ulpianus *l.* 7. §. 1. *h. t.* sic scribit: *Datur actio depositi in heredem ex dolo defuncti in solidum. quamquam enim alias ex dolo defuncti non solemus teneri, nisi pro ea parte quæ ad nos pervenit: tamen hic dolus ex contractu, reique persecutione descendit: ideoque in solidum unus heres tenetur; plures vero pro ea parte qua quisque heres est.* Ulpiani sensus, actionem depositi agendi causam quidem accipere ex dolo, id est, ex delicto, sed originem trahere ex deposito, id est, ex contractu: ideoque in hac aliud servari, quam in actionibus ex delicto directo natis: nam has palam intendere ad pœnam quam non meretur heres a delicto vacuus: sed actionem depositi directo venire ex contractu, eoque respicere ad id quod interest deponentis: id est, non ad depositarii pœnam, sed ad persecutionem ejus quod deponenti abest, ob depositarii dolum malum. ea igitur ratione dari adversus heredem, non quatenus pervenit, sed, ut fit in cæteris contractibus, in solidum, si unus heres sit: alioquin pro ea parte, pro qua heres est. sic Ulpianus: & fere Pomponius *l.* 12. & Paulus *l.* 49. *D. de oblig. & act.*

Dixi de depositario & ejus herede. videamus de tertio. pone: is apud quem rem deposueris, eam deposuit apud alium. an tibi adversus hunc est depositi actio? non est: nempe, quia cum illo non contraxisti. quamquam, si extent nummi, potes tamquam dominus uti vindicatione *l.* 8. *C. h. t.* præterea placet Africano: si ille apud quem postea sit depositum, dolo quid admisit, ob illius dolum, eum apud quem tu deposueris, eatenus habere depositi actionem; & hunc tibi teneri, ut eam præstet, id est, cedat tibi *l.* 16. *D. h. t.* idemque vel simile etiam alias observatur *l.* 1. §. 11. *d. t.*

Hæc: si quid depositum sit apud patremfamilias. Cæterum si depositum sit apud filiumfamilias; Ulpianus *d. l.* 1. §. 42. sic infit: *Filiumfamilias teneri depositi constat: quia & cæteris actionibus tenetur. sed & cum patre ejus agi potest dumtaxat de peculio. idem & in servo: nam cum domino agetur.* quod & traditum *l.* 5. *D. de peculio.* Quid, si res deposita sit apud filiumfamilias, & emancipatus eam teneat? jam non debet pater de peculio teneri; ne intra annum quidem: sed ipse filius *l.* 21. *D. h. t.* Trebatius hoc plus existimat, etiam si apud servum depositum sit, & manumissus rem teneat, in ipsum dandam actionem, non in dominum: licet ex cæteris causis in manumissum non detur actio *d. l.* 21. §. 1.

Hæc: si quid depositum sit apud unum: est & aliqua deliberatio, si depositum sit apud plures. occurrit ea in *l.* 1. §. 43. *h. t.* Verba: Si apud duos sit deposita res, adversus unumquemque eorum agi poterit: nec liberabitur alter, si cum altero agatur: non enim electione, sed solutione liberantur. proinde si ambo dolo fecerint, & alter quod interest præstiterit, alter non convenietur, exemplo duorum tutorum. quod si alter vel nihil, vel minus facere possit: ad alium pervenietur. idemque & si alter dolo non fecerit, & idcirco sit absolutus: nam ad alium pervenietur. Quid, si duo deposuerint, & ambo agant? in *d. l.* 1. §. 44. sic extat: Si duo deposuerint, & ambo agant; si quidem sic deposuerunt, ut vel unus tollat totum, poterit in solidum agere: sin vero pro parte pro qua eorum interest, tunc dicendum est, in partem condemnationem faciendam.

Tempestivum est, tractare, ad quid competat depositi actio. Ait Prætor *l.* 1. §. 1. *h. t.* *Quod neque tumultus, neque incendii, neque ruinæ, neque naufragii causa depositum sit, in simplum: earum autem rerum quæ supra comprehensæ sunt, in ipsum in duplum: in heredem ejus quod dolo malo ejus factum esse dicetur, qui mortuus sit, in simplum: quod ipsius, in duplum judicium dabo.* His verbis Prætor temperat severitatem Legis Duodecim Tabularum, actionem ex omni deposito adversus inficiantem in duplum sine discrimine concedentis. Auctor Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 12. §. 11. his verbis: *Ex causa depositi Lege Duodecim Tabularum in duplum actio datur: Edicto Prætoris in simplum.* Ulpianus vero *d. l.* 1. §. 2. *Merito*, inquit, *has causas separavit Prætor: quæ continent fortuitam causam depositionis ex necessitate descendentem, non ex voluntate proficiscentem.* Ulpianus significat, Prætorem vulgare depositum justissime distinguere a miserabili: nam in illo

rem,

rem, locum, tempus, pati deliberationem de fide depositarii: in hoc necessitatem non pati moram priore igitur casu turpem quidem esse inficiationem, si non reddatur depositum; sed deponentem habere quod sibi imputet. in posteriore non habere. quid ergo est? Ulpianus *d. l.* 1. §. 4. sic censet: *Cum quis fidem elegit, nec depositum redditur, contentus esse debet simplo. cum vero extante necessitate deponit; crescit perfidiæ crimen, & publica utilitas coërcenda est, vindicandæ reipublicæ causa. est enim inutile in causis hujusmodi fidem frangere.* Sic Florentiæ legitur: sed mendose. quid enim denunciat versus *crescit perfidiæ crimen, & publica utilitas coërcenda est vindicandæ reipublicæ causa.* Si sapimus, coërcendum est quod nocet: fovendum quod est utile. Melius, & ad rem propius vulgata Accursii editio: *crescit perfidiæ crimen, & publica utilitate coërcendum est vindicandæ reipublicæ causa.* In hac scriptura sensus aliquis qui in Florentina nullus. Neutra tamen omni vitio caret: quando in utraque bis idem dicitur: nec aliud sonat, *coërcenda publica utilitas*, quam *vindicanda res publica.* Displicuit hæc Tautologia, opinor, Haloandro & Vintimillio, qui sic edunt: *Crescit perfidiæ crimen, & publica utilitas coërcendo vindicanda est.* Forte melius conjiciam: *crescit perfidiæ crimen, & publica utilitate coërcendum est*: *vel*, *crescit perfidiæ crimen, & est vindicanda reipublicæ causa.* alterutrum enim sufficit. Si tamen licebit mihi, meo uti judicio, nihil mutem: non quod probem Tautologiam, numquam laudandam: sed quia eam sermonis negligentiam ne Veteribus quidem fuisse aut incogitantia, aut festinatione insolitam, est sæpius a me & aliis animadversum. notavit talem Salmasius Notis ad hoc Capitolini, *Vita Veri c.* 5. *Donatos etiam calices singulis per singulas potiones, myrrhinos & crystallinos Alexandrinos, quoties bibitum est.* Ego ne nostros quidem hoc vitio absolvi supra ad Titulum, *De in integrum restitutionibus* in *l.* 3. *ibidem* quæ est Modestini. Verba: *Omnes in integrum restitutiones causa cognita a Prætore promittuntur: scilicet ut justitiam earum causarum examinet, an veræ sint, quarum nomine singulis subvenit.* Mitto alios: in ipso Ulpiano loca duo consimilia deprehendi *lib.* 3. *Probabil. c.* 10. unum est in *l.* 1. §. 7. *D. de Ædil. Edict.* alterum in *l.* 5. §. 1. *D. de jur. delib.* & miramur, hic observari tertium?

Sed venio ad Edictum. ejus prima providentia versatur circa vulgare depositum, ex quo vult agi in simplum: id est, ut depositum ex fide bona in specie restituatur, si corpus sit. imo etiam si quantitas sit, pecunia, verbi gratia, maxime obsignata: siquidem tum actum videtur; ut corpora nummorum eadem quæ deposita fuere, reddantur. quod si pecunia non obsignata deposita, convenit, tantumdem restitui: dicitur res egredi notissimos depositi terminos. sed placuit Papiniano, esse depositum; si in contrahendo id voluere contrahentes. sic ille in *l.* 24. & 25. *b. t.* quas, ut merentur, curatius exposui *lib. sing. Ad Edict. De pact. & transact. c.* 19. *p.* 443.

Igitur in hanc actionem venit res deposita: ideoque bene designanda. formam Ulpianus *l.* 1. §. 40. hanc dat: *Si quis argentum vel aurum depositum petat, utrum speciem, an & pondus complecti debeat? & magis est, ut utrumque complectatur: scyphum forte vel lancem, vel pateram dicendo, & materiam & pondus addendo. sed & si purpura sit infecta vel lana, pondus similiter adjiciendum: salvo eo,* (quod est in primis notandum) *ut si de quantitate ponderis incertum est, juranti succurratur.* Inde quæsitum fuit apud Ulpianum *d. l.* 1. §. 41. *Si cista signata deposita sit, utrum cista tantum petatur, an & species comprehendendæ sint? & ait Trebatius, cistam repetendam, non singularum rerum depositi agendum. quod si res ostensæ sunt, & sic depositæ, adjiciendæ sunt & species vestis. Labeo autem ait, eum qui cistam deponit, singulas quoque res videri deponere. ergo & de rebus agere eum oportet. quid ergo si ignoraverit is qui depositum suscipiebat, res ibi esse? non multum facere, cum suscepit depositum. Ego & rerum depositi agi posse existimo, quamvis signata cista deposita sit.* Superiori quæstioni non absimilis est sequens: an in hanc actionem præter rem depositam etiam veniat accessoria, vestis, verbi gratia, homine deposito, aut capistrum deposito equo. Ulpianus *l.* 1. §. 5. *b. t.* sic scribit: *Quæ depositis rebus accedunt, non sunt deposita, ut puta, si homo vestitus deponatur. vestis enim non est deposita: nec si equus cum capistro. nam solus equus depositus est.* Locus obscurus: sed, puto, significat, quæ rebus depositis accedunt, ea non intelligi deposita, si non sint nominatim deposita; ideoque principaliter non peti actione depositi: sic verbi gratia, deposito homine vestito, hominem esse depositum; vestem non esse. scilicet, quia alius est homo, alia vestis: & quamquam vestis accedat homini deposito; tamen si in hominis depositione commendata est hominis custodia, non etiam vestis custodia, tantum homo depositus, non etiam vestis deposita, intelligitur. Similiter deposito equo cui adhærebat capistrum; ait Ulpianus, equum esse depositum, capistrum non esse. igitur solum hominem in actionem depositi venire. eaque principaliter peti; vestem non venire, neque ea peti separatim: itemque solum equum in eam actionem venire; capistrum non venire; neque principaliter peti: quia neque de vestis, neque de capistri, custodia in deposito nominatim actum est. Si tamen homo aut equus petatur actione depositi: noli putare, illa ratione effici; ne depositarius officio Judicis teneatur hominem cum veste, aut equum cum capistro, restituere. nam cum actio depositi sit bonæ fidei; an quis potest sibi persuadere, in ea sufficere, rem depositam qualiter qualiter restitui? non dices: sed oportere eam restitui ex fide bona. ac, si non sic restituatur, ne restitui quidem intelligi. convenit autem bonæ fidei, rem ita restitui, ut fuit deposita: id est, hominem cum veste: equum cum capistro: quod & in commodato placuit *l.* 5. §. 9. *D. Commod.*

Venit igitur in actionem depositi res deposita ex fide bona restituenda. nec est dubium, quin depositarius rem, qualiter deposita fuit, restituens, ab hac actione liberetur. quid, si deteriorem reddat? Ulpianus *l.* 1. §. 16. *b. t.* *Si*, inquit, *res deposita deterior reddatur, quasi non reddita, agi depositi potest, cum enim deterior redditur, potest dici, dolo malo redditam non esse.* Sic constanter scribitur nec corrigo scripturam quam puto Ulpiani esse, quamquam obscuram atque involutam. interim nec dissimulo, potuisse melius & ad rem accommodatius ab illo sic scribi: *cum enim redditur deterior dolo malo; potest dici, redditam non esse.* Sensus: cum enim dolo malo redditur deterior; potest non reddita videri, quæ non est reddita ex fide bona. Utcumque erit; tenebitur utroque casu depositarius deponenti ad id quod ejus interest, rem depositam sibi restitutam esse, & non deterioratam depositarii dolo malo.

Pene exciderat mihi, quod supra monui. rem depositam debere restitui statim: si quidem de tempore restitutionis nihil pactum conventum sit. imo etsi deposuero apud te, ea lege, ut post

post mortem tuam reddas: vel sic potero & tecum & cum herede tuo agere depositi: non patiente fide bona; ut rem meam, me invito, retineas; cum tua non vertatur utilitas. Atqui hæc fuit lex depositi. Esto: sed est contra naturam contractus. igitur non servatur: &, ut optime ait Ulpianus, possum mutare voluntatem, & ante mortem tuam depositum repetere *l.* 1. §. 45. *b. t.* Proinde & si sic deposuero, ut post mortem meam reddatur: potero, inquit Ulpianus, & ego & heres meus agere depositi. ego mutata voluntate *d. l.* 1. §. 46. Inde ulterius quæsitum est, si heres rem apud testatorem depositam distraxit, ignarus depositam esse, an teneatur depositi. sed quid dolo fecit, ignarus depositam esse? nihil. Verius est igitur, de re non teneri. an tamen de pretio teneatur quod ad eum pervenit, videamus. sed magis est, hactenus teneri eum. hoc enim ipso dolo facit: quod id quod ad se pervenit, non reddit *d. l.* 1. §. 47.

Mentio doli mali quam aliquoties feci, non finit; ne hic admoneam, eum, sed solum, semper venire in actionem depositi. & est ratio: quod in deposito vertitur unius deponentis utilitas, nulla depositarii. tantum hujus est onus custodiæ, ex officio præstandæ *l.* 5. §. 2. *D. Commodati.* Non mutat; si convenerit, non esse præstandum dolum. nam talis conventio putatur esse contra bonam fidem, contraque bonos mores, & ideo nec sequendam *l.* 1. §. 7. *b. t.* quid, si sic convenerit, Ne depositi agatur? vi ipsa convenit, Ne de dolo agatur. tamen proderit tale pactum *l.* 27. §. 3. *D. de pact.* sed sobrie ac modeste explicandum: ut demonstravi *lib. sing. Ad Edict. De pact. c.* 19. Nec hoc reprehendat quisquam, si convenerit; ut in deposito & culpa præstetur: nam contractus ex conventione legem accipiunt *d. l.* 1. §. 6. *b. t.* nec est tale pactum contra juris formam *l.* 7. §. 15. *D. de pact.* patientis, depositarium, si velit, esse a culpa liberum: sed, si nolit, non cogentis. Ab ea igitur causa ait Ulpianus *d. l.* 1. §. 35. sæpe evenire, ut res deposita vel nummi sint periculo ejus apud quem deponuntur; & esse talem causam, si hoc nominatim convenit. Addit etiam alium, si quis se deposito obtulit: nam vel illum se periculo depositi illigasse. quatenus? ut non solum dolum, sed etiam culpam & custodiam præstet, non tamen casus fortuitos. Sed pleraque ex his speciali conventioni deberi, apparet.

Cæterum venit in hanc actionem regulariter dolus dumtaxat *l.* 1. §. *ult. b. t.* sive præteritus, sive futurus post litem contestatam *d. l.* 1. §. 20. exemplum §. 21. De culpa videamus. hæc non venit, nisi lata. quo sensu? Celsus *l.* 32. *D. b. t.* sic scribit. *Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. nam & si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito præstat, fraude non caret. nec enim salva fide, minorem iis, quam suis rebus diligentiam præstabit.* Locus hic, ut est impeditus, ita aliqua cum cura attingi dignus. Celsus duas proponit sententias: unam Nervæ, alteram Proculi. prior culpam latam dolum esse confirmat; altera negat. deinde priorem verissimam esse, Celsus ait. nec idcirco posteriorem damnat: usitata Veteribus disputandi ratione: quam observavi *lib. sing. De forma emend. dol. mal. c.* 2. Ex hoc igitur more fit secundum Celsum vera utriusque & Nervæ & Proculi sententia. sed primum attingam Proculum: arbitratus, eum vero admoveri: culpa lata intra verborum proprietatem subsistente. itane? ne dubita, sic a dolo distingui. nam dolus est, calliditas, fallacia, machinatio a voluntate & consilio nocendi profecta. eoque sceleris propositum habens. culpa lata e diverso est nimia negligentia, id est, nescire quod omnes homines sciunt. ita vero non ad astutiam ac calliditatem, sed ad ignorantiam & væcordiam, accedit: & est errore noxia, non proposito sceleris. quin potest esse viri boni & probi, etsi stulti ac simplicis: cum dolus semper sit hominis improbi ac flagitiosi; licet callidi atque astuti. Habes Proculi sententiam: ac secundum hanc, meo judicio, de depositario in hunc modum scribit Justinianus: *Is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit: culpæ autem nomine, id est, desidiæ ac negligentiæ non tenetur. itaque securus est, qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit: quia qui negligenti amico rem custodiendam tradit, non ei, sed suæ facilitati id imputare debet* §. 3. *Inst. Quib. mod. re contr. oblig.* Satis de Proculo. venio ad Nervam. is non minus vere dixit, culpam latam esse dolum: æstimata videlicet culpa lata non vi & potestate naturali; sed juris præsumptione. vix enim potest lata culpa, id est, supina & crassa ignorantia, qualis est, nescire quod omnes homines sciunt, videri sincera? magis debet credi quæsita & affectata dissimulandi sceleris & doli gratia: natura passim homines non faciente stultos: sed quales eos esse oportet. Hoc igitur sensu Celsus verissimam esse prædicat Nervæ sententiam: quæ alioquin Proculo ad veritatem exacta, non male displicebat. Sed vere Celsus, animadverso, homines à natura non nasci stultos, sed rebus aptos, alios plus, alios minus: existimavit, culpam latam depositarii, futuram deponenti noxiam, in actione depositi non pro errore, sed pro dolo, habendam esse: donec Judici liqueat, esse peccatum simplicitate vera & naturali. tum enim præsumptionem veritati manifestæ & claræ cedere oportere. id contingere ait Celsus, si depositarius dicatur pari simplicitate stultitiaque in re sua, inque re deposita, esse versatus. quod si ponatur quidem non ad eum modum quem hominum natura desiderat, diligens; sed interim in re deposita minorem præstare curam, quam in re propria: non sine ratione putat Celsus, jam fraudi prætextam videri culpam latam, & detracta illa larva, meram fraudem futuram: cum præsertim scire & potuerit & debuerit, salva fide non oportere eum minorem rebus depositis, quam suis, diligentiam præstare.

Ut concludamus hanc partem: dicamus, in hanc actionem solum venire dolum, atque æstimandum non a Judice ex rei veritate; sed ab actore ejus jurejurando in litem *l.* 1. §. 26. *D. b. t.* in infinitum: sic enim convenire actioni bonæ fidei; dixi supra *lib.* 12. *tit.* 3. *De in litem jurando.*

Ab eadem causa ait Ulpianus *d. l.* 1. §. 24. & fructus venire in hanc actionem, & omnem causam, & partum, ne nuda res veniat. De usuris videamus. pone: pecunia deposita fuit, non ut in specie eadem, sed ut tantumdem, reddatur, & sic aut pacto promissæ sunt, aut admissa mora est. is casus proponitur & definitur a Papiniano *l.* 24. *& l.* 25. §. 1. *D. b. t.* sed jam ad has scripsi *lib. sing. Ad Edict. De pact. c.* 19.

Explicito, quid Prætor velit observari in vulgari deposito: (id est, ut Edictum sonat, *Quod neque tumultus, neque incendii, neque ruinæ, neque naufragii, causa depositum sit*) restat depositum miserabile: ad quod sequentia spectant verba: *Earum autem rerum quæ supra comprehensæ sunt,*

sunt, in ipsum in duplum judicium dabo. Ita supra restitui: & horum verborum, *Earum autem rerum,* hunc esse dixi sensum, Quod attinet ad eas res; vel in iis rebus. sic vero apparet, Prætorem, adversus depositarium, si inficietur depositum tumultus, incendii, ruinæ, aut naufragii causa, actionem dare in duplum: optima ratione, quam in antecessum dedi ex *l.* 1. §. 2. *&* 4. *b. t.* Nec omittendum, quod porro ait Ulpianus *d. l.* 1. §. 3. eum deponere tumultus, incendii, vel cæterarum causarum gratia, intelligendum esse qui nullam aliam causam deponendi habet, quam imminens ex causis supra scriptis periculum. Tumultus autem quis dicatur apud Veteres, more suo, erudite exponit Budæus *Annot. in Pandect. p.* 258.

Deinde ait Prætor, *In heredem ejus quod dolo malo ejus factum esse dicetur, qui mortuus sit, in simplum: quod ipsius in duplum judicium dabo.* Prætor actionem depositi miserabilis adversus heredem depositarii propter defuncti dolum, etsi ad eum nihil pervenerit, promittit in simplum pro hereditaria portione, & intra annum, ut videtur, quia originem trahit non ex delicto, sed ex contractu. quod si ipse dolum admiserit, & in solidum, & in duplum, & in perpetuum.

Tantum de directa depositi actione, deponenti adversus depositarium dari solita. Reliqua est contraria, quæ contra, id est, vicissim depositario adversus deponentem datur interpretatione bonæ fidei; non sinentis, depositarium a Prætore negligi; cum providet deponenti. Meminit Ulpianus *l.* 5. *D. b. t. Ei,* inquiens, *apud quem depositum esse dicetur, contrarium judicium depositi datur.* & optime addit: *In quo judicio merito in litem non juratur: non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate ejus qui depositum suscepit.* Res certa. tantum sine addi, illam indemnitatem tam per exceptionem peti, si actione directa agatur, quam ultro per actionem contrariam, si non agatur directa ceu principali: uti quoque observatur *l.* 17. §. 1. *& l.* 18. §. 4. *D. Commodat.* Exemplum petitæ indemnitatis jure exceptionis apud Modestinum *l.* 23. *D. b. t.* est tale: *Actione depositi conventus, servo constituto cibariorum nomine, apud eumdem judicem experitur.* Modestinus ostendit, depositarium a deponente directa depositi actione conventum ad restitutionem depositi, posse impensas cibariorum utiliter, sive jure & cum effectu apud eumdem Judicem, sive in eodem judicio, repetere. At hoc commodatario, cum convenitur actione directa commodati, non licere actione contraria. Hanc differentiam lib. 2. Differentiarum ex quo est *d. l.* 23. notatam a Modestino fuisse, intelligitur ex *Collatione Leg. Mosaic. & Rom. tit.* 10. §. 2. ubi sic extat locus integer: *Actione depositi conventus civariarum nomine apud eumdem Judicem utiliter experitur. at is cui res commodata* (sic pro *commendata* emendat Pithœus) *est, improbe civariarum exactionem intendit.* Desunt hic verba, *servo constituto*: quæ in *d. l.* 23. sunt adjecta nullo plane sensu: quidquid pro his adferatur a Pithœo in Notis, & a Pancirollo *lib.* 2. *Thesaur. Var. Lect. c.* 39.

LIBER DECIMUS SEPTIMUS

TITULUS. I.

Mandati vel contra.

Ab obligationibus quæ re contrahuntur, fit hic transitus ad has quæ consensu fiunt. quales sunt mandatum, societas, emptio venditio, locatio conductio. ideo autem dicitur istis modis consensu contrahi obligatio, quia in his neque verborum, neque scripturæ ulla proprietas, id est, ulla propria formula, desideratur: sed sufficit, eos qui negotia gerunt, consentire, sive præsentes, sive absentes, per nuncium, vel per epistolam *l.* 2. *D. de oblig. & act.* jure gentium quo solo reguntur, nullam solemnitatem desiderante. Est vero mandatum (inde enim incipiam) contractus juris gentium, bonæ fidei, consensu constans, de negotio mandatoris periculo, gratis gerendo. De hoc mandato Prætor sic edixit. *Quod quis mandasse dicetur, de eo judicium dabo.* Æquitas Edicti manifesta est. nam in quibus rebus ipsi superesse non possumus, in his ait Cicero, *Pro S. Roscio Amerino,* vicariam amicorum fidem supponi. & addit, idcirco amicitias comparari, ut commune commodum mutuis officiis gubernetur. non autem facilius aut diligentius hoc fit, quam cum agitur; ne quis propter fidem suscepti negotii damnum referat pro gratia; neve is officio simulato commodis alterius officiat & obstet. Sed enim Veteres mandatum primum officio atque amicitia æstimarunt *l.* 1. §. 4. *b. t.* nulla hoc nomine constituta actione jure civili. verum cum fidem plurimum colerent, & ut alias corporis partes aliis dicarent numinibus, sic dextram fidei sacram facerent, (quod a Servio notatum ad Virgilii *lib.* 3. *Aeneid. vers.* 610.) hac promissa alligasse fidem datæ susceptæque operæ, meminit Isidorus *lib.* 4. *Origin. c.* 24, Mandatum, inquiens, dictum, quod olim in commisso negotio alter alteri manum dabat. alludit certe huc Plautus, *Captiv. act.* 2. *sc.* 3. *vers.* 82. *& seq.* Hoc initium fuit. post usus invenit actionem pro communi bono. ita mandatum transiit in civile negotium, & ritus jungendarum manuum exolevit, quasi supervacuus; nomen mansit & res.

Utcumque erit; vult Prætor, ut locum habeat mandati actio, mandatum esse: alioquin cessare mandati actionem *l.* 20. §. 1. *b. t.* putat autem, mandari futurum negotium; id est, gerendum: si gestum sit, frustra mandari *l.* 12. §. 14. *b. t.* Illud parvi refert Prætoris, quomodo mandetur. nullam enim desiderat solemnitatem: solo contentus consensu mandatoris & mandatarii de mandatoris negotio ejus periculo gratis gerendo. eo sensu Paulus *l.* 1. *b. t.* Obligatio, inquit, mandati consensu contrahentium consistit. & ideo tam absentes, quam præsentes, possunt mandatum contrahere. absentes per nuncium, vel per epistolam *d. l.* 1. §. 1: præsentes & tacite, & palam, tacite rebus & factis: ut, si patiar, aliquem pro me intervenire: aut si patiar, mandari, ut mihi credatur. est enim patientia non prohibentis quod videt pro se fieri, pro consensu, & ad ejus probationem sufficit. *l.* 6. §. 2. *l.* 18. *l.* 53. *b. t.* palam fit mandatum verbis quibuscumque precariis. ea enim conveniunt naturæ rei ex officio atque amicitia proficiscentis. tantum oportet

tet esse ideonea ad explicandum mandantis consensum. talia esse, ait Paulus *d. l.* 1. §. 2. rogo, volo, etiam mando. nam vel hoc precarium verbum est. sane apud Virgilium *lib.* 6. *Aeneid. vers.* 116. est, *Orans mandata dabat.* idem esse ait Paulus *d.* §. 2. si alio quocumque verbo scripserit quis. Quid, si usus sit commendandi verbo: talem amico scribens epistolam: Rogo te commendatum habeas Sextilium Crescentem amicum meum. Ulpianus *l.* 12. §. 12. *b. t.* non obligabitur, inquit, mandati: quia commendandi magis hominis, quam mandandi, causa scripta est. Quod probo: est enim aliud, mandare; aliud, commendare. mandare est, committere negotium suo periculo gerendum: ut in *d. l.* 12. §. 13. *&* 14. commendare est, laudare & gratiorem facere testimonio de personæ vita aut conditione. ita ex mandato nascitur obligatio & actio ad restitutionem crediti. ex commendato talis obligatio non est: tantum pudor oneratur temeraria laudatione, secundum hoc Horatii, *lib.* 1. *Epist.* 18. *vers.* 76.

Qualem commendes, etiam atque etiam adspice: ne mox
Incutiant aliena tibi peccata pudorem.

At quemadmodum commendatum, ita consilium, a mandato differt. nam & consilii proprium esse, ne obligatorium sit, Ulpianus definit, atque ad hoc Edictum, *l.* 47. *D. de reg. jur.* nec moror Inscriptionem. est enim vitiosa, & sic restituenda: *Ulpianus lib.* 31. *Ad Edictum:* monstrante §. 1. ejus loci, juncta *l.* 21. *D. Pro socio:* quod bene observavit Labittus *Usu Indicis primo* §. 23. & seq. Cæterum, cur nulla sit consilii obligatio, a Gajo hæc proditur ratio: quia liberum est cuique apud se explorare, an expediat sibi consilium *l.* 2. § *ult. b. t.* & sane ita est: qui amico consulit, ei nil promittit, præter fidem & amicalem affectionem: tantum vult eum, si patiatur, consilio monere & regere. si non audiat; invitum cogere, ut faciat quod nolit, neque vult, neque potest *l.* 10. §. 7. *b. t.* igitur cui datur consilium; is si damnosum sibi arbitretur & sequatur, imputet sibi, cum posset negligere: sin utile putet, & res aliter cadat; consulentis neque culpa est, neque obligatio: quia neque hic periculum in se suscepit; & ille sequutus hujus consilium, suo judicio stetit. sed certum est, consilii non fraudulenti, nullam esse obligationem; etiamsi non expediat ei cui dabatur §. 6. *Inst. & d. l.* 2. §. *ult. D. b. t.* id omnes concedunt tum, si tibi generaliter suadeam, ut pecunias tuas potius colloces in emptiones prædiorum, quam fœneres, vel ex diverso. Sed fingamus me tibi nominatim consuluisse, ut Titio crederes, nec aliter te facturum fuisse; nisi tibi hortator suasorque extitissem: quid dicemus? mandatum esse? ne putem, suadet Ulpianus *l* 2. *D. de proxeneticis.* in qua proponitur proxeneta qui est pararius, seu conciliator perficiendis negotiis. solet is in emptionibus venditionibus, aliisque contractibus licitis utilem se non improbabili more exhibere *l. ult. D. eod. tit.* solet aliter non contracturos sua persuasione movere, ut credant ac nomina faciant: ut ostendit Seneca, *Epist.* 119. Hic igitur proxeneta si intercedit faciendi nominis; (id est, faciendi nominis causa: quod loquendi genus multis probat Augustinus *lib.* 2. *Emend. c.* 1.) & partes ad contrahendum persuasione sua induxit: negat Ulpianus, eum teneri: & addit causam, quia magis monstrat nomen, quam mandat, tametsi laudet: id est, quia non est hoc animo, ut mandet, & periculum recipiat, sed solum, ut monstret, quale sit, tametsi laudet, vel, ut Seneca ait, jactet nomen. Qui igitur consilium dat etiam aliter non contracturo cum Titio, verbi gratia, eum negat Ulpianus mandati teneri: quia non mandat, sed suadet. longe autem aliud est mandare, aliud suadere & monstrare arg. *l.* 1. §. 14. *D. Deposit.* Hoc: si gratis interveniat proxeneta. imo idem dicit Ulpianus *d. l.* 2. si aliquid acceperit philantropiæ nomine. philantropia (ut ostendi *lib.* 1. *Probabil. c.* 7.) est humanitas & dexteritas seu benevolentia adversus omnes homines promiscua. absque hac remuneratione esset consilium proxenetæ, non foret mandatum, deficiente consensu: igitur nec ea interveniente mandatum fiet: quia honos remunerandi causa habetur; non ut res sit periculo proxenetæ, nec quasi argumentum contracti mandati. Hoc; si quis usus sit suadendi aut consulendi verbo. Quid, si dixerit, mando? nec sic erit mandatum: si tibi mandet tua tantum gratia. nam supervacuum est ea in specie mandatum; resque perinde accipitur, quasi consilium sit, & ob id obligatorium non sit *pr. Inst. & l.* 2. *pr. &* §. *ult. D. b. t.* quam ob rem? quia cum tua interest, mea non interest, res tui arbitrii est, non mei. ego sane cur cogam te, in re tua facere quod nolis, neque causam habeo, neque facultatem. sed & si rem tuam gesseris, & damnum passus fueris; nihil est quod meam accuses imprudentiam; cum egeris tuam causam tuo jure, & potueris ipse per te explorare, quid ex usu tuo esset. Sic, si palam non receperim periculum. idem, si receperim, auctore Celso *l.* 48. §. *ult. D b. t.* ait enim, si ut tibi negotium geras, mandem tibi, & ut cuivis credas, tu recipias usuras, periculum ad me pertineat, extra mandati formam esse: quemadmodum si mandem, ut tibi quemvis fundum emas. tibi, inquam: sic enim edit Haloander, & sensus postulat; etsi Florentiæ legatur, *mibi.* At Ulpianus obstat *l.* 6. §. 5. *b. t.* Verum videamus; ne conjungenda sit species *d.* §. 5. cum ea quæ præcedit §. 4: in quo dixerat Ulpianus, *Si tibi mandavero, quod mea non intererat.* Ita Florentiæ legitur: & est sensus, Si tibi mandavero tantum aliena gratia, non etiam mea, neque tua; veluti, ut pro Sejo intervenias, vel ut Titio credas: esse mihi tecum mandati actionem, & me invicem tibi obligatum fore. Is sensus Florentinæ scripturæ: neque improbo, cum constet, mandatum aliena causa valere *l.* 2. *D. b. t.* Malim tamen, nisi te offendet dispunctio voculæ, *Non*, legere, *si tibi mandavero quod mea intererat:* quia vocula, *non*, abest a multis manuscriptis libris; si quæ Accursio fides id testanti in Glossa. Etiam convenit ea emendatio speciei *d. l.* 48. §. 1. *b. t.* quæ est ex Celsi libro 7. Digestorum quem allegat Ulpianus *d.* §. 4. postremo exigit eam sive connexio, sive oppositio, trium specierum quas distinguere videtur Ulpianus in *d.* §. 4. *&* 5: cum alioquin species *d.* §. 4. sit eadem speciei ultimæ *d.* §. 5. & bis referatur: quod non fuit Ulpiano negotium. igitur lego, expuncta negatione, *Si tibi mandavero quod mea intererat.* Sensus vero, Si tibi mandavero & mea & aliena gratia; veluti, ut pro Sejo intervenias, vel ut Titio credas, valere mandatum: & ideo mihi tecum fore mandati actionem, & me invicem tibi fore obligatum. quod verum est, & a Celso probatur *d. l.* 48. §. 1: quem, ut dixi, laudat Ulpianus *d.* §. 4. Deinde ait Jurisconsultus §. 5. *Plane si tibi mandavero quod tua intererat, nulla erit mandati actio.* Verissime: nam supervacuum est mandatum tua tantum gratia interpositum: quia mea non interest: tantum tua interest. Quid, si mea quoque interest? jam, ex Ulpiani sententia, valet man-

mandatum: quia eſt & tua & mea gratia. Sequitur, *Aut ſi non eſſes facturus, niſi ego mandaſſem, etſi mea non interfuit, tamen erit mandati actio.* Ita Florentiæ edit Taurellius. Tu pro, *aut ſi*, ſcribe, *at ſi.* ſic ſuadent manuſcripti libri: ut teſtantur Ruſſardi & Charondæ marginales Notæ, etiam Codex Haloandrinus: & ſenſus: At ſi mandavi tibi neque mea gratia, neque tua, ſed alienа; & ideo non fuiſſes facturus, niſi tibi mandaſſem, competituram tibi adverſus me mandati actionem, etſi mea non interfuit. Hoc mihi videtur, & indicari a Juſtiniano §. 6. *Inſt. h. t.* Hæc cur tam varie? in primis cum aliena cauſa interpoſito mandato non magis mea interſit, quam cum mandatum eſt tua cauſa. Sed refert, quod te in tua cauſa & diligentem & curioſum eſſe oportet, in aliena non item: (quod præter Terentium, *Heautontim.* 1. 1. *verſ.* 23, etiam notat Paulus *l.* 19. *D. de novat.*) & ideo in altero caſu, ſi aliter cadat res, neque inquiſiviſti diligenter & curioſe in rem mandatam, tua culpa eſt, in altero non eſt. Hæc fere olim tradidi *lib.* 4. *Probabilium c. ult.* nunc addam, oportere conſilium, ne obligatorium ſit, bona fide datum eſſe: cæterum, ſi dolus & calliditas intervenit, etſi non ſit mandatum, nec obtineat mandati actio, tamen locum habere de dolo actionem *l.* 47. *D. de reg. juris. l.* 2. *D. de proxenetic.* Nimirum erat conſulenti integrum, amico dare aut non dare conſilium: ſed ſcum voluit dare, eum decipere, ſpecie amicalis conſilii, non debuit.

Ut abſolvam cætera ad contrahendum mandatum pertinentia, apparet, eo verbo indigitari mandantis & mandatarii conſenſum de futuro negotio gratis gerendo. & eſt cauſa: quod (ut Cicero *Pro S. Roſcio Amerino* obſervat) non facile mandat quiſquam alteri, niſi amico. Paulus *l.* 1. §. 4. *h. t.* ait, mandatum originem trahere ex officio atque amicitia. Eſſe autem officio proprium, mercedem reſpuere, docet Seneca, *lib.* 3. *De benefic. c.* 18. nam eſſe filii, uxoris, earumve perſonarum quas neceſſitudo ſuſcitat, & ferre opem jubet: nec diſtingui a beneficio; niſi quod alterum poteſt ſine reprehenſione omitti, alterum non poteſt. Sic Seneca. Etiam Fronto. utique ut ille officium finit neceſſitudine: ita hic ait, neceſſitudinem eſſe vel ſanguinis vel meritorum cum præceptoribus vel amicis. Aelius quoque Gallus, apud Feſtum vocat neceſſarios qui aut cognati aut affines, & in quos neceſſaria officia conferuntur præter cæteros. Igitur ſi mandatum ab officio atque amicitia procedit, ſequitur, eum qui mandatum ſuſcipit, ad gerenda negotia natura, non ſpe mercedis, ſuſcitari. in locatione aliud eſt. non enim ut mandatum, ita locatio, inter amicos ſuſcipitur, movente officio: ſed cum amici deſunt; locatio inter cæteros ſine neceſſitudine jure gentium contrahitur: & ideo cur hic alter alteri operam gratis donet, cauſa non eſt. contra ut eam impendat, mercede invitatur. ita quibus caſibus officio ſine mercede ſuſcepto, mandatum eſt, iis caſibus, interveniente mercede certa & pecuniaria, locatio & conductio intelligitur contrahi *d. l.* 1. §. *ult. D.* & §. *ult. Inſt. h. t.* quod ſi incerta merces ſit, aut alia quam pecuniaria; nec mandatum, nec locatio eſt; ſed novum negotium ex quo in factum judicium dabitur *l.* 22. *D. de præſcr. verb.* Plane, ſi remunerandi cauſa honor (id eſt, honorarium, ſive ſalarium) intervenit: ait Ulpianus *l.* 6. *h. t.* eſſe mandati actionem: id eſt, ob honorarium non deſinere eſſe mandatum: eoque cætera quæ veniunt in mandati actionem, in eam venire propterea non deſinere. Nempe honor differt a mercede. honos beneficio habetur, & his quæ beneficii vicem obtinent. itaque non recipit æſtimationem, non magis, quam beneficium. merces ſolvitur pro operis quæ beneficiis non comparantur, & ideo admittit æſtimationem, ſicut operæ. clare Ulpianus *l.* 1. *D. Si menſor. falſ. mod. dix.* nec minus Ovidius *lib.* 1. *Amor. Eleg.* 10. *verſ.* 45.

Omnia conductor ſolvit. mercede ſoluta,
Non manet officio debitor ille tuo.

Eſt & hæc differentia: quod ut beneficium, ſic honorarium, ex liberalitate proficiſcitur ultro. Seneca, *lib.* 1. *Controverſ.* 9. *Quidquid*, inquit, *aut præmii aut honoris nomine datur, in utramque partem ſumi licet: alioquin deſinit præmium eſſe cui neceſſitas jungitur.* Contra merces in conventionem initio deducitur. ſic habet neceſſitatem; ac ſi pro opera intervenit, locatio conductio eſt. honor ubi habetur remunerandi cauſa, mandatum eſt. nec diſtinguo, utrum re geſta offeratur, an ab initio conſtituatur unius pollicitatione: ut in *l. ult.* §. 1. *D. de oblig. & act.* pactione ſane ab initio non promittitur ſalvo nomine. poſtea promitti, nil prohibet: quia ex initio diſtinguuntur negotia. Imo ſalarium quibusdam pactione etiam ab initio conſtituitur: ut Profeſſoribus liberalium artium. his datum, ut id ex pacto petant apud Prætorem extra ordinem; ſicut etiam more petunt ſine pacto *l.* 1. *D. de extraord. cognit.* Tantum uſus valet. ac fit mihi probabile, cauſam privilegio dediſſe hæc aut ſimilia quæ pro honore profeſſionis pulchrarum artium diſſeruit Seneca *lib.* 6. *De benefic. c.* 14. 15. & 16. quæ hic deſcribere, longum foret. In Advocatis variatum ſæpe. modo Lex, modo mos, prævaluit. Lipſius docet, ad Tacitum *lib.* XI. *Annal. c.* 5. 6. 7. item Manutius, *De legib. Rom. p.* 145. & *ſeq.* tandem Lex conceſſit moribus. Ulpianum vide *d. l.* 1. §. 10. addo Martialem *lib.* 8. *Epigr.* 17, & Plinium, *lib.* 5. *Epiſt.* 4. 14. & 21. quare, ſi ab his quoque pactio fiat de ſalario intra licitum modum, adhuc honor aut ſalarium, non merces habetur: resque magis officio, quam locationi, comparatur. ſic cenſeo, & ſubinvide de Advocato Seneca, *Act.* 1. *verſ.* 172. *Hercul. furent.*

Hic clamoſi rabioſa fori
Jurgia vendens improbus, iras
Et verba locat.

Dixi, quomodo contrahatur mandatum. Dicam, quomodo ſolvatur. primum finitur mutuo conſenſu; ſicut eo contrahitur: eſt enim naturali juri conveniens, unumquodque eo diſſolvi modo quo colligatur *l.* 35. *D. de regul. jur.* Illud quæritur, an revocatione mandatoris ſolvatur, invito mandatario? prima facie non videtur: quia initio eſt quidem unicuique libera poteſtas habendi, vel non habendi, contractus; verum renunciare ſemel conſtitutæ obligationi, adverſario non conſentiente, nemo poteſt *l.* 5. *C. de oblig. & act.* ſed in propoſito aliud jus eſt: quando mandatum eſt ſpecies beneficii: cujus hæc natura eſt: ut invito numquam obtrudatur; contra poſſit eo qui velit uti: qui nolit, non cogatur uti: nec, ſi cœperit uti, diutius quam velit, utatur. manet igitur mandatum, re adhuc integra, voluntarium: nec ideo contrahitur; ut a mandatario, invito mandatore, impleatur: ſed ut mandatarius mandatori ad implendum mandatum quod ſuſcepit, obligetur. Atqui dicet aliquis: etiam mandator mandatario obligatur ad reſtituendum quod ei abeſt. Bene mones: verum hoc fit non principaliter; ſed per conſequentiam: id eſt, ne in damno moretur mandatarius, ſi quid, volente mandatore, bona fide implevit: non ut quid, invito mandatore, faciat. & certe quid inter-

tereſt mandatarii, quamdiu res integra eſt, a ſe impleri mandatum; ſi id nolit mandator? quin, ſi rem putamus; magis utilis ei erit revocatio: qua liberatur a neceſſitate gratis implendi mandati. recte igitur placuit, mandatum poſſe a mandatore, quamdiu res integra eſt, revocari, etiam invito mandatario. §. 9. *Inſt. h. t.*

Non minus ſolvitur mandatum renunciatione mandatarii: modo (quod obſervat Paulus *l.* 22. §. XI. *h. t.*) ſit tempeſtiva: qualis eſt, ſi mandatori adhuc integra ſit poteſtas eamdem rem vel per ſe vel per alium, explicandi. quod ſi ea non ſit mandatori integra: intempeſtiva renunciatio appellatur. hæc vero ſi interveniat; non agit bona fide mandatarius; mandatorem, quod non oportet, ſpecie amicitiæ decipiens. erit igitur actioni mandati locus. illa ſi incidat, ceſſat mandati actio: quia nihil fit adverſus bonam fidem; nec intereſt mandatoris, qui æque poteſt per alium facere quod ſperaverat facere per mandatarium. Sed, ut dixi, ſpecale jus eſt mandati, proficiſcentis ab officio: cujus hæc eſt conditio; ut putetur natura æquum eſſe, tamdiu te mea uti liberalitate, quamdiu velim: & ſi mutem voluntatem, mihi jus eſſe mutandi *l.* 2. *l.* 12. *D. de precario:* tantum ne agam, ut ſub prætextu beneficii atque amicitiæ noceam tibi *l.* 17. §. 3. *D. Commodati.* Plane ſi juſta incidat cauſa aut non renunciandi mandato, aut ei intempeſtive renunciandi: adhuc audiendum eſſe qui eam alleget, Juſtinianus cenſet §. 11. *Inſt. h. t.* & Gajus *l.* 27. §. 2. *h. t.* Tales cauſæ Hermogeniano & Paulo *l.* 22. 23. 24. & 25. *h. t.* ſunt; ſi valetudinis adverſæ, vel capitalium inimicitiarum, ſeu ob inanes rei actiones, ſeu ob aliam juſtam cauſam, excuſationes alleget. Pauli locus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 15. §. 1. hac editur forma. *Ob ſubitam valetudinem, ob neceſſariam peregrinationem, ob inimicitiam, & inanes rei actiones integra adhuc cauſa, mandati negotio renuntiari poteſt.* Sed legendum: *& inanes rei actiones,* aut *integra adhuc cauſa.* Cæterum æquitas quæ in his eſt cauſis, minime negligenda eſt. imo eſt digna ex profeſſo illuſtrari: fecitque id pulcherrime Seneca *lib.* 4. *de benefic. c.* 33. *& ſequentibus.* Adſcripſiſſem locum, niſi prolixior eſſet. tu ipſum vide: & puto, placebit.

Præterea finitur mandatum morte mandatarii. nec tamen diſſimulandum, eſſe hic aliud ſtricto jure, id eſt, regula juris, aliud adverſus eam publica utilitate receptum. ſed hoc a Juſtiniano traditum §. 10. *Inſt. h. t.* nec habet interpretatione opus. Non minus tollitur mandatum morte mandatoris: ſi ſimpliciter ſit contractum. quid, ſi nominatim ſit conceptum poſt mortem mandatoris? hic hærent Doctiſſimi Viri. mihi quid videatur tradidi *lib.* 2. *Obſerv. c.* 1. *& ſeqq.* nec ago actum.

Nunc de actione tractemus. ait Prætor, *De eo judicium dabo.* Eſt igitur mandatum civile negotium: ex quo naſcitur actio mandati duplex: directa & contraria; monſtrante Rubrica, *Mandati vel contra.* utraque bonæ fidei, ex natura contractus ab utroque latere obligatorii. ita utraque petitur quod alterum alteri ex bono & æquo præſtare oportet §. *ult. Inſt. de oblig. ex conſenſu.* Ulpianus §. 4. *l.* 29. *h. t.* ait, in hoc contractu agi de fide bona: cui non congruit de apicibus juris disputare. id vero quid deſignet, exponit Radulphus Fornerius V. CL. *lib.* 4. *Rer. quotid. c.* 19. Prior mandati actio eſt directa: eaque in rubrica mandati per excellentiam vocatur: quia mandator hac a mandatario petit quod in mandatum principaliter deducitur. id quale? ut a mandatario officium quod ſuſcepit, impleatur. hanc enim mandati obligationem eſſe, ſupra docui. quid, ſi ceſſet, id implere, aut nolit? jam cogetur. quo modo? præſtatione ejus quod intereſt mandatoris, impletum eſſe mandatum *l.* 27. §. 2. *h. t. l.* 28. *D. de negot. geſt.* ut in omnibus faciendi obligationibus obſervari, Celſus ait *l.* 13. §. 1. *D. de re judic.* ſumma igitur hæc eſt: (auctore Ulpiano *l.* 8. §. 6. *h. t.*) ut mandati actio tunc competat, cum cœpit intereſſe ejus qui mandavit. cæterum, ſi nihil intereſt, ceſſet mandati actio: & eatenus competat, quatenus intereſt. exemplum tale: Mandavi tibi, ut fundum emeres: ſi intererat mea emi, teneberis. quod ſi eumdem fundum ego ipſe emi, vel alius mihi, neque intereſt aliquid, ceſſat mandati actio. Eſt & alterum exemplum: Mandavi, ut negotia gereres: ſi nihil deperierit, quamvis nemo geſſerit; aut ſi alius idoneè geſſerit, ceſſat actio. Sic Ulpianus; & addit, in ſimilibus idem fore probandum. Habes unam actionis directæ cauſam. Quæ altera? ut mandatarius quidquid occaſione mandati perceperit, mandatori reſtituat. nam vel hoc eſſe bonæ fidei conſequens, quis non videt? ita tenetur procurator, ſi fundum ex mandatu emerit, præter fundum, fructus quoque quos conſecutus eſt, officio Judicis præſtare *l.* 10. §. 2. *h. t.* ut tamen dominus tum reputationes patiatur *d. l.* 10. §. 9 Sed, ut hoc agam, Paulus *l.* 20. *h. t.* Ex mandato, inquit, apud eum qui mandatum ſuſcepit, nihil remanere oportet. Id vero ſic accipiendum: ut non modo oporteat eum quod ex mandato accepit, reſtituere, ſed etiam, ſi quid ſine mandato, vel contra mandatum, accepit, quali quali mandati occaſione. Gajum audi *l.* 46. §. 4. *D. de procuratorib.* verba Gaji. Procurator, ut in cæteris negotiis gerendis, ita & in litibus ex bona fide rationem reddere debet. itaque quod ex lite conſecutus erit, ſive principaliter ipſius rei nomine, ſive extrinſecus ob eam rem; debet mandati judicio reſtituere: usque adeo, ut & ſi per errorem aut per injuriam Judicis non debitum conſecutus fuerit; id quoque reddere debeat. Simili modo Ulpianus *l.* 10. §. 8. *h. t.* ait, Si mandavero procuratori meo, ut Titio pecuniam meam credat ſine uſuris, isque non ſine uſuris crediderit; quæri, an etiam uſuras mihi reſtituere debeat. & Labeonem ſcribere, reſtituere eum oportere, etiamſi mandaverim, ut gratuitam pecuniam daret: quia, ut mea fert opinio, bonæ fidei congruit, ne de alieno lucrum ſentiat. ſic idem Ulpianus *d. l.* 10. §. 3. qui locus eſt luxatus, transpoſitis quibusdam verbis: quæ reſtitui *lib.* 2. *De fœnor. & uſur. c.* 5. Illud quale, quod in *d.* §. 8. *l.* 10. notat Ulpianus, procuratorem, ſi periculo ſuo domini pecuniam crediđiſſet ſine mandato; ex ſententia Labeonis ceſſare in uſuris actionem mandati? Hic locus eſt difficillimus: ſed videor mihi, eum feliciter explicuiſſe *lib.* 1. *dicti operis c.* 8. Occurrit hic & illa quæſtio, ſi procuratorem dedero, isque mihi non reddat inſtrumenta cauſæ: an teneatur mandati actione? & putat Labeo: etſi aliis videretur, magis competere depoſiti actionem, quaſi data ſint cuſtodienda. ſed hæc ſententia Labeoni diſplicet: merito; quia principalis fuit mandati cauſa, utique ab initio: & quamvis in hanc incidit cuſtodia, intuendum tamen eſt initium. quo data procuratori ſunt inſtrumenta: ut haberet quibus cauſam meam tueretur. verius igitur eſt, quod Labeoni ſedit, ea venire in actionem mandati *l.* 8. *h. t.* Utcumque erit: tenetur mandatarius actione mandati reſtituere corpora, ſi quæ acceperit. Nec minus actiones, quas mandatu meo contrahendo adquiſiverit *l.* 45. *pr. &* §. 5. dicitur autem reſtituere actiones; cum eas mandatori cedit *l.* 43. *h. t.* add. *l.* 10. §. 6

Sed apparet, in actionem mandati directam venire omne quod mandatarium mandatori præstare oportet ex fide bona. restat, quid juris sit: si quid ab eo commissum omissumve mandatori noceat. & puto, si accusetur mandatarii dolus, eum teneri eo nomine. est enim dolus contrarius bonæ fidei, quam hæc actio desiderat. idem dicendum de culpa lata: quia pro dolo habetur. at Veteres, ne quid de levi culpa dicam, etiam levissimam præstare eum voluerunt *l.* 13. *&* 21. *C. h. t.* possitque hoc alicui videri durum: existimanti, in mandato, quia est gratuitum, & maxime spectat ad utilitatem mandatoris, perinde ut in deposito, tantum præstandum esse dolum & latam culpam. Sed interest inter utrumque contractum: nam mandatum continet negotiorum gestionem, nec est contentum fide, sed præterea opus habet industria & peritia negotio consentanea. hanc mandator spectat, & a mandatario exigit jure quodam amicitiæ: nec minus profitetur eam mandatarius, amici negotium gratis gerendum suscipiens; cum ad eum nihil pertineret. consequens igitur fuit; ut ad hanc quasi tacito quodam pacto adstringatur. in deposito aliter se res habet: quia in eo nihil versatur, præter custodiam ad quam fides sufficit. placet igitur, depositarium non ulterius, quam de dolo & lata culpa teneri. mandatarium vero de dolo & omni culpa etiam levissima. idque & Ulpianus voluit *l.* 23. *D. de reg. jur.* si pro, *in his quidem* (quod jam ab aliis observatum) ibi legatur, *in his quidam:* ut sensus sit: quod quidam ex contractibus ibi nominatis, in quibus mandatum, negotiorum gestio, & commodatum, non tantum dolum & culpam, recipiunt, sed præterea etiam diligentiam. Nisi ipse manifeste resistit Ulpianus *l.* 29. *D. h. t.* arbitratus, mandatori actione mandati a mandatario præstari tantum dolum & dissolutam negligentiam, id est, culpam latam; sicut in deposito dictum. Sed videamus, ne in *d. l.* 29. tractetur mandatum: in quo nulla sit mandatarii industria opus; sicut nulla in deposito est opus industria depositarii; eoque non magis hic, quam illic, nisi quid fiat dolo aut lata culpa, bona fides offendatur: &, ut utrimque eadem ratio est, ita idem utrimque jus esse debeat. Forte petes exemplum. accipe ab Ulpiano hoc: Fidejussor ex causa fidejussionis pro reo solvit pecuniam, tamquam ab eo debitam. non est numerata: an potest id quod solvit ab eo repetere? quæstio est, quid a fidejussore ex causa mandati exigat bona fides: nam errorem intervenisse negari nequit. Et probo, quod Ulpianus ait, interesse; utrum fidejussor sciens prætermiserit exceptionem doli, aut non numeratæ pecuniæ, an ignorans. nam si sciens eam prætermiserit, videtur dolo versatus, aut dissoluta negligentia quæ prope dolum est: & de dolo eum teneri conveniens est judicio bonæ fidei, ex fide bona dari solito. quod si ignorans eam prætermisit: nihil est actum dolo malo; nec est quod improbet bona fides. nam si quæ culpa sit omissæ circa exceptionem diligentiæ, ea est principalis rei, sive debitoris qui de ea fidejussorem non admonuit; sed non est fidejussoris: qui exceptione per ignorantiam uti non potuit, & ideo nec debuit: sicut se ad inquirendi diligentiam industriamve ullam hic nullo modo obligavit. Pari ratione & si debitori competebat exceptio, forte pacti conventi vel cujus alterius rei, & ignarus fidejussor hanc non exercebat; dici oportet, ei mandati actionem competere: non alia causa, quam quia ignoravit: nec ad industriam, sed tantum ad bonam fidem se obligavit. Similiter si fidejussores, ignorantes debitorem solvisse, vel etiam acceptilatione, sive pacto liberatum, ex substantia debitoris solverunt, eos mandati non teneri, Ulpianus opinatur *l.* 8. §. 7. *h. t.* idemque ait §. 8. & ad actionem fidejussoris pertinere, ex Rescripto Divorum Fratrum, si injuste damnati omiserunt auxilium provocationis. nam si ignoraverunt, excusatam ignorantiam esse. si sciverunt, incubuisse illis necessitatem provocandi. cæterum dolo versatos esse, si non provocaverunt. nisi si paupertas eis non permisit appellare: nam tum excusatam esse eorum inopiam sumptibus imparem. Idemque esse, si debitorem testato convenerunt; ut, si ipse putaret, appellaret: nam tum quoque rationem eis constare, existimat. Hisce exceptis ait *d. l.* 8. §. *ult.* Ulpianus, si qui scientes non appellaverint, etsi in mandati judicio, quoties industria non est opus, supervacuo quidem disputari de eorum levi aut levissima aliqua culpa: necessario tamen eos dolum & culpam latam præstare. eoque in *l.* 10. *h. t.* omnibus superioribus pulchre aptari hoc Ulpiani: *Nihil enim amplius, quam bonam fidem præstare eum oportet qui procurat.*

Urit tamen me summopere difficultas in *l.* 8. §. *ult.* nata ex posito mandato de emendo servo: quando ait Ulpianus, mandatarium solum teneri, si dolo emere aut lata culpa neglexit Et in *d. l.* 10. mox subjicit, idemque & in fundo, si fundum emit procurator. Tum mox sic causatur, Nihil enim amplius, quam bonam fidem præstare eum oportet, qui procurat. Nam cur in mandato illo de emendo ab Ulpiano necessaria non putatur industria; & contra videtur sola sufficere bona fides, dolo malo opposita? Non habeo, quod respondeam: nisi liceat per te mihi in *d.* §. *ult.* fingere mandatum de emendo servo certo, Sticho, verbi gratia, atque etiam certo pretio: aut de emendo nominatim fundo Corneliano certo similiter pretio. eo enim in casu vix opus industria: tantum sufficit bona fides. Mihi hoc incidit: quam recte cogitent Eruditiores. simul, quod etiam tutor qui actione tutelæ regulariter tenetur de dolo, culpa lata, & levi, comparaturus pupillo prædia legis necessitate, hac in parte tantum de dolo & culpa lata tenetur, teste Ulpiano *l.* 7. §. 2. *D. de admin. tutor.*

A directo mandati judicio transeo ad contrarium. Eo experiuntur qui mandatum susceperunt *l.* 12. §. 7. *D. h. t.* adversus mandatorem; ut recipiant quod eis abest. Exemplum accipe ab Ulpiano *l.* 12 § 9. ait: Si mihi mandaveris, ut rem tibi aliquam emam, egoque emero meo pretio, habebo mandati actionem de pretio reciperando: sed & si tuo pretio emero, impendero tamen aliquid bona fide ad emptionem rei, erit contraria actio; aut si rem emptam nolis recipere. Sed generaliter debent impendia, bona fide facta mandati exequendi gratia, hac actione restitui: nec ad rem pertinet, si mandator ipse negotium gerens, potuisset minus impendere *l.* 27. §. 4. Esto; si negotio effectum dedit procurator. sed quid, si finem adhibere non potuit? idem puto *l.* 56. §. *ult. h. t.* an enim periculum domino præstet, gratis interveniens? non hoc bona fides, vel officium patiatur. repetet igitur impensas sine discrimine: modo alienum gesserit negotium, atque alterius causa *l.* 16. *D. h. t.* imo Paulus *l.* 22. §. 2. *eod.* interdum, inquit, evenit: ut meum negotium geram, & tamen utilem habeam mandati actionem. ac tale ponit exemplum: veluti cum debitor meus debitorem suum mihi periculo suo delegat; aut cum

cum rogatu fidejussoris cum reo experior. & probo adjectam rationem: nam quamvis debitum meum persequar, nihilominus & illius negotium gero igitur justissime Paulus: quod minus servavero, consequar mandati actione. Sed hic casus singularis. alias repetuntur demum impensæ, si a mandatario factæ in alieno negotio, & mandati exequendi gratia ei absint *d.* §. 4. *l.* 27. Quod si aliam habeant causam, quam exequendi mandati; verius est, non venire in hanc actionem: quia ad mandatorem non pertinent. est talis casus, si procurator morbo aut latrocinio, aut naufragio damnum acceperit *l.* 26. §. 6. *D. h. t.* item, si pœnam ex suo delicto præstitit *l.* 46 §. 5. *D. de procuratorib.* Veniunt igitur in hanc actionem impensæ. addo: etiam usuræ ex mora officio Judicis. at quæ? plene Ulpianus *l.* 12. § 9. *D. h. t.* ubi vide.

Præter superiorem causam contrariæ actionis est & sequens: si mandatarius qualicumque mandatoris culpa atque imprudentia damnum sit propter mandatum passus. fac: Titius mandavit, sibi emi servum certum. is servus furto nocuit mandatario. an potest mandatarius repetere damnum furto servi sibi datum? hanc quæstionem tractat Paulus *l.* 26. §. 7. *h. t.* uberius Africanus *l.* 61. §. 5. *D. de furtis.* Ait autem, procuratorem justissime allegare, non fuisse se id damnum passurum, non suscepto mandato. addit, multo æquius videri, officium suum nemini damnosum esse, ejus præsertim cum quo contraxit, non sui commodi causa, susceptum: potius ipsi mandatori culpam suam damnosam esse oportere. in proposito vero esse culpam mandatoris, qui mandaverit, sibi talem emi servum, in ejusque conditionem ante non inquisiverit.

Exposui casus quibus locum habeat contrarium mandati judicium. addam paucos quibus cesset. Occurrit unus in *l.* 40. *D. h. t.* in qua Paulus, Si, inquit, pro te præsente & vetante fidejusserim; nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est. addit, fuisse qui existimarent, oportere adhuc utilem dari: sed negat, se his consentire: idemque Pomponio videri ait. atque hoc tandem etiam Justiniano placuit *l. ult. C. de negot. gest.* Alter casus est, si mandatarius sit egressus mandati fines: sunt enim hi custodiendi diligenter. videlicet, quia alioquin aliud quid agit mandatarius, quam eum facere voluit mandator, nec est rationis, hunc eo teneri nomine cujus periculum in se non suscepit *l.* 5. *D. h. t.* estque id procul dubio verum, si non interfuit mandatoris, sic fieri. & quid, si id fit? nil muto: quia non est mandatarii judicare, quid sit mandatori utile: sed mandatoris, qui est rei suæ dominus, arbiter, & moderator solus. eoque nescio, an spectet Paulus *l.* 3. *d. t.* quid, si paratus sit mandatarius, mandatori id remittere in quo excessit mandati fines? De eo lis fuit inter Proculianos & Sabinianos: de qua Paulus *d. l.* 3. §. 2. & Gajus *l.* 4. *seq.* Cujacius *lib.* 12. *Observ. c.* 34. & Johannes a Costa ad *h. t. Inst.* Præterea docet Justinianus §. 7. *Inst. h. t.* non esse obligatorium mandatum quod est contra bonos mores: ac pro exemplo addit: veluti, si Titius tibi mandat de furto, aut de damno faciendo, aut de injuria facienda. id vero placet ei in tantum; ut, licet pœnam præstiteris istius facti nomine, nolit ullam te adversus Titium ob hoc habere actionem. Quod dixit Justinianus, probat Paulus *l.* 22. §. 6. *h. t.* sic scribens: *Qui ædem sacram spoliandam, hominem vulnerandum, occidendum, mandatum suscipiat, nihil mandati judicio consequi potest.* Quam ob rem? ait, *propter turpitudinem mandati.* Optime: exacto mandato ad ejus naturam, ex officio atque amicitia pendentem. non enim nescire quem oportet, omnia humanitatis officia ad tuendam communis vitæ societatem referri: eoque semper agere, ut juventur humana bona; numquam, ut perdantur. Sed divine Cicero, in *Lælio, vel de Amicitia cap.* 12. disputans de ratione amicitiæ, *Hæc*, inquit, *prima lex sanciatur, ut neque rogemus res turpeis, neque faciamus rogati.* Et post *cap.* 13. *Hæc igitur prima lex in amicitia sanciatur, ut ab amicis honesta petamus, amicorum causa honesta faciamus.* Ab eodem fonte fluit hoc Ulpiani *l.* 12. §. 11. *D. h. t. Si adolescens luxuriosus mandet tibi, ut pro meretrice fidejubeas, idque tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem.* Qua ratione? additur hæc præclara: *Quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris.* Sic Ulpianus. Imo ulterius sic scribit: *Si directo mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas, non obligabitur mandati: quasi adversus bonam fidem mandatum sit.* Pulcherrime Ulpianus: ac nescio, an respiciat ad optimum Senecæ locum: qui est *lib.* 2. *De benefic. c.* 14. potest certe ex hoc egregie illustrari: ut olim ostendi *lib.* 3. *Probabilium c.* 2. ubi, si placet vide.

Titulus II.

Pro socio.

Mandatum excipit societas: quæ est contractus juris gentium, bonæ fidei, constans consensu de lucro & damno communis rei aut operæ, inter socios communicando. De hac societate videtur tale fuisse Edictum. *Si societas coita esse dicetur, quod pro socio communiterve gestum erit, de eo judicium dabo.* Hoc Edictum est æquissimum, & ad juvandam vitæ commoditatem necessarium: quando sæpe contingit, ut cui pecunia suppetit, in eo industria desideretur: & qui sapientia valet eum fortuna destituat. Ita quod neuter potest per se quærere aut tueri, id uterque potest contracta societate assequi: atque eo tutius commodiusque, quod utrumque communis spes metusve peræque excitat ad præstationem fidei industriæque: pari utriusque jure in lucro damnoque: ut post dicetur.

Ait Prætor, *Si societas coita esse dicetur.* Igitur ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet. nec sufficit, rem esse communem, nisi societas intercedit. interest enim inter communionem & societatem: ut inter genus & speciem. communio est genus: cujus partes duæ sunt: communio in specie & societas. in illam incidimus, nullo habito tractatu de lucro & damno: hæc sine tractatu nulla est. illam res facit: hanc animus utriusque socii. inde Livio *lib.* 8. *c.* 4. dicitur æquatio juris. Papinianus *l.* 63. *h. t.* ait, eam quodammodo in se habere jus fraternitatis: id est, quoddam jus æqualitatis. nam hanc indigitat fraternitas. Lactantius *lib.* 5. *Divin. instit. c.* 15. *Nec alia causa est, cur nobis invicem fratrum nomen impertiamus, nisi quia pares esse nos credimus.* Sed ex solido Quintilianus *Declamat.* 320. a Gronovio V. Cl. sic restitutus: *Sacra res est, & quædam fraternitas conjunctio bonorum. consortes enim potest facere casus: ceterum quidem cum duo homines omnes fortunas suas contulerunt, omnes casus miscuerunt,* unum

unum quoddam factum est. quid est justius, quam compositum patrimonium habere conditionem unius? societatis (hoc est, unitatis). Vides ergo & damna & lucra communia esse debere, & nihil non æquum esse utrique parti. Igitur cum tractatu habito coita est societas, pro socio actio est: cum sine tractatu in re ipsa & negotio communiter gestum videtur: ut in conductionibus publicorum, (id est, vectigalium: nam hæc publica in *l.* 1. §. 1. *D. de publican.* & alibi) item in emptionibus. nam qui nolunt inter se contendere, solent per nuncium rem emere in commune: quod a societate longe remotum est. (nisi sit animus eam contrahendi: qui animus supponendus in *l.* 1. *D. Commun. divid.*) his igitur casibus si quid forte unus in eam rem impenderit, sive fructus mercedesve unus perceperit, vel deteriorem fecerit rem, non societatis judicio locus est: sed inter coheredes quidem familiæ erciscundæ, aut communi dividundo judicio agetur; inter cæteros communi dividundo *l.* 31. *l.* 32. *l.* 33. *l.* 34. *D. h. t.*

Vult igitur Prætor, ut pro socio actio sit, coitam esse societatem. est vero ea res facti, facile dubitationem recipientis. intererit, id exemplo intelligi. finge: (qui est casus *l.* 44. *D. h. t. & l.* 13. *D. de præscript. verb.*) vendenda tibi dedi margarita: hac lege, ut si ea decem vendidisses, redderes mihi decem: si pluris; quod excedit, tu haberes. quæritur, qua actione agi oporteat: mandati, an pro socio, an præscriptis verbis? quæstio vertitur, quis sit contractus? & quidem mandatum esse non placet Ulpiano *d. l.* 13. quia non est gratuitum, retenturo te quod excedit decem. non magis potest agi pro socio: quia est quidem actum, ut pretium communicetur; sed tantum, si pluris vendideris margarita, quam decem. & negat Ulpianus *d. l.* 13. societatem contractam in eo qui te non admisit socium distractionis: id est, qui te non in totum admisit socium pretii, ex distractione percepti: sed sibi certum pretium excepit: id est, qui pacto sibi certo pretio, de cætero neglexit æqualitatem, propriam naturæ societatis. Erit igitur ex sententia Ulpiani *d. l.* 13. alius contractus, id est, incertus atque innominatus ex quo agetur actione præscriptis verbis. Hoc in dubio Ulpianus in *d. l.* 13. Nec tamen resistit in *d. l.* 44. quo minus sit pro socio actio, si in contrahendo fuerit animus contrahendæ societatis. Datum hoc electioni contrahentium: re non omnino recusante eam contractus formam: cum utique placuerit, venditorem venditis margaritis, habere quod excedit decem: in eoque est societas distractionis; licet non sit in totum. & est simile animadvertere in specie *l.* 52. §. 7. *D. h. t.*

Sed redeo eo, unde discessi: ut sit pro socio actio, postulat Prætor, coitam esse societatem, id est, esse actum de communicando lucro & damno. nec refert ejus; utrum sit societas universorum bonorum, an negotiationis alicujus, aut vectigalium, an rei unius. non enim distinguit. Initium interpretationis sumam ab unius rei vel unius negotiationis societate. talis est mancipiorum emendorum vendendorumque, aut olei aut vini aut frumenti emendi vendendique *pr. Inst. h. t.* Ex eodem genere est societas; cum ita convenit, ut si qua justa hereditas alterutri obvenerit, communis sit. in eaque ait Paulus *l.* 3. §. 2. *h. t.* de illo quæri, quæ justa dicatur hereditas; utrum quæ jure legitimo obvenit, an etiam ea quæ testamento. & est ratio dubitandi, quod utraque justa dicitur. sed probabilius esse ait Paulus, hoc ad legitimam tantum pertinere: forte quod hæc hereditas proprie & quasi per eminentiam justa & legitima dicitur; testamentaria contra tantum non improprie hoc nomine appellatur *l.* 130. *D. de verb. signif.* favetque interpretationi etiam hoc Ciceronis *lib.* 3. *De nat. Deor. c.* 35. *Eamque potestatem quam ipse per scelus erat nactus quasi justam & legitimam, hereditatis loco filio tradidit.* Effectus particularis societatis ille est: ut in eam veniant tantum lucra & damna, contemplatione ejus rei, ejusve negotiationis qua de nominatim conventum est, contingentia. Exemplum in *l.* 52. §. 5. Duo erant argentarii socii. alter eorum quid separatim quæsierat & lucri senserat. quærebatur, an commune esse lucrum oporteret? Imperator Severus Flavio Felici rescripsit: etiamsi maxime argentaria societas inita est, quod quisque tamen socius non ex argentaria causa quæsivit, id ad communionem non pertinere, explorati juris est. Similiter si fratres parentum hereditates ideo tenuissent indivisas, ut in his commune esset damnum atque emolumentum, placet Papiniano, quod aliunde quæsivissent, non redigi in commune *d. l.* 52. §. 6. At quemadmodum in certæ rei, negotiationisve, communionem nihil venit præter id quod ex ea quæritur; sic e contrario ei imputatur quidquid ejus exequendæ gratia damni factum est. pone, ut sit exemplum, ex *d. l.* 52. §. 4. quidam coiërunt sagariam negotiationem. sagum esse vestem militarem, omnes norunt: & est sagaria negotiatio de talibus vestibus emendis vendendisque instituta: dicta sagaria, ut lintearia *l.* 5. §. 15. *D. de tribut. act.* ut notatum a Catelliano Cotta, *Memorabilibus.* quidam igitur sagariam coiërunt negotiationem. ex his alter ad merces comparandas profectus, in latrones incidit, suamque pecuniam perdidit. cujus damnum est? Julianus dicit, esse commune, & ideo utrumque actione pro socio debere adgnoscere damni partem dimidiam tam pecuniæ, quam cæterarum rerum quas secum non tulisset socius, nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur. sed & si quid in medicos impensum est, pro parte socium agnoscere debere, rectissime Julianus probat. proinde & si naufragio quid periit, cum non alias merces, quam navi solerent advehi, damnum ambo sentient: nam sicuti lucrum, ita damnum quoque commune esse oportet, quod non culpa socii contingit.

Altera species societatis est omnium bonorum. Justinianus *pr. Inst. h. t.* dicit totorum bonorum: tota bona pro omnibus sumens: ut in *l.* 63. *D. de procurat.* & alibi sæpe. Coitur vero talis societas aliquando specialiter, aliquando simpliciter. primum specialiter: id est, ut Accursius explicat, expresse: cum pactum conventum sit expresse, seu nominatim; ut sit societas omnium bonorum, sive universorum bonorum, sive universarum fortunarum. Scævola ait, hoc modo coëuntes in omnibus esse socios *l.* 39. §. 3. *D. Famil. ercisc.* Quintilianus verbis supra allegatis ex *Declam.* 320. illam intelligit: dicens, cum duo homines omnes fortunas suas contulerunt, omnes casus miscuerunt: & addit, Compositum patrimonium habere conditionem unius: ejusque societatis, id est, unitatis damna & lucra esse communia, ideoque nihil non æquum esse utrique parti. Nec dubito, quin secundum hoc explicandus sit Paulus *l.* 3. §. 1. *h. t.* ita loquens: *Cum specialiter omnium bonorum societas coita est, tunc & hereditas & legatum & quod donatum est, aut quaqua ratione adquisitum, communioni adquiretur.* Pauli sensus est: ubi in contrahenda societate est nominatim

tim dictum, eam coiri de omnibus bonis, sive de universis bonis, aut de universis fortunis, hanc ejus vim esse, ut in communionem veniat non modo quod ex bonis illis arte, labore, industria, seu quæstu, adquiritur: sed etiam quod aliunde accedit alio quocumque modo, verbi gratia, ex liberalitate amicorum, ut donatione, legato, hereditate. At nec dubito, quin responderit Ulpianus *l.* 73. *D. b.t.* sic communicari res quam præsentes, tam futuras quoque. Præter hæc observatur hac in specie; ut, si necesse habuit socius, aliquid præstare sine vitio suo, id societati imputet: sive præstiterit ex causa societatis, sive extra eam, & coactus per injuriam tertii *l.* 52. §. *ult b. t. d. l.* 39. §. 3. Sic puto, conveniri solere; & est exemplum in *d. l.* 73. ac proinde, si non sit pactum conventum; tamen quia moris est hoc fieri, in bonæ fidei judicio pro convento habetur *l.* 31. §. 20. *D. de Ædil. edict.*

Sed Ulpianus *l.* 7. *b. t.* ait, societatem coiri & simpliciter licere: & si non fuerit distinctum, coitam esse universorum quæ ex quæstu veniunt: hoc est, si quod lucrum ex emptione venditione, locatione conductione, descendit. quæstum enim Sabinus (quod conjicio ex Inscriptione *l.* 8. *b. t.*) definivit, qui ex opera cujusque descendit. nec adjecit Sabinus (sic subjicitur in *l.* 9.) hereditatem, vel legatum, vel donationes mortis causa: fortassis hæc ideo, quod non sine causa obveniunt, sed ob meritum aliquod accedunt. de hereditate addit Paulus *l.* 10. quod plerumque vel a parente, vel a liberto quasi debitum obvenit. Ita de hereditate, legato, donatione, Q. Mucium scripsisse, Ulpianus refert *l.* 11. *D. b. t.* Quid, si adjiciatur, ut & quæstus & lucri socii sint? Verum est, non ad aliud lucrum, quam quod ex quæstu venit, hanc quoque adjectionem pertinere *l.* 13. *b. t.* Igitur nec æs alienum, nisi quod ex quæstu pendebit, venire in rationem societatis, meditate ait Paulus *l.* 12. *b. t.*

Summa divisionis quam explicui, obtinet, societatem appellari demum: cum est de communicando lucro & damno actum, sive sit universorum bonorum societas, sive unius rei aut unius negotiationis *l.* 67. *D. b. t.* Ego addam, quod ideo oportet etiam conveniri de facienda in commune collatione, atque utrimque: non futura alioquin societate, ubi non est ex quo sequatur lucri & damni communio: ad quam unam intendit societas. Cæterum posse eam coiri & valere etiam inter eos, qui non sunt æquis facultatibus, in mentem venit Ulpiano *l.* 5. §. 1. *b. t.* hac ratione, quod plerumque pauperior opera supplet, quantum ei per comparationem patrimonii deest. Eadem ratione placuit, societatem contrahi, uno pecuniam, altero operam, conferente. fuit quidem hoc aliquando incerti juris, sed obtinuisse, testes sunt Diocletianus & Maximianus *l.* 1. *C. b. t.* nec aspernatur Justinianus §. 2. *Inst. d. t.* operam pro pecunia valere. Ut ut erit: utique constat ex his, adeo propriam societatis esse utriusque partis collationem: ut, si ab una parte pecunia & opera, ab altera neutra, conferatur, Ulpianus neget, societatem donationis causa recte contrahi *d. l.* 5. §. 2.

Ostendi, societatem egere collationis mutuæ & reciprocæ. deinceps, quomodo fiat, ostendam. fit ea; cum res singulorum propriæ inter eos communicantur pro ratione coitæ societatis. aitque Paulus *l.* 1. §. 1. *b. t.* in ea quæ sit universorum bonorum, hoc fieri continuo; licet (quod Gajus observat *l.* 2.) specialiter traditio non intervenerit: id est, licet manifesta singularum rerum traditio nulla intervenerit. Qui potest? ait Gajus, quia tacita creditur intervenire; &, ut videatur, fictione constituti possessorii: qua de egi *lib.* 2. *Probabil. c.* 6. Induxit hanc utilitas expediendorum negotiorum: difficili rerum singularum traditione in patrimoniis amplis & diffusis, alioquin ad traditionem dominii regulis juris necessaria. Interim recepta ea fictio fuit in rebus saltem corporalibus: nam nomina manere in suo statu, & actiones a sociis invicem præstari, certus auctor Paulus *l.* 3. *b. t.* At nec in corporalibus obtinuisse, nisi coëuntium sint tempore coitæ societatis, idem Paulus ait *l.* 1. §. 1. sane in futuris aliud visum *l.* 73. & 74. *b. t.*

Satis, ut puto, liquet, societatem pecuniæ rerumque a sociis contrahi lucri & damni communicandi gratia. illud adhuc tractandum, quibus ex partibus eam communionem constare æquum sit. est vero hoc quæstioni propter obscurum Ulpiani locum in *l.* 29. *D. b. t.* in qua cespitant Interpretes clari & docti: quia videntes societatem a Papiniano *l.* 63. *b. t.* censeri jure quodam fraternitatis, id est, ut dictum, amicitiæ, in ea nihil considerant præter fraternitatem amicitiamque: assuetam pares aut accipere aut facere: ut est in *Sententiis* Publii Syri *vers.* 25. eoque præjudicio sibi aliisque persuadent, Ulpianum *d. l.* 29. voluisse, partes, si non fuerint societati adjectæ, æquas esse, etiamsi inæqualis sit collatio: imputaturo sibi qui alias exspectarit; quod eas, cum liceret, non est pactus. Sed illis qui sic sentiant, ego non accedo: nam aliter se res habet: & est societatis sive amicitiæ (quod me docuit Aristoteles *lib.* 8. *De moribus c.* 3. & *seqq.*) non unus finis, nec una conditio, aut una species. inter cæteras occurrit aliqua sapientum: unam habens causam virtutis, amicitiæque perfectæ. est alia pecuniæ ac rerum: amicitiam in quibusdam præferens, at non ob ipsam, sed ob negotiationem, id est, ob lucrum atque utilitatem. prior Philosophis curæ est: posterior Jurisconsultis sub hoc Titulo. altera est vera & propria, laudata ab Aristotele *d. loc.* etiam a Cicerone *lib.* 1. *De legib. c.* 12. & in *Lælio sive De amicitia cap.* 17. altera quasi & impropria, quam Papinianus in *d. l.* 63. idcirco dicit in se habere jus *quodammodo fraternitatis.* Eoque modo etiam Quintilianus loco allegato *ex Declam.* 320. hanc vocat *quamdam fraternitatem:* id est, impropriam, non veram; si nimirum cum illa propria & vera comparetur. Sustuli præjudicium. nunc, quemadmodum accipiendus sit Ulpianus, demonstrabo: verbis ejus ex *d. l.* 29. ante adscriptis: *Si non fuerint partes societati adjectæ, æquas eas esse constat. Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere: si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniæ vel operæ, vel cujuscumque alterius rei causa.* Ut constet Ulpiano ratio, præmittam, eum duos tractare casus, eosque diversos: alterum de æquali collatione, alterum de inæquali. ad priorem restringo versum, *Si non fuerint partes societati adjectæ, æquas esse constat.* Ad posteriorem refero sequentem, *Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere: si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniæ vel operæ vel cujuscumque alterius rei causa.* Erit hæc præmunitio aliquod Ulpiano allatura lumen. Igitur ad priorem casum spectat versus, *Si non fuerint.* Nec offendat te: quod præ me fero, ibi agi de æqua-

æquali collatione, ubi nullam cernis ejus mentionem. nam hanc evincet diligentior versus mox sequentis comparatio cum præcedente. sane cum posterior versus palam separetur a priore per voculam adversativam, *vero*; & diserte tractet de inæquali collatione: num fas est, ambigi; an prior agat de æquali? Sed verissimum est, Ulpianum in priore velle socios paria ad societatem negotiandi causa conferentes, si non exprimant lucri & damni partes, semper intelligi, viriles, sive æquas, constituere. Itane? nil attinet, partes palam definire: paritate collationis prohibente, alterum in societate non ad amicitiam, nisi ob negotiationem, id est, ob lucrum, sive utilitatem spectante, quid ultra velle, quam contulit; alterum credi, velle minus. nec tamen hoc impedit; ne socii vel hic possint palam, si velint, partes æquales constituere: quod & fieri, subinde prudentiæ fuerit. Tantum de priore Ulpiani casu. In altero quæritur; an teneantur socii, partes lucri & damni definituri, semper æquales statuere? Et negat Ulpianus: imo ait, eos debere interdum inæquales facere. Quando? nempe, si ille qui plus auferet ex societate, etiam plus ad eam sit allaturus. Hæc ego fide Ulpiani in *d. l.* 29. sic temperantis. ille, opinor, edoctus ab Aristotele: cujus proinde verba apposuisse, non inutile fuerit. Verba Aristotelis ex *lib.* 3. *De republica c.* 9. *Jus videtur esse quod æquale est; & est plane. verum non omnibus, sed æqualibus. tum inæquale jus videtur esse, sed inæqualibus.* Et paulo post: *Non justum esse, æquam partem ferre centum minarum eum qui unam minam attulit, atque eum qui reliquum omne contulit, neque eorum quæ in societatem initio collata sunt, neque eorum quæ postea accesserunt, & lucri facta sunt.* Item *lib.* 8. *De moribus c. ult.* verba: *In societate pecuniæ plura auferunt, qui plura in societatem attulerunt.* Ita prorsus est: Ulpianus in *d. l.* 29. reputans ex doctrina Aristotelis indolem societatis pecuniæ & rerum, in qua se utrimque spectant socii, solum lucri & utilitatis causa coëuntes: ait, nullis partibus expressis, semper æquas esse: si paria contulerint socii. contra placito, unum duas vel tres partes habere, alium unam: magis putat, non valere pactionem, substantiæ societatis manifeste contrariam: intolerabili inæqualitate. & tamen patitur, hanc sustineri; si tanta sint unius merita, ut æqualitas societati conveniens, aliter retineri nequeat. Aut me fallit animus meus, aut est hæc Ulpiani sententia in *d. l.* 29. *pr.* at nec alia est in specie §. 1. cujus apposui verba: *Ita coiri societatem posse, ut nullius partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat.* Comparatio lucri & damni indicat, vel hic induci inæqualitatem inter socios: at non ideo, ut alter habeat aliquod præcipuum, sed ne alter habeat. Cedo testem. accipe Ulpianum, sic pergentem: *Quod ita demum valebit, (ut & Sabinus scribit) si tanti sit opera, quanti damnum est.* Qua ratione? hac optima: *Plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat, quam pecunia: item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus.* Adduxi hæc ad certum; ipsis sociis partes mutuo consensu definientibus. Quid, si socio placeat, has constitui arbitrio socii? non timuit Pomponius, vel in hoc casu idem pronunciare in *l.* 6. *b. t.* Verba Pomponii. *Si societatem mecum coïeris ea conditione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est.* quid inde? subjicit Pomponius: *Et conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex æquis partibus socii simus.* Constituetne igitur socius partes æquales, inæquales, pro libidine? minime. quomodo igitur? ut conveniet fini societatis negotiandi causa institutæ. Pomponius rem sequente explicat exemplo: *Veluti, si alter plus operæ, industriæ, pecuniæ, in societatem contulerit.* Superiori casui est & hic affinis quem Proculus tractat *l.* 76. *& seqq. b. t. Societatem mecum coisti ea conditione, ut Nerva amicus communis partem societatis constitueret.* quæritur, quantum permittatur Nervæ? ait Proculus *l.* 78. ei sequendum esse arbitrium viri boni: atque eo magis, quod hoc judicium est bonæ fidei. constituet igitur Nerva, si ei par videbitur collatio, partes æquas: nam sic convenit officio viri boni. imo ait Proculus *l.* 80. *Illud potest conveniens esse viri boni arbitrio, ut non utique ex æquis partibus socii simus.* Quando? *veluti*, inquit, *si alter plus operæ, industriæ, gratiæ, pecuniæ, in societatem collaturus erat.* Quæ sunt superioribus plane convenientia. Illud non silendum: quod inde porro sic infert Paulus *l.* 79. *Unde si Nervæ arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas ejus appareat, corrigi potest per judicium boni viri.* Paulus notabiliter docet, æqualitatem quam in societate exegimus, non esse ad vivum resecandam: sed ita moderandam; ut si æstimatione rerum atque operarum quas hinc inde contulerint socii, alter modice læsus sit; societas non magis rescindatur, quam rescinditur emptio & venditio in qua alter circa pretium leviter sit circumscriptus: cum eadem sit utriusque ratio contractus, peræque ad lucrum spectantis, aliquid indulgere industriæ volentium, prudenter, id est, utiliter, contrahere: modo non sequatur inæqualitas intolerabilis, & contraria benignitati contractus bonæ fidei: qua de agetur infra sub Titulo, *De rescindenda venditione.* Fac: (dabo enim exemplum atque eo aptius, quia est Proculi in *l.* 80.) Nerva constituit, *ut alter ex millesima parte, alter ex duo millesimis partibus socius esset.* Postremo nemo improbet: quod Aristo refert apud Ulpianum *d. l.* 29. §. 2. Cassium respondisse, societatem talem coiri non posse; ut alter tantum lucrum, alter tantum damnum, sentiret: & hanc societatem leoninam appellare solitum, ut videtur, a fabula Æsopia, apud Phædrum *lib.* 1. *fab.* 6. Et Cassio accedit Ulpianus: Et nos, inquiens, consentimus, talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum, non etiam lucrum sentiret.

Finiam hanc partem, subjecto hoc ex Paulo *l.* 30. *b. t. Mucius lib.* 14. *scribit, non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat. Servius in notatis Mucii ait, nec posse societatem ita contrahi: neque enim lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto; neque damnum, nisi omni lucro deducto. Sed potest coiri societas ita, ut ejus lucri quod reliquum in societate sit, omni damno deducto, pars alia feratur: & ejus damni quod similiter relinquatur, pars alia capiatur.*

Ostendi, quid Prætor societatis nomine designet. Sequens labor erit, quo modo perficiatur. ait Prætor, *Si societas coita esse dicetur.* videtur autem coita statim, ac de ea est consensum: quamdiu vero non est consensum, nec coita esse intelligitur. ita quærentibus, inter quos sit coita: sola quæstio est, an inter eos sit consensum. Inde Ulpianus *l.* 19. *b. t. Qui*, inquit, *admittitur socius, ei tantum socius est, qui admisit:* id est, qui in ejus societatem consensit. adeo cujus socius esse recuso, is non est socius meus. plus dicam, in quem non consensi, nec hunc esse socium meum: quia, ut dictum, societas est voluntarium consortium *l.* 52. §. 8. *b. t.* quod sine consensu non coitur. Igitur si quem socium admisit socius meus, is quidem ejus socius sit ejus consensu: at non idcirco est meus socius, si in ipsum non consensi ego. & bene Paulus *l.* 20.

Socii

Socii mei socius, meus socius non est. Sed apparet, cum quo erit pro socio actio, cum eo coitam esse societatem oportere. Unum notandum; quod Prætor, cum sic edicit, *Si societas coita esse dicetur:* nullum definit coëundi modum aut formam: certo indicio, ei sufficere, esse coitam, id est, de ea esse consensum quocumque modo: sicut in cæteris obligationibus consensu constantibus jure gentium *l.* 2. *D. de oblig. & act.* ab eaque causa Modestinus *l.* 4. *h. t. Societatem*, inquit, *coire & re, & verbis, & per nuncium, posse nos, dubium non est.* Modestinus indigitat, consensum quo coitur societas, quocumque modo perfici jure gentium sine ulla solemnitate juris civilis: ideoque tam inter absentes, quam inter præsentes: inter illos per nuncium, etiam per epistolam: inter hos palam vel tacite. palam verbis: tacite, cum ex facto consensus præsumitur: id est, (ut Paulus exprimit *l.* 95. *D. de adq. hered.*) non tantum verbis, sed etiam re & quovis indicio voluntatis. Ab eadem causa sic extat apud Paulum *l.* 1. *h. t. Societas coiri potest vel in perpetuum, id est, dum vivunt, vel ad tempus, vel ex tempore, vel sub conditione.* Paulus ait, *in perpetuum*, & interpretatur, *dum vivunt*; ut in *l.* 4. *D. de procuratorib.* Addidit forte pro ratione, quod *nulla societatis in æternum coitio est:* ut extat in *l.* 70. *h. t.* sed sic emendanda erit ejus Inscriptio: pro *lib.* 33. *Ad Edictum* posito *lib.* 32. ut habet Inscriptio *d. l.* 1. In hac vero, quod addendum, ait Paulus, societatem etiam coiri sub conditione: etsi multis aliter videretur. sed dubitationem sustulit Justinianus *l. pen. C. h. t.* præfatus, contrahentium voluntates omnimodo observandas esse. Dixi, quomodo coëatur societas.

Dicam, quo modo solvatur. Et quidem Modestinus *l.* 4. §. 1. *h. t. Dissociamur*, inquit, *renunciatione, morte, capitis minutione, & egestate.* Ulpianus *l.* 63. § 10. sic scribit. *Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. ideoque sive homines, sive res, sive voluntas, sive actio interierit, distrahi videtur societas.* Prima Ulpiani disputatio est de morte. ait autem, homines interire tam maxima & media capitis deminutione, quam morte: id est, morte non minus civili, quam naturali. solvitur autem societas morte socii, etiam unius: etsi consensu omnium coita sit, plures vero superfint *l.* 65. §. 9. *D. h. t.* scilicet, quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit. sic Justinianus §. 5. *Inst. h. t.* significans: quod societas sæpe a pluribus contrahitur contemplatione unius, aut industria, aut gratia, aut pecunia, valentis: usque adeo, ut si ille initio non fuisset, a cæteris contracta non fuisset societas. illo igitur extincto, recte finitur. nisi in coëunda societate aliter convenerit. tum enim inter cæteros quidem perseverat: at heres socii, nec si hoc convenerit, in societatem succedit ipso jure. id opinor, vult Ulpianus *l.* 35. *h. t. Nemo*, inquiens, *potest societatem heredi suo sic parere, ut ipse heres socius sit.* Sic Ulpianus, & ante Pomponius *l.* 59. *d. t.* his verbis, *Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati.* Videlicet, ne æterna sit societas: quam noluerunt Veteres *d. l.* 70. Plane, si heredes inierint animum societatis in ea hereditate novo consensu; ait Pomponius, quod postea gesserint, effici, ut in pro socio actionem deducatur *l.* 37. nova contracta societate. Non minus placet Pomponio *l.* 40. heredem socii, quamvis socius non est, explicare ea quæ per defunctum inchoata sunt, in iisque dolum ejus admitti posse. Paulus *d. l.* 65. §. 9. sic effert: Nec heres socii succedit: sed quod ex re communi postea quæsitum est; item dolus & culpa in eo quod ex antegesto pendet, tam ab herede, quam heredi, præstandum est. Idem Paulus *l.* 65. §. 2. *h. t.* sic exprimit: *Si in rem certam emendam conducendamve coita sit societas, tunc etiam post alicujus mortem quidquid lucri detrimentive factum sit, commune esse, Labeo ait.* In eumque sensum etiam Ulpianus in *l.* 63. §. 8. *d. t.* verba Ulpiani: *In heredem quoque socii pro socio actio competit, quamvis heres socius non sit: licet enim socius non sit: attamen emolumenti successor est.* Hæc in privatis societatibus. de vectigalium autem societate disputat Pomponius *l.* 59. *h. t.* & Ulpianus *l.* 63. §. 8. Sed de ea vide sis Jacobum Cujacium *lib.* 10. *Observ. c.* 25 & Johannem a Costa ad §. 5. *Inst. h. t.* a Doctissimo illo Viro hac in parte dissentientem: quod & factum ab Antonio Fabro, *Rationalib. ad d. l.* 59.

At societas non tantum ex personis solvitur; sed (ut audivimus ex Ulpiano *d. l.* 63. §. 10 *h. t*) etiam ex rebus. ait vero Ulpianus, res interire; cum aut nullæ relinquuntur, aut conditionem mutaverint: præfatus, ejus rei quæ jam nulla sit, aut quæ consecrata publicatave sit, neminem socium esse. Exempla *l.* 58. *l* 65. §. 1. & 12.

Præterea ait Ulpianus *d. l.* 63. §. 10. societatem distrahi voluntate, id est, renunciatione, seu dissensu omnium: si quidem naturale est, quidque eo genere dissolvere, quo est colligatum *l.* 35. *D. de regul. jur.* Nec refert; utrum tacitus sit dissensus, an manifestus. nam si separatim agere cœperint socii, etsi nihil palam sit conventum de solvenda societate; utique ipsa re distrahitur *d. l.* 63 §. 10. & *l.* 64. *h. t.* Sic, si omnes dissentiant. Quid, si unus renunciet societati, cæteris invitis? Aliquem moretur: quod contractus initio sunt voluntatis, postea fiunt necessitatis *l.* 5. *C. de oblig. & act.* At singulare jus est societatis: quam diximus esse amicitiam, sed utilitatis causa comparatam. qualem dissoluto eo, quod hanc contraxerat, dissolvi, certus auctor est Aristoteles *lib.* 8. *De moribus c.* 3. Igitur placuit, societatem omnium consensu perfici: unius tolli. Seneca *Epist.* 65. *Cum visum fuerit, distraham cum illo societatem.* Hoc receptum eo justius; ne quis invitus compellatur manere in communione *l. ult. C. Commun. divid.* sibi, ut putat, inutili, ac tædiosa, & propter eam nihilominus, in querelis, & litibus quas præter nostros in *l.* 26. *D. de servit. præd. urb. l.* 77. § 20. *D. de legat. lib.* 2. etiam notat Aristoteles *d. lib.* 8. *c.* 15. Qua ratione igitur solent Veteres (quod ex Tacito *lib.* 2. *Annal. c.* 70. intelligitur) renunciare inutili amicitiæ: ea ratione renunciabant societati quam non putabant sibi esse utilem. & tamen putabant referre, utrum renunciatio talis fieret tempestive, & justa ratione, an intempestive, & sine ratione justa: ut late traditum *l.* 14. 15. 16. & 17. *h. t.* ego obiter dicam, oportere eum qui societati sic renunciat, cavere: ne quid callide agat, quo solus habeat lucrum. nam id non patitur bona fides quam socium semper servare, æquum est. alioquin a se quidem liberat socios: se autem ab illis non liberat: veluti, cum omnium bonorum societatem iniissemus specialiter: deinde unus, cum ei obvenisset hereditas, societati propter hoc renunciavit, ut eam solus haberet: dicendum, si quidem hereditas attulerit damnum, hoc ad eum qui renunciavit, pertinere; & nihilominus eum cogi, commodum communicare actione pro socio. quod si post renunciationem quid adquisierit: non erit communicandum: quia nec dolus admissus est in eo. *d. l.* 65. §. 3. 4. 5. 6.

Postremo ait Ulpianus *d. l.* 63. §. 10. *h. t.* societatem solvi actione. id autem fieri putat Paulus *l.* 65. si aut stipulatione aut judicio causa societatis sit mutata: addit, Proculum dicere, hoc ipso quod judicium ideo dictatum est, ut societas distrahatur, renunciatam societatem: sive totorum bonorum, sive unius rei societas coita sit.

Exposita indole societatis, tempus est, cogitare de actione ad tuendam eam pertinente. Ea actio appellatur Pro socio: estque directa ab utraque parte: a neutra contraria §. 2. *Inst. de pœn. tem. litig.* pari omnium sociorum causa. inde Rubrica, *Pro socio*, nec additur, *vel contra*. Datur igitur socio adversus socium. etiam heredi, & adversus heredem. Ad quid? ad id quod socio, propter societatem, dare facere oportet ex fide bona. venit enim in hoc judicium bona fides *l.* 52. §. 1. *h. t.* nec est dubium, quin eo, manente societate, petantur res de quibus actum est, ut in commune conferantur *l.* 65. §. 15. *l.* 52. §. 8. *l.* 45. *l.* 74. *h. t.* Sed est huic præcipue locus, finita societate, ut exæquentur lucri & damni partes: quarum causa coita est societas *l.* 63. §. 5. *h. t.* Fieri hoc finita demum societate, ideo dixi; quod actio pro socio est generalis, ut negotiorum gestorum, ut tutelæ *l.* 38. *h. t.* quæ omnes demum obtinent finito officio: exigentes quippe rationem totius administrationis. Veniunt igitur in hanc actionem præcipue præstationes personales. An & divisio communium rerum? non placet Ulpiano *l.* 43. *h. t.* dicenti, quod actio pro socio & nominum rationem habet, & adjudicationem non admittit. Ulpianus per Nomina indigitat (quod bene observavit D. Vinnius *lib.* 1. *Select. quæst. c.* 36.) personales præstationes: per adjudicationem intelligit communium rerum divisionem, adjudicatione fieri solitam. Forte hoc durius tibi videtur: quia comparative Paulus *l.* 1. *D. Commun. divid. Pro socio*, inquit, *actio magis ad personales invicem præstationes pertinet, quam ad communium rerum divisionem.* Sed malo, esse hæc verba modeste loquentis, quam ejus qui comparationem facere instituat. Et lubentius id dico: quia his similiter utitur Ulpianus *l.* 4. *D. de jurisdict. l.* 12. §. 12. *l.* 26. §. 6. *D. Mandati. l.* 6. §. 3. *D. Si servit. vindic.* nec minus res talem postulat interpretationem. Nam agere ad communis rei divisionem est, pro parte vindicare ejus dominium, & petere; ut ea socio, tamquam domino, pro parte adjudicetur. ad hoc prodest actio communi dividundo: quæ est mixta tam in rem, quam in personam §. 20. *Inst. de act.* at actio pro socio non est mixta; tantum est in personam actio, non etiam in rem. proinde hac intendit quidem socius, socium sibi esse obligatum ad præstationem eorum, quæ bona fides ex societate præstari jubet: sed non æque ad divisionem rerum communium: ad quarum vindicationem non comparatur in personam actio.

Cæterum personales illæ præstationes, cum ex administratione veniant, fere in tribus versantur: in lucro, damno, & impensis. quod ad lucrum attinet: quidquid socius ex rebus communibus pro varia conditione societatis perceperit aut retineat, id cum socio eum communicare, bonæ fidei consequens est. tantum excipitur ex furto aut alio maleficio quæsitum. hoc enim in societatem conferri, non placet: quia delictorum turpis ac fœda communio est: omni jure ad juvandam, nullo ad perdendam, communem utilitatem invento: ut pluribus ostendi *lib.* 3. *Probabilium c.* 2. Plane turpe lucrum, si sit in medium collatum, commune erit: quod enim ex maleficio contulerit socius, non aliter debet recipere, quam si damnatus sit. si igitur ex hoc conventus fuerit qui maleficium admisit: id quod contulit, aut solum, aut cum pœna auferet. solum; si mihi proponas, insciente socio eum in societatis rationem hoc contulisse: quod si sciente, etiam pœnam socium adgnoscere oportet: æquum enim est, ut cujus participavit lucrum, participet & damnum. nec quidquam interest, utrum manente societate, an dissoluta, ob furtum præstiterit *l.* 52. §. 17. *l.* 53. 54. 55. 56. & 57. *h. t.*

Altera præstationum personalium pars consistit ex damno rebus communibus illato. nec fuit umquam dubium, quin dolo factum hac actione præstetur: dolo semper bonæ fidei contrario *d. l.* 52. §. 1. de eo quæsitum fuit; utrum tantum dolus in hanc actionem veniat, an & culpa? erat causa dubitandi: quod socius in socium non incideret, sed eum eligeret: electusque esset pro parte dominus; cui licet in re sua esse negligentem. sed alia fuit sententia Celsi lib. 7. Digestorum, ita scribentis: Socios inter se & culpam præstare oportet: & hanc recte probat Ulpianus *d. l.* 52. §. 2. quia ut possit quis esse negligens in re propria, at in aliena negligens esse non debet: res autem communis pro parte aliena est. Demus igitur Celso, a socio tam culpam præstari, quam dolum. Verum quam intelligit culpam. scio: simpliciter loquutus in *d.* §. 2. sed convenit naturæ societatis ad utriusque utilitatem spectantis, a socio tantum levem præstari culpam, non etiam levissimam. sic definitum ab Ulpiano *l.* 5. §. 2. *D. Commodati.* & est rationis: quoniam sic socius, propter suam partem habet gerendi causam. præstabit igitur diligentiam, non qualem diligentissimus, sed qualem diligens paterfamilias in rebus suis præstat: uti de coherede traditum *l.* 25. §. 16. *D. Famil. ercisc.* Ac secundum hæc accipio Gajum *l.* 72. *D.* & §. 9. *Inst. h. t.* inde descriptum: supposito utroque in loco socio diligentissimo: qui electo socio tantum communi more diligente, habet quidem quod sibi imputet: sed non æque quod socio, saltem ad communem diligentiam jure societatis obligato. Satis de dolo & culpa, locisque eo spectantibus. nisi quis petat aliquid addi *de agri politore*; item, quid sit, *pretium artis est velamentum*; quorum mentio in *d.* §. 2. *l.* 52. sed prius explicitum diligentia Antonii Augustini *lib.* 4. *Emend. c.* 9. posterius attigit Jacobus Cujacius ad §. 2. *Inst. h. t.* De casibus fortuitis Ulpianus *d. l.* 52. §. 3. ita loquitur: *Damna quæ imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia, socii non coguntur præstare. ideoque si pecus æstimatum datum sit, & id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit, ejus qui æstimatum pecus acceperit. quod si a furibus subreptum sit, proprium ejus detrimentum est: quia custodiam præstare debuit qui æstimatum accepit. Hæc vera sunt, & pro socio erit actio: si modo societatis contrahendæ causa pascenda data sunt, quamvis æstimata.* In his verbis varie sollicitatur locutio, *Damna quæ imprudentibus accidunt, hoc est, damna fatalia.* Sed non piget me Glossæ Accursii; *imprudentes* interpretantis, *non potentes providere:* nec abnuit Johannes Robertus *lib.* 2. *Recept. lect. c.* 31. eo verbo significari *futura improvidentes:* & contra qui ea prospiciunt, *prudentes*, id est, *providentes*, appellari. Usus ille auctoritate Ciceronis, ab hujusmodi locutione non abhorrentis. At nec nostri ab ea abstinent: negantes, casus fortuitos humana sapientia provideri. ipse Ulpianus *l.* 2. §. 7. *D. de administr. rer. ad civit. pertin. Fortuitos*, inquit, *casus nullum humanum consilium providere potest.* Similiter Alexander *l.* 6. *C. de pign. act.*

act. Quæ fortuitis casibus accidunt, cum provideri non potuerint, (in quibus etiam aggressura latronum est) nullo bonæ fidei judicio præstantur. His exemplis & similibus, quæ post hæc scripta vidi adducta quoque a V. CL. Josepho Averanio, *lib.* 2 *Interpr c.* 26. liceat Ulpiano dicere, Damna fatalia imprudentibus accidere. Non minus tamen probabiliter Accursius *imprudentes* explicat valde prudentes; etsi particula, *in*, videatur imminuere verbi significationem. nam Festus in verbo, *ingens*, etiam augere attestatur. verba Festi: *Ingens dicitur augendi consuetudine: ut inclamare, invocare.* Addit: *Quia gens est populi magnitudo, ingentem per compositionem dicimus quod significat valde magnum.* Similiter *increscere* Ulpianus dixit pro valde crescere *l.* 1. §. 16. *D. de aqua pluvia.* Et *immodicum lucrum* pro valde modicum, interprete Accursio, in *l.* 15. §. 6. *D. Locati.* Jam Aulus Gellius, *lib.* 1. *Noct. Attic. c.* 7. *impromiscuum* sumit pro valde promiscuo. Simile observat Torrentius ad Horatium, *Epod.* XI. *vers.* 19. & 33. in verbis, *Inverecundus*, *incanus*, *invalidus.* Ipse non animadverto, cur non idem putetur in hoc Virgilii *lib.* 1. *Georgic. vers.* 373.

--- *Numquam imprudentibus imber*
Obfuit. ---

Sic certe explicuerunt Veteres Grammatici: etsi ab his discedat Servius.

Exposito separatim lucro & damno, subjicienda adhuc erit communis utriusque quæstio; an socius, si in plerisque auxit societatem, in aliis minuit, a socio liberetur compensatione negligentiæ diligentiæque? extat ea quæstio in *l.* 25. & 26. *b. t.* ipsa non indigna tractari. Ecce: unus ex sociis administrans res communes, in quibusdam profuit societati; in aliis nocuit. si agitur recto jure; tenetur socio ad præstationem lucri; nec minus ad reparationem damni. quæritur; an compensato damno cum utilitate, socius socio de altero saltem teneatur, quantum altero deducto superest? Fuere qui compensationem æquitate commendarent. Sed non placuit Veteribus, illam admittere: quia compensatio est debiti & crediti inter se contributio *l.* 1. *D. de compensat.* eaque ut fiat, esse debet debitum & creditum ab utraque parte: ut in specie *l.* 10. *d. t.* in qua ab ambobus sociis pari negligentia societati adhibita, alter definit alteri esse obligatus: quasi mutuo debito efficiatur, ut utrumque pro soluto ab utraque parte habeatur. sed hoc in proposito non est: ubi alter quidem alteri debet ex duabus causis, id est, ex lucro & damno: sed alter ei nihil debet vicissim iis vel similibus ex causis. ideoque est quidem socius socio obligatus ad præstationem ejus quod societati adquisivit, itemque ad præstationem ejus quo nocuit: sed hanc non debet facere de pecunia socii, vel socio debita: quod esset futurum, si damnum a socio ejus negligentia in quibusdam illatum, compensaretur cum compendio in aliis societati ejus diligentia atque industria præstito.

Postrema species personalium præstationum continet impensas, in societatem ea durante factas. & exempla in *l.* 52. §. 10. 12. 13. & 15. *D. b. t.* Post finitam societatem factæ, hoc judicio non petuntur, re jam non pro socio communiterve gesta. petentur tamen communi dividundo judicio: quia & distracta societate, superest divisio rerum communium *l.* 65. §. 13. *D. b. t.* imo nec durante societate a socio factæ impensæ, nisi propter societatem factæ, ad societatem pertinent. exempla pete ex *d. l.* 52. §. *ult.* & § 4.

Etiamne dicam, quod pro socio actio adversus socium non datur in solidum; sed saltem hactenus, quatenus facere potest, hoc est, ne egeat? Dicam; atque eo magis: quia id speciale esse in actione pro socio, & quibusdam aliis, ne ignorari quidem, finit Justinianus §. 35. & *seqq. Inst. de actionib.* promitti autem a Prætore, causa cognita, docuit me Pomponius *l.* 22. § 1. *D. de re judicata.* Edicti verba sic confingo: *Si solvendo non sit socius, in quantum facere potest, causa cognita judicium dabo.* Hoc Prætor edixit summa ratione. scilicet, quod societas jus quodammodo fraternitatis in se habet. Omnibus sic fecit in societate universorum bonorum. Sabino etiam in unius rei societate: & Sabinum sequutus Ulpianus *l.* 63. *D. b. t.* eum movit; quod æque in hac atque in illa societate est jus fraternitatis. Atqui Ulpianus in *l.* 16. *D. de re judic.* sic scribit: *Sunt qui in id quod facere possunt, conveniuntur, id est, non deducto ære alieno. & quidem sunt hi fere: qui pro socio conveniuntur. socium autem omnium bonorum accipiendum est. item parens.* Quid dicimus? hæc videri contraria: nec tamen esse verisimile, Ulpianum qui lib. 31. Ad Edictum ex quo est *d. l.* 63. adeo laudavit Sabini sententiam, ut & ratione confirmaret, eam in lib. 63. Ad Edictum, unde desumpta est *d. l.* 16. retractasse non reddita causa. Interim, quo pacto sibi conciliandus sit Ulpianus, hoc opus, hic labor est. sunt enim complures conjecturæ: sed quam probem, vix scio. Sane non placebit tibi Albericus Gentilis *lib.* 4. *Lect. & Epist c.* 1. Ulpianum sic accipiens, quasi dicat, socium qui non sit universorum bonorum, sed unius rei, in id quod facere potest, condemnari, ubi est conventus judicio societatis. Mihi vero non magis placet Marquardus Freherus *lib.* 1. *Pareg. c.* 5. arbitratus, solum restare; ut in *d. l.* 16. reponamus, *Socium etiam non omnium bonorum accipiendum est.* etsi non improbet hoc Elbertus Leoninus *lib.* 6. *Emend c.* 14. & tamen ipse mavult, totam illam clausulam, *Socium autem omnium bonorum accipiendum est.* expungi pro Glossemate; id prodente, ut putat, locutione dura atque insuavi, *Socium accipiendum est.* Sed ab ea non abstinuisse Veteres, pluribus exemplis ostendi *lib. sing. Ad Edict De pact. & transact. c.* 25. *pag.* 454. *col.* 2. Quid, si evitetur Ulpiani pugna verbo, *maxime*, in *d. l* 16. subaudito? hoc visum Accursio: nec mihi sordet. erit vero tum sensus; Socium autem in Edicto maxime intelligimus eum qui sit omnium bonorum. nam in eo omnes consentiunt. & tamen si sit unius rei socius, nec hunc excludimus: obtinente sic Sabino. Ac forte hic possit res non male ad hunc accipi modum: Sicut procurator in Edicto de procuratoribus proprie est procurator omnium bonorum, & tamen etiam producitur ad unius rei procuratorem *l.* 1. §. 1. *D. de procuratoribus:* ita in hoc Edicto socius proprie dicitur socius omnium bonorum: & tamen obtinuit auctoritate Sabini, ut Edictum etiam porrigatur ad unius rei socium. Ut ut erit: non vult Prætor, socium ultra, quam facere possit, condemnari: causa tamen cognita. causæ autem cognitionem in hoc fore, Ulpianus ait; si neget, se socium esse, aut quid dolo malo admiserit. nam si hoc fit, eum quod egerit dolo, quo minus possit, facere posse *d. l.* 63. *pr.* & §. 7. *b. t.* ac præfatur Ulpianus, non esse æquum, dolum suum quemque relevare. Quid, si addam, non esse causam, cur neganti, se socium esse, tamquam socio succurratur. Sed utrumque in causæ cognitione verti, Pomponius refert *l.* 22. §. 1. *D. de re judic.* Nec hoc nesciri par est, id quod facere socius potest, quemadmodum sit accipiendum? & placuit Ulpiano, non oportere deduci æs alienum quod a socio debetur: nisi forte ex ipsa societate debeatur *d. l.* 63.

63. §. 3. Fuit & illa Veterum deliberatio: utrum hoc beneficium tam fidejussori præstari debeat, quam socio: an vero personale beneficium sit? quod magis esse, Ulpianus arbitratur. ut tamen fidejussor, si judicium susceperit, quasi defensor socii, sibi prosit: idque Julianum confirmare lib. 14. Digestorum: nam scribere, defensorem socii in id quod socius facere potest, condemnari oportere *d. l.* 63. §. 1.

Sit hic nunc finis exponendi Tituli *Pro socio:* si addidero, quod sub eo extat Ulpiani locus admodum notabilis, nec minus obscurus, in *l.* 69. is certe frustra exercuit multos Viros Doctos. sed tu consule V Cl. Johannem a Costa ad *pr. Inst. h. t.* & in primis *Recitationem ejus solemnem* ad *d. l.* 69 Hæc subjecta est ad calcem *Commentarii ad Institutiones.* Unus is diligentiæ tuæ sufficiet Interpres: nec desiderabis alios præterea. id a me dici, meretur Viri Eruditi præclara observatio.

LIBER DECIMUS OCTAVUS.

TITULUS I.

De contrahenda emptione, & de pactis inter emptorem & venditorem compositis, & quæ res venire non possunt.

Ex ordine hic deinceps me occupabit emptio & venditio, tertia species contractuum consensu constantium: nam mandatum & societatem superior liber exposuit. De emptione vero & venditione hodie nullum extat Edictum; sed non improbabile est, fuisse tale: *Quod emptum & venditum esse dicetur, de eo judicium dabo.* Ratio Edicti fuit optima: sicut emptio & venditio est contractus juvandis rebus humanis, si quis alius, opportunus. primum quis ignorat, (quod observatum a Virgilio *lib.* 1. *Georgic. vers.* 52. *& seqq.*) non omnem terram ferre omnia: quin contra, hanc regionem alia, illam alia recusare? deinde quis habet omnia sibi passim necessaria, quamvis domi nata? quid, si sæpe evenit, ut cui pecunia suppetit, is careat re quam optet: & vice versa, qui rebus abundet, pecunia destituatur? Est igitur summa utilitas emptionis & venditionis, permutatione mercis cum pecunia communi omnium indigentiæ jure gentium optime succurrentis. Ejus explicationem quam usus frequens & quotidianus late porrexit, Juris Architecti per plures sparsere Titulos, omnes, ut res meretur, diligenter extricandos. primus constat tribus partibus: una est de contrahenda emptione: altera de pactis inter emptorem & venditorem compositis: tertia enarrat res quæ venire non possunt. prima spatia ostendent, quid sit emptio & venditio.

Est autem contractus juris gentium bonæ fidei consensu initus; quo agitur, ut merx cum pretio permutetur. Primum puta, emptionem venditionem esse contractum: quia constat mutuo emptoris & venditoris consensu, suapte vi idoneo ad producendam Jure Civili obligationem & actionem. indicio Titulus, *De actionibus empti & venditi*, libro sequente. Est igitur contractus: sed juris gentium, id dixi, auctore Paulo *l.* 1. §. 2. *D. h. t.* Eo vero significatur; quod emptio venditio, licet actionem, id est, vim accepit a Jure Civili; ab eo non habet formam novam. quin est relicta in simplicitate naturali, & nullam desiderat solemnitatem juri gentium incognitam. tum inter peregrinos æque contrahitur, atque inter cives Romanos *l.* 15. *D. de interdict. & releg.* Est igitur contractus juris gentium. Nec frustra addidi, esse bonæ fidei; quia est ab utroque latere obligatorius: quales contractus esse bonæ fidei, omnibus notum est.

Cætera definitionis verba indicant, emptionem venditionem perfici emptoris & venditoris consensu de permutanda merce & pretio; eoque ejus substantiam consistere ex his tribus: consensu, pretio, & merce. primum attingam consensum cum emptoris, tum venditoris. Hunc intellige nudum: statim enim ac dictum, emptionem esse contractum juris gentium; consequens fuit, consensum qualem qualem sufficere. Paulum audi *l.* 2. §. 2. *D. h. t. Est*, inquit, *emptio juris gentium, & ideo consensu peragitur* Paulus cum simpliciter dicit consensum, qualemcumque designat: quia non alium desiderat jus gentium. Ea ratione negat, referre, utrum inter absentes consentiatur per nuncium, vel literas: an inter præsentes verbis; id est, quibuscumque verbis. Gajus *l.* 2. §. 1. *& 2. D. de oblig. & act.* ait, neque præsentiæ omnimodo opus esse, neque scripturæ, neque verborum ulla proprietate: id est, ulla propria formula: scriptura & verbis in emptione tantum ad consensus probationem spectantibus *l* 4. *D. de fid. instrum.* Aliter atque in contractibus juris civilis: ut est stipulatio & contractus nominum, in quibus formæ solemnitas est. nam stipulatio & solemnia verba & præsentiam desiderat; in nominibus autem præter certa verba, scriptura necessaria fuit. illud notum omnibus: hoc Theophilus tradit *ad Tit. Inst. De lit. oblig.* Ut ad emptionem redeam, ait Justinianus, in ea nec dari quidquam, necesse esse; sed satis esse, eos qui negotia gerunt, consentire *tit. Inst. De oblig. ex consens.* etsi in contractibus qui re contrahuntur, (nam huc respicit) contra observetur. Hoc vero in tantum probat Justinianus *pr. Inst. h. t.* ut ne arrham quidem desideret: præfatus, quod arrhæ nomine datur, esse argumentum emptionis & venditionis contractæ. Gajus *l.* 35. *D. h. t.* sic exprimit: *Quod sæpe arrhæ nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quasi sine arrha conventio nihil proficiat, sed ut evidentius probari possit, convenisse de pretio* Hæc: nisi contrahentibus in ingressu negotii placuit, emptionem redigi in scripturam: nam tum vetat Justinianus, obligationem ante nasci, quam completum fuerit instrumentum: datque interim pœnitentiæ locum *l.* 17. *C. de fid. instr.* non quod ea sit vis scripturæ, solum ad probationem comparatæ; sed quod sedebat contrahentibus, exitum negotii rejicere ad tempus quo scriptura compleatur. At hoc sic consideratum, non est jus novum Imp. Justiniani: nam jam olim obtinuit, pactum, ne actio sit ante certum tempus, (ut in proposito, ne sit, nisi perfecta omni modo scriptura) servari cum in bonæ fidei, tum in stricti juris, contractibus; ut demonstravi *lib sing. Ad Edictum*, *De*

De pactis & transactionibus, *cap.* xi. & xii. Fuit hoc monendum; ne quem fallant sequentia Justiniani verba in *d. l.* 17. *Contractus venditionum vel permutationum vel donationum quas intimari [non] est necessarium, dationis etiam arrharum, vel alterius cujuscunque causæ, [quas tamen] in scriptis fieri placuit: transactionum etiam, quas in instrumento recipi convenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundo recepta, subscriptionibusque partium confirmata; & si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa, & postremo a partibus absoluta sint: ut nulli liceat priusquam hæc ita præcesserint, vel a scheda conscripta (licet literas unius partis vel ambarum habeat) vel ab ipso mundo, quod necdum est impletum vel absolutum, aliquod jus sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare: adeo ut nec illud in hujusmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio statuto necessitas venditori imponatur vel contractum venditionis perficere, vel id quod emptoris interest, ei persolvere. Quæ tam in postea conficiendis instrumentis, quam in his quæ jam scripta, nondum autem absoluta sunt, locum habere præcipimus.* Huc usque nihil novi: sed quod de arrhis deinde sequitur, Veteribus inauditum fuit. Verba Justiniani: *Illud etiam adjicientes, ut in posterum si quæ arrhæ super facienda emptione cujuscunque rei datæ sunt, sive in scriptis, sive sine scriptis: licet non sit specialiter adjectum quid super iisdem arrhis non procedente contractu fieri oporteat, tamen & qui vendere pollicitus est, venditionem recusans in duplum eas reddere cogatur, & qui emere pactus est, ab emptione recedens, datis a se arrhis cadat, repetitione earum deneganda.* Justinianus hac in parte loquitur de arrhis datis, nondum perfecta emptione in scriptis aut sine scriptis. quod autem in arrhis observari jubet, plane novum est: nam arrha olim plerumque erat pars pretii, & fere instar pignoris habebatur; donec integra fieret pretii solutio. hac facta, poterat arrha ab emptore repeti vel actione ex empto, vel condictione *l.* 11. §. 5. *D. de act. empt.* Sic: si fidem servaret emptor. quid, si eum pœniteret emptionis? jam fallebat quidem fidem: sed arrham idcirco non perdebat; nisi esset hoc venditor pactus *l. ult. D. de leg. commiss.* tantum poterat emptor actione ex vendito ad pretii solutionem conveniri; eaque facta, ei licebat arrham repetere actione ex empto vel condictione sine causa. e contrario quoque non tenebatur venditor, ob non servatam fidem, arrham duplam restituere, tantum poterat ab emptore actione ex empto ad id quod interest conveniri; eoque præstito arrham datam recipere. Hæc obtinebant perfecta emptione. at Justinianus loquitur de imperfecta; in eaque jubet jam, emptorem ab emptione recedentem, arrham amittere, denegata ei repetitione: venditorem vero cogi, duplum reddere; etsi de hoc nihil pactum conventum sit. præterea emptori ad hoc dat actionem: quam non nominat. ita verisimile est, dare condictionem ex lege. actio certe ex empto non est: non perfecta adhuc emptione.

Satis de consensu. venio ad pretium. est hoc (ut Varro *lib.* 5. *De ling. Latin. p.* 29. ait) *quod æstimationis emptionisve causa constituitur: dictum a periteis, quod hi solum possunt facere recte id.* Varro indicat, pretium esse quo res vendenda æstimatur; idque in emptione esse necessarium. nimirum, quia non est venditori negotium, mercem abjicere, sed eam mutare pretio quo indiget: juvandus sic æquitate juris gentium. Nec alio it Justinianus §. 1. *Inst. h. t. Pretium*, inquiens, *constitui oportet.* & sic præfatur: *Nam nulla emptio sine pretio esse potest.* Eodem sensu Diocletianus & Maximianus *l.* 9. *C. h. t.* scribunt: *Empti fides ac venditi sine quantitate nulla est.* Ajunt sine quantitate, pro sine pretio, quod quantitate censetur. Hac ratione venditio in qua non est pretium, dicitur tituli falsi figmentum *l.* 7. *C. h. t.* Paulo *l.* 55. *D. eod.* nuda & imaginaria venditio: additque Paulus, pro non facta esse, & ideo nec alienationem ejus rei intelligi. Modestinus *l.* 54. *D. de oblig. & act.* sic exprimit: *Contractus imaginarii etiam in venditionibus juris vinculum non obtinent, cum fides facti simulatur, non intercedente veritate.* Putemus igitur, pretii conventionem pertinere ad perfectionem formæ emptionis: & hoc a Papiniano significari; cum ait, *Emptionis substantiam etiam ex pretio consistere* *l.* 72. *D. h. t.* Cæterum, etsi pretium debeat constitui; non idcirco numeratum esse oportet. Clare Ulpianus *l.* 2. §. 1. *d. t.* *Sine pretio nulla venditio est. non autem pretii numeratio, sed conventio perficit sine scriptis habitam emptionem.* Nec male idem Ulpianus *l.* 16. *D. de reg. jur.* quæ est ex lib. 21. Ad Sabinum. *Imaginaria venditio non est pretio accedente*: id est, si de pretio sit conventum, non est imaginaria emptio, etsi pretium nondum sit solutum. speciem licet conficere ex *l.* 39. § 2. *D. de legatis lib.* 1. quæ est ex eodem lib. 21. Ad Sabinum. Ulpiano convenienter Diocletianus & Maximianus *l.* 9. *C. h. t.* *Placito pretio, non numerato, sed solum tradita possessione, istiusmodi contractus non habetur irritus: nec idcirco is qui comparavit, minus recte possidet, quod soluta summa quam dari convenerat, negatur.* Hoc: si pretium in venditione sit constitutum; nec additum, ne exigatur. quid si posuerit quis aliquod, donationis causa non exacturus? ait Ulpianus *l.* 36. *D. h. t.* non videri vendere. plane si minoris vendat donationis causa, quia utique pretium est, etsi non verum, & domino licet rem suam pluris aut minoris æstimare: putat Ulpianus *l.* 38. *h. t.* valere venditionem: & addit, toties in totum venditionem non valere, quoties universa venditio donationis causa facta est: non si res donationis causa viliore pretio distrahatur. Hoc inter cæteros: inter virum vero & uxorem, inter quos prohibita est donatio, venditio donationis causa pretio viliore facta, nullius momenti est. Similis observatio est, si quis fundum jure hereditario sibi delatum, ita vendidisset: *Erit tibi emptus tanti, quanti a testatore emptus est:* & mox non emptus, sed testatori donatus; reperiatur. placet enim, & hic venditionem videri quasi sine pretio factam, ideoque similem esse venditioni sub conditione factæ: quæ nulla est, si conditio defecerit *l.* 37. *h. t.* Ut igitur emptio & venditio sit, oportet pretium esse constitutum: alioquin imaginaria emptio, sive simulatus contractus appellatur; eoque nullius momenti est: nisi fuerit donandi animus. quo casu donatio erit; cum emptio non sit *l.* 3. & *l.* 9. *C. h. t.* In primis vero id est, venditione nummo uno facta. nam & sic creditur magis pretii color, quam pretium, intervenisse. utique Ulpianus in locatione nummum unum vero pretio opponit, nullamque esse ejusmodi locationem putat. imo ait, si quis & conduxerit & rogaverit precario, uti possideret, si quidem nummo uno conduxerit, nullam esse dubitationem, quin ei precarium solum teneat *l.* 10. §. *ult. D. de adq. poss.* Similiter in *l.* 46. *D. Locati.* *Si quis*, inquit, *conduxerit nummo uno, conductio nulla est: quia & hoc donationis instar inducit.* utique, si hoc actum est. exemplum ne deesset, apposui hoc ex Valerio Maximo *lib.* 5. *c.* 2.

5. c. 2. n. 10. *M. Cornuto Prætore funus Hirtii & Pansæ jussu Senatus locante, qui tunc Libitinam exercebant, cum rerum suarum usum, tum ministerium suum gratuitum polliciti sunt; quia hi pro republica dimicantes occiderant. perseverantique postulatione extuderunt, ut exequiarum apparatus sestertio nummo ipsis præbentibus addiceretur.* Idem vel simile in venditione nummo uno facta in hoc Vitruvii *lib. 1. De architect. c. 4. Areas divisit, nummo sestertio singulis municipibus mancipio dedit.* Similiter Suetonius *Julio c. 50. Super alias donationes*, inquit, *amplissima prædia ex auctionibus hastæ nummo addixit.* Hoc nec Justinianum fugit *l. ult. C. de donationib.* scribentem, solere donatorem dicere, vendo tibi rem illam sestertio nummo uno. Curiose Brummerus *lib. sing. Ad Leg. Cinc. c. 14. pag.* 222. sic legit, ejectis verbis, *assium quatuor.* Scio, abrogat Imperator formulæ hujus solemnitatem: sed interim ante obtinuisse significat. Fuere Veteres imagine emptionis nummo uno factæ etiam alibi usi: expleturi subtilitatem aliter non expediendam, salvis finibus juris civilis. Exemplum apud Pomponium *l. 66. D. de jur. dot.* etiam in testamentis, inque adoptionibus & emancipationibus. sed abolitis a Justiniano scrupulositatibus, vix est hodie illis fictionibus opus. possunt nihilominus qui talibus delectantur, consulere Rævardum ad *l. 16. D. de reg. jur.* Contium *lib. 2. Disput. c.* 21. & Brummerum *d. loc.*

Oportet ergo in emptione pretium intervenire; sed certum. hoc plus pecuniarium. Primum certum esse pretium oportet §. 1. *Inst. h. t.* tale est, cujus quantitas aut nomine aut demonstratione nominis vicem habente intelligitur *l. 6. D. de reb. cred.* Sic valet hujusmodi emptio, quanti tu eum emisti, quantum pretii in arca habeo. non enim est incertum pretium, tam evidente venditione. magis ignoratur, quanti emptus sit, quam in rei veritate incertum est *l. 7. §. 1. D. h. t.* Idem est: si quis ita emerit, est mihi fundus emptus centum, & quanto pluris eum vendidero. itaque statim impletur. habet enim certum pretium centum: augebitur autem pretium, si pluris emptor fundum vendiderit *d. l. 7. §. 2.* Contra Gajus *l. 35. §. 1. D. h. t.* vocat imperfectum negotium: cum venditor emere volenti sic dicit, Habebis emptum, quanti velis, quantum æquum putaveris, quanti æstimaveris, (id est, quantum arbitratus fueris: nam omnia idem valent *l. ult. C. h. t. l. 25. D. Locati. l. 11. §. 7. D. de legat. lib. 3. l. 46. D. de fideic. libert.*) & non debet in arbitrium rei conferri, utrum sit obstrictus *l. 13. C. h. t. l. 8. D. de oblig. & act. l. 108. §. 1. D. de verb. oblig.* Sed hoc, ut meretur, plenius tractandum; cum possit metui, ne Gajo molestus sit Ulpianus *l. 7. D. h. t.* Sit igitur quæstio; an sustineatur emptio, collata pretii definitione in arbitrium alterius contrahentium: puta, emptoris aut venditoris. quæstio vertitur, quid sit actum: quia potest dubitari, quid indigitet arbitrium. est enim ambiguum verbum: aliquando meram voluntatem significans, aliquando arbitrium boni viri: ut observatum a Proculo *l. 76. D. Pro socio.* Cum igitur quæritur, an valeat emptio, collata pretii æstimatione in arbitrium unius contrahentium: multum refert, quid arbitrii appellatione designetur: quia refert, utrum sic certum fiat pretium, an maneat incertum. Mihi videntur contrahentes magis viri boni arbitrium, quam meram ejus voluntatem respexisse: ideoque non esse causam, cur valere non debeat emptio: certo pretio, ejus definitione sic in alterum contrahentium collata. Nec est, quod quis objiciat, non debere in arbitrium debitoris conferri, utrum sit obstrictus. Nam in proposito id non est: non electo mero emptoris arbitrio, sed arbitrio boni viri, id est, quodammodo ipsius æquitatis, cujus vice quasi fungatur emptor. Sic sane definit Ulpianus in *l. 22. §. 1. D. de reg. jur.* conjugenda cum *d. l. 7. h. t.* quando utraque est ex Ulpiani libro 28. Ad Sabinum, & eamdem tractat speciem. Proinde si arbitretur emptor, sed inique: potest iniquitas corrigi boni viri arbitrio, ut in loco demonstrabitur ex *l. 76. & seqq. D. Pro socio.* quod si non arbitretur emptor, cum potest commode: debet perinde haberi, ac si arbitratus fuisset: certa Juris regula, Quoties per eum, cujus interest conditionem non impleri, fiat, quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset *l. 161. D. de reg. jur.* Hoc fundamento nititur tenor *l. 3. C. de promiss. dot. & l. 30. D. de oper. libert.* nec minus disputatio *l. 7. D. h. t.* cujus sensum quærimus. Ibi proponitur servi venditio facta hac conditione, *Si rationes domini computasset arbitrio*: & quæritur, an valeat? putat Ulpianus. qua ratione? ait, Quod hæc venditio conditionalis est. venditiones autem conditionales tunc perficiuntur; cum impleta fuerit conditio. porro non unius generis sunt omnes conditiones. quædam sunt necessario extituræ: aliæ sunt incerti eventus. hæ sunt veræ conditiones: illæ non sunt *l. 9. §. 1. D. de novat. l. 18. D. de condict. indeb.* Quæritur igitur, qualis habenda sit conditio, *Si rationes domini computasset arbitrio?* ait Ulpianus, quæstionem huc exire, quid significet arbitrium: utrum meram voluntatem, an arbitrium boni viri: hoc finitum & certum: illud incertum atque infinitum. Sed quid est? Ulpianus, Hæc, inquit, venditionis conditio (Si rationes domini computasset arbitrio) non sic accepta est a Veteribus: quasi sit, Si ipse dominus rationes putasset suo arbitrio: nam sic nulla esset venditio: quippe pendens a mera ejus voluntate; cum non debeat in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus. placuit itaque Veteribus, id magis videri collatum in viri boni arbitrium, (quod est certum, nec moratur obligationem *l. 1. §. 1. D. de legat lib. 2.*) quam in arbitrium domini, quod est incertum. Igitur (sic concludit Ulpianus) si rationes potuit accipere, nec accepit, vel accepit, fingit autem, se non accepisse: impleta conditio emptionis est, & ex empto venditor conveniri potest. At enim Gajus *l. 35. §. 1. D. h. t. Illud*, inquit, *constat, imperfectum esse negotium; cum emere volenti sic venditor dicit*, Quanti velis, quanti æquum putaveris, quanti æstimaveris, *habebis emptum.* Nisi a Gajo ibi adjicitur, ita jus esse: cum venditor hoc dicit emere volenti: & is oblatam conditionem in continenti non acceptat; sed eam in medio relinquit. tum enim volens rem deinde ex intervallo æstimare, quanti æquum putaverit; nihil agit, invito venditore, quem jam pœniteat oblatæ conditionis: quia in continenti non accepta oblatione conditionis, non fuit consensum; &, ut Gajus ait, imperfectum est negotium.

Dixi, quid juris sit, pretii definitione alteri contrahentium ab altero commissa. Sequitur, quid obtineat, concessa tertio. puto autem, refert: utrum permissa sit viro bono in genere, an certæ personæ, puta, Lucio Titio. nam si generaliter sit delata viro bono, non monstrata persona certa; non placet, contrahi emptionem, aut conductionem: veluti, si dictum sit,

Fua-

Fundus tibi emptus, locatusve eft, quanti alii æftimabunt, aut quanti vir bonus æquum putaverit, non facta relatione ad certam perfonam. Sic Gajus aut potius Tribonianus in *l.* 25. *D. Locati.* quæ videtur effe defcripta ex *l. ult. C. h. t.* licet aliud fedeat Hotmano *lib.* 5. *Obferv. c.* 21. Sed res apparet ex *d. l. ult.* Utcumque erit: Gajo fcrupulum injicit hoc Marciani *l.* 16. §. *ult. D de pignoribus: Poteft ita fieri pignoris datio hypothecæve, ut fi intra certum tempus non fit foluta pecunia, jure emptoris poffideat rem, jufto pretio tunc æftimandam: hoc enim cafu videtur quodammodo conditionalis effe venditio: & ita Divus Severus & Antoninus refcripferunt.* Verum animadverfum jam olim eft ab Accurfio, in pignore jus fpeciale placuiffe favore debitorum: quo facilius reperiant creditores mutuam pecuniam daturos. quamquam etiam poffit conventio de vendendo jufto pretio poftea æftimando, in pignore ideo fubfiftere: quia ea inhæret principali conventioni per fe validæ: nec eft abfurdum, ea valente, valere accefforiam, quæ fi fola effet, non valeret.

Sic: fi pretium generaliter committatur alieno arbitrio. Quid, fi convenerit, ut a certa perfona, verbi gratia, Lucio Titio, definiatur? Hæc quæftio ut ex folido intelligatur, fcindenda, meo judicio, eft in partes duas. una eft, an conditio, Titio non arbitrante deficiat. altera eft, utrum eo arbitrante æftimationi debeatur fides; an contra ejus iniquitas, fi quæ fit, poffit emendari arbitrio boni viri? Non abs re fuerit, utramque excuffiffe. quod ad priorem attinet: ea pendet a poteftate verbi, *arbitrium*, quo duo notari, fupra monui: primum, merum Titii arbitrium: deinde arbitrium Titii, tamquam viri boni. illud cohæret perfonæ Titii, & habet conditionem: hoc femper certum eft, eoque puram continet obligationem: eo quod æquitas naturaliter eft certa, atque una omnibus; licet ab hoc aut illo ignoretur *l.* 1. §. 2. *D. de legat. lib.* 2. pura, inquam, eft, ut ut extrinfecus præferat figuram conditionis: exemplo ftipulationis factæ fub conditione omnimodo extitura: de qua dictum in fuperioribus. Igitur refert fciri, utram fignificationem in præfentia accipiamus. Et quidem de teftamentis ita fcribit Ulpianus *d. l.* 1. §. 1. *D. de legat. lib.* 2. *Sed cum ita legatum fit, pupillo five pupillæ*, Arbitrio tutorum, *neque conditio ineft legato, neque mora: cum placeat*, in teftamentis *legatum in alterius arbitrium collatum*, pro viri boni arbitrio *accipi: quæ enim mora eft in boni viri arbitrio, quod injectum legato velut certam quantitatem exprimit, pro viribus videlicet patrimonii.* Obfervanda funt Ulpiani verba: confirmantis, fic placuiffe in teftamentis; &, opinor, fpecialiter. quare ad emptionem & venditionem id transferre non aufim: cum præfertim in ftipulationibus contrarium obtinere, idem auctor fit Ulpianus *l.* 43. *D. de verb. oblig.* eique fuffragetur Paulus *l.* 44. mox fequente. Non me urit: quod ftipulatio eft ftricti juris: noftra autem difputatio eft de emptione venditione quæ eft bonæ fidei. nam & in focietate quæ fimiliter eft bonæ fidei, idem cenfet Celfus *l.* 75. *D. Pro focio*: *Si*, inquiens, *coita fit focietas his partibus quas Titius arbitratus fuerit: fi Titius ante quam arbitraretur, deceſſerit, nihil agitur: nam id ipfum actum eft, ne aliter focietas fit, quam ut Titius arbitratus fit.* Sic in focietate Celfus: nec aliter in emptione Juftinianus *l. ult. C. h. t.* & in locatione Gajus, a Triboniano interpolatus *l.* 25. *D. Locati.* Differentiam recognofcis, nondum rationem: ideoque miraris, aliud recipi in teftamentis, aliud in contractibus. nam fi utrimque iisdem utimur verbis: cur eft utrimque diverfa eorum poteftas? Ut tuæ fuccurram hæfitationi: quæfo, fic putes differentiam teftamenti & contractus in propofito non ex verbis, fed ex fententia verbis utentium, explicari oportere. nec eft id difficile demonftratu: fcientibus contractus æftimari confenfu contrahentium: teftamenta unius voluntate teftatoris abfolvi. porro in contractu agi, ut obligetur alter, fæpe ignotus; denique neutrum ftudere alteri, fed utrumque fibi. at in teftamento a teftatore exerceri liberalitatem erga bene meritos. ita late accipimus ejus voluntatem *l.* 12. *D. de reg. jur.* quafi appellatione arbitrii Lucii Titii, non tam judicium ejus elegerit, quam æquitatis: quæ una omnibus, perfona Lucii Titii non circumfcribitur. e diverfo ftricte intelligimus contractus: quia quærentes utriusque voluntatem, oportet liberationi indulgere potius, quam obligationi *l.* 47. *D. de oblig. & act.* atque eo juftius: quod in creditoris poteftate fuit, apertius loqui *l.* 99. *D. de verb. oblig.* promiffor contra non videtur confenfiffe, nifi in fenfum, ipfi minus nociturum. Sed demonftratum eft difcrimen inter teftamenta & contractus: nec minus liquet, valere emptionem, pretii definitione arbitrio certæ perfonæ, verbi gratia, Lucii Titii, conceffa, fi is arbitratus fit: alioquin nihil actum putari.

Altera quæftio eft: fi arbitratus quidem fit Lucius Titius, fed inique: utrum emptor tum omnimodo teneatur præftare quod arbitratus fit Lucius Titius, an nihilominus poffit petere, Titii iniquitatem boni viri arbitratu emendari. Hæc quæftio æque, ac fuperior, pendet a fignificatione verbi, arbitrium, tam plenum Titii arbitrium, quam arbitrium boni viri complectentis. Mihi vero fedet hac in fpecie magis viri boni arbitrium, quam merum Titii arbitrium, accipere: quafi emptor eo gravatus arbitrio, noluerit, nifi Titio æquum arbitrato, obligari. fic in focietate, id eft, in bonæ fidei contractu, definit Celfus *l.* 76. *& feqq. D. Pro focio.* nec video, cur in emptione, quæ æque bonæ fidei eft, contra cenfeam. Habes meam fententiam, quamquam non omni vacuam difficultate. Primum poteft ambigi: unde intelligatur, nominato Lucio Titio, magis electum effe boni viri arbitrium, quam meram Lucii Titii voluntatem. Deinde, fi volumus, Titio arbitrante, electum putari boni viri arbitrium: cur aliter dicimus, fi arbitratus non fit: cum utrimque eadem fint contrahentium verba; ideoque aut utraque in fpecie, aut in neutra, boni viri arbitrium fpectari oporteat. poftremo, ut fuperiora non obftent; tamen impleta conventionis conditione, eam fine exceptione fervari, clare conftituit Juftinianus *l. ult. C. h. t.* nefcio, an exemplo compromiffi: in quo fententiam arbitri, five æquam five iniquam cuftodiri, fuo loco apparuit. Indicavi difficultatem. petis tolli. Quod ad primam attinet: illa parvi momenti eft. cum enim conftet, arbitrium non minus boni viri arbitrium, quam meram voluntatem fignificare: an miramur, affumi hanc aut illam, prout fuadere videtur res & loquentium fententia? At ratio vetat, eadem verba in eodem contractu aliter atque aliter accipi. Recte: nifi id velit contrahentium voluntas: ad quam non minus, quam ad verba, attendi in bonæ fidei contractu, & bona fides, & fumma ratio, poftulat. Hoc igitur reftat; cur putetur aliud agi, non arbitrante Titio, aliud, cum eft inique arbitratus. Tu vero fic tibi perfuadeas, effe unam rationem

atque optimam, quæ utraque in specie verbi significationem separat. ea ratio est: quod utrobique actum; ne promissor, emptor, verbi gratia, aliter quam voluit, obligetur. sane, cum emptio constet ex duorum voluntate; in ea non spectandum modo est, quid cogitarit venditor qui legem dedit contractui: sed etiam, quid voluerit emptor qui legem accepit: ejus vero talis procul dubio fuit cogitatio; ne sit obligatio, ubi non arbitratur Titius: & contra, ne eo arbitrante alias obligetur, quam juste. sic enim fit: ut non obligetur, cum potest liberari: & ubi necesse est, eum obligari; ut quam levissime teneatur. Non obstat; quod ex adverso dictum de effectu impletæ conditionis per arbitrium Titii. Non enim oportet effectum esse alium, quam foret; si pretium ab ipsis contrahentibus fuisset constitutum. quo casu potuissent se invicem in pretio circumvenire *l.* 16. §. *pen. D. de minoribus.* ut tamen, immodica læsio, qualis hodie est quæ egreditur dimidium justi pretii, officio judicis ex bona fide judicantis, emendari posset. igitur idem putetur; si emptor vel arbitrio Titii immodice læsus esse dicatur. Hoc in societate visum Celso, suadente æquitate judicii bonæ fidei *l.* 78. *D. Pro socio.* nec succurrit; cur in emptione quæ etiam bonæ fidei est, minus obtineat. At Justinianus prohibet *l. ult. C. h. t.* verbis subjectis: *Sancimus, cum hujusmodi conventio super venditione procedat, quanti ille æstimaverit, sub hac conditione stare venditionem, ut si quidem ipse qui nominatus est, pretium definierit, omnimodo secundum ejus definitionem & pretia persolvi, & venditionem ad effectum pervenire.* Sed videamus, ne Justiniano sit consilium, tantum tollere quorumdam Veterum dubitationem; utrum pretium Titii arbitrio certum fiat, & venditio perficiatur. nihil aliud intendit Justinianus. Proinde, si quis ulterius quærat; an emptore læso Titii arbitrio, iniquitas possit corrigi arbitrio boni viri: id ex hac lege, in qua nil tale, minime peti debet. Nisi Justinianus jubet, pretium omnimodo persolvi secundum Titii definitionem. Verum id, *omnimodo*, civiliter intelligendum est: ut verbum, *quilibet*, in *l.* 9. *D. de servitut.* & alia alibi. Postremo nihil facit argumentum a compromisso desumptum. nam, cum arbitrium duplicem habeat significationem, inspici debet, quid actum sit. agitur autem in compromisso: ut sive æquam, sive iniquam, sententiam dicat arbiter, ei stetur. quod in proposito non esse, jam demonstratum est.

At pretium non tantum certum esse oportet: verum etiam consistere in pecunia numerata §. 2. *Inst. h. t.* nam si in alio constituatur, non est emptio, sed rerum permutatio putatur. Olim confusus fuit uterque contractus, non invento adhuc nummo: cujus publica ac perpetua æstimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis subveniret. eo invento & percusso forma publica, distinctus est uterque contractus. alter emptio venditio, alter permutatio, appellatur. in hoc uterque emptor & venditor: utrumque merx & pretium dicitur. in illo alius emptor, alius venditor: nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium, vocatur. Sic in *l.* 1. *h. t.* & planissime in *l.* 5. §. 1. *D. de præscr. verb.* *Siquidem*, inquit, *pecuniam dem, ut rem accipiam; emptio & venditio est: sin autem rem do, ut rem accipiam: non placet, permutationem rerum emptionem esse.* Hoc: si simpliciter contrahatur. quid, si placeat contrahentibus, re data, ut res detur, emptionem venditionem dicere: aut, pecunia data, ut res detur, permutationem? Jam pridem ostendi *lib. sing. Ad Edict. De pactis & transact. c.* 19. esse rationis, ut contrahentes ab initio quem velint, ineant contractum; modo servent formam ei a jure civili datam: at ut mutata forma, non mutetur contractus, non esse rationis. Igitur secundum hoc putemus, re data, ut res detur, numquam emptionem dici; sed rerum permutationem. Fuisse tamen inter Sabinianos & Proculianos de hoc dubitatum in *l.* 1. §. 1. *h. t.* indicant sequentia Pauli verba: *Sed an sine nummis venditio dici hodieque possit, dubitatur: veluti si ego togam dedi, ut tunicam acciperem.* Sensus Pauli est, si habeam animum emendi tunicam, nummos non habeam, & togam dem nummorum loco: fuisse quæsitum, an idcirco, quod inter contrahentes agitur, ut emptio sit; possit emptio fieri. Et ait Paulus, Sabinum & Cassium putasse; ideo quod hanc spectassent contrahentes; & præterea existimasset sic Homerus in adductis ab eo locis. Verum Nervam & Proculum contrariam tenuisse viam, eamque veriorem: arbitratos, formam contractus, jure civili rerum expediendarum gratia prudenter ordinatam, ne difficilior fiat earum explicatio, rursus confundi non oportere. Hoc Nervæ & Proculi argumentum Paulus sequentibus comprehendit verbis, *Nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor: sic aliud est pretium, alia merx: quod in permutatione discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit.* Imp. Justinianus §. 2. *Inst. h. t.* ipsum in hunc refert modum: *Diversæ scholæ auctores contra sentiebant: aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emptionem & venditionem: alioqui non posse rem expediri, permutatis rebus, quæ videatur res venisse, & quæ pretii nomine data esse. nam utramque videri & venisse & pretii nomine datam esse, rationem non pati.* Igitur sic brevissime Diocletianus & Maximianus *l.* 7. *C. de rer. permut.* *Emptionem rebus fieri non posse, pridem placuit.* Cæterum permutationem quam in superiore specie fecimus, etsi non sit emptio, tamen habere effectum emptioni & venditioni non absimilem, egregie observat Gordianus *l.* 1. *C. de rer. permut.* Therasæ cuidam ita rescribens: *Si cum patruus tuus venalem possessionem haberet, pater tuus pretii nomine, licet non taxata quantitate, aliam possessionem dedit: idque quod comparavit, non injuria Judicis, nec patris tui culpa evictum est: ad exemplum ex empto actionis non immerito id quod tua interest, si in patris jura successisti, consequi desideras. At enim si cum venalis possessio non esset, permutatio facta est, idque quod ab adversario præstitum est, evictum est: quod datum est, si hoc elegeris, cum ratione restitui postulabis.* Patruus Therasæ venalem habebat possessionem, sive fundum. eam possessionem Therasæ pater, cum vellet emere, nec haberet numeratam pecuniam, pretii nomine, id est, pro numerata pecunia, aliam dedit possessionem inæstimatam; vel, ut Gordianus loquitur, non taxata quantitate. deinde possessio a patruo tradita Therasæ patri, ei evicta est, non injuria Judicis, neque culpa patris Therasæ. (id est, ut dicitur in *l.* 8. & *l.* 15. *C. de evict.* est evicta juris ratione) Mortuo deinde patre, Therasa successit in ejus jura: id est, facta est ejus heres. quæritur qua actione illa experiri debeat. causa quærendi, qualis sit contractus: utrum emptio & venditio, an rerum permutatio. Aliquis dicat, contrahentes hic tradita venali possessione, inde alia possessione pretii nomine contra data, voluisse, emptionem & venditionem contrahere. argumentumque esse, quod Therasæ a Gordiano tantum una conceditur actio

ctio ad id quod interest, exemplo actionis ex empto: in qua sic observatur re evicta: cum evicta re permutata, etiam danda foret condictio ob causam dati causa non sequuta. Sed non est ita: contra placet Gordiano, non esse emptionem & venditionem, sed esse permutationem, emptionis forma, ut dictum, pretium certum & pecuniarium, desiderante. At enim evicta re permutata, non minus condictio ob rem dati obtinet ad dati repetitionem, quam actio præscriptis verbis ad id quod interest. Sit ita, integra permutationis natura, & nullo pacto infracta: sed in præsentiarum talis non est. nam data venali possessione, & invicem alia possessione pretii nomine data, creditur inter contrahentes agi; ut permutatio non suis, sed emptionis, regulis æstimetur. Sic ergo fit, ut Therasæ in proposito non detur condictio ob causam dati causa non sequuta: sed actio præscriptis verbis ad id quod interest. Gordianus sic exprimit: Therasam ad exemplum actionis ex empto, id quod ejus interest consequi non immerito desiderare. Vere & meditate: nam actiones præscriptis verbis, pendentes ab innominatis contractibus, omnes dantur ad exemplum civilium actionum, ut empti, mandati. Ita in summa putat Gordianus, si venalis fuerit possessio, animum contrahentium fuisse, permutationem confingere ad imaginem emptionis venditionis: in qua condictio ob causam dati causa non sequuta cessat: sicut cessat pœnitentia. at si non fuerit venalis possessio; non videri contrahentes de informanda permutatione cogitasse: ideoque evicta possessione, licere Therasæ, quasi integro jure permutationis, prout elegerit, agere vel actione præscriptis verbis, vel condictione ob causam dati causa non sequuta.

Ostendi, quod in emptione venditione res pro re dari nequit. E diverso quæris: an pecunia data, ut res detur, permutatio videri possit: si quidem pecunia pro corpore habeatur? Mihi non placet, etsi putent Doctissimi Interpretes, propter sequentia Celsi verba ex *l. ult. D. de condict. caus. dat. caus. non sequut.* *Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis & venditionis est: an nulla hic alia obligatio, quam ob rem dati, re non sequuta? in quod proclivior sum.* Sed vereor: ne corruptus sit Celsus, & sic restituendus: *Dedi tibi peregrinam pecuniam.* Sic emendavi olim; & sensum demonstravi *lib.* 4. *Probabilium c.* 4. Sequentibus quoque Celsi verbis, *Utrum id contractus genus pro portione emptionis & venditionis est*, sane obscuris, ne diutius offenderent, lucem dedi *lib.* 1. *Observ. c.* 17. Illud nescio, an addam, quod pretio in ingressu contractus constituto in pecunia numerata, & pro ea deinde venditori consentienti re in solutum data, nil impedit, quo minus salvus maneat emptionis contractus. imo sic cuidam Domitio rescribunt Diocletianus & Maximianus *l.* 9. *C. de rescind. vend.* *Pretii causa non pecunia numerata, sed pro ea pecoribus in solutum consentienti datis, contractus non constituitur irritus.* Optime: nam emptionem non pecuniæ numeratione censemus: sed conventione de ea numeranda. quemadmodum solemus contractuum formas magis ex eo quod in contrahendo placuit ab initio, quam ex hoc quod postea insequutum est, distinguere *l.* 1. §. 13. *D. Depositi l.* 8. *D. Mandati.*

Ne hoc quidem silere me hic oportet: quod ut emptionis pretium consistat in pecunia numerata; tamen pecuniæ numeratæ potest accedere conventio rei aut facti; & consequenter actio ex vendito æque ad ejus atque ad pretii præstationem competere: cum & res & factum quasi pars pretii habeatur: postquam placuit, pacta conventa in continenti bonæ fidei contractibus adjecta, iis contineri. Sed hoc apparet ex *l.* 79. *D. h. t. l.* 6. §. 1. *l.* 21. §. 4. *l.* 28. *D. de act. empt.*

Ordo quem mihi proposui, me deduxit ad mercem pro qua pretium constituitur: emptore non magis agente, ut pecuniam jactet; quam venditore, ut perdat mercem. sed uterque destinat, sibi consulere mercis & pecuniæ permutatione. proinde non potest emptio venditio intelligi sine re quæ veniat *l.* 8. *h. t.* & si consensum fuerit in corpus, quod ante venditionem in rerum natura esse desierit, placet Paulo, nullam emptionem esse *l.* 15. *d. t.* Pone ex *l.* 57. *eod.* domum emi, combustam ante venditionem perfectam, cum ego & venditor combustam ignoraremus: dicit Paulus, nihil venisse: id est, nihil fuisse quod venderetur; venditionemque sine re quæ veniat, non consistere Atqui area, quæ est præcipua domus pars, mansit post incendium. Quasi emptor domus aream cogitarit, non domum areæ impositam: sed ut area domus pars, etiam præcipua fuerit, quamdiu constabat domus: tempore venditionis non erat pars domus quæ tum nulla erat. Non igitur valet venditio domus ante combustæ, quia nihil venit. utique, si combusta sit domus tota. quod, si pars mansit: ait Paulus, multum interesse, quanta pars permaneat. nam si quidem amplior pars exusta est; (quia pleraque majore censentur parte) emptorem non compelli, emptionem perficere: contra repetiturum quod solverit. sin vero vel dimidia pars, vel minor, quam dimidia, exusta fuerit; jam subsistere emptionem, quasi extet domus, cujus pars dimidia aut major exstat; ideoque coarctandum esse emptorem, emptionem adimplere, æstimatione viri boni arbitratu habita: ut quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum, ab hujus præstatione liberetur. Hæc ex vero Paulus *pr. d. l.* 57. at quæ in §. 1. *& seqq.* nobis sub Pauli nomine obtruduntur, falsa atque inextricabilia esse, a quocumque scripta sint, demonstravi *lib. sing. De form. emend. dol. mal. c.* XI. idemque judicavi de his, quæ ibidem sunt subjecta ex Papiniano *l.* 58. Cæterum quæ ex Paulo tradidi, illis obstare creditur hoc Marciani *l.* 44. *D. h. t.* *Si duos quis servos emerit pariter uno pretio quorum alter ante venditionem mortuus est. neque in vivo constat emptio.* Sed non obstat: refert enim, utrum vendita sit res una cujus pars perierit; an venditæ sint duæ quarum altera non extiterit. nam ut unius rei pretium liquet; sic ejus pars non est difficilis æstimatu. at ex duobus servis uno mortuo, non est facilis alterius æstimatio, utpote pendens ab affectione utriusque contrahentium; qua potest fieri, ut alter ab emptore, alter a venditore, pluris æstimetur. sic cum de æstimatione non conveniat inter utrumque: magis placuit, emptionem propter mortuum esse nullam, quam valere propter superstitem. Dices, pacti obscuritatem, si quæ in emptione deprehendatur, venditori nocere; & ita Paulum arbitrari *l.* 21. *D. h. t.* verba Pauli: *Labeo scripsit, obscuritatem pacti nocere potius debere venditori, qui id dixerit, quam emptori: quia potuit re integra apertius loqui.* Sed apparet, Paulum agere de ambiguitate verborum, si quæ ab initio fuerit in pacto, seu lege, venditionis: quam legem a venditore dari, alibi observat Jacobus Cujacius *lib.* 23. *Observ. c.* 31. ea porro lex quam dixit

dixit venditor, si obscura sit, ait Paulus, ejus obscuritatem potius venditori nocere: quia potuit, re integra, apertius loqui; &, si non fecit, imputet sibi. Verum hoc ad rem propositam non pertinet. nam ubi duo servi veniunt uno pretio; re integra, nihil est ambiguum; nihil quod venditori imputetur. proinde duobus servis uno pretio venditis, & altero perempto ante perfectam venditionem; irrita est venditio: nulla ratione, cur melior sit emptoris, quam venditoris, conditio, aut contra.

Igitur in *l.* 8. *h. t.* (huc enim redeo) ait Pomponius, nec emptionem, nec venditionem sine re quæ veniat, intelligi. sentiens tamen hoc recipere dubitationem, & duplicem, utrique occurrendum credidit. prior est: quod fructus & partus futuri quotidie emuntur & venduntur: ut ut nulli sint, antequam nascuntur: adhæc potest fieri, ne nascantur. utroque vero casu emptio sine re erit. vides difficultatem. Quid Pomponius? putat, venditionem futurorum fructuum quasi conditionalem esse: nam ei vi ipsa inesse conditionem, Si fructus nascantur *l.* 1. *pr.* & § *ult.* *D. de condit.* & *demonstr.* conditionales autem venditiones tunc perfici, cum impleta fuerit conditio. quapropter si non nascantur fructus, negat, emptionem esse, deficiente conditione *l.* 7. *D. h. t.* contra ait, si nascantur, perinde haberi, quasi jam tum, cum contractum est negotium, venditio facta intelligatur *d. l.* 8. Quid, si egerit venditor, ne nascantur? placet Pomponio, ex empto agi posse, quasi impleta conditione *d. l.* 8. & recte: est enim Jure Civili receptum, quotiens per eum cujus interest conditionem impleri, fit quo minus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta conditio fuisset *l.* 24. *D. de condit.* & *demonstr.* Sublata est prior hæsitatio. Altera a Pomponio §. 1. *d. l.* 8. sic proponitur: *Aliquando tamen & sine re venditio intelligitur: Veluti, cum quasi alea emitur.* Pomponius aleam vocat rem incerti eventus. distinguit autem quasi aleam a vera. hæc legibus improbata & vetita: illa non; ut dictum *lib.* XI. *tit.* V. *De aleatoribus.* Exemplum quasi aleæ Pomponio; *cum captus piscium, vel avium vel missilium, emitur.* Missilia vocat munera a Principe aut Magistratibus jactari aut spargi solita. res nota ex § 45. *Inst. de rer. divis.* & Suetonio *Caligul. c.* 18. & *Neron. c.* XI. Emitur vero captus missilium, cum emitur quod ex missilibus sparsis jactisve capietur. cætera sic exprimit Ulpianus *l.* 11. §. *ult.* *D. de act. empt.* *Cum futurum jactum retis a piscatore emimus, aut indaginem plagis positis a venatore, vel pantheram ab aucupe.* Jactus, qui & bolos, emitur, cum a piscatore emuntur pisces jactu retis extrahendi. qualis empti jactus mentio apud Apulejum, *Apolog.* & Suetonium, *lib. De clar. Rhetorib. cap.* 1. Indago plagis positis emitur a venatore; cum emitur quidquid ferarum includitur & capitur indagine positis plagis, seu retibus, quibus saltus cingitur: sic, indago accipitur apud Virgilium *lib.* 4. *Aeneid. vers.* 121. *Saltusque indagine cingunt.* Postremo emitur ab aucupe panthera; (quæ Varroni *lib.* 4 *de ling. Latin* §. 20. est genus retis) ab eo emuntur aves panthera capiendæ. Expositis Pomponii verbis, apparet casus de quo ambigitur. quæstio igitur est; cum emitur jactus retis, aut indago positis plagis, aut panthera, aut captus missilium, an sit emptio: causa dubitandi, an sit merx. quid enim emitur & venditur, nisi alea? Apulejus *d. loc.* dicit fortunam jactus: Ulpianus *l.* 11. *D. de hered. vend.* ait, incertum rei venire. ita agitur; ut emptio sit, etiamsi nihil incideret: id est, sine re: quod regula juris non patitur. Atque ita est prima facie. sed Pomponius, re penitius inspecta, negat, regulam hac emptione offendi, eo quod est spei emptio: quæ, ut a Seneca *Epist.* 10. appelletur incerti boni nomen, est aliquid, atque æstimabile a peritis. ita valet emptio quasi aleæ: quia non est sine re quæ veniat. quid ergo, si venditor nolit jactare rete? recte ait Celsus, incertum ejus rei æstimandum. & si quod extraxit piscium, nolit reddere, æstimari debere quod extraxit *l.* 12. *D. de act. empt.* quia id venditum. quid, si nihil inciderit? jam exitus non habet mercem, spe sublata: sed sufficit, mercem ab initio fuisse; & si esse desiit, periisse emptoris periculo: ita nihilominus hic tenebitur pretium præstare *l.* 11. §. *ult. D. de act. empt.*. Illud quale quod in fine §. 1. *d. l.* 8. ait Pomponius, *Quod missilium nomine eo casu captum est, si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur: quia id actum intelligitur?* Tu puta, esse actum, ut habeat emptor captum. at captum intelligitur quod potest retineri. nam si nequit retineri, non videtur captum, quia non est cum effectu captum. ergo si quid evictum sit, quia non intelligitur captum; non tenetur venditor evictionis nomine: quasi id actum sit.

Præter superiores dubitationes est & sequens; an res incorporales, ut servitus, hereditas, actio, emi & vendi possint. movet, quod in jure consistunt, & tantum animo concipiuntur; ac tangi nequeunt: sic vero metus fuerit, ne his venditis, non sit merx: sine qua emptio venditio nulla est. Sed aliud placuit; quia servitus, hereditas, actio, similia jura incorporalia, etsi non possint tangi, nec extent citra nostram fictionem: quatenus tamen sub cogitationem cadunt, & animo concipiuntur, esse intelliguntur; & ut ne sic quidem sint res corporales, nihilominus res incorporales appellantur, ideoque venditæ pro merce habentur, & valet earum emptio, venditio, ex qua empti & venditi agi potest. ita sub hoc Titulo Labeo *l.* 80. de servitute prædii; sicut de utroque servitutis genere actum supra *lib.* 7. & 8. de hereditate vero & actione vendita agetur infra proprio Titulo.

Putemus igitur, emptionem & venditionem præter pretium, etiam mercem desiderare. At qualem? omnem quæ non prohibeatur emi & vendi. huc it sequens Rubricæ pars, *Quæ res venire non possunt.* significat enim, si quæratur, quæ res vendi possint, inquirendum esse, quæ emi & vendi prohibeantur: intellectis enim his, reliquas emi & vendi recte. Hoc & Paulus intendit *l.* 34. §. 1. *D. h. t.* verbis subjectis. *Omnium rerum quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit: quas vero natura vel gentium jus vel mores commercio exuerunt, earum nulla venditio est.* Paulus ait, aliquas res commercio eximi jure gentium, aliquas moribus civitatis. Ad jus gentium refero hominem liberum: nam libertas est juris gentium *l.* 4. *D. de just.* & *jur.* eoque hominem liberum, quamdiu est talis, extra commercium esse, æquum est. idem puta de rebus sacris & religiosis: nam & religio juris gentium *l.* 2. *D. d. t.* quid ni igitur res sacræ ac religiosæ eo jure neque æstimationem recipiunt *l.* 9 §. *ult.* *D. de rer. divis.* neque alienationem *l.* 73. *D. h. t.* Moribus civitatis extra commercium habentur res publicæ; maxime quæ in usu publico sunt: ut campus Martius, forum, theatra, basilica. cæteræ quæ in pecunia, seu patrimonio publico, emi & vendi possunt. Omnium igitur rerum quas natura vel gentium jus vel mores civitatis commercio exemerunt, ait Paulus, nullam venditionem esse; & si vendantur, nullam nasci actionem:

nem: sive pure vendantur, sive sub conditione, quamvis constet, res futuras emi posse; videlicet, quia fas non est, hujusmodi casus exspectare *d. l.* 34. §. 2. *b. t.* Hoc inter scientes. Idem, si emptor scit, cum venditor ignorat *l.* 70. *D. b. t.* certo, ubi non tenet contractus, ibi nec actionem esse: hic eo justius, quia sic nemo læsus fraudatusve est *l. 6. D. b. t.* Quid, si inter ignorantes aut certe ignorante emptore contracta sit venditio rei commercio exemptæ, liberi hominis, verbi gratia? Videtur a Veteribus in Fori Disputatione fuisse dubitatum: quod ab una parte staret juris regula, venditionem hominis liberi improbans: ab altera æquitas, ignorantiæ indulgens, propter difficultatem dignoscendi hominem liberum a servo, eadem utriusque figura *l.* 5. *b. t.* Atque hoc magis placuisse, auctorem habeo Licinium Rufinum lib. 8. Regularum, ex quo sequentia adscripsi verba *l.* 70. *b. t. Liberi hominis emptionem contrahi posse, plerique existimaverunt: si modo inter ignorantes id fiat. quod idem placet, etiamsi venditor sciat, emptor autem ignoret.* Quid hic Licinius Rufinus? indigitat, plerosque Jurisconsultos in Fori disputatione, in qua ea res vertebatur, sic existimasse. Idemque opinor significari a Papiniano *l.* 44. *D. de usurp. & usucap.* cum ait, *Hoc in homine libero placuisse.* Ubi? nempe in Fori Disputatione. Addit Papinianus: *Ibi propter assiduam & cotidianam comparationem servorum ita constitui publice interfuit. nam frequenter ignorantia liberos emimus.* Sic Papinianus: ac vix dubito, quin a Jurisconsultis hoc constitutum fuisse opinetur: nam & hos statuere, & constituere, ipsorumque sententias dici constitutiones, evici supra sub Titulo *De Just. & jur.* Non igitur valet emtio hominis liberi recto & subtili jure: ne propter ignorantiam quidem aut utriusque, aut emptoris solius: ideoque neutro casu nascitur directa ex empto actio. visum tamen prudentibus, dare ex empto actionem, perinde ac si is contractus valeret. Hoc, ne explicationi desit auctoritas, præ se fert Modestinus lib. 5. Regularum: nam ex illo libro est *l.* 62. §. 1. *d. t.* Verba Modestini: *Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit ejus, ne deciperetur.* Sensus Modestini est, Licet subtili & directo jure non valeat emptio loci sacri a nesciente facta, ideoque non competat directa ex empto actio; tamen postquam placuit Jurisconsultis, emptionem intelligi, (ut nominatim loquitur Pomponius *l.* 4. *D. b. t.*) adhuc aget emptor utili ex empto actione adversus venditorem; ut consequatur quod ejus interfuit, ne deciperetur. Sic censeo; atque hanc actionem esse utilem, jam demonstravi *lib. De form. emend. dol. mal. c.* XII. Hoc: si venditor scivit, emptor ignoravit. sed aliud est: si uterque ignoravit. nam vel hoc casu valere emptionem ex Licinio Rufino dictum. quamquam non hoc fine: quasi emptor quod sua interfit, consequatur; ut in superiore specie: sed ut emptor pretium si quod solverit, a venditore recipiat: quasi non patiatur bona fides (quod in alio casu ex Juliano observatum ab Ulpiano *l.* 11. §. *ult. D. de act. empti.*) emptorem in tali contractu non habere rem; & pretium a venditore retineri. Illud in universum retinendum est in omnibus quæ commercio sint exempta, venditionem, quamvis inter ignoranres factam, numquam usque eo valere; ut in emptorem transferantur. Sic de filiis a patre venditis clare Diocletianus & Maximianus *l.* 1. *C. de patrib. qui fil. suos distraxer.* una erat exceptio; si id fieret contemplatione extremæ necessitatis, aut alimentorum: & tamen ne sic quidem statui ingenuitatis eorum præjudicari, docet Paulus *lib.* 5. *Sent. tit.* 1. §. 1. Sed ex Constitutione Imp. Constantini restricta hæc exceptio est ad liberos sanguinolentos, id est, recens natos, & a matre adhuc rubentes *l.* 2. *C. eod tit.* de qua scripsi, *Julio Paulo, sive de partus expositione & nece c.* 5.

Præter hæc notatu dignum est: quod Ulpianus scribit *l.* 22. & 24. *D. b. t.* (quæ sunt conjungendæ, ut sunt ex eodem lib. 28. Ad Sabinum) venditionem rei sacræ vel religiosæ tunc demum non subsistere; cum quod venditur, omne religiosum vel sacrum vel publicum est: quia sic principaliter venditur res sacra vel religiosa: sed non esse idem; si modicus locus sacer vel religiosus emptioni rei majoris accedit. pone; in fundo qui venit, est sepulchrum aut modicus locus sacer: is locus non excipitur lege venditionis. non specialiter venit locus sacer aut religiosus: sed fundus profanus cui is locus adhæret; ideoque esse ex empto actionem, Ulpianus ait. Et commode Paulus *l.* 62. *D. de adq. rer. domin. Quædam* inquit, *quæ non possunt sola alienari, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis ad beredem; & res, cujus quis commercium non babet.* Est & aliud exemplum in hoc Taciti *lib.* 1. *Annal c.* 73. *Nec contra religionis fieri, quod effigies ejus* (Augusti) *ut alia numinum simulacbra venditionibus bortorum & domuum accedant.*

Præter res religiosas, sacras, publicas, & homines liberos de quibus dixi, prohibentur etiam aliæ res emi & vendi Codicis lib. IV. Titulo XL. qui est, *Quæ res venire non possunt.* item Titulo XLII. *De eunucbis*, & Titulo XLI. qui est, *Quæ res exportari non debeant.* qui legi possunt. ex postremo solam apponam *l.* 1. cujus rationem merito quis miretur. Verba sunt: *Ad barbaricum transferendi vini, olei, & liquaminis nullam quisquam babeat facultatem: nec gustus quidem causa aut usus commerciorum.* Sed desinet mirari: jam animadverso, Imperatores spectare ad quietem Reipublicæ, in eo sitam; ne barbari dulcedine frugum illecti, deinceps invadant terras imperii Romani, illarum feraces: quod a Gallis olim factum, ex Livio *lib.* 5. *c.* 33. primus observavit plurimæ Vir eruditionis Andreas Alciatus, *lib.* 4. *Dispunct. c.* XI. poteftque id juvari sequente loco ex Paulo Diacono, *lib.* 18. *Itaque odio metuque exagitatus* (Narses) *in Neapolim Campaniæ civitatem secedens, legatos mox ad Langbardorum gentem dirigit; ut paupera Pannoniorum rura desererent, & ad Italiam cunctis repletam divitiis possidendam venirent: simulque multimoda pomorum genera aliarumque rerum species quarum Italia ferax est, mittit, quatenus eorum ad veniendum animos possit allicere. Langbardi læta nuncia & quæ ipsi præcipue optabant, gratanter suscipiunt. denique futuris commodis animos attollunt.*

Vix finis erit; si adferam cuncta, emi & vendi prohibita. non prætermittam tamen venena mala. nam horum emptionem contrahi, non pati bonos mores, indicat Gajus *l.* 35. §. 2. *D. b. t.* arbitratus, id quod res est, commercia jure gentium esse inventa ad juvandas res humanas numquam ad perdendas. ad hoc probandum Gajus petit argumentum a societate: negans, hanc, si flagitiosæ rei sit, vires habere. simili consilio ait, nullum esse mandatum quod sit contra bonos mores. utriusque exemplo putat, nullam esse emptionem veneni, quod nullo modo alterius materiæ adjectione usui nobis esse potest. at si quæ mixta aliis materiis adeo nocendi naturam deponunt, ut ex his antidoti (sic extat Florentiæ) &

& alia quædam salubria medicamenta conficiantur, aliud dici putat; quia sic sunt venena bona, non mala; &, ut Nonius dicit, medicamentum. Non minus huc pertinet: quod Ulpianus ait, Senatum censuisse, Ne quis domum villamve dirueret, quo plus sibi adquireretur, neve quis negotiandi causa eorum quid emeret venderetve, pœna in eum qui contra Senatusconsultum quid fecisset, constituta *l.* 52. *D. b. t.* Factum id Senatusconsultum publici decoris causa, Aviola & Pansa Consulibus *l.* 41. §. 1. *D. de legat. lib.* 1. temporibus Hadriani, meminit Spartianus *in vita Hadriani c.* 18. ibique in Notis Casaubonus.

Sit etiam hujus loci hoc Ulpiani in *l.* 34. §. *ult. D. b. t. Tutor rem pupilli emere non potest. Idemque porrigendum est ad similia, id est, ad curatores, procuratores, & qui negotia aliena gerunt.* Quod de tutore dicit, verum est, etsi res pupilli per leges vendi potest; si ipse eam vendat pupilli nomine, vel si pupillo vendenti fiat auctor. Nimirum, quia emptio & venditio non fit, nisi emtoris & venditoris consensu. ipse autem tutor non potest fungi officio utriusque. Sic Ulpianus *l.* 5. §. 2. *D. de auctor. tutor.* Quid, si contutor vendat, vel pupillo vendenti fiat auctor? ait Ulpianus, tutorem jam emere posse. scilicet, quia alterius auctoritas sufficit, modo agatur bona fide: cæterum, si mala fide, id est, gratiose aut sordide, emptio intercesserit, nullius momenti fore *d. l.* 5. §. 2. Idem putat; si emptio facta sit per interpositam personam *d. l.* 5. §. 3. quasi latenter factum, si callide & dolose factum. Non idem; si emat palam & bona fide *l.* 5. *C. b. t.* Sane Ulpianus *d. l.* 5. §. 4. *D. de auct. tutor.* si ipse, inquit, quid emit palam, dedit autem nomen non mala fide, sed simpliciter, ut solent honestiores non pati nomina sua instrumentis inscribi, emptio valet. quod si callide; idem erit, ac si per interpositam personam emisset. Quod de tutore dictum, ait Ulpianus *d. l.* 34. §. *ult.* esse porrigendum ad similia, id est, ad curatores, procuratores, & qui negotia aliena gerunt. An ad publica quoque officia? Marcianus *lib. singulari De delatoribus l.* 46. *D. b. t. Non licet*, inquit, *ex officio quod administrat quis, emere quid vel per se, vel per aliam personam.* Exceptio in *l.* 62. *D. b. t.* quid si contra fiat? est duplex pœna. Marcianus indicat: *Alioquin non tantum rem amittit, sed & in quadruplum convenitur secundum Constitutionem Severi & Antonini: & hoc ad Procuratorem quoque Cæsaris pertinet*, Addit Marcianus: *Sed hoc ita se habet, nisi specialiter quibusdam hoc concessum est.* Hic versus nescio an sit Marciano adjectus a Triboniano ex *l.* 1. *C. de contractib. Judicum.* Æquitas interim & ratio hujus juris fuit summa: ne magis raptus esset, quam emptio. eam ex Cicerone notavit Rævardus *lib.* 2. *Var. c.* 20. & addi potest Cujacius *lib.* 16. *Observ. c.* 13.

Demonstratis rebus quæ emi & vendi prohibentur, vix opus admoneri, cæteras quæ non prohibentur, emi & vendi posse. Nec tamen vel hoc est sine exceptione: nam si rem meam emi; non putatur esse emptio *l.* 16. *D. b. t.* quando nulli bono est, a me emi rem meam, illa emptione meam non magis futuram quam ante fuit. Atqui alio non spectat emptio, quam ut empta res emptori adquiratur; cum non esset ejus. Sed inania excedunt modum juris nostri *l.* 4. *C. b. t.* Hoc: si rem meam pure emam. Quid, si emam sub conditione, si mea esse desinet? jam valet emptio *l.* 6. *D. b. t.* dilata videlicet in id tempus quo res erit aliena. Idem: si rei meæ inhæret quid alieni juris: ut possessio *l.* 34. §. 4. *d. t.* est enim rationis, me accipere vel retinere rei meæ possessionem quæ est alterius, & mihi jure potest adimi vel abjudicari. Plus dicam, si quidem dominus sim, sed dominium a me avocari potest, nil obstare, quo minus emam rem huc usque meam, sed, a me abituram. Est talis casus in *d. l.* 4. *C. b. t.* En: aliquis mihi donavit rem suam. ejus traditione ego fio dominus. illa donatio mox dicitur inofficiosa. quid fit? ego rem mihi donatam, & traditam, emo a donatoris herede. recte emo. atqui est mea sed a me abitura: donatione per querelam inofficiosæ donationis rescissa ad exemplum inofficiosi testamenti. Plane ut emere rem meam nequeam, distrahere ut possim, dominio consequens est. De aliena videamus: ejus non sum dominus; tamen venditionem Ulpianus mihi concedit *l.* 28. *D. b. t.* etsi possit aliqua esse dubitatio, propter pignus in re aliena constitutum: nam de hoc aliud traditur *l.* 6. *C. Si aliena res pignori:* ut ut in *l.* 9. §. 1. *D. de pignorib.* si scribatur: *Quod emptionem venditionem recipit, & pignerationem recipere potest.* Quid dicimus? locum esse difficilem & hic explicandum: nisi jam explicuissem *lib.* 1. *Observ. c.* 7.

Explicita forma contrahendæ emptionis, additis rebus quæ venire possint, absolutæ sunt duæ Tituli partes. restat tertia de pactis inter emptorem & venditorem compositis. continet vero hæc exempla multa: ex quibus illustravi duo valde obscura. alterum *lib.* 4. *Probabil. c.* 2. alterum *lib.* 3. *c.* XI. nec inutile foret, hic præterea indicari, quemadmodum jus sit contrahentibus, naturam contractus pactis adjectis pro suo commodo informare, plerumque in continenti, aliquando ex intervallo, aut detrahendo de substantia vel adminiculis aliquid, aut adjiciendo. Sed talia executus antehac magna diligentia sum *lib. sing. Ad Edict. De pact. & transact. c.* XI. & *c.* XIX. Igitur ne pete, hic a me agi actum sed ut duo sequentes Tituli, alter *De addictione in diem*, alter *De lege commissoria*, aliqua indigent ope, non pigebit me de his, quantum satis est, subjungere.

TITULUS II.

De in diem addictione.

Rubrica fuit aliquando sic edita, *De in diem adjectione.* sed præstat scribi, *De in diem addictione.* Id post alios observavit Antonius Augustinus *lib.* 2. *Emendat. c.* 3. simul, quod adjicere est emptoris, plus licitantis, sive meliorem conditionem adferentis *l.* 8. *l.* 13. *D. b. t.* inde adjectio in *l.* 4. §. 1. *l.* 19. *d. t. l.* 41. *D. de rei vindic.* est allatio melioris conditionis, aucto pretio, verbi gratia. contra addicere est venditoris: nam addicere est vendere *d. l.* 13. *& passim. d. t.* inde in diem addictio est, venditio facta hoc pacto, Nisi melior conditio adferatur. Fuit autem quæstionis, quotiens fundus in diem addicitur; utrum pura sit emptio quæ sub conditione resolvatur; an magis sit conditionalis? Et quidem Paulus *l.* 2. §. 4. *D. Pro emptore* refert, in ea alios aliud sensisse: sed ipse *eo loco* & Ulpianus *l.* 2. *b. t.* verius esse existimat, interesse, quid actum sit. nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata conditione discedatur, puram esse emptionem, quæ sub conditione resolvitur: sin autem hoc actum est, ut perficiatur emptio, nisi melior condi-

ditio afferatur, esse emptionem conditionalem. Nec frustra hæc observatur differentia: nam ubi pura emptio est, sed sub conditione resolvitur: tum si quidem venditor dominus fuit; re tradita, emptor confestim dominus fit, alioquin usucapiendi conditionem accipit. præterea vindicare rem poterit *l.* 41. *D. de rei vindic.* & pignorare *l.* 4. §. 3. *D. h. t.* potest etiam fructus percipere, & periculum ad eum pertinere, si res perierit *l.* 2. §. 1. *d. t.* hac optimi ratione quam subjicit Paulus *l.* 3. quoniam post interitum rei jam nec potest melior conditio adferri: id est, emptio non potest resolvi, & ideo manet firma. Plane quod dictum est, fructus interea captos emptorem priorem sequi: totiens placet Ulpiano *l.* 6. *d. t.* quotiens nullus emptor existit qui meliorem conditionem adferat, vel falsus existit: neutro enim casu existit conditio, addictioni finiendæ adscripta: sin vero existit emptor posterior, jam quia existit conditio, & finita retro venditio est: ait Ulpianus, priorem emptorem fructus debere refundere, sed venditori; emptorem vero posteriorem qui meliorem conditionem attulerit, præter corpus, nihil sequi quod venierit, Paulus docet *l.* 14. §. 4. *h. t.* Adhæc memorat Ulpianus *l.* 4. §. 3. *d. t.* Marcellum lib. 5. Digestorum scripsisse, fundo pure vendito & in diem addicto, si allata sit melior conditio, pignori esse desinere, si emptor eum pignori dedisset: hac, ut videtur, ratione; quod sublato jure constituentis, etiam sublatum esse jus constitutum intelligitur *l.* 31. *D. de pignoribus.*

Hæc; si addictio in diem facta sit pure, & actum, ut allata meliore conditione, ab emptione discedatur. Quid si contracta sit emptio, ut perficiatur, nisi melior adferatur conditio? jam conditionalem ab initio esse emptionem, Ulpianus dixit; placetque ei, venditorem, etsi re tradita, medio tempore dominum manere, quasi non impleta conditione contractus, ideoque nec accessiones emptorem sequi, nec fructus ad eum pertinere *l.* 4. *D. h. t.* nimirum, quia interim nuda fuit traditio sine causa, neque dominium transferens, neque usucapionem. Ut tamen (quod est temperamentum Imperatoris Severi *l.* 16. *D. h. t.*) Sicut fructus in diem addictæ domus, verbi gratia, cum melior conditio fuerit allata, venditori restitui necesse est, ita rursus quæ prior emptor medio tempore necessario probaverit erogata, de reditu retineri, vel si non sufficiat, solvi æquum sit.

Est igitur addictionis in diem hæc conditio, Nisi allata sit melior conditio. Ea vero adferri demum creditur, si vera sit sequens emptio. nam si subjectus sit emptor falsus: placet Ulpiano *l.* 4. §. 5. *h. t.* Sabini sententia: existimantis, rem priori esse emptam: & recte; quia non videtur melior allata esse conditio, non existente vero emptore. Sed & si alius existat emptor, meliorem tamen conditionem non adferat, æque dicendum esse, inquit, perinde habendum, ac si non existeret *d. l.* 4. §. 5.

Melior porro conditio, ut hoc addam, adferri videtur Ulpiano *d. l.* 4. §. *ult.* si pretio sit additum. sed & si nihil pretio addatur, solutio tamen offeratur facilior pretii vel maturior, melior conditio adferri videtur. idem, si locus opportunior solvendo pretio dicatur, aut si persona idoneior accedat ad emptionem, aut si quis accedat ejusdem pretii emptor, sed qui levioribus emat conditionibus, vel qui satisdationem nullam exigat. item, si viliore pretio emere sit paratus, ea tamen remittat quæ venditori gravia erant. quidquid enim ad utilitatem venditoris pertinet, pro meliore conditione haberi debet *l.* 5. *h. t.*

Intellecto, quæ sit melior conditio, videamus, an ea allata venditori liceat, posteriori addicere? & puto, licere: nisi prior paratus sit plus adjicere. utique sic censet Paulus *l.* 7. *d. t.* ideoque addit *l.* 8. necesse habere venditorem, allata meliore conditione priorem emptorem facere certiorem: ut si quid alius adjicit, ipse quoque adjicere possit. imo si allata ab alio melior sit conditio, visum Ulpiano *l.* 9. quod Sabinus scribit, licere venditori meliorem conditionem oblatam abjicere, sequique primam. Non fuit quidem hæc omnium sententia: sed ita obtinuit, cum forte aliqui dissentirent. idque, meo judicio, indicant hæc Ulpiani verba, *Et ita utimur:* quorum hanc vim esse, evici *lib.* 1. *Probabil. c.* 2. *&* 3. At quemadmodum venditori jus est, negligere meliorem conditionem sibi oblatam; non ita licet emptori, ea oblata, ab emptione recedere: nempe, quia non ad emptoris, sed ad venditoris, favorem spectat in diem addictio: & licet unicuique suo commodo uti aut non uti, si velit: alterius commodo, eo invito, abuti nulli licet. plane, si hoc erat nominatim actum, ut liceret emptori resilire; adhuc putat Ulpianus *d. l.* 9. dissolutam esse priorem emptionem, etiamsi venditor sequentem non admittat: clara ratione. ea ratio est; quod fidem pacti servari, bonæ fidei consequens est. Similiter si pignus a creditore in diem addictum proponatur: observat Julianus, nisi adjectio recipiatur, non videri negotium a creditore agi bona fide cui eum in pignoris distractione servire oportet: præterquam si inops sit emptor, & impediendæ tantummodo emptionis causa interveniat: tum enim posse creditorem sine periculo priori emptori addicere, arbitratur *d. l.* 9.

Hæc; si unus sit venditor. quid, si plures sint, ipsique inter se dissentiant: aliis posteriorem conditionem probantibus, aliis abjicientibus? Ulpianus *l.* 11. §. *ult. & l.* 13. interjecta Pomponii sententia sic rem expedit. Idem quod Sabinus ait, si tribus vendentibus, duo posteriori addixerint, unus non admiserit adjectionem, hujus partem priori, duorum posteriori emptam, ita demum verum est, si variis pretiis partes suas distraxerunt: etsi dispares partes vendentium fuerint. quod si uno pretio vendiderint, dicendum est, totam priori emptam manere: quemadmodum si quis mihi totum fundum ad diem addixisset, postea vero pretio adjecto dimidiam alii addixerit. Celsus quoque lib. 8. Digestorum refert, Mucium, Brutum, Labeonem, quod Sabinum existimare. Ipse quoque Celsus idem probat: & adjicit, mirari se, a nemine animadversum, quod si prior emtor ita contraxit, ut si totum fundum emptum nollet habere, non habere eum eam partem emptam, quam unus ex sociis posteriori emptori addicere noluit. Verum est autem vel unum ex venditoribus posse meliorem adferre conditionem. emere enim cum tota re etiam nostram partem possumus.

Tantum de forma & exitu addictionis in diem. restat actio qua resoluta hoc pacto emptio, accipiat executionem. cum vero similis hac in parte fuerit observatio legis commissoriæ: differamus eam, donec eo perveniamus sequente Titulo.

Titu-

TITULUS III.

De lege commissoria.

Forte anxiæ & nimiæ foret diligentiæ, multis velle quem hodie probare, Legis appellatione in Rubrica indigitari pactum: cum satis notum sit, quod in ea & vicinis aliis Lex sæpe accipitur pro pacto venditioni adjecto: & quæ in præsenti est Lex commissoria, alibi pactum commissorium nominatur. Illud non silebo, quod commissorium pactum, vel lex commissoriæ venditionis *l.* 4. *C. de pact. int. empt. & vendit. compos.* videtur dici pari modo quo commissa in Rubrica *De publicanis, & vectigalibus, & commissis* dicuntur fisco adquisita in pœnam fraudantis vectigal. vult sane commissoria venditio, & pactum commissorium, quid simile: convento, ut pretium certa die solveretur: alioquin ab emptione statim atque commissa lex est, (sic loquitur Ulpianus *l.* 4. §. 2. *h. t.*) abiretur, resque empta ad venditorem reverteretur. Vix opus addi, hoc pacto informari naturam venditionis: nam absque eo esset; quamvis non soluto pretio, neque finita intelligeretur emptio, neque esset rei venditæ & traditæ repetitio: sed una ex vendito actio ad contractum solutione pretii adimplendum *l.* 14. *C. de rescindend. vendit. & l.* 12. *C. de rei vindic.* Atque ita est: ut committatur, id est, finiatur, emptio in honorem venditoris, & pœnam emptoris, non soluto pretio, opus fuit pacto commissorio. adjectum vero servari, bonæ fidei consequens fuit: quocumque modo concipiatur aut pure, aut sub conditione. potest præterea formula comprehendi: ut si soluta intra certum diem non sit pecunia, res inempta sit. intra certum inquam diem. & sic solet plerumque conveniri: eoque casu potest lex, etsi interpellatus emptor non sit, exerceri; debetque emptor, se ea volens liberare, pretium venditori ultro offerre: alioquin securus non est: nisi forte non sit cui offerat *l.* 4. §. *fin. D. h. t.* nam ut ait Ulpianus in *l.* 161. *D. de reg. jur.* in jure civili receptum est, quotiens per eum cujus interest, conditionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset. Sed formula legis commissoriæ non tantum adjecto die certo concipitur; verum potest ex ea etiam simpliciter agi sine die; ut, si pretium non solvatur, res inempta sit. tum vero emptor, si non solvat, non quidem statim legem offendit, eaque tenetur ultro; sed tamen potest post modicum tempus in mora venditoris interpellatione constitui *l.* 23. *D. de oblig. & act.*

Illud non prætermittam, quod licet hic sit legis commissoriæ exitus, ut non soluto pretio res inempta sit, aut inempta fiat: tamen placet Ulpiano *l.* 3. *h. t.* quod venditor Legem commissoriam, quæ in venditionibus adjicitur, si volet, exercebit: non etiam invitus. qua ratione? Pomponius *l.* 2. dat duplicem: una constat hisce verbis: *quia id venditoris causa caveretur.* potest autem unusquisque suo jure, suoque commodo uti, si velit; invitus non cogitur. altera Pomponii ratio talis est. *Nam si aliter acciperetur, exusta villa in potestate emptoris futurum, ut non dando pecuniam inemptum faceret fundum, qui ejus periculo fuisset.* Vocula, *Nam*, hic Pomponio non est causalis, sed ut alibi sæpe, significat *præterea:* & continet argumentum sane bonum ab absurdo. Potest igitur venditor lege commissoria, si volet uti: sin minus ei renunciare. Et ait Ulpianus *l.* 4. §. 2. *h. t.* venditorem, statim atque commissa lex est, statuere debere, utrum commissoriam velit exercere, an potius pretium petere. potest igitur legi commissoriæ renunciare palam: nec minus tacite. fac: post diem commissoriæ legi præstitutum non vindicationem instituit, sed pretium petit, vel ejus partem, vel usuras *l.* 4. *C. h. t.* verissime ait Hermogenianus *l.* 7. *D. h. t.* quod deinde nec variare, & ad hanc redire potest. idem ante probavit Ulpianus, Papinianum secutus *d. l.* 4. §. 2.

Nondum dixi omnia. adhuc restat: qualis sit lex commissoria; pura, an conditionalis. Ulpianus *l.* 1. *D. h. t.* sic scribit, *Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub conditione resolvi emptio, quam sub conditione contrahi videatur.* Sensus, meo judicio, est, quod nisi aliter fuerit expresse actum, pura est venditio, sub ea lege contracta: nec dubium; quin ex ea periculum sic statim sit emptoris *d. l.* 2. *h. t.* & dominium, facta traditione, ad eum transeat, si dominus fuit venditor, alioquin conditio usucapiendi. De fructibus quid dicemus? Neratius *l.* 5. *h. t.* ita scribit: *Lege fundo vendito dicta, ut si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit; de fructibus quos interim emptor percepisset, hoc agi intelligendum est, ut emptor interim eos sibi suo quoque jure perciperet.* Hoc pendente legis conditione. Quid extante? Neratius *d. l.* 5. *Sed*, inquit, *si fundus revenisset, Aristo existimabat, venditori de his judicium in emptorem dandum esse.* Quam ob rem? *Quia*, inquit, *nihil penes eum residere oporteret ex re, in qua fidem fefellisset.* Sensus Neratii; quia res extante pacti conditione inempta habetur, potest venditor agere de fundo, & de his quæ ex fundo percepta sint *l.* 4. *h. t.* Scævola *l.* 6. addit, & id quod arrhæ vel alio nomine datum sit, apud venditorem manere. præterea ait ibidem §. 1. nec id quod accessurum dictum est, emptori deberi. Plane Ulpianus *d. l.* 4. §. 1. consentit Neratio: existimanti, habere rationem; ut interdum fructus emptor lucretur: videlicet, cum pretium quod numeravit, perdidit; idque humanitatis esse.

Satis de forma, & ratione, legis commissoriæ. quæris exitum, simul actionem qua venditori liceat resoluta emptione jus suum exequi. est vero de hac eo diligentius tractandum: quia eadem fuit inspectio in pacto addictionis in diem, hunc in locum superiore Titulo rejecta. altera igitur pactio si in continenti adjecta fuerit contractui bonæ fidei; nemo dubitat, quin ex utraque venditori ad restitutionem rei venditæ competat in personam actio; sed qualis, in controversia olim fuisse, Ulpianus meminit *l.* 4. *h. t.* inter quos? non addit. verum mea fert opinio, fuisse inter Proculianos & Sabinianos: hisce actionem ex vendito, illis in factum præscriptis verbis, malentibus: & veriorem fuisse Sabini sententiam, sed Proculi obtinuisse, tamquam tutiorem, mihi persuadeo: donec a Severo & Antonino constitutum est, ex vendito, id est, etiam ex vendito, actionem competere. ita accipio Ulpianum in *d. l.* 4. dicentem. *Et quidem finita est emptio: sed jam decisa quæstio est, ex vendito actionem competere.* Nam sic locutos esse Veteres sæpe, alibi monui: & ex illo Decreto tandem receptam actionem utramque tam ex vendito, quam præscriptis verbis, demonstravi *lib. sing. Ad Edictum De pact. & transact. c.* XI.

Præter actiones quas dedi in personam, an etiam rei vindicatio locum habeat, in dubium venit?

nit? quæstio est, utrum emptor, an venditor, sit dominus. rei enim vindicatio uni datur domino: alii non datur. quid dicimus? referre, quid actum sit: non enim uno modo concipitur lex commissoria. primum venditione pure facta sub ea lege, emptor venditæ & traditæ rei dominus factus, lege commissa ob non solutum pretium, dominus manet, quamdiu restituta non est *l.* 1. *D. h. t.* explorato, dominium jure civili non pactis nudis, sed traditionibus transferri *l.* 20. *C. de pactis.* atque ita est, dominium rei traditæ, etsi venditio finiri possit, ad venditorem sine traditione ipso jure non pertinet: si quidem (ut in *l.* 2. *&* 3. *C. de pact. int. empt. & vendit. compos.*) quis ea lege prædium vendidit: ut, nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur. tum enim, si non precariam possessionem tradidit, non habet rei vindicationem, sed actionem ex vendito. nimirum, quia dominium pure transtulit, & pactus est, ut ad se commissa lege reverteretur. quod sine traditione ex tali pacto fieri non potest. Idem est: si initio pactum conventum sit: non ut inemptus sit fundus; sed ut inemptus fiat: nam tum quoque durat emptio; æque traditio ex ea facta: donec per actionem ex vendito & venditio rescindatur, & res vendita restituatur. Itane? sit fides Ulpiano *l.* 4. *D. h. t.* aliter est: Si ea lege prædium vendidisti, ut nisi intra certum tempus pretium fuisset exolutum, res inempta esset, vel dominium ad venditorem pertineret. tum enim servanda est contractus fides, & danda venditori actio non in personam tantum, sed in rem quoque. Videlicet, quia venditione hoc modo sub conditione contracta, dominium ultro ad venditorem pertinet fictione juris, ac si venditio fuisset numquam contracta; & dominium rei sine causa traditæ a venditore numquam abiisset. eum casum, eamque actionem, me interprete, repræsentat *l. ult. D. h. t.* & *l.* 1. *C. de pact. inter empt. & vendit. compos.* ac secundum hæc accipiendus mihi videtur quoque Ulpianus *l.* 41. *D. de rei vindic.* Verba Ulpiani: *Si quis hac lege emerit, ut si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emptione: post allatam conditionem, jam non potest in rem actione uti. Sed* [*&*] *si cui in diem addictus sit fundus, antequam adjectio sit facta, uti in rem actione potest, postea non potest.* Proponitur addictio in diem facta: hac lege, ut, si alius attulerit meliorem conditionem, ab emptione discedatur. actum igitur; ut emptio sit ab initio pura: sed deinde meliore conditione allata, retro pro nulla habeatur: eoque venditori liceat ultro discedere ab emptione. in tali casu potest emptor ante meliorem conditionem allatam, quia est dominus, in rem actione uti. post allatam actionem, id est, post allatam meliorem conditionem, uti ea non emptor poterit, sed venditor: quasi is propter illam conventionem semper dominus fuerit.

Titulus. IV.

De hereditate vel actione vendita.

Hic Titulus habet duas partes: una est de hereditate, altera de actione, vendita. utramque attigi Titulo primo hujus libri: executus, quæ res emi & vendi possint. ostendi ibi, tales esse cum corporales, tum incorporales: quia non minus hæ, quam illæ, in rerum natura esse intelliguntur. Nunc cætera absolvam: primas daturus hereditati. quæ si venierit; esse debet hereditas, ut sit emptio: quando non alea emitur, sed res: quæ si non sit, non contrahitur emptio *l.* 7. *D. h. t.* fac: hereditas veniit ejus qui vivit, aut nullus est: ait Pomponius, nihil esse acti: quia in rerum natura non sit quod venierit *l.* 1. *D. h. t.* Hoc, si hereditas vendatur simpliciter. At si actum est in venditione: *Si quid juris esset venditoris, venire; nec postea quidquam præstitum iri:* contra ait Javolenus, quamvis ad venditorem non pertinuerit hereditas: nihil tamen eo præstabitur: quia actum esse manifestum est, ut quemadmodum emolumentum negotiationis, ita periculum ad emptorem pertineret *l.* 10. *D. h. t.* Ulpianus *l.* 11 sic præfatur: *Nam hoc modo admittitur, esse venditionem,* Si qua sit hereditas, est tibi empta, & quasi spes hereditatis: *ipsum enim incertum rei venit, ut in retibus.* Plane (quod ex Gajo in *l.* 12. subjicitur) si sciens ad se non pertinere, ita vendiderit: tunc ex dolo tenebitur, atque ut puto, ad id quod emptoris interest, se deceptum non esse. sic accipio quod ex Paulo traditum *l.* 9. *h. t.* nam si inter ignorantes facta sit venditio hereditatis quæ non sit, pretium condicetur *l.* 7. *h. t.* Javolenus *l.* 8. ait, pretium dumtaxat, & si quid in eam rem impensum est, emptorem a venditore consequi. Additur ibidem, si est aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsam æstimari. Reliquum est, ad quid teneatur venditor: & vice versa, quid emptorem præstare oporteat. His Edictum ne quære: nullum enim fuit; etsi aliquod confingat Ranchinus. Melius observat Cujacius *lib.* 2. *Observ. c.* 30 solitas fuisse inter emptorem & venditorem interponi stipulationes emptæ & venditæ hereditatis: quarum meminit Imp. Justinianus §. 6. *Inst. de fideicom. hered.* Ulpianus *l.* 2 *D h. t.* eas vocat satisdationes: abusus vocabuli proprietate. nam nudas repromissiones sufficere, intelligitur ex *l.* 2. *C h. t.* Formula stipulationis ex parte emptoris in *l.* 50. §. 1 *D. de verb. oblig.* talis proditur: *Quanta pecunia ad te pervenerit, dolove malo tuo factum est, eritve, quo minus perveniat,* adde, tantam præstari. Præter hæc verba, Formulæ etiam desunt sequentia, *Ex hereditate Titii.* illa supplet *l* 97. *D. de verb. signif.* hoc modo: *Quanta pecunia ex hereditate Titii ad te:* Quantum porro conjicio ex *l.* 178. § 2 *D. de verb. sign* (nam ea spectat ad interpretationem hujus Formulæ) in ea etiam verba ista fuere: *item quæcumque actio, petitio, persecutio, eo nomine tibi competierit,* ea omnia recte præstare spondes. Primum stipulatur emptor, tantam præstari pecuniam, quanta ad te ex hereditate vendita pervenerit. Verba autem, *Ad te,* venditorem significant. at Ulpianus *l.* 2 § 4. *D. h. t. Non tantum,* inquit, *quod ad venditorem hereditatis, sed etiam quod ad heredem ejus ex hereditate pervenit, emptori restituendum esse.* Quærentibus porro, quid pecuniæ appellatione intelligatur: ait Celsus *l* 97. *D. de verb signif Cum stipulamur,* Quanta pecunia ex hereditate Titii ad te pervenerit, *res ipsas quæ pervenerunt, non pretia earum spectare videmur.* Et probo: si hereditas, in qua tantum erant corpora, sit ante eorum distractionem vendita. tum enim videtur inter contrahentes actum; ut ipsa, non eorum pretia, præstentur. At aliter se res habet; si in ea ab initio & numerata fuerit pecunia, & corpora: aut cum nihil esset, præter corpora, vendita est hereditas post aliquorum distractionem. tum enim obtinet quod Ulpianus *l.* 178. *D. de verb. signif.* (quæ est

eſt ex lib. ejus 49. Ad Sabinum, eoque conjungenda cum *l.* 2. *h. t.* quæ eſt ex eodem libro, & fere ad hanc formulam ſpectat) in hunc ſcribit modum. *Pecuniæ verbum non ſolum numeratam pecuniam complectitur: verum omnem omnino pecuniam, hoc eſt, omnia corpora: nam corpora quoque pecuniæ appellatione contineri, nemo eſt qui ambiget.* Sic cenſeo; & liquet ex *l.* 21. *& l.* 2. §. 3. *verſic. Sed & ſi rerum D. h. t.*

Vult igitur ſtipulatio, emptori a venditore præſtari pecuniam. Quantam? ait, quanta ad eum ex hereditate pervenerit. videlicet, quia hereditate vendita, omne venditur jus quod hereditatis fuit; id eſt, quidquid heredis fuiſſet, niſi venditio interveniſſet. Hac ratione ait Ulpianus *l.* 2. *pr. D. h. t.* inter emptorem & venditorem agi; ut neque amplius, neque minus, juris emptor habeat, quam apud heredem futurum eſſet. ita cum in hereditate fuerint res hereditariæ, non eſt dubitandum, quin venditor eas tradere teneatur. quanta autem hereditas eſt, nihil intereſt *l.* 14. §. 1. *h. t.* niſi de ſubſtantia ejus affirmaverit *l.* 15. *d. t.* puto, quia hereditas non eſt corporis nomen, ſed juris, quod vel ſine corporibus eſſe poteſt. igitur ſufficit venditori, præſtare hereditatem ſuam eſſe, atque etiam de ea ſatisdare, id eſt, repromittere; ut dixi: de ſingularum autem rerum evictione eum cavere, nihil attinet: quemadmodum nec tenetur ſingulas præſtare; ſi non hereditatis fuere. proinde tenebitur propter hereditatem, ſi ea evincatur: ſed evicto hoc aut illo corpore quod in hereditate fuerit, ejus nomine non tenebitur: quia non ſingula vendidit corpora quæ in hereditate erant: ſed, ut dixi, jus hereditate quæſitum, id eſt, quidquid commodi ex hereditate ad eum pervenerit. at quod evictum eſt, neque hereditatis fuit, neque ex ea pervenit. quare eo nomine non tenetur *l.* 1. *C. de evictionibus.* Plane de facto ſuo eum cogi ſatisdare Ulpianus ait *d. l.* 2. *pr.* ſed de hoc poſtea. Nunc videamus, quid in ſtipulatione valeat hoc, *Ex hereditate.* Puto autem velle, venditorem tantam præſtare pecuniam, quanta propter hereditatem venditam ad eum pervenerit. Ab hac cauſa Ulpianus *d. l.* 2. §. 2. poſſe quæri, inquit, ſi etiam impuberi ſit ſubſtitutus is qui vendidit hereditatem teſtatoris, an etiam id quod ex impuberis hereditate ad eum pervenit, ex empto actioni locum faciat? Et magis putat, ne veniat. qua ratione? ait, quia alia eſt hereditas. Poterat aliquem mordere: quod in pupillari ſubſtitutione eſt unum teſtamentum patris & filii. Sed hoc non terret Ulpianum: qui, licet, inquit, unum teſtamentum ſit; alia tamen atque alia hereditas eſt. ſenſus Ulpiani: quod præſens quæſtio non ab eo pendet, quid ex teſtamento ad venditorem pervenerit: ſed quid ex hereditate vendita pervenerit: & quamquam in pupillari ſubſtitutione ſit unum patris teſtamentum; tamen unum teſtamentum eſt duarum cauſarum, id eſt, duarum hereditatum §. 2. *Inſt. de pupill. ſubſt.* quarum una eſt patris, altera filii: vendita autem eſt hereditas patris, non etiam filii. perveniſſe igitur ex hereditate interpretamur: non quod propter teſtamentum in quo data eſt hereditas vendita, pervenit; ſed propter hereditatem in teſtamento vel ex lege datam. Ita Ulpianus; niſi aliud actum eſt: idque obtinere maxime, id eſt, ita demum poſſe; ſi, poſt delatam pupilli hereditatem, vendita ſit teſtatoris hereditas. Similis obſervatio eſt in lucris quæ magis perveniant occaſione hereditatis, quam propter hereditatem: nam nec illa præſtari, Ulpianus putat *d. l.* 2. §. 7. *D. h. t.* quia non ex hereditate perveniunt, licet veniant ex occaſione hereditatis. ſit exemplum, ſi quod non debitum exegerit: non poteſt negari, eum lucrum ſentire, atque occaſione hereditatis. at non ex hereditate, aut propter hereditatem. ait igitur Ulpianus, hoc ſervari; ut heres emptori non præſtet, quod non debitum exegerit.

Sed, ut hoc agamus, apparet, oportere tantam emptori a venditore præſtari pecuniam, quanta ex hereditate ad eum pervenerit: quaſi actum ſit inter contrahentes; ut emptor, quantum ad eos attinet, vicem heredis obtineat *d. l.* 2. §. 18. *h. t.* etſi alioquin venditor hoc contractu heres eſſe non deſinat, neque emptor heres eſſe incipiat; ſolumque hic adverſus illum accipiat actionem perſonalem: ut ſibi præſtetur non plus, non minus, quam apud illum fuiſſet, ſi emptio non interveniſſet *d. l.* 2. *pr.* Hac porro ratione, atque hoc ſenſu Ulpiano placet, in eam non modo hæc venire quæ fuerunt tempore mortis quo tempore cœpit eſſe hereditas; vel tempore aditionis quo tempore adquiſita eſt hereditas: ſed illa etiam quæ poſt mortem, vel aditionem hereditatis, acceſſerunt: quia vendita eſt hereditas adquiſita: & actum, ut quod ex ea pervenit in id tempus quo venditio fit, id videatur veniſſe *d. l.* 2. § 1. Plus ait Ulpianus *d. l.* 2. §. 4. non ſolum quod jam pervenit, ſed & quod quandoque pervenerit, reſtituendum eſſe: quia non vendita hereditate, heres vel hoc habuiſſet. Ab eodem fonte fluit, quod Ulpianus *d. l.* 2. §. 9. ait, Sicuti lucrum omne ad emptorem hereditatis reſpicit, ita damnum quoque ad eumdem reſpicere oportere. Rationem ſuppeditat Ulpianus in *l.* 178. §. 1. *D. de verb. ſign.* (quam hujus loci eſſe, ſupra monui.) ea ratio eſt: quod hereditas non eſt corporis, ſed juris nomen; ideoque acceſſionem & deceſſionem in ſe recipit. quidquid igitur poſt mortem aut aditionem hereditatis acceſſerit, ut fructus, omne id præſtari debet, quia venditum eſt. vice quoque verſa, ſi quid deceſſerit interitu corporum, modo non heredis facto, id eſt, ejus dolo malo, aut culpa lata contigerit, id in præſtationem non venit. ut poſt dicetur. Interim perveniſſe ad venditorem hereditatis quomodo quid videatur, melius quæratur? Ulpianus *d. l.* 2. §. 3. pluribus id exequitur. ſumma eſt, referre, utrum hereditatem heres vendiderit, nondum nactus corpora rerum hereditariarum, aut debita, aut pretia rerum venditarum; an poſtquam ea nactus fuit. priore caſu ſolæ pervenere actiones, ei ad perſequenda ea competentes. nihil igitur, præter eas, præſtare debet: quia non oportet emptorem plus habere, quam venditorem. Atqui dicitur, eum qui actionem ad rem habet, rem habere intelligi *l.* 15. *D. de reg. jur.* Eſto; ubi ratio deſiderat, a veritate interpretando recedi. at hæc in præſentia quæritur. ac ſecundum hanc Pomponius *l.* 204. *D. eod.* Minus, inquit, eſt, actionem habere, quam rem. Hac igitur ratione ſuadet Ulpianus *d. l.* 2. §. 3. emptori actiones a venditore præſtari & tribui. quod quemadmodum fiat, paulo poſt attingam. Poſteriore caſu (qui eſt, ubi venditor corpora nactus eſt, vel debita exegit) ait Ulpianus *d. l.* 2. §. 3. videri ad eum plenius perveniſſe. tenebitur igitur emptori ea jam plene præſtare. præterea addit Ulpianus, ſi pretia rerum ante venditam hereditatem diſtractarum, fuerit conſecutus, etiam hæc perveniſſe. De eo poterat dubitari quod in fine *d.* §. 3. *l.* 2. tractat Ulpianus, an rerum ante venditionem donatarum pretia præſtari, æquitatis ratio exigat. Incurrebat dubitatio: quod verbum, *perveniſſe*, ambiguum eſt, ſolumne hoc con-

contineat, quod prima ratione, id est, primo adspectu, fuerit, an id quod duret. Sed creditum est, sufficere, pretia semel pervenisse, modo cum effectu pervenerint, etsi venditoris facto pervenisse desierint: quia sic habet quod sibi imputet *l.* 155. *D. de reg. jur.* præterea donatione accipit, beneficii debitorem, eoque locupletior factus videri debet *l.* 23. *D. de hered. petit.* Aliud est; si quid prima quidem ratione pervenit, sed retineri non potuit: sic enim cum effectu non pervenit. exemplum Ulpiano *d. l.* 2. §. 3. si heres, idemque venditor hereditatis, legatorum nomine quid præstitit: non enim videtur, inquit Ulpianus, ad eum pervenisse. idemque est, si quid æris alieni est, vel cujus alterius oneris hereditarii: pervenisse enim hæc merito negabitur; quia his ut pervenerint primo adspectu, venditor utique non est cum effectu locupletior factus.

Porro addit stipulatio, *Dolove malo tuo factum est, eritve, quo minus perveniat.* Hisce vero verbis Ulpianus *d. l.* 2. §. 5. ait, significari, si quid dolo malo eorum factum est, quo minus ad eos perveniat, & hoc emptori præstandum esse. Fecisse autem eum dolo malo inquit, quo minus perveniat, sive alienavit aliquid; vel accepto quem liberavit; vel id egit dolo malo, ne de hereditate adquireretur, vel ne possessionem adipisceretur, quam posset adipisci. sed & si non dolo malo, sed lata culpa admiserit aliquid, utique tenebitur. Deperdita autem & deminuta sine venditoris dolo malo negat Ulpianus præstari, etsi levis culpa intervenerit: nisi hoc modo negligens fuerit in custodienda re quæ ad eum jam pervenerit *l.* 3. *D. h. t.* nam ante venditionem non peccavit: negligens rem cujus erat pleno jure dominus. cæterum custodiam rei venditæ demum debet a die venditionis. inde igitur de levi culpa tenetur, exemplo cæterorum venditorum, atque ex communibus emptionis & venditionis regulis.

Postrema verba stipulationis emptæ hereditatis volunt, emptori a venditore præstari quamcumque actionem, petitionem, persecutionem, eo nomine ei competentem. Eam clausulam exponens, ut dixi, Ulpianus *l.* 178. §. 2. *D. de verb. signif.* ait, actionis verbum esse & generale & speciale. nam actionem dici, sive sit in personam actio, sive in rem. illam in specie actionem, hanc petitionem, vocari. porro actionem aliam esse ordinariam, quæ proprie dicitur actio, aliam extraordinariam quæ magis persecutionis appellatione designatur: ut fideicommissorum, & si quæ sunt aliæ quæ non habent juris ordinarii exsecutionem. quas ipsas quoque partim in rem, partim in personam esse, Papinianus ait *l.* 28. *D. de oblig. & act.* Quid igitur est? stipulatio vult emptori a venditore præstari quamcumque actionem, petitionem, persecutionem, ei competentem, propter hereditatem: adeo (quod Ulpianus observat *d. l.* 2. § 8.) non solum hereditarias actiones, sed etiam obligationes quas ipse heres constituit: fac, fidejussorem accepisse ab hereditario debitore: sed & si novaverit, vel in judicium deduxerit actionem, præstare debere hanc ipsam actionem, quam nanctus est. Quo modo? fit hoc, cum eas cedit, id est, mandat, emptori, ab eo tamquam a procuratore in rem suam exercendas. estque id necessarium emptori; volenti, uti actionibus directis, personæ hæredis inhærentibus: aliter atque in utilibus *l.* 4. *C. h. t.* nam has emptor ex Rescripto D. Pii habet proprio jure *l.* 16. *D. de pactis l.* 55. *D. de procuratorib.*

Posset exposita videri stipulatio emptæ hereditatis: nisi cupienti Jurisprudentiam adjuvare nefas esset, dissimulare quæstionem: cui adquiratur hereditatis portio, a venditoris coherede non adita: aliis emptori, aliis venditori, jus adcrescendi adjudicantibus. Igitur ut ex solido componatur lis vetus & nobilis: duo erunt investiganda. unum est, utri adcrescat deficiens portio, emptori, an venditori: alterum, an teneatur venditor, quod ei adcreverit, actione ex stipulatu, aut ex empto in emptorem transferre. Quod ad prius attinet: mea fert opinio, deficientem hereditatis partem non emptori, sed venditori, adcrescere; atque optima ratione: servantibus, ut oportet, juris formam. illa ratio est, quod venditor adita hereditate heres factus, ea vendita heres manet, nec minus retinet hereditatem: eo quod illa etiam sine ullo corpore habet juris intellectum *l.* 50. *D. de hered. petit.* contra emptor cui a venditore præstatur quidquid ex hereditate ad eum pervenerit, non idcirco fit heres; nec tam accipit hereditatem, (quæ tantum ex testamento, aut lege ab intestato defertur § *ult. Inst. Per quas person. cuiq. adq.*) quam bona hereditaria; &, ut Ulpianus *l.* 18. §. 2 *D. Ad Senatusc. Trebell.* ait, quod fuit hereditatis; in eoque habetur successor, non jam universalis, sed ex empto particularis: nam emptio & venditio numquam annumeratur causis aut modis adquirendæ aut amittendæ hereditatis, id est, universitatis. Sed cesso, rem certam atque indubitatam tanto opere firmare: olim quasi per manus tradito, eum qui semel heres factus, nulla posse ratione efficere, ne heres sit, ut ut translatis aut amissis bonis hereditariis *l.* 88. *D. de hered. instit. l.* 43. § *ult. D. de vulg. & pupill. subst.* Æque claret, actiones directas venditori & adversus venditorem, quasi heredi & adversus heredem, vendita hereditate, competere *l.* 2. *C. de hered. vend.* Hoc vero si est: dic, si potes, quo indicio, aut quo colore, evincas, portionem coheredis potius emptori hereditatis, quam venditori, adcrescere. an cuiquam incognitum est, jus adcrescendi tantum obtinere inter conjunctos *l.* 6. *D. de bonor. possess.* nec esse tales, præter coheredes: uno sine juris adcrescendi, ne defunctus heredem habeat pro parte. Sed res loquitur, portionem hereditatis, coherede deficiente, non emptori, sed venditori hereditatis, tamquam coheredi, adcrescere invito & ignoranti *l.* 53. *D. de adq. hered.* Fiet hoc testatius exemplo partis hereditatis ex Senatusconsulto Trebelliano restitutæ: si deinde deficiat coheres fiduciarii. utri enim adcrescit ejus portio: fideicommissario, an fiduciario? si sapis, hunc dices: sciens, jus adcrescendi non habere locum; nisi inter conjunctos: qualis non est fideicommissarius, sed fiduciarius: qui aditione hereditatis heres factus, ejus restitutione heres esse non desiit. Scio: fideicommissarius ex Senatusconsulto Trebelliano heredis loco habetur; eique & in eum, tamquam heredi & in heredem, dantur a Prætore utiles actiones §. 4. *Inst. de fideic. hered.* Sed cave, putes, ob id fieri heredem jure civili: aut succedere in jus quod heres habet magis beneficio legis, quam ex defuncti voluntate: quale est jus adcrescendi, heredi etiam invito & prohibente testatore competens. putemus igitur, portionem deficientis coheredis ex subtilitate juris non fideicommissario, sed fiduciario adcrescere. At enim Ulpianus *l.* 43. *D. Ad Senatusc. Trebell.* sic scribit: *Papinianus tractat: si quis heres institutus ex semisse, rogatus sit restituere hereditatem, & eam suspectam dicens, compulsus adit, deinde fideicommissarius ignarus sit,* ad-

adcrevisse portionem hereditatis post restitutionem scripto heredi: an opus ei sit alia actione? Et ait, securum esse eum posse. de illo plane [*loco*] *solo quærendum ait, an ei opus sit nova restitutione, posteaquam portio adcrevit* Hæc recepta lectio: ipsa molesta Nobilibus Interpretibus: interque hos D. Cujacio *lib.* 12. *Obs. c.* 12. pro *ignarus* legenti, *gnarus*; item, *aditione*, pro *actione*. Mihi prior Cujacii conjectura necessaria videtur: posterior supervacua: apta voce, *actione*; persecutionem extraordinariam, qualis est fideicommissi, in præsentia designante *l.* 178. §. 2. *D. de verb. signif.* Igitur ait Ulpianus, (ad quem veniendum) Papinianum putasse, deficientem portionem fideicommissarii jure adcrescendi fieri. quod his quæ dicta sunt, repugnat. Sed est observandum, quod fiduciarius in casu quem tractat Papinianus, non sponte adiit hereditatem, sed a Prætore coactus ex secundo capite Senatusconsulti Pegasiani: eoque omni privatur commodo quod ex testamento habuisset, si hereditatem sponte adiisset *l.* 4. *l.* 27. §. 2. *D. Ad Senatusc. Trebell.* nec tamen Ulpianus vel sic negat, portionem deficientis heredis heredi scripto subtili jure adcrescere: quamquam vult, eum teneri, eam restituere exemplo portionis in quam institutus fuerat. unum annotabo; quod Ulpianus, quæsito, an fideicommissario nova opus sit actione, sive nova persecutione, sive nova postulatione decreti extraordinaria, ea in specie adhiberi solita, ex sententia Papiniani ait, securum esse eum posse, id est, non habere tali opus postulatione. Addit, de illo plane solo quærendum; an ei, postquam portio adcrevit, nova opus sit restitutione? sensus est: Licet nulla indigeat postulatione novi decreti quo heres compellatur, hereditatem iterum adire: tamen ei nova opus est restitutione; quia portio deficiens utique heredi scripto ipso jure adcrevit. Quod si est: profecto liquet, hereditate sponte adita & restituta a fiduciario, portionem coheredis deficientis deinde non adcrescere fideicommissario, licet habeat bona hereditaria: sed fiduciario, quem vel his restitutis, heredem esse, & hereditatem jure civili retinere, negari neque potest, neque debet. Quod si est: idem multo verius dixerim; vendita hereditate, si quæratur; utrum emptori, an venditori, adcrescat portio coheredis: nulla dubitatione, neque emptorem hereditatis emptione heredem fieri, ut maxime ei a venditore præstetur quod ex hereditate pervenit; neque venditorem desinere heredem esse, quamvis omne quod hereditatis fuerit, emptori præstiterit. Proinde ne illud quidem me hinc seducit, quod ex *l.* 33 §. 1. *D. de usufructu* passim jactatur, portionem portioni, velut in fundi alluvione, adcrescere: cum bona hereditaria, emptori a venditore præstita, portione hereditatis in præsentia non censeantur: sed portio hereditatis quam apud venditorem esse, cum ex superioribus claret, tum præterea ex Ulpiano *l.* 4. §. *ult. D. Si quis omiss. caus. testam.* Verum adhuc vexat te Ulpianus *l.* 83. *D. de adq. hered.* sic scribens: *Si totam an partem ex qua quis heres institutus est, tacite rogatus sit restituere; apparet, nihil ei debere adcrescere. quia rem non videtur habere.* Ita Florentiæ editur, *totam an partem.* in quibusdam libris est, *totam eam partem.* at pro Florentina lectione stat Cujacius *lib* 2. *Observ. c* 7 & *lib* 3 *c.* 38. argumentis non contemnendis, quamquam in re levi. Proponitur Titius heres ex semisse institutus, testatori tacitam accommodasse fidem de tota ea parte personæ incapaci restituenda. fraude illa detecta, ei fiscus portionem hanc ex Lege Julia & Papia aufert tamquam indigno. mox defecit coheres. quæritur, an Titio adcrescat coheredis portio? ait Ulpianus, nihil ei debere adcrescere: hac addita ratione: quia rem non videtur habere: Inde possit quis sic argumentari: Si venditor hereditatis jure adcrescendi gaudet, quasi videatur rem habere, postquam emptori præstitit quod ad se pervenit: ergo eum quoque qui testatori tacitam accommodavit fidem, jure adcrescendi frui oportet: nam & hic heres permanet, quamvis amissis bonis hereditariis. at posterius refutat locus præsens. quid ni igitur & prius a vero aberrare existimetur? Vides argumentum in speciem grave ex *d. l.* 83. sed in rem præsentem venientibus, levis momenti. Ain' vero? Ille cui portio deficiens in *d. l.* adcrescit, non est fiscus, ut creditur: sed institutus heres; licet bona ei, tamquam indigno, a fisco sint ablata. quam ob rem? quia is heres mansit subtili jure. putemus Ulpiani verba. non ait, nihil ei adcrescere: sed nihil debere ei adcrescere. sinit igitur, heredi scripto adcrescere deficientem portionem: sed non vult, ei sic adcrescere; ut possit eam per Legem retinere. imo vult ei quod adcrevit, Legis severitate auferri. loquitur igitur Ulpianus de effectu Juris: non de ejus subtilitate qua de nostra est disputatio. Nec alio spectat subjecta ratio: *Quia rem non videtur habere.* sensus: quod heres scriptus habet quidem rem, sed non potest retinere: habere igitur non intelligitur. Illud mirere; quod, cum lege ei auferatur adquisitum jure adcrescendi, non æque ei auferatur commodum pupillaris substitutionis *l.* 43. §. *ult. D. de vulg. & pupill. substit.* Sed refert, quod jus adcrescendi magis legi debetur, quam voluntati testatoris. contra pupillaris substitutio magis testatoris voluntati, quam legi, debetur. heres porro testatori tacitam accommodans fidem, non offendit testatorem, sed legem. paret enim testatori; licet fraudare legem cogitat. peccans igitur contra legem, merito habetur indignus legis beneficio: at non idcirco est indignus judicio testatoris. quid ni igitur admittatur ad pupillarem substitutionem: ut non admittatur ad jus adcrescendi? Hactenus de priore quæstione.

Succedit altera; an teneatur venditor, quod ad eum jure adcrescendi pervenerit, emptori præstare actione ex stipulatu aut ex empto? Forte dices, teneri; si id sit inter contrahentes actum. Mihi vero prior ratio videtur credere, venditorem, etiam cum nihil est actum hac in parte, emptori præstare quidquid jure adcrescendi ad eum venerit; quasi hereditate vendita, venditus sit effectus universi juris quod ad venditorem ex hereditate, ea non vendita, pervenisset. ita oportet emptorem habere non plus, non minus, quam venditoris fuisset, quocumque tempore pervenerit, sive mortis defuncti, sive aditionis, sive venditionis, aut deinceps *l.* 2. §. 1. & 4. *D. h. t.* atque hoc est, quod in §. 18. *d. l.* dicitur, *Æquissimum esse, emptorem hereditatis* (venditoris respectu: sic enim interpretor) *vicem heredis obtinere.* proinde quid restat? nisi ut putemus, venditorem quod ei, tamquam heredi, ex hereditate adcreverit, emptori actione ex empto aut ex stipulatu præstare oportere. Non me de gradu, quem hic cepi, dejicit forte secutura hinc mercis & pretii inæqualitas. Nam cum hereditas emitur, nisi de substantia quid affirmetur *l.* 15. *h. t.* fere spes emitur, ut in retibus: nec fuerit iniquum, ex spe sicut periculum, ita emolumentum, ad emptorem

rem

rem pertinere *l.* 10. *&* 11. *D. h. t.* licebitque mihi huc revocare hoc Pauli *l.* 14. §. 1. *D. eod. Si hereditas venierit, venditor res hereditarias tradere debet: quanta autem hereditas est, nihil refert.*

Tantum de stipulatione emptoris. Quæ venditoris? non extat formula. licebit tamen talem confingere: *Quantam pecuniam ejus quod defunctus debuit, dedero, solvero, præstitero, hereditario nomine, tantam pecuniam dare spondes.* Huic conjecturæ testimonium præbet cum Julianus *l.* 18. *h. t.* tum Ulpianus *l.* 178 §. *ult. D. de verb. signif.* sic scribens: *Hoc verbum,* debuit, *omnem omnino actionem comprehendere intelligitur, sive civilis, sive honoraria, sive fideicommissi fuerit persecutio.* Ulpiani sensus: emptorem hereditatis promittentem venditori reddere quidquid ejus quod defunctus debuerit, hereditario nomine solverit, comprehendere omne defuncti debitum quali quali actione. Estque hoc rationis: nam sicut lucrum omne ad emptorem hereditatis pertinet, ita damnum quoque debet ad eumdem respicere *d. l.* 2 §. 9. *h. t.* Igitur spectant huc impensæ a venditore factæ tamquam ab herede & hereditario nomine: ut sunt exempla in *d. l.* 2. §. 10 12. *&* 14. modo venditori aliquid absit eo nomine. cæterum, si nihil absit, consequens erit dicere, non competere ei actionem *d. l.* 2. §. 11. His oneribus accedunt vectigalia publica & tributa *d. l.* 2. §. 16. item impensæ funeris §. 17. nec minus æs alienum defuncti: sive extraneo debuerit, sive ipsi heredi: licet hic confusione creditor esse desierit: quia æquissimum videtur, emptorem hereditatis vicem heredis obtinere, & idcirco venditori hereditatis teneri *d. l.* 2. §. 18. quomodo & servitutes confusione amissas, venditori restituere debet *d. l.* 2. §. 19. Sed ut ad æs alienum revertamur, tenetur hoc emptor venditori restituere: sine discrimine, utrum defunctus id debuerit tempore mortis, an in diem, aut sub conditione, quæ postea extiterit. illa est deliberatio, an possit ejus debiti esse actio adversus heredem; ne forte etiam ex his causis ex quibus cum herede actio non est, cum emptore agatur *d. l.* 2. §. 18.

Est & alia observatio circa æs alienum ab emptore in se susceptum; ne is a creditoribus eo nomine conveniatur: nam hoc jura non ferunt. nec tamen ignoro, sic placuisse, hereditate a fisco vendita *l.* 1. *C. h. t.* verum æque scio, quod in honorem fisci est singulari ratione constitutum, ad consequentiam produci non oportere: explorato, venditorem hereditate vendita heredem manere, neque emptorem ob eam emptam heredem esse incipere. ita liceat emptori, actiones ultro, si velit, suscipere: detur etiam venditori exceptio adversus creditores, ad eum revertentes: (ut sit in *l.* 2. *C. de pactis.* ex professo a me exposita *lib. sing. Ad Edict. de pact. & transact. cap.* 2. *pag.* 489.) non cogitur tamen emptor eas invitus suscipere. quid hæremus? clare Antoninus Floriano cuidam sic rescribit *l.* 2. *C. h. t. Ratio juris postulat, ut creditoribus hereditariis & legatariis seu fideicommissariis te convenire volentibus tu respondeas: & cum eo cui hereditatem venumdedisti tu experiaris suo ordine.* Addit, *Quamvis ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciat: excipere tamen actiones hereditarias invitus cogi non potest.* Antoninus significat, quod emptor hereditatis non potest ideo quod in se recepit onus æris alieni, a creditoribus ad solutionem cogi actionibus directis, si inter eos nulla intervenit stipulatio; neque utilibus, quia id nusquam proditum. Nec me movet, quod in fideicommissis tale quid obtinuit adversus fideicommissarium, restituta hereditate. nam id Senatusconsulto Trebelliano effectum, ad emptorem hereditatis sine simili auctoritate producendum non est.

Alia est præterea observatio in *l.* 18. *h. t.* species talis: Titius pecuniam sub pœna debens, mortuus relictis pluribus heredibus. unus ante quam hereditatem adirent cæteri, omnem solvit pecuniam ab hereditate debitam, eamque sic a pœna liberavit. idem mox suam vendidit portionem. non est dubium, quin habeat actionem familiæ erciscundæ adversus coheredes pro quibus necesse habuit integram solvere pecuniam, cum non posset sibi negotium gerere *l.* 25. §. 13. *D. Famil. ercisc.* Illud quæritur, si non possit a coheredibus, propter eorum egestatem, recipere soluti partem: an ei jus sit, eo nomine adversus emptorem hereditatis experiri actione ex stipulatu, si stipulatio intervenerit, alioquin ex empto? ait Julianus. qua ratione? quia solvit hereditario nomine, tamquam coheres: & æquissimum visum est, emptorem hereditatis heredis vicem obtinere non in commodis tantum, sed in incommodis quoque.

Hæc, si venditor jam aliqua solvit. quid, si adhuc nihil erogavit: verum quoquo modo obligatus sit propter hereditatem? vel hoc nomine agere cum emptore potest *d. l* 2. § 20. *D. h. t.*

Altera Rubricæ pars est de actione vendita. in qua jam non quæremus, an vendi possit actio: hoc enim tractavimus supra; sed quæ possit vendi actio; item quid ea venditione comprehendatur; tum quis sit effectus venditæ actionis. Primum dicam posse vendi actionem, etsi obligatio ex qua illa nascatur, sit in diem, aut sub conditione *l.* 17. *D. h. t.* Non magis refert, utrum sit in personam, an in rem *l. ult. C. d. t.* Nec opus debitoris consensu: quia actio, quæ alienatur, non est debitoris. creditor contra eam alienat jure proprio: cujus ipse est moderator; debitor non est. Hoc clare Alexander *l.* 3. *C. eod.* Verba: *Nominis venditio etiam ignorante vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet.* Sequens locus est, quid hac venditione comprehendatur. sic autem censeo, actionis aut nominis appellatione non venire rem debitam; sed jus eam in judicio persequendi §. 2. *Inst. de reb. corp. & incorp. pr. Inst. de actionib.* proindeque actione aut nomine vendito, non rem debitam aut ejus dominium intelligi venditum; sed jus eam petendi, persequendique *l.* 8. *C. h. t.* Inde Ulpianus *l.* 4. *h. t.* Si, inquit, nomen sit distractum, Celsus lib. 9. Digestorum scribit, locupletem esse debitorem, non debere præstare: debitorem autem esse, præstare, nisi aliud convenit. Sufficit igitur venditori, præstare actionem: & (quod ex Paulo subjicitur *l.* 5.) sine exceptione quoque; nam cum exceptio sit quasi quædam exclusio actionis *l.* 2. *D. de except.* nil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur *l.* 112. *D. de reg. jur.* Hoc ita esse, inquit Paulus *d. l.* 5. nisi quid in contrarium actum sit. & addit, si certæ summæ debitor dictus sit, in eam summam teneri venditorem: si incertæ, & nihil debeat, quanti interfit emptoris. Ordo ducit me ad effectum venditæ actionis. is est; ut venditor, quidquid compensatione vel exactione fuerit consecutus, integrum emptori restituere compellatur *l.* 23. §. 1. *h. t.* quod si nihil accepit: debet actionis quam adversus reum principalem habet, omne jus quod jus ei ex ea causa competit, tam adversus ipsum reum, quam adversus intercessores hujus debiti cedere: nisi aliud actum est *d. l.* 23. *pr.*

debet

debet & pignoris perſecutionem præſtare: ejus quoque quod poſtea accepit: nam beneficium venditoris prodeſt emptori *l. 6. h. t.* Nil egero præter propoſitum, præterea monens; quod non poteſt emptor actionis eam, niſi a venditore cujus perſonæ inhæret, ceſſam, adverſus debitorem exercere jure civili. dicitur autem cedi actio: cum venditor hanc emptori mandat, ab eo tamquam a procuratore exercendam in rem ejus: unde is procurator in rem ſuam appellatur. Sic in actionibus directis. quid in utilibus? has poteſt emptor proprio nomine ſine ceſſione ultro inſtituere. Non hoc debetur juri civili, nec diſputationi Prudentum; ſed Reſcripto D. Pii ſic conſtituentis, hereditate ab herede vendita *l. 16. D. de pactis.* idem placuit, actione vendita *l. 8. C. h. t.* aut legata *l. 18. C. de legat.* itemque in ſpecie *l. 1. §. 13 D. de tut. & rat. diſtr.* In ſocietate vero omnium bonorum in qua item ſint nomina, ſimile non reperio. contra video in *l. 1. §. 1. l. 2. & 3. D. Pro ſocio* ſic dici: *In ſocietate omnium bonorum omnes quidem res quæ coëuntium ſunt, continuo communicantur. quia licet ſpecialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire. ea vero quæ in nominibus erunt, manent in ſuo ſtatu, ſed actiones invicem præſtare debent.* Video etiam idem a Juliano notari in peculio *l. 16. D. de pecul.* Sine dubio, quia in his ſpeciebus defecit Conſtitutio quæ in ſuperioribus utiles actiones induxit. ideoque ad has porrigere ejus vim ſine auctoritate Principali auſa non fuit Jurisconſultorum verecundia: repugnante jure ſummo. Ut ut erit, quod de utilibus actionibus dixi, primum placuit in actionibus perſonalibus: deinde porrectum ad actiones in rem: idque certi & indubitati juris eſſe, ait Juſtinianus *l. ult. C. h. t.* Hæc ſic obtinuere ad Principatum Imp. Anaſtaſii: qui in nominum actionumque venditione aliquid mutavit *l. 22. C. Mandati* cui addenda ſequens Juſtiniani *l. 23.*

TITULUS V.

De reſcindenda venditione, & quando licet ab emptione diſcedere.

Poſtquam eſt dictum de emptoris & venditoris conſenſu, item de merce & pretio, quibus emptionis & venditionis forma ac ſubſtantia perficitur: age, perfectæ effectus ſubjiciamus. Primus eſt, quod emptio & venditio, mutuo emptoris & venditoris conſenſu perfecta, alterius pœnitentia, altero invito, reſcindi nequit. Liceret defungi generali regula: quæ dictat, contractus ab initio eſſe libertatis, poſtea fieri neceſſitatis *l. 5. C. de oblig. & act.* ſed malo adferre, quod de emptione & venditione nominatim ſic ſcribunt Diocletianus & Maximianus *l. 3. C. de reſcind. vend.* *De contractu venditionis & emtionis jure perfecto, alterutro invito, nullo recedi tempore bona fides patitur.* Et addunt, *Nec ex reſcripto noſtro.* Item, *Quo jure fiſcum noſtrum uti ſæpe conſtitutum eſt.* Nimirum, quia Princeps, etſi legibus ſolutus, tamen legibus vivens, alteri jus ſuum auferre non poteſt. Sit igitur emptionis perfectæ exitus: ne alterius pœnitentia, altero invito, reſcindatur. utique, ubi nullæ intervenerunt arrhæ: imo vel his datis. nam earum datio emptionem numquam infringit: magis confirmat. itane? rem putemus. ſi non licet alteri, altero invito, renunciare emptioni ſine arrhis contractæ: quo modo licebit ab ea abire, arrhis datis? non eſt enim arrhæ datio ſolutæ emptionis argumentum aut cauſa. contra habetur pro argumento perfectæ. nec fas eſt, pro cauſa reſcindendæ emptionis adhiberi arrham, qua ejus perfectio probatur. quando eſt perfectæ emptionis exitus, ut invitos teneat. Sit ita jure vetere: at novo aliter ſtatuit Juſtinianus *pr. Inſt. de empt. & vend.* palam confeſſus, arrhis ſubſecutis, ſive in ſcriptis, ſive ſine ſcriptis, venditio celebrata eſt, emptorem quidem qui recuſat adimplere contractum, perdere quod dedit; venditorem vero duplum reſtituere compelli; licet ſuper arrhis nihil expreſſum eſt. Dat igitur, propter arrhas datas, pœnitentiæ locum; non modo ſi aliquid adhuc deſit emptioni ſcriptæ aut non ſcriptæ: ſed etiam, ſi illa jam celebrata, id eſt, omni modo perfecta & abſoluta ſit. Verum videamus; ne Juſtinianus diſtinxerit emptionem adhuc faciendam a jam facta. in poſteriore ſpecie ait, ſe intactum reliquiſſe jus vetus: in priore aliquid novi induxiſſe. Ita eſt: vetuit, emptionem ſcriptam deinceps ſolo perfici conſenſu de re & pretio: imo juſſit, conſenſum quo emptio contrahitur, demum ſcripturæ abſolutione perfici: & conſequenter conventione de re & pretio magis fieri pactionem de emendo & vendendo, quam emptionem & venditionem. Atque ut hoc in emptionibus ſcriptis conſtituit; ſic juſſit, idem in non ſcriptis obſervari. Præterea in his permiſit, quamdiu de re & pretio non omnino convenit, (ut ſunt tales caſus in *l. 35. § 5. D. de contrah. empt.*) arrhas dari eum in finem; ne tale placitum de emendo temere negligatur, hoc prætextu, quod ex pacto non naſcitur actio. Egiſſe hoc in *d. pr. Inſt. d. t* Juſtinianum, ſuadent complura. Primum eſt; quod is dicit, ſe in emptione non ſcripta nihil innovaſſe. Alterum eſt, quod non ſcriptam emptionem comparat cum ſcripta, ſed imperfecta: ut vero apta ſit hæc comparatio, etiam intelligenda non ſcripta eſt de caſu quo nondum eſt perfecta. Inſuper facit, quod *d. pr.* eſt deſcriptum ex *l. 17. C. de fid. inſtrum.* ideoque ſi quid ſit alicubi obſcure, aut negligenter ſcriptum; rationis eſt, difficultati ſubveniri collatione *d. l. 17.* quæ ſit clarior: ſicut huc ipſe ſe remittit Juſtinianus in *d. pr.* Ille certe in *d. l. 17.* non utitur præterito tempore, ſed futuro: non enim dicit, venditio *celebrata*, ſed *facienda* emptio. ſimiliter non dicit, *qui vendidit*, ſed, *qui vendere pollicitus eſt.* item non dicit, *qui emit*, ſed, *qui emere pactus eſt.* manifeſto argumento, illa ne in Inſtitutionibus quidem oportere in præterito tempore intelligi: ſed *celebratam* emptionem vel ibi pro *celebrandam* accipi: non inuſitata temporum mutatione, etiam alibi a me animadverſa. Poſſit quoque iſtud, *Sive in ſcriptis, ſive ſine ſcriptis venditio celebrata eſt*, in *d. pr.* ſic explicari, quaſi ſit, Si actum eſt; ut venditio vel in ſcriptis, vel ſine ſcriptis celebretur. quomodo ſæpius apud Auctores, cum noſtros, tum alios, verba non effectum, ſed conatum, indigitant. Verum hoc oſtendi *lib. 2. Probabil. c. 6. n. 3. & c. 11.*

Abrumpamus hoc filum, & revertamur ad juris regulam. ex ea non poteſt quidem perfecta utriusque conſenſu emptio, unius diſſenſu diſſolvi: ſed eam contrario utriusque conſenſu reſolvi, nihil impedit: nimis noto, unumquodque eodem diſſolvi modo quo colligatur *l. 35. D. de reg. jur.* nec male apud Paulum Julianus *l. 3. D. de reſcind. vend.* negat, deinde ex empto agi poſſe: hac optima ratione, quod bonæ fidei judicio, quale

quale eſt ex empto actio, exceptiones inſunt, ideoque emptionem ipſo jure infirmant. Sic; quamdiu res eſt integra. non idem eſt; ſi deſiit eſſe talis, forte pretio ſoluto, aut re tradita: niſi actus quoque priori ſimilis retro agens venditionem, interceſſerit *l.* 1. *C. Quand. lic. ab empt. reced. l.* 58. *D. de pact. l.* 2. *D. de reſc. vend.*

Poteſt igitur emptio venditio reſcindi contrario emptoris & venditoris conſenſu. an etiam ſine eo? poteſt: ſi intervenerit dolus, aut metus, aut error. tum enim contractum valere, bona fides non patitur. Sed de dolo & metu quia ex profeſſo egi *lib. ſing. De form. emend. dol. mal.* licebit mihi in præſentia ſupervacuo parcere labori. De errore vero, ut res meretur, curatius diſputabo. Errorem conſenſui eſſe adverſum, omnes recte cenſent. conſtat enim conſenſus ex duobus, puta ex intellectu & voluntate: ac ſicut voluntatem vis & metus, ita intellectum error excludit: imperitiam detegens. hac igitur ratione Ulpianus, non videri inquit, qui errant, conſentire *l.* 116. *D. de reg. jur.* Cæterum error eſt alius in corpore, alius in nomine, alius in ſexu, alius in qualitate, alius in pretio. Ulpianus ſic ait *l.* 9. *D. de contrah. emt. Sive in ipſa emptione diſſentient, ſive in pretio, ſive in quo alio, emptio imperfecta eſt.* Generalis eſt is ſermo: *Sive in quo alio.* Ciceronem audi *Agraria* II. *c.* 15. *p.* 441. *ad fin. Longum putavit & timuit, ne quid præteriret: adſcripſit,* Aliudve quid. *qua brevitate rem nullam eſſe exceptam videtis.* Sed rem videamus. Error primus cadit in corpus: ut, ſi ego me fundum emere puto Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putaſti: tum vero Ulpiano *l.* 9. *h. t.* nulla videtur emptio, quaſi imperfecta ſit, ubi apparet, contrahentes non conſentire de re quæ venditur: ut ſubſtantia emptionis poſtulat. Altera inſpectio eſt, ſi in nomine erretur, cum de corpore conſtat. hic vero magis eſſe Ulpianus putat, ut emptio valeat *d. l.* 9. §. 1. nec ſine ratione: reperta enim ſunt nomina rerum ſignificandarum gratia: quæ ſi alio quolibet modo intelligantur, nihil refert § 29 *Inſt. de legat.*

Difficilior eſt tertia Ulpiani deliberatio, quid juris ſit: ſi non in ipſo corpore, ſed in ſubſtantia, vel, quod idem, in qualitate, ſeu materia (ſimili enim modo hæc accipiuntur *l* 9 § 2. & *l.* 14. *D. de contrah. emt.*) ſit erratum. pone: acetum pro vino venditum, æs pro auro, plumbum pro argento, vel quid aliud argento ſimile? ait Ulpianus, Marcellum ſcribere, emptionem & venditionem eſſe: & cauſari, quod utique in corpus conſenſum eſt; etſi admiſſus error ſit in materia, id eſt, in qualitate, ſeu ſubſtantia. Atque ipſe in vino conſentit; ſi modo vinum acuit. & pro ratione ſubjicit; quia eadem prope eſt οὐσία, id eſt, ſubſtantia. ſenſus, acetum aliquid ex vino retinere, ſi vinum acuit: cæterum, ſi non acuit, ſed ab initio acetum fuit, ut embamma, id eſt, intinctus, aliud pro alio veniſſe. in cæteris, id eſt, cum æs pro auro, venit, plumbum, ſive ſtannum, pro argento, nullam eſſe venditionem, quotiens in materia erratur. Sic Ulpianus in *d. l.* 9. §. 2. idque in *l.* 11. (quæ eſt ex eodem libro 28. Ad Sabinum ex quo eſt *d. l.* 9. ideoque ei jungenda) exponit exemplo hoc pulcherrimo: Cœcus emit rem quæ dicebatur aurea. ea reperitur ænea. ita venditum eſt corpus certum: ſed in materia erratum. an valet emptio? negat Ulpianus. Atqui conſenſum eſt in corpus. Nempe ſub conditione, ſi ſit aureum; ut præ ſe ferebat venditor. aliter non conſentit cœcus qui non videt. utique corpus, quod voluit, non eſt aureum; ſed eſt æneum, quod noluit: deficiente conditione in quam conſenſit, non eſt emptio. Hoc in cœco manifeſtum. Idem in eo qui videt quidem, ſed eſt imperitus diſcernendarum materiarum. nam nec ille in corpus quod aureum dicitur, conſentit; niſi ſub eadem conditione, ſi ſit aureum: quia, ut videat corpus auri colorem habens; utrum tamen aureum ſit, an æneum, non magis diſcernit, quam cœcus qui non videt. Eſt vero vel hoc (quod Paulus obſervat in *l.* 10.) ſic temperandum, Niſi aureum quidem fuerit: deterius autem, quam emptor exiſtimaret. cedo, quam ob rem? quia (ut optime Ulpianus *l.* 14. quæ etiam eſt ex lib. 28. Ad Sabinum) habet auri aliquid: idque ſufficit; ut non in corpus tantum, ſed in ſubſtantiam quoque, conſenſum putetur. Valet igitur tunc emptio.

Mea ratio eſt, idem dicere de errore in ſexu. Ecce: Ego vendo tibi mulierem. tu putas, te emere puerum. an eſt conſenſum in corpus venditum? atqui alius eſt puer, alia mulier: nec mulierem cogitavit emptor, ſed puerum. nulla igitur eſt emptio & venditio: in qua non eſt magis conſenſus; quam ſi omnino ſit erratum in materia. quid, ſi ego putarem, me emere virginem, cum eſſet mulier? jam valet emptio. quo argumento? quia non eſt erratum in ſexu: hoc eſt, quia non eſt omnino erratum. Ain' vero? ſi vacat; rem conſideremus, ſimul vim vocabuli quo de agitur. Virgines apud Latinos dicuntur mulieres: & vice verſa mulieres dicuntur virgines: illæ integræ, hæ corruptæ. hac ratione valet emptio ſtupratæ virginis quæ creditur integra: quia ut vitiata ſit & deterior, utique eſt mulier, & ut dixi, virgo: quemadmodum dictum de auro in quo æs ſit. Firmamentum his accipe a Tertulliano, *De virginib. veland. c.* 5. Verba Tertulliani. *Sed quoniam ita mulieris nomen uſurpant, ut non putent competere illud, niſi ei ſoli, quæ virum paſſa ſit, probari a nobis oportet, proprietatem ejus vocabuli ad ſexum ipſum. non ad gradum ſexus pertinere, quo communiter etiam virgines cenſentur.* Ipſe Ulpianus *l.* 25. §. 9. *D. de aur. argent. Mulieres omnes dici, quæcumque ſexus fœminini ſunt.* Similiter Celſus *l.* 81. §. 1. *D. de legatis lib.* 3. *Mulieribus legatis, etiam virgines debentur: ſicut viris legatis, etiam pueros deberi reſpondetur.* Sic: ſi venditor neſcivit, vitiatam eſſe virginem. at, ſi ſcivit; dolus eſt: propter quem Ulpianus *l.* 11 §. 5. *D. de act. empt.* ait, agi poſſe, ut contractus diſſolvatur.

Vera ſunt quæ dixi omnia: ſed in varias incidunt difficultates, hic minime diſſimulandas. Primam movet Paulus *l.* 21. §. 2. *D. de act. empti:* cujus verba ſunt Florentiæ talia: *Quamvis ſupra diximus, cum in corpore conſentiamus, de qualitate autem diſſentiamus, emptionem eſſe: tamen venditor teneri debet, quanti intereſt, non eſſe deceptum. & ſi venditor quoque neſciet: veluti ſi menſas quaſi citreas emat quæ non ſunt.* Hic Paulus negat, emptionem vitiari errore in ſubſtantia admiſſo: quamvis id affirmet Ulpianus *d. l.* 9. §. 2. Sed commode notavit Cujacius *lib.* 2. *Obſerv. c.* 2. mendoſam eſſe Florentinam ſcripturam: ſincerius edi ab Haloandro: *Quamvis ſupra diximus, cum in corpore conſentiamus, de qualitate autem diſſentiamus, emptionem non eſſe, tamen venditor teneri debet.* Præterea obſervavit Cujacius, hanc ſcripturam juvari collatione *l.* 10. *h. t.* auctorem ſimiliter habentis Paulum, nec a ſententia quam Haloandri ſcriptura Paulum ſupra tenuiſſe ait, abhorrentis. Aliquis dicat; quod alter locus eſt ex Pauli libris Ad Sabinum, alter

ex

ex libris Ad Edictum. Sed hoc me non confundit: existimantem, quid Paulus senserit, liquere ex ejus libris, utcumque diversis. Illo te offendi nolim: quod Paulus in *d. l.* 21. §. 2. ait, nullam esse venditionem, & nihilominus vult, venditorem teneri, quanti emptoris interest, se non esse deceptum. Nam hoc facile extricatur simili Modestini loco in *l.* 62. §. 1. *D. de contrab. emt.* ubi non valet emptio respectu venditoris, si id nolit emptor; & valet respectu emptoris ad id quod interest se non esse deceptum. Magis vexat me versus sequens in *d.* §. 2. *l.* 21. *Etsi venditor quoque nesciat.* nam is (quod miror neque Cujacium vidisse, nec alium Doctum Virum) manifeste falsus est, simpliciter sicut ibi ponitur intellectus: eo quod venditor ignorans, potest quidem conveniri, ut ab emptione & venditione recedatur; aut alioquin quanti minoris, si hoc malit emptor. sed ad id quod interest teneri non potest. Igitur per me licet, expungas verba, cum superioribus non cohærentia, tamquam spuria: aut, si hoc grave tibi sit; putes, esse Synchusin, sæpius alibi a me notatam apud Veteres. Si hæc placet conjectura: non erunt verba ista, *Et si venditor quoque nesciet*, aptanda his posterioribus, *Tamen venditor teneri debet*, *quanti interest non esse deceptum*: sed illis prioribus, *Quamvis supra diximus*, *cum in corpore consentiamus*, *de qualitate autem dissentiamus*, *emptionem* [*non*] *esse*. Erit vero sic Pauli sensus: Cum in corpore quidem consentimus, de qualitate autem dissentimus, veluti si mensas quasi citreas (pretiosissimas has fuisse, ad hunc locum multis ostendit Dionysius Gothofredus) emat quis quæ non sunt citreæ: non videtur emptio: sive venditor sciverit, sive ignoraverit: cum hoc tamen discrimine; ut, si quidem sciverit, teneatur ad resolvendam emptionem; & præterea, quanti interest emptoris, se non esse deceptum: si vero nesciverit, non ulterius, quam ut restituto pretio, & recepta mensa, ab emptione & venditione recedatur. Satis de prima difficultate. Alteram movet Julianus *l.* 41. §. 1. *D. de contrab. emt.* Verba Juliani: *Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens: nulla est emptio, pecuniaque eo nomine data condicetur.* Vendita est mensa argentea. ex solido non est talis: saltem ex parte est. nihilominus (quod negat Paulus *l.* 10. etiam Ulpianus *l.* 14. *D. d. t.*) nulla dicitur illa emptio; potestque pecunia eo nomine data condici: ut solet condictio sine causa, & similes, cum aliis actionibus concurrere: ut notavi alibi: nec fallam, si in præsentia huc referam ex *l.* 23. *D. d. t.* hoc Pauli plane similiter dictum: *Et quod solverit eo nomine emptor condicere potest.* Sed quid est? mihi placet observatio D. Cujacii *lib.* 2. *Observ. c.* 4. Julianum nil facere ad Ulpianum & Paulum: nam inargentata vel argentosa de quibus hi disputant, esse separanda a coopertis saltem argento: de quibus agit Julianus. mensæ æneæ argentatæ vel argentosæ inesse argentum, ejusve partem facere infusione, aut admixtione. at mensam ligneam argento coopertam non esse argenteam, ne pro parte quidem: sed esse ligneam; cum vendita sit argentea; eaque, ut Plinius loquitur *lib.* 13. *Hist. nat. c.* 15. tantum sit operimento laminæ vestita. Utramque sic distinguit Papinianus *l.* 9. §. 1. *D. de supell. legat. Supellectilis mensas esse cujuscumque materiæ*, *scilicet vel argenteas*, *vel argento inclusas placet.* Tertio videtur Ulpiano & Paulo adversari sequens Marciani locus in *l.* 45. *D. de contrab. empt. Labeo libro Posteriorum scribit*, *si vestimenta interpola quis pro novis emerit*, *Trebatio placere*, *ita emptori præstandum quod interest*, *si ignorans interpola emerit. quâm sententiam & Pomponius probat. in qua & Julianus est: qui ait*, *si quidem ignorabat venditor*, *ipsius rei nomine teneri*: *si sciebat*, *etiam damni*, *quod ex eo contingit*: *quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans*, *tenetur*, *ut aurum*, *quod vendidit*, *præstet.* In fine hujus loci (inde enim initium explicandi sumam) proponitur aurichalcum pro auro venditum. erratum igitur in materia, & quidem in totum. nam aurichalcum non est aurum: sed æs, tantum aurum colore præferens; ideoque præstantius ære vulgari: æs tamen, non aurum, nè ex parte quidem, etsi existimarint quidam, decepti, ut videtur, sono verbi *l.* 4. *D. de legat. lib.* 1. siccine? proprie orichalcum dicitur a monte qui Græcis ὄρος, unde effoditur: auctore Festo. Igitur aurichalco pro auro vendito, nullam esse venditionem, diceret Ulpianus. Sed Marcianus in *b. l.* emptori adversus venditorem dat actionem ex empto; ut aurum quod vendidit: præstet. Vult igitur valere emptionem ex quâ vult competere empti actionem. Sed non puto, sequi: ex empto datur actio; ergo valet emptio. imo supra ostendi, id fallere in *l.* 62. §. 1. *D. b. t.* ita aliquando valet emptio ex parte emptoris; cum non valeat ex parte venditoris *l.* 6. §. 1. *d. t.* & *l.* 13. §. 29. *D. de. act. empt.* Hoc aut simile intendit Marcianus: is ubi dicit, venditorem teneri; ut præstet aurum quod vendidit; proximum signum est, non constare aurichalci venditionem. nam est consensum in aurum: aurichalcum autem est æs in quod non est consensum. emptionem ergo sine consensu esse, an patitur fides bona? Non dices. Ego vero plus censeo, inæqualitatem ex tali errore natam, non emendari actione, quanti minoris: prout fieret, si in materia non omnino erratum foret; eoque valeret emptio. quid ergo? mea fert opinio, esse bonæ fidei consentaneum, ut præstetur aurum venditum: sin minus ab emptione recedatur, & restituto pretio, aurichalcum recipiatur. Hoc quidem Marcianus, si tam venditor, quam emptor aurichalcum esse ignoravit: at si esse scivit venditor: longius it Marcianus. non enim vult, emptorem tum emptionis dissolutione esse contentum: sed præterea patitur, eum agere ad id quod ejus interest, se deceptum non esse. Sic in aurichalco pro auro vendito Marcianus. Nec aliter censet; si quis vestimenta interpola pro novis emerit: id est, si quis voluerit emere nova; & venditor profiteatur, se vendere talia; cum sint interpola. putat enim, (sic mihi videtur) nullam esse tum emptionem: quia non est consensum in interpola: nec sunt nova in quæ consensum est. igitur finit Marcianus, & hic agi ex empto: ut aut nova præstentur, aut emptio resolvatur, & restituto pretio vestimenta interpola recipiantur. Huc pertinent sequentia verba: *Si quidem ignorabat venditor*, *ipsius rei nomine teneri.* Quid enim significant: nisi, ut venditor nova præstet vestimenta in quæ est consensum: sin minus, pecuniam restituat, & vestimenta recipiat? hoc modo ipsius rei nomine tenetur: si quidem ignorans vendidit interpola. at si sciens vendidit: jam tenebitur etiam ad id quod emptoris interest, se deceptum non esse. Aliquem adhuc morari possit Paulus in *l.* 22. *D. de verb. oblig.* ad hunc scribens modum: *Si id quod aurum putabam*, *cum æs esset*, *stipulatus de te fuero*: *teneberis mihi hujus æris nomine: quoniam in corpore consenserimus. sed ex doli mali clausula tecum agam*, *si sciens me fefelleris.* Sed est differentia inter emptionem & stipulationem. an quod stipulatio est stricti juris, emptio

emptio bonæ fidei? non placet: nam ne pignus quidem ære pro auro oppignorato vitiatur *l.* 1. §. 2. *D. de pign. act.* licet pignus sit bonæ fidei. potior illa est differentia, quod qui stipulatur aliquid, ejus, quia promissori nihil vicissim præstat, interest potius, habere id in quo erratum sit, quam nihil. idemque est in pignore quod creditor a debitore accipit in securitatem debiti. aliud est in emptione & venditione: nam in ea promisso venditori pretio pro æneo corpore, quod putabatur aureum, non expedit emptori, habere corpus; pro quo daturus sit promissum pretium. Hac igitur ratione fit: ut contrahentium voluntatem pro eorum utilitate sic interpretemur in utroque contractuum genere: ut modo in corpus consensisse, modo dissensisse videantur.

Hactenus de errore in corpore, in nomine, in qualitate, in sexu. Porro adjiciamus aliquid de errore in pretio: nam is quoque, an & quemadmodum emptioni noceat, quæstioni est, propter naturam emptionis: eo spectantis; ut permutatione mercis & pretii temporariæ indigentiæ subveniatur. hoc fieri, suadet ratio tuendæ societatis: ideoque sicut alias in commerciis, ita in emptione & venditione, æqualitatem inter contrahentes observari: & si quando erratum sit, quod inæquale est, emendari. Sed usus commerciorum dat industriæ contrahentium; (non improbante Aristotele, *lib.* 4. *Eudemior. c.* 2. *in fin.* & ex nostris Pomponio apud Ulpianum *l.* 16. §. 4. *D. de minoribus*, & Paulo *l.* 22. §. 3. *D. Locati*) ut in pretio emptionis & venditionis naturaliter liceat contrahentibus se circumvenire. Naturaliter autem illis est quod Justiniano *Novell.* 97. *c.* 1. est, negotiative: id est, secundum morem negotiantium; vel ut in *l.* 8. *C. de rescind. vend.* ajunt Diocletianus & Maximianus, secundum substantiam contractus: præfati, quod emptor viliore comparandi, venditor cariore distrahendi votum gerentes, ad hunc contractum accedant. Plautus, *Persa.* 4. 4. sic exprimit: SA. *Vin' bene emere? DO. Vin' tu pulchre vendere. TO. Ego scio hercle utrumque velle.* Quid ergo est? Veteres noluerunt, perfectam emptionem rescindi per causam soluti pretii paulo minoris: sapienter arbitrati, præstare exigua læsione castigari levitatem ad rem non attendentis; quam lites crescere in infinitum: si quali quali prætextu circumventionis in pretio temere resolveretur emptio, alioquin bona fide contracta. cæterum humanum esse, succurri circumscripto; si appareat, eum plus quam tolerabile sit, esse deceptum: quasi in tale damnum non fuerit consensum, non intellecto vero pretio: certe non ferat bona fides nimiam inæqualitatem in contractu, res humanas mutua utilitatis permutatione consolaturo. fueritque eo justior hæc interpretatio: quia exactam veritatem ubivis explorare, non est cujusvis: sæpe re, loco, tempore, id non patiente. quare ne passim vita stet sine actu, etiam cum agi necesse sit aliquid: omne hac via procedit officium; ut magis quod verisimile est, quam quod verum, sequamur. Sic egregie Seneca *lib.* 4. *De benefic. c.* 33. sed verba, quia complusculа sunt, non adscribo. Igitur quærentibus, utrum fides danda sit errori in pretio; an emendanda inæqualitas ex eo proficiscens: voluerunt Veteres, damnum quo de agitur, quantum sit, considerari: consilium daturo promissæ rei modo. Eum tamen non determinarunt; magis Judici ex bona fide æstimandum reliquerunt. primi modum (sic mihi videtur) ad certum adduxere Diocletianus & Maximianus *l.* 2. *C. de rescind. vend.* verbis sequentibus ad quemdam Lupum: quem indigitat Inscriptio: *Rem majoris pretii si tu vel pater tuus minoris distraxerit: humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus, fundum venundatum recipias, auctoritate Judicis intercedente: vel si emptor elegerit, quod deest justo pretio, recipias. Minus autem esse pretium videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.* Hoc illic. idemque iterarunt in *l.* 8. *eod. tit.* quæ est rescripta Euodiæ. Post igitur hanc Diocletiani & Maximiani definitionem minus pretium esse incipit, si læsio excedat dimidium justi, sive veri, pretii: nam hæc verba, ut apparet in *d. l.* 2. & *d. l.* 8. etiam alibi in *l.* 5. *D. de in rem verso. l.* 1. §. 15. *D. si quid in fraud. patron. l.* 1. §. 11. *D. de offic. Præfect. Urb.* pro iisdem accipiuntur. Fit autem, ut hoc addam, læsio ultra dimidium ejus pretii: si res valens viginti, vendatur octo aut novem. quod si res valens viginti, vendatur decem: jam venditur quidem parte dimidia justi, sive veri, pretii; sed non minoris, quam est pars dimidia ejus pretii. ergo non rescinditur posteriore casu; sed priore. Cæterum, ut ab humanitate proficiscitur hæc rescissio: ita non abscise permittitur: contra datur emptori electio; utrum malit emptionem rescindi; an supplere quod desit justo pretio. De eo video ambigi, utrum hæc humanitas soli debeatur venditori, an etiam emptori? Et quidem de solo venditore loquuntur Imperatores *d. l.* 2. & *d. l.* 8. non etiam de emptore. visumque inde præcipuo Juris Interpreti, Jacobo Cujacio, *Observ. lib.* 16. *c.* 18. & *lib.* 23. *c.* 32. eam emptori abjudicare: & Cujacio mox subscripsit Emundus Merillius *lib.* 2. *Variant. c.* 5. nec est alia Hugonis Grotii sententia *Flor. spars. ad d. l.* 2. Sed frequentius est itum in contrariam sententiam. in quam & ipse inclino ego: non tamen argumentis proditis & pervulgatis; sed meis, & novis. Tale est, quod *d. l.* 2. & *d. l.* 8. non sunt explicandæ ad modum generalium Legum sive Constitutionum: (quod huc usque factum est) non enim sunt tales; sed Rescripta ad facta certa, Libellis cujusdam Lupi in *d. l.* 2. & Euodiæ in *d. l.* 8. oblata. In hujusmodi vero Rescriptis si quæ fiant argumenta a contrario, aut a consequentia, plerumque præter auctoris mentem fieri, ideoque vana esse, observavi sub Titulo, *De legibus*, & in *Julio Paulo c.* VII. utcumque ex Legibus facta sæpe fortissima habeantur: ut in *l.* 1. *D. de offic. ejus cui.* Hoc diligentissime teneri postulo: quia sic intelligitur, Imperatores in utroque Rescripto de venditore loqui: non quod nolint, emptori similem exhiberi humanitatem, si in pretio ultra dimidium circumventus sit: sed quod de venditore læso consultos, de eo respondere oportuit: de emptore non rogatos, de hoc rescribere nihil attinuit. Validum hoc argumentum: sed quo validius sit, sequens apponam fulcimentum, aliud præterea æque utile demonstraturum. Audiamus. In utroque Rescripto *d. l.* 2. & *d. l.* 8. Imperatores tantum de fundo vendito loquuntur: de ædibus autem, aut aliis rebus immobilibus, mobilibus, seve moventibus, non loquuntur. videlicet, quia in utroque fuerant de fundo consulti: de ædibus & cæteris rebus consulti non fuerant. & tamen de his quæsiti, idem procul dubio rescripturi forent: pari in omnibus ratione. Quare & Græci *Basil. lib.* 19. *tit.* 10. *pag.* 402. & *seq. tom.* 2. in neutro loco *fundi*, sed *rei*, meminerunt. Est hoc in fundo evidens, mea opinione. sed non minus liquet in venditore. nam ut demus, altum apud Imperatores de emptore esse silentium: quemadmodum tamen fundi mentione non excluduntur ædes, nec res aliæ venditæ, de quibus non fuere interrogati, ita propter vendi-

toris sonum, nec oportet emptorem negligi, si vel ille in pretio sit ultra dimidium circumscriptus. potius dicamus, Imperatores de venditore rogatos, de eo rescribere: & de emptore, si de eo consulerentur, idem responsuros. At enim est alia venditoris, alia emptoris, ratio. ille vendit ex necessitate: hic sine necessitate emit, aliquando luxuriæ indulgens, sæpe affectioni opportunitatis, aut vicinitatis, aut cœli, aut cuicumque alii. igitur pro venditore in proposito stat commiseratio: at emptori nocet invidia. Sic Cujacius. sed frustra: ut enim taceam, hæc interdum ita, interdum aliter, se habere: nihil huc pertinet vendendi necessitas, si non sit circumscriptus venditor: sed si læsus sit ultra dimidium veri pretii, tum vero ejus damno subvenitur: æquitate contractus bonæ fidei unam inæqualitatem jure civili & gentium improbante. Hæc igitur si emptori gravis sit; quid ni ei quoque succurri, paris humanitatis sit? His accedit; quod hoc jus non est recens a Rescriptis his Diocletiani & Maximiani: minime. jam ante eos fuit observatum in bonæ fidei judiciis; lata in his Judicum potestate, propter clausulam, Ex fide bona, item Quod æquius melius, aut similem. Non opus argumentis: vel Cujacius vidit *lib.* 23. *Observ. c.* 24. & claret ex *l.* 78. *& seqq. D. Pro socio.* Solum effecerunt Diocletianus & Maximianus in *d. l.* 2. *&* 8. ut modus læsionis in pretio ante incertus, ideoque Judici definiendus, esset deinceps certus & finitus. At hoc si est: quam dabimus causam, cur nolimus, in emptore stare quod mutatum non est? Cæterum valuisse ante Diocletianum & Maximianum hæc quæ dixi, adeo verum est: ut videantur ipsi quod scripserunt de danda emptori electione, malitne ab emptione recedere, an quod deest justo pretio, supplere, ex vetere jure Pandectarum petiisse: evincente tenore *l.* 1. §. 12. *&* 13. *D. Si quid in fraud. patron.* licebitque ex *l.* 12. §. 1. *D. de jure dotium* similia conjicere in æstimatione rei dotalis, si aut mulier aut maritus dicat, se circumventum rem minoris æstimasse: nam & hæc vera venditio appellatur *l.* 10. §. 4. *D. d. t.* & venditio non simplex, sed dotis causa *l.* 16. *eod.* neque hoc fugit Cujacium *lib.* 17. *Observ. c.* 1. quamquam putat, æstimationem dotis causa factam, in eo separari a vulgari emptione: quod in hac errori non succurritur, nisi egresso dimidium justi pretii: in illa etiam consistenti intra dimidium: idque Ulpianum significare *d. l.* 12. §. 1. At quod Cujacius putat, non putavit Ulpianus. Fateor: hic, *Si*, inquit, *mulier se dicat circumventam minoris rem æstimasse.* Sed in *d. l.* 2. *C. de rescind. vend.* simili plane modo ajunt Diocletianus & Maximianus, *Rem majoris pretii si tu vel pater tuus minoris distraxerit.* quin ibi in fine quoque sic scribunt: *Minus pretium esse, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.* Quid ni igitur ad eumdem modum res dotalis vel Ulpiano in *d. l.* 12. §. 1. putetur minoris æstimata esse; si arbiter judicii bonæ fidei eam minoris, quam æquum & bonum sit, æstimatam esse judicaverit? Hoc utique ante *d. l.* 2. convenit veteri Pandectarum juri: ex eoque etiam Pomponius *l.* 6. §. 2. *D. d. t. de jur. dot.* sic eodem scribit sensu: *Si in dote danda circumventus sit alteruter, etiam majori annis viginti quinque succurrendum est: quia bono & æquo non conveniat, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum.* Ita nihil effecit D. Cujacius. Adfert tamen adhuc pro se hoc Diocletiani & Maximiani *l.* 6. *C. Solut. matrim. Si circumscripta matre vestra viliore pretio res dotales æstimatæ sunt, quid super hujusmodi contractuum vitio statutum sit, vulgo patet.* Æque temere: si conferatur cum *d. l.* 2. *C. de rescind. vend.* ex qua illam legem illustrari ipsa jubent Dioletiani & Maximiani verba. Magis possint videri pro Cujacio facere sequentia Ulpiani verba ex *d. l.* 12. §. 1. *Idemque & in minore circumventa Marcellus probat.* quasi dos a Marcello æquetur minori ætati: cujus favor est, ut læsa, etsi levius, semper restituatur *l.* 16. §. *pen. D. de minorib.* Sed habeo mihi persuasissimum, ea verba non spectare ad omnia ibi præcedentia: sed dumtaxat ad proxima illa in versu, *Quod si decessit.* Exposita meo arbitrio est *d. l.* 2. Nisi adhuc examinandum; utrum oporteat eam retineri intra emptionem & venditionem qua de loquitur; an contra porrigi ad alios bonæ fidei contractus, in ipsa non adductos. Verum & hæc quæstio a superioribus pendet. Dixi nimirum *d. l.* 2. esse Rescriptum ad factum; in quo fundus dicebatur minoris venditus; & quærebatur, an emptio ob læsionem in pretio rescindi jure posset? In hoc facto Imperatores, ut erant consulti de emptione & venditone, habebant de ea respondendi causam. at de aliis bonæ fidei judiciis de quibus non erant consulti, non habebant causam respondendi. & tamen de his quoque si consulti fuissent, æque responsuri erant. Ain' tu? nihil certius. qua ratione? quia & ante Diocletianum ac Maximianum placuit in bonæ fidei judiciis, errorem æstimationis, alteri nimis gravem, Judicis humanitate emendari: huc ducente clausula Ex bona fide, aut alia simili. id vero nusquam mutatum alibi, quantum scio: ex hoc autem Rescripto in quo nihil tale, everti argumento a contrario neque debet, neque potest. Interim est quod dixi, exploratum in societate *l.* 78. *& seqq. D. Pro socio.* item in dotis æstimatione *l.* 12. §. 1. *l.* 6. §. 2. *D. de jur. dot.* tum in permutatione quæ dicitur emptioni proxima, sicut locatio quoque & conductio *l.* 1. §. 12. *&* 13. *D. Si quid in fraud. patron.* & hereditatis divisio *l.* 1. *C. Com. utriusq. judic.* ad quam tamen non referam *l.* 3. *C. eod.* siquidem in ea aliud agi, demonstravi *lib. sing. de form. emend. dol. mal. c.* VII.

Exitus actionis bonæ fidei qua circumventus petit, sibi officio Judicis subveniri, est; ut vel suppleatur quod deest justo pretio, vel rescissa venditione, ab una parte fundus restituatur cum fructibus perceptis; ab altera pretium cum usuris. sic enim obtinetur; ut neuter lædatur; utroque in eum revertente locum in quo fuit ante perfectam emptionem & venditionem. Justum hoc & æquum inter emptorem & venditorem. Verum pone, hisce immixtam esse causam tertii: fundo ei ab emptore pignori obligato. quid dicemus? rescissa emptione, etiam pignus extinctum intelligi? Negat D. Vinnius *lib.* 2. *Select. quæst. c.* 5. & adde sis Cujacium *lib.* 24. *Observ. c.* 36.

TITULUS VI.

De periculo & commodo rei venditæ.

Alter effectus perfectæ emptionis & venditionis est: quod periculum rei emptæ & venditæ, tametsi nondum traditæ, statim pertinet ad emptorem. Non est, quod dubites: auctor Justinianus §. 3. *Inst. de empt. & vend.* ac ne deessent exempla, apponit sequentia: si homo mor-

mortuus ſit, vel aliqua parte corporis læſus fuerit, aut ædes totæ vel aliqua ex parte incendio conſumptæ fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus ſit, ſive etiam inundatione aquæ aut arboribus turbine dejectis longe minor aut deterior eſſe cœperit. In omnibus his emptoris damnum eſſe, Imperator ait: idque interpretatur; ut emptori adhuc neceſſe ſit, licet rem non fuerit nactus, venditori pretium perſolvere. Sic ille; & ante Julianus *l.* 5. §. *ult. D. de reſcind. vendit.* Pomponius *l.* 15. *D. de jur. dot.* & Africanus *l.* 39. *D. de ſolutionibus*, item Diocletianus & Maximianus *l. ult. C. h. t.* ne quis putet, quod Cujacio ſedet, aliud Inſtitutionibus, aliud Pandectis, convenire. Sed fallitur vir ille ſagaciſſimus: hac veriſſima ratione; quod emptor perfecta emptione, ſtatim eſt creditor rei venditæ: venditor contra eſt debitor. interitu autem naturali ſpeciei debitæ liberatur ſpeciei debitor *l.* 23. *D. de verb. oblig.* non minus vera eſt ſequens Juſtiniani ratio in *d* §. 3. quod venditor ex natura contractus, utriusque contrahentis utilitati conſulentis, tantum de dolo & culpa lata ac levi tenetur *l.* 5 §. 2. *D. Commodati;* & quidquid ſine his accidit, in eo ſecurus eſt *d.* §. 3. poſtremo ait Ulpianus *l.* 23. *D. de reg. jur.* (quod & traditum *l.* 6. *C. de pign. act.*) caſus fatales in nullo bonæ fidei judicio præſtari. Hæc ſumma: at diſtinctius tractanda: cupientibus, ut oportet, intelligere Veterum Fragmenta intricata & obſcura.

Initium ſumam a *l.* 8. *D. h. t.* cujus verba variant in Florentina & vulgata Accurſii editione. Florentiæ ſic extat. *Neceſſario ſciendum eſt, quando perfecta ſit emptio: tunc enim ſciemus, cujus periculum ſit. nam perfecta emptione periculum ad emptorem reſpiciet. Et ſi id quod venierit, appareat, quid, quale, quantum ſit, ſit & pretium, & pure venit, perfecta eſt emptio. Quod ſi ſub conditione res venierit, ſi quidem defecerit conditio, nulla eſt emptio, ſicuti nec ſtipulatio. Quod ſi extiterit, Proculus & Octavenus emptoris eſſe periculum ajunt. Idem Pomponius lib. 9. probat. Quod ſi pendente conditione emptor vel venditor deceſſerit: conſtat, ſi exſtiterit conditio, heredes quoque obligatos eſſe, quaſi jam contracta emptione in præteritum. quod ſi pendente conditione res tradita ſit: emptor non poterit eam uſucapere pro emptore, & quod pretii ſolutum eſt, repetetur, & fructus medii temporis venditoris ſunt: ſicuti ſtipulationes & legata conditionalia perimuntur, ſi pendente conditione res exſtincta fuerit. ſane ſi exſtet res, licet deterior effecta, poteſt dici, eſſe damnum emptoris.* Sic Florentiæ. Apud Accurſium ita editur: *Plane ſi pendente conditione res interierit, perimetur emptio, ſicut ſtipulationes & legata conditionalia perimuntur, ſi pendente conditione res extincta fuerit. ſane ſi res extet, licet deterior effecta, poteſt dici, damnum eſſe emptoris.* Paulus pro certo habens, periculum rei perfecta emptione ſtatim emptoris eſſe, ut perfecta intelligatur emptio, duo deſiderat: unum eſt; ut, præter certum pretium, appareat, quid, quale, quantumque ſit quod veneat. alterum eſt, ut pura ſit emptio & venditio. primum oportet, eſſe certum pretium, & apparere, quid, quale, quantumque ſit, quod venditur. id vero contingit, ſi vendita ſit certa ſpecies *l.* 5. *C. h. t.* id eſt, certum corpus, ut Stichus ſervus. Non ita eſt, empto Sticho aut Pamphilo: quia ut in hujusmodi ſtipulatione, ita hic, debitoris electio eſt: eaque ceſſante, uter debeatur, quamdiu uterque vivit, adhuc incertum eſt. Cæterum uno mortuo, & mox altero, prior venditoris, poſterior emptoris, periculo eſt. ſcilicet, quia eſt arbitrii venditoris promiſſoris ve, non an debeat, ſed quem debeat: & uno mortuo, ſolus qui ſupereſt, videtur emptus: quaſi in hoc extante conditione, non expreſſa quidem aliqua, ſed tacita *l.* 34. §. 6. *D. contrab. empt. l.* 2. §. 3. *D. de eo quod cert. loc. l.* 95. *D. de ſolutionib.* Dixi de corpore vendito. videamus de quantitate, id eſt, de re, pondere, numero, aut menſura conſtante: ut eſt vinum, oleum, frumentum. Hic nihil muto: ſi omne vinum, verbi gratia, uno pretio venierit: (qualem venditionem per averſionem dici, præclare oſtendit ſuo tempore Antonius Auguſtinus *lib.* 3 *Emendat. c.* 6.) nam ad emptionis perfectionem nihil tum magnopere deſideratur: vel ſic manifeſto, quid, quale, & quantum ſit quod veneat. at ſi in ſingulas amphoras, vel in ſingulas metretas, vel in ſingulos modios, venierit quantitas, quantum ad periculum, non ante perfecta dicitur emptio, quam illa adpenſa, aut annumerata ſint. non enim intellecto ante, quid, quale, aut quantum ſit venditum, illic periculum ad emptorem ſtatim, hic interim ad venditorem pertinet. Huc in quantitatibus iverunt olim Sabinus & Caſſius, eosque ſequutus poſt eſt Gajus *l.* 35. §. 5. *D. contrab. empt.* putavitque, id ſimiliter quæri de his quæ numero conſtant: ſi pretium pro numero corporum fuerit ſtatutum. pone exemplum in grege. is ſi univerſaliter uno pretio venierit; ait Gajus §. 6. poſtquam de pretio convenerit, perfectam videri venditionem. quod ſi in ſingula corpora certo pretio vendatur; fore eadem quæ proxime tractavimus. Superiori loco adhuc ſubjiciam hoc §. 7. *d. l.* 35. pendet enim ab illo. *Sed & ſi ex doleario pars vini venierit; veluti metretæ centum, veriſſimum eſt, (quod & conſtare videtur) antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere. Nec intereſt, utrum pretium omnium centum metretarum in ſemel dictum ſit; an in ſingulos eos.* Certa hæc atque evidentia. Illud mihi grave: quod apud Ulpianum *l.* 1. §. 1. *D. h. t.* in hunc extat modum: *Sed & cuſtodiam ad diem menſuræ venditor præſtare debet. poſt menſuram factam venditoris deſinit eſſe periculum: & ante menſuram periculo liberatur, ſi non ad menſuram vendidit,* [*ſed*] *forte amphoras vel etiam ſingula dolia.* Meo judicio, hic repugnat Ulpianus non dicam ſuperioribus, ſed ſibi ipſe. adeo non placet mihi hæc vox, *cuſtodia*, ei quod agitur, minime conveniens. ac vix dubito, quin ei per incogitantiam exciderit: recordatus, hujusmodi errores etiam me alibi obſervare *lib.* 1. *Probabilium c.* 9. *& ſeqq.* Hic certe mihi ſuſpectus ejus vitii eſt Ulpianus: exiſtimanti, eum non de diligentia disputare, ſed de caſu, modum cuſtodiæ diligentiæque egrediente: adeo oportuiſſe eum non *cuſtodiam*, ſed *periculum* dicere, præ me fero: eo confidentius, quia ſuperiora ſuadent; nec minus ſubjecta hæc ejus ratio: *Priusquam enim admetiatur vinum, prope quaſi nondum venit.* Omitto, quod mox ſequitur ibidem: *Poſt menſuram factam venditoris deſinit eſſe periculum.* Item rurſus: *Et ante menſuram periculo liberatur, ſi non ad menſuram vendidit, ſed forte amphoras, vel ſingula dolia.* Poteſt fieri, ut errem: ſed non puto; & officium faciet mihi, quisquis docuerit meliora, ſi poteſt. Interea præſtabit venditor, me auctore, donec admetiatur vinum; ejus non cuſtodiam, (quod hactenus volunt Ulpiani verba) ſed periculum. Præter hoc obſervandum, quod Ulpianus §. 3. *d. l.* 1. ait, licere venditori, ſi diem ad metiendum præſtituit, nec intra diem admenſum eſt, vinum effundere: non tamen ſtatim, aut prius, quam emptori denunciet, ut aut tollat vinum aut ſciat futurum, ut vinum effunderet. Hoc poni in lege vini, in doliis venditi, conſueviſſe, auctor Cato, *De re ruſtica*

rustica c. 148. quod autem moris, & consuetudinis est, in bonæ fidei judiciis debet venire *l.* 31. §. 20. *D. de Ædilit. Edict.* Id fieri finit rigor juris. De cætero probandum hoc Ulpiani *d.* §. 3. *l.* 1. *Si tamen cum posset effundere, non effundit, laudandus est potius.* Meræ est hoc humanitatis, & præbet exemplum Præcepti Juris, distincti a Regulis Juris: de qua distinctione egi *lib.* 1. *Tit.* 1. *De justitia & jure*, & plenius *Julio Paulo c. pen. & ult.* Adfert mox Ulpianus præter superius *d.* §. 3. & 4. etiam alia temperamenta æquitatis, digna legi: non tamen adscribenda; quia non desiderant interpretationem: nisi exponendum quis putet, quid in §. 4. significet hoc: *Faciendum quod Veteres putarunt per corbem venditorem mensuram facere & effundere*, sed id jam occupavit D. Cujacius *lib.* 2. *Observ. c.* 36.

Similiter liceret, dictis hactenus quæ dicenda erant de rebus pondere, numero, aut mensura, constantibus, ulteriori parcere labori: nisi e re esset, quantitatis a corpore distinguendæ gratia, adhuc subjici quod Ulpianus in *l.* 10. §. 1. *b. t.* refert, Scævolam ex Juliano notare, fundo ad mensuram vendito, & pretio (sic arbitror) in singula jugera constituto, emptorem, si pars fundi prius quam mensura fieret, aliquo casu interierit, fundi nomine non posse agere ex empto actione. possit enim hoc, nisi exponatur, alicui obscurum videri. Sed tu mihi crede, quod vendito fundo, ejus finibus ultro certis, etsi incerto jugerum numero, Juliano placuit, factam esse venditionem corporis noti & certi, ac cujus perfectioni proinde nihil desit. Verba Ulpiani si quis requirat, hæc sunt: *In libro septimo Digestorum Juliani Scævola notat. Fundi nomine emptor agere non potest, cum prius, quam mensura fieret, inundatione aquarum aut chasmate, aliove quo casu, pars fundi interierit.* Julianus putavit, vendito ad mensuram fundo, (ipso integro & suis finibus definito: nam is in *l.* 60. *pr.* & § 2. *D. de verb. signif.* est fundus) liberatum ab emptore esse venditorem: si fundi pars inundatione aquarum, aliove quo casu interierit prius, quam mensura fieret: nam periculum emptoris esse: eo quod fundo illo vendito, jure venditum est corpus integrum, ita notum, certum, ac finitum; & emptionis perfectio in præsentia nihil plus desiderat, licet mensura nondum facta jugerum numerus ignoretur. sic prorsus censeo: & juvat hoc Pauli *l.* 34. § 5. *D. de contrah. empt. Mensura non eo proficit, ut aut plus aut minus veneat, sed ut appareat, quantum ematur.* Fuit igitur hæc quam dedi, bona & juri conformis Juliani sententia, ipsa a Scævola non reprehensa, sed notari, id est, sed observari jussa. Hoc sensu ab Ulpiano accipi id, *Scævola notat*, mihi persuadeo, licet *Notare* pro reprehendere aut improbare, etiam sumi a Veteribus, meminerim alibi. Sed hunc sensum in præsenti refellit ad mensuram vendita non quantitas, sed fundus; id est, corpus certum & suis finibus determinatum.

Injecta paulo ante mentio §. 5. *d. l.* 34. me monet, vino vendito, verbi gratia, ne de gustatione sileam: postquam de mensura egi: aliquo præsertim in his discrimine minime contemnendo. Id advertit Paulus *d.* §. 5. sic scribens: alia est causa degustandi, alia metiendi. gustus enim ad hoc proficit, ut improbare liceat: mensura vero non eo proficit, ut aut plus, aut minus veneat, sed ut appareat, quantum ematur. Secundum hæc igitur refert multum in vinis aliisque quæ degustari solent; utrum convenerit de gustatione, an non. Scio, difficile esse, ut quis emat vina non gustata. Sed quid vetat, hoc fieri emptoris socordia aut negligentia *l.* 4. §. 1. *D. b. t.*? proinde quid est? si vinum aversione est venditum, nec placuit, degustari; emptoris damnum erit, si acuerit, vel quid aliud vitii sustinuerit: quemadmodum si vinum esset effusum, vel vasis contusis, vel qua alia ex causa. Quod si placuit, ea degustari: ante degustationem erit venditoris periculum: post emptoris. quid si venditor etiam aliter se periculo subjecit? sustinebit hoc in id tempus, quoad se subjecit. & si non designavit tempus; eatenus sustinebit periculum, quoad degustetur vinum: videlicet quasi tunc plenissime veneat, cum fuerit degustatum. Hæc in hunc sensum olim tradidit Ulpianus: sed ut hodie extant in *l.* 1. *pr.* & *l.* 4. §. 1. *D. b. t.* sunt valde impedita & confusa, nec facile extricanda: nisi remedium petatur ab Inscriptione: ostensura, utrumque locum esse ex Ulpiani lib. 28. Ad Sabinum, & utrimque Sabini verbis misceri Notas Ulpiani: Sabini sermonem suo modo regentis & illustrantis. Sæpius notavi per me talia. in proposito autem præivit Antonius Augustinus *lib.* 3. *Emendat. c.* 6. *pag.* 231. & *seq.* ejusque laudibus, ut me decet, hic lubens assurgo: arbitratus, in *pr. d. l.* 1. cum Sabinus dixisset, *Si vinum venditum:* &c. mox ab Ulpiano subjici, *Sed si venditor se.* &c. eamque interpretationem continuari in *l.* 4. Inde in §. 1. rursus esse hoc Sabini, *Si aversione vinum veniit, custodia tantum præstanda est.* Deinde sequi ista Ulpiani, *Ex hoc apparet.* & reliqua.

Satis de priore parte *l.* 8 *b. t.* transeo ad posteriorem: in qua ut perfecta intelligatur emptio, atque emptoris periculum sit, Paulus venditionem præterea puram esse postulat. utique negat, sub conditione contractam, ante eam existentem perfici, ideoque post impletam demum emptoris periculum esse, confitetur. Videlicet, quia tamdiu res non est empta, nec debita, nulla adhuc emptione: post vero non est res quæ vendatur; venditio autem sine re nulla est. Hac igitur ratione efficitur; ut res vendita venditori pereat, non ut tali; (non enim est talis) sed ut domino. Quid, si defecerit conditio sub qua contracta sit emptio? Et hoc Paulo quæstioni est in *d. l.* 8. ait vero, emptionem vel hic nullam esse: & utitur exemplo stipulationis, quæ sub conditione contracta, ea deficiente nulla, id est, nullius momenti, sive sine effectu ullo, est. Non est contentus hac similitudine Paulus: sed pro ulteriore firmamento addit primum; quod emptor rem, pendente conditione, traditam, ea deficiente, non potest usucapere pro emptore, quasi nulla justa causa ad usucapionem necessaria. addit deinde; quod emptor pretium a se solutum potest repetere quasi indebitum. postremum est; quod fructus medii temporis, non sunt emptoris. Hæc ut certa atque explorata sunt Paulo; sic in proposito eum convincunt, nec emptoris periculum esse; ubi nihil est venditum. imo, periculum esse venditoris: non qua talis; sed qua domini: ut dictum. Superest tertia Pauli deliberatio: quid juris sit, si existat conditio? ait autem, eam retro trahi, quasi in præteritum contracta emptione: eoque effici; ut si alter contrahentium, sive emptor, sive venditor, moriatur, heres perinde teneatur, ac si ab initio pura emptio fuisset: nullo dubio, quin conditionalis emptio æque heredem teneat invitum: ac defunctus, si superstes esset, ea teneretur. proinde, si res empta, pendente conditione sit deterior facta, &

tamen

tamen supersit, ea existente: nec timet Paulus, affirmare, emptoris esse damnum corruptionis: perinde ac si emptio ab initio pura fuisset: licet aliter sit, si res interim periisset: arbitratus, referre; quod altero casu non est res quæ veneat; cum sine re non contrahatur emptio: altero extat, licet deterior. talis vero ab initio potest vendi pure: nec minus deterior emptoris periculo fieri: quia retracta conditione, postquam extitit, perinde est, ac si emptio ab initio pura fuisset.

Sed apparet, periculum rei emptæ, perfecta emptione ad emptorem statim pertinere. nec tamen venditor vel sic securus est, si res vendita ejus culpa aut perierit, aut deterior facta sit: tenetur enim emptori ad custodiam, a diligente patrefamilias rebus suis adhiberi solitam: suadente natura contractus, ad utriusque contrahentis utilitatem spectantis, præstari culpam latam ac levem *l.* 5. §. 2. *D. Commodati l* 35. §. 4. *D. de contrab. empt.* si nihil specialiter convenit. alioquin licet contrahentibus, (siquidem pacta legem dant contractibus *l.* 23. *D. de reg. juris.*) ea quæ emptioni naturaliter insunt, ex suo commodo informare. nec est improbabile, custodiam, quam placeat a venditore præstari, non esse communem, & ultro debitam: (sic enim supervacuum foret pactum) sed majorem §. 3. *Inst. de empt. & vend.* prorsus, ut tum, præter casum, nihil excipiatur *d. l* 35. § 4. *D. de contrab. emp. juncta l.* 31. *D. de act. empt.* Atque ad hunc modum etiam accipienda, si quid intelligo, est *l.* 2. §. 1. & *l.* 3. *D. h. t.* nisi quis malit, ibi quæri, vino ad mensuram empto, utrum venditor de periculo, an de custodia, teneatur. sed aliter se res habet: nec errabit, quisquis putet, ibi ambigi, qualis debeatur custodia: pacto convento, ut venditor cujus periculum alioquin foret, custodiam emptori præstet usque ad mensuram. sane sicut potest conveniri, ut minus præstet venditor; sic ut plus præstet, conveniri potest *d. l* 23. *D. de reg. jur.* plus est autem, custodiam plenam; minus communem præstare. Igitur, si convenerit in lege venditionis, ut venditor vini, donec admetiatur, custodiam præstet, placet Gajo *d. l.* 2. § 1. & Paulo *d. l* 3. videri actum, ne præstet damnum fatale: sed ut de dolo & omni culpa, id est, de plena custodia, ut in commodato, teneatur. Non tamen id vetat, quo minus in venditione fiat pactum; ut venditor emptori præstet casum fortuitum: nam id Labeoni visum *l.* 78 §. *ult. D. de contrab. empt.* Contra quoque putat Ulpianus *l.* 10. *D. h. t.* valere pactum; si in conditionali venditione hoc ipsum, ut res emptoris periculo servaretur, convenisset. De eo fuit a Doctissimis Viris dubitatum, si quis in se receperit fortuitos casus, utrum tantum de solitis, an etiam de insolitis, teneatur? Causam quæstioni præbuit *d. l.* 78. § *ult.* sed hanc exposui *lib.* 2. *Probabil. c.* XI. Hactenus de periculo rei venditæ.

Nunc de ejus commodo tractandum. est enim hæc pars altera Rubricæ nostræ: & ex § 3. *Inst. de empt. & vend & l.* 7. *D. h. t.* intelligitur, sicut omne rei venditæ periculum atque incommodum est emptoris: sic omne commodum ejus esse oportere. fuerit exemplum in eo quod fundo, postquam venditus est, per alluvionem accessit. hoc enim quia statim atque adcrevit, pro fundi parte habetur, quid ni emptori debeat hoc nomine cum fundo dari? Simile exemplum in fructibus, tempore venditionis pendentibus; sive maturis, sive immaturis: nam & hi fundo coherentes, fundi partes sunt; ac, nisi aliud convenit, cum fundo venditi intelliguntur *l* 13. §. 10. *D. & l.* 16. *C. de act. empt.* Quid, si in locatis ager fuit? utique pensiones ei cedent qui locaverat, *d. l.* 13. §. 11. sed restituendæ emptori *l. ult. D. de jur. fisc.* Idem de operis & mercedibus servorum; item de jumentorum ut navium vecturis; & si quid peculio accessit, servo præsertim vendito cum peculio; ut est factum *l.* 23. *D. d. t* alioquin contra servari, intelligitur ex *l.* 29. 30. & 31. *D. de contrab empt.* Nec me refellit: quod & hæc & pensiones prædiorum, cum rusticorum, tum urbanorum, proprie non sunt fructus; non ex corpore rei, sed ejus occasione ex nova causa, id est, nova obligatione, profecti. nam sufficit, quod fructus imitantur; corporis venditi utilitatem fructuum exemplo continentes. convenit igitur bonæ fidei, qualecumque commodum a venditore ex re vendita, vel ejus occasione perceptum, emptori restitui: ad quem etiam omne incommodum, perfecta emptione, perventurum sit. Aliud tamen est, si quid servus ex re venditoris adquisiverit *d. l.* 13 §. 13. quia rem talem, non venditam extra causam venditionis esse, negari nequit. Quid, si relicta servo sit hereditas, aut quid legatum, donatumve ei? poterat dubitari. sed Ulpianus in *d. l.* 13 § 18. ita scribit sine distinctione: *Si quid servo distracto venditor donavit ante traditionem, hoc quoque restitui debet. hereditates quoque per servum a quisitæ, & legata omnia; nec distinguendum, cujus re pactu ista sint relicta. Item quod ex operis servus præstitit venditori, emptori restituendum est: nisi ideo dies traditionis e pacto prorogatus est, ut ad venditorem operæ pertinerent.* Præter hæc placet Ulpiano *d. l.* 13. §. 2. si sit nocitum rei venditæ, emptori a venditore præstari actionem damni forte infecti, vel aquæ pluviæ, vel Aquiliæ, vel interdicti quod vi aut clam. addo, rei vindicationem, item condictionem furtivam, etiam furti actionem; omnes enim directo competunt venditori, tamquam domino ante traditionem; sed emptori, cujus utilitas quæritur emptione, a venditore cedi atque exhiberi debent *d.* §. 3. *Inst de empt. & vend. l.* 80. *D. de furt.* Facile hoc in venditore rei suæ. sed quid in persona ejus qui vendiderit alienam; & nullam vindicationem aut condictionem habet? putat Gajus, ob id ipsum damnandum esse: potuisse enim, si suam rem vendidisset, eas actiones ad emptorem transferre *l.* 35. §. 4. *D. de contrab. empt* Non magis præterire me oportet, (est enim perelegantis observationis) quod Neratius in *l.* 31. *D. de act. empt.* in hunc scribit modum: ***Si ea res quam ex empto præstare debebam, vi mihi adempta fuerit, quamvis eam custodire debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius, quam actiones persequendæ ejus præstari a me emptori oporteat: quia custodia adversus vim parum proficit. actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam periculo tuo præstare debebo, ut omne lucrum ac dispendium te sequatur.*** Optima sane ratione quam in *l.* 38. *D. de evict.* suppeditat Ulpianus: *Cui,* inquiens, *non æquum videbitur, vel hoc saltem consequi emptorem, quod sine dispendio creditoris futurum est?*

Admonet me Neratii locus; ne obliviscar Pauli *l.* 12. & 14. *D. h. t.* & interjectæ utrique ex Juliano *l.* 13. omnibus ex Neratio lucem accepturis. Proponuntur ergo apud Paulum lecti venditi a venditore positi in via publica, & concisi seu confracti feroc a Ædilibus: cujus cura erat; ne ante officinas esset quid propositum quod viam impediret. *l. unic. D. de via publica.* Quæ-

ritur, cujus sit periculum concisorum lectorum? ut hoc intelligatur: animadvertendum, lectos non periisse fatali casu, sed facto Ædilis, id est, injuria Magistratus: cui resisti ob ejus potestatem non potuit. In eo casu duplex Pauli inspectio in *d. l.* 12. una, lectis emptori a venditore traditis: altera, nondum traditis. quod ad priorem attinet: ait Paulus, emptoris periculum esse; & recte: quia lecti ejus sunt, emptione per traditionem consummata: res autem perit domino. Idem censet Paulus in posteriore casu. qui est, lectis nondum traditis: si per emptorem stetit, quo minus traderentur. & videtur Paulus hic eo motus; quod mora ab emptore commissa, a venditore non culpa, sed dolus malus est præstandus *l.* 5. *l.* 17. *D. h. t.* porro lectis in via imprudenter positis, non est dolus malus, magis culpa videtur. Sic Paulus, lectis emptori traditis, aut mora ab eo commissa. Et est observandum, quod mox ex Juliano subjicitur *l.* 13. eum læsum facto Ædilis, habiturum cum Ædile, si id non jure fecisset, actionem Legis Aquiliæ; aut certe cum venditore ex empto acturum, ut is actiones suas, quas cum Ædile habuisset, ei præstaret. Quid si neque traditi sint emptori lecti; neque is in mora fuerit, quo minus traderentur? ait Paulus in *d. l.* 14. venditoris periculo fore. Esto, si ejus mora accusetur: nam hæc, ut ei noceat, rationis est *d. l.* 17. *h. t.* Verum fingamus, non moram argui, sed culpam. De hac silet Paulus. verum res suadet, idem de culpa videri, quod de mora dictum. Quid, si injuria sint concisi lecti, sine venditoris mora & culpa? mihi placet, vel sic esse venditoris periculum; atque hoc agere Paulum, licet de isto quoque tacet casu. Quo argumento? non alio, quam quod lecti non periere fatali casu; sed concisi & perditi sunt injuria Ædilis. nec male visum Veteribus, injuriam venditori factam, venditori nocere; sicut injuria emptori facta, emptori nocet. Est vero ei consequens, ut tum emptori adversus venditorem, cui nihil imputari potest, actio ex empto detur: non ad id quod ejus intersit rem tradi ex natura ejus actionis, sed ut pretium, si quod forte solvit, ei a venditore restituatur. Fuisse autem lectos ab Ædile nullo jure concisos, non quidem liquet in *d. l.* 12. *&* 14. sed ex interjecta *d. l.* 13. intelligitur. Breviter sic Paulus.

Pluribus Africanus in *l.* 33. *& l.* 35. *D. Locati.* ibi proponitur fundus venditus, & antequam vacuus traderetur, esse publicatus nullo venditoris merito, sola belli injuria, cui resistere non poterat venditor. id sæpe contigit: ac factum aliquando fuit gratia Principis; ut tum ager veteri possessori totus, vel pro parte, restitueretur. Exemplum si quis desideret, est apud Virgilium *Eclog.* I. ad quam potest etiam addi in Notis Servius. aliud exemplum apud Paulum *l.* 11. *D. de evict.* & Ulpianum *l.* 15. *D. de rei vindic.* Sit igitur fundus venditus, ante traditionem publicatus nulla venditoris culpa, mera belli injuria, adeo vi & potentia ejus cui resistere non poterat venditor. in ea specie ait Africanus, ablatum venditori fundum, antequam traderetur vacuus, spectare ad venditoris damnum: quasi conveniat bonæ fidei ad quam hæc rediguntur, a regulis juris recedi propter injuriam venditori re salva humano facto contingentem; nulla aut naturali aut civili ratione, cur injuria ei facta ejus personam egrediatur. Sic censeo, & esse ab hac causa, quod Africanus emptori adversus venditorem concedit ex empto actionem, non ad hoc quod sua intersit, fundum traditum esse: sed ut pretium ei restituatur. & optime: nam si non potest venditori imputari culpa, cur non tradat emptori fundum venditum: an patiatur bona fides, qua finitur ex empto actio, eum emptori teneri ad præstationem ejus quod interest, tantum culpæ coërcendæ gratia comparatam? potest, fateor, res vendita in proposito extans, præstari per rerum naturam. sed ea præstatio extrinsecus impeditur citra culpam venditoris. qua in specie emptor summo quidem jure habet actionem ex empto ad præstationem rei emptæ: alioquin ad id quod ejus interest, esse præstitam: sed nihilominus convenit officio Judicis, ex bona fide judicantis; ne stetur summo jure, sed res sic temperetur, ut venditor, si paratus sit emptori pretium restituere, ejus præstatione ab emptore liberetur: perinde ac si nulla esset emptio. Atque ut hujusmodi publicatio, Principali præcepto facta ante traditionem, venditorem injuria afficit; ideoque emptori nocere non debet: ita longe est; ut ulla sinat æquitas, e diverso talem publicationem, jam post emptionem consummatam, ut tum in emptoris injuriam fit, ad venditoris damnum transire. Mitto verba: sic Paulus *l.* 11. *D. de evict.* nam huc intendit: futuros, inquiens, casus evictionis post contractam emptionem, (tu puta consummatam emptionem: non enim consensu perfecta emptio, sed traditione impleta, intelligenda est) ad venditorem non pertinere. scilicet, quia emptori post traditionem incumbentes, ejus infortunio imputari debent; venditori certe, cujus nulla culpa est, cur magis noceant, quam alii cuicumque, causa non est *l.* 51. *D. & l.* 8. *C. de evict.* Sed liquet, ab Africano tractari casum plane singularem, nec ad consequentiam trahendum. Magis tamen id liquebit collatione *d. l.* 33. cum *l.* 39. *D. de solut.* quæ similiter est Africani, atque ex eodem *libro* VIII. *Quæstionum* ex quo est *d. l.* 33. inde enim intelligitur, Africanum alias sequutum communes juris regulas, existimasse mercem, perfecta emptione, esse periculo emptoris, ab eoque pretium venditori nihilominus persolvi.

TITULUS VII.

De servis exportandis, vel si ita mancipium venierit, ut manumittatur, vel contra.

Nescio, an præstiterit, hoc Titulo tradita poni, ubi quæsitum fuit de pactis inter emptorem & venditorem compositis. occupati enim proximi fuere Tituli in explicandis effectibus perfectæ emptionis & venditionis. præsens vero quid agit, nisi de pactis in servorum venditione adhiberi solitis? Sed aliter visum Architectis Juris: eosque sequi nos duces oportet. Sit igitur exemplum hujus Tituli, si mancipium ita venierit, ut extra Urbem, vel Italiam, vel Provinciam, exportetur, utve ei aliquo sit interdictum pomerio. aliud, ne mancipium prostituatur: item, ut manumittatur; aut, ne manumittatur. In his porro quid servetur, satis erit legisse loca, ea explicantia. Nec dissuadeam tamen, ad *l.* 7. *&* 6. §. I. consuli a me

me scripta *lib. sing. Ad Edict. De pact. & transact.* c. xi. *p.* 422. item *ad l. ult.* annotata a Rævardo *lib.* 1. *Var. c.* 13. Cujacio *lib.* 10. *Obs. c.* 21. & Gifanio *ad l.* 122. *D. de verb. oblig. n.* 28. *p.* 966.

LIBER DECIMUS NONUS.

Titulus I.

De actionibus empti & venditi.

Tertius effectus perfectæ emptionis & venditionis (nam eo redit Titulus) est obligatio; ex eaque duplex actio certa & nominata: sicut ipse contractus est certus & nominatus; idemque ultro citroque obligatorius *l.* 19. *D. de verb. signif.* Ea actio in Rubrica vocatur empti & venditi: utraque directa; neutra contraria: utroque contrahente de eo peræque agente de quo initus principaliter est contractus. ergo utramque etiam esse bonæ fidei, verissime intelligitur ex §. 28. *Inst. de act.*

Actione ex empto (de hac primum agam) is qui emit, utitur *l.* 11. *b. t.* etiam si pretium nondum solverit: modo pretium, cum ex empto agit, integrum venditori offerat. quid, si partem offerat? ait Ulpianus, nondum esse ex empto actionem *l.* 13. §. 8. id est, nondum cum effectu esse: & causatur, quod venditor interim potest eam rem quam vendidit, quasi pignus retinere. Quærentibus porro ad quid detur hæc actio: ait Ulpianus *d. l.* 11. §. 1. in primis sciendum esse, in hoc judicio id demum deduci quod præstari convenit. & pro ratione addit; quod cum sit judicium bonæ fidei, nihil magis bonæ fidei, congruit, quam id præstari, quod inter contrahentes actum est. quod si nihil convenit: tunc ea præstabuntur quæ naturaliter insunt hujus judicii potestate. Et in primis (inquit §. 2. *d. l.* 11.) ipsam rem præstare venditorem oportet, id est tradere. quæ res, siquidem dominus fuit venditor, facit & emptorem dominum: si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum. emptor autem nummos venditoris facere cogitur. Tenetur igitur ex sententia Ulpiani venditor, emptori tradere rem venditam. hoc autem cum dicimus; non sufficit, qualiter qualiter tradi; sed oportet vacuam possessionem tradi. hoc enim Paulus vult *l.* 2. §. 1. *b. t.* & addit, non intelligi vacuam possessionem emptori traditam: si alius in ea legatorum fideive commissorum servandorum causa in possessione est, aut creditoris bona possideantur: idemque esse, si venter in possessione sit: nam & ad hoc pertinere vacui possessionem. imo Ulpianus *l.* 52. §. 1. *D de verb. oblig. Si quis*, infit, *vacuam possessionem tradi promiserit, non nudum factum hæc stipulatio continebit; sed causam bonorum.* Hoc vero significat, rem ita tradi oportere; ut traditio ei cui traditur, sit causa bonorum, sive causa qua fiat; ut res tradita in bonis ejus habeatur. quod tum fit, si ei liceat, eam ita habere; ut alii non liceat, eam auferre, eo invito *l.* 52. *D. de adq. rer. domin.* Proinde ait Pomponius *l.* 3. *b. t.* rationem possessionis quæ a venditore fieri debeat, esse talem: ut si quis eam possessionem jure avocaverit, possessio tradita non intelligatur. Et est hic observandum: quod negat, pro tradita intelligi possessionem, si quis eam jure avocaverit: nam hoc evincit, venditori satis esse, quamdiu id non contigit, quod emptori licet eam rem, quamvis aliena sit, habere: emptorem certe debere ea possessione contentum esse: nec adversus venditorem, ante evictionem, habere actionem: nisi ut ei possessio tradatur, & ei habere licere caveatur *d. l.* 11. §. 2. & 8. *b. t.* de quo plenius *sub Tit. De evict.*

Tenetur igitur venditor emptori tradere vacuam rei venditæ possessionem: si præsertim res sit corporalis: nam si iter, actum, viam, aquæductum, per tuum fundum emero; vacuæ possessionis traditio nulla est: cum res incorporalis neque teneri, neque possideri possit. quare ait Pomponius *d. l.* 3. §. 2. *b. t.* te cavere debere, per te non fieri quo minus utar. Hoc nunc obiter: plura etiam de origine & progressu traditionis in servitutibus tradidi ex professo diligentissime *lib.* 2. *De usufructu c.* 2. ubi, si placet, vide.

Interim nec hoc præteribo, quod cum dicitur, venditorem tradere rem venditam oportere; hoc designatur, eum debere facere traditionem ejus cum accessionibus: de quibus actum *sub Tit. De periculo & commodo rei venditæ.* Similiter non est dubium, quin sub rei appellatione ejus partes contineantur, vel quæ quasi partes, vel propter ædes perpetui usus causa habentur, quæve affixa sunt, aut terra continentur. longum foret, si velim enumerare exempla. extant in *l.* 13. §. *ult. l.* 14. *l.* 15. 16. 17. *pr.* §. 7. 8. *l.* 38. §. 2. *D. b. t.* & possunt ibi videri. potius monebo, non spectare huc ruta, id est, eruta; uti arena, creta, alia: nec cæsa; fac, arbores cæsas, item carbones *l.* 17. §. 6. *l.* 18. §. 1. *b. t. l.* 241. *D. de verb. signif.* non enim sunt ædium, neque fundi *l.* 66. §. *ult. D. de contrab. empt.*

Tenetur igitur hac actione venditor, rem venditam emptori tradere: non quidem, ut emptoris eam faciat; sed ut eam habere emptori liceat: nisi fundum dari stipulanti spoponderit: nam tum cogi, ut fundum emptoris faciat, Ulpianus ait *l.* 25. §. 1. *D. de contrab. empt.* at quo sensu, exposui *lib.* 2. *Probabil. c. ult.* Restat, quid juris sit, si venditor non tradat rem venditam: & quidem, si non possit tradere, impeditus casu fortuito, absolvendum esse, ostendi sub *Tit. de periculo & commodo rei venditæ.* sin id fiat ejus dolo aut culpa; certum est, eum teneri ad id quod emptoris interest, rem esse traditam. sic enim ait Ulpianus *l.* 1. *D. b. t. Si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur: hoc est, quod rem habere interest emptoris. hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet, vel empta est.* Nimirum, quia hac formula (ut Paulus observat *l.* 13. *D. Rat. rem bab.*) continetur, quantum mihi abest, quantumque lucrari potui. Sic est: si venditor nequeat rem venditam tradere dolo aut culpa sua. At quid, si possit, sed nolit, tradere? hic in partes iverunt

runt Interpretes: aliis existimantibus, eum cogi præcise, ut tradat rem venditam: aliis contra, defungi præstatione ejus quod interest, nec ad traditionem ipsius rei cogi. Mihi placet, hanc litem dividere in duas partes: prior quærit, an venditor cogatur rem venditam emptori tradere? altera quærit, quo modo ea coactio fieri debeat? quod ad priorem attinet; nulla dubitatio est, quin venditor possit ad rei venditæ traditionem cogi; sicut ad eam tenetur, eo quod se venditione ad ejus traditionem obligavit. obligatio autem est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ secundum nostræ civitatis jura *pr. Inst. de obligat.* igitur tenetur venditor emptori rem venditam tradere: & si cesset actione ex empto ad id cogitur. Res clara & certa: sed nil vetat, eam firmare auctoritate Justiniani: in §. 2. *Inst. de donat.* dicentis, donationem nudo consensu perfectam, ad exemplum venditionis in se habere necessitatem traditionis: ut etiam, si non tradatur, habeat plenissimum & perfectum robur, & traditionis necessitas donatori incumbat. Secundum hoc igitur non est dubium, quin & donator & venditor recte putetur ad rei venditæ traditionem teneri, cogi, compelli. atque ita Paulus *lib.* 1. *Sentent. tit.* 13. & alii *l.* 46. *l.* 50. *D. h. t. l.* 28. *D. de donat.* Profligata est prior pars propositæ quæstionis, an venditor cogatur rem venditam tradere. altera est de modo, quo cogi debeat? is non est alius, quam præstatio ejus quod emptoris interest, rem venditam ei esse traditam. Non est, quod quæras: certis argumentis in *l.* 11. §. 8. *&* 9. item *l.* 9. *D. h. t.* accedit, quod in *l.* 10. *D. Quib. mod. pign. vel hypothec. soll.* venditor non tradens, cum potest, rem venditam, dicitur ad id quod interest condemnari. Præterea in *l.* 4. *C. h. t.* sic rescribitur a Diocletiano & Maximiano; *Si traditio rei venditæ juxta emptionis contractum procacia venditoris* (quid designet *procacia venditoris*, puto, optime intelligi ex Notis Eruditissimi Schefferi *ad Phædr. lib.* 1. *Fab.* 2.) *non fiat: quanti interesse compleri emptionem fuerit arbitratus Præses provinciæ, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.* Forte absurdus videar, post hæc ulterius monstrare præsumens, quod ex superioribus liquet, venditorem quidem cogi, rem venditam emptori tradere; sed dumtaxat præstatione ejus quod interest. Non debeo tamen præterire, quod Imp. Justinianus *l.* 17. *C. de fide instrum.* ex usu fori venditori palam concedit electionem, utrum malit, emptori rem venditam tradere, an id quod interest præstare: Verba Justiniani si quis desideret, hæc sunt, *Quod pretio statuto, necessitas venditori imponatur, vel contractum venditionis perficere, vel id quod emptoris interest, ei persolvere.* Nec hoc abhorret a regulis juris: quæ faventes libertati publicæ interpretantur, servile esse atque indecorum, civem Romanum præcise cogi facere quod promiserit; ideoque oportere eum liberari solutione ejus quod interest. prorsus non inique: sive de promissore, sive de stipulatore, quæratur. illum certe quis ferat querentem de severitate juris, quam ei liceat evitare traditione rei promissæ, hic vero volens alium sibi obligare, creditus fuit spectare ad lucrum quod stipulatione affectet, aut ad damnum quod alioquin metuat: ideoque alterutrum si impetret, habere quod aut stipulatione aut emptione sibi destinavit: potestate juris obligationem promissæ rei aut facti in obligationem ejus quod interest transferente. Aut fallor, aut hoc significat Celsus *l.* 13. §. 1. *D. de re judic.* sic scribens: *Ita habeatur: facit quod promisit: si minus, quia non facit quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur: sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus.* Sic Celsus: ante Tubero. Ulpianum audi *l.* 72. *D. de verb. oblig. Celsus refert, Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere.* Fuit hoc vel ideo monendum, ne quis putet, quod multis sedet, si pro re vendita aut promissa possit peti aut solvi id quod interest, aliud pro alio solvi, contra *l.* 2. §. 1. *D. de reb. cred.* etiam peti aliud, quam quod debetur, aliud certe adjudicari; cum ultra id quod in judicium sit deductum, excedere nequeat potestas Judicis *l.* 18. *D. Commun. divid.* Sed enim apparet, æstimatione ejus quod interest in locum dationis aut facti succedente juris vi & potestate; nec sic aliud pro alio solvi, peti, aut adjudicari. Aliquis hæc largiatur in factis meris: qualia sunt, fossam fodere, Romam ire, & similia, servitutem, si cogantur, redolentia: non æque in his quæ ad dationem accedunt, ut est, vacuam possessionem tradere. non enim continere nudum factum, sed causam bonorum *l.* 52. *D. de verb. oblig.* eoque non admittere liberationem, nisi dominio omnimodo stipulatoris facto *l.* 75. §. *ult. D. eod. tit.* denique non habere opus, promissorem cogi ad traditionem rei quæ possit auferri manu militari *l.* 68. *D. de rei vindic.* Sed apage hanc comparationem: quam enim ob causam placuit, in specie *d. l.* 68. manum militarem adhiberi; hanc ob causam eam in proposito adhiberi non placuit. itane? nisi interest: quod in *d. l.* 68. agitur; ut res petita a possessore cujus nullum jus est, manu militari auferatur, & domino cujus judicata est, restituatur. at contra fieret hoc judicio: nam eo res domino auferretur in honorem ejus qui non est dominus. quod Veteribus durum esse visum est.

Etiam solet hic injici scrupulus ex Rescripto *l.* 6. *C. de rescind. vendit.* verba sunt: *Non est probabilis causa, propter quam rescindi consensu factam venditionem desideras. quamvis enim duplum offeras pretium emptori: tamen invitus ad rescindendam venditionem urgeri non debet.* Proponitur consensu facta venditio. eam venditor petit ab Imperatoribus rescindi: hac causa, quod est paratus, emptori duplum pretium restituere. Quid Imperatores? negant, emptorem, quamvis oblato duplo pretio, invitum urgeri ad rescindendam venditionem oportere. nolunt igitur, venditorem traditione rei venditæ liberari propter oblationem ejus quod interest, duplum veri pretii numquam excedentis. *l. unic. C. de sentent. quæ pro eo quod interest profer.* Quid dicimus? Imperatores sollicitari ad aliud, quam quod agit proposita quæstio. non enim desiderat hic Consultor, ut venditor actione ex empto conventus, cum adhuc integra res est, oblatione ejus quod interest liberetur præcisa necessitate tradendæ rei venditæ: qui est finis subjectæ quæstionis. verum contra petit: ut emptor, facta jam traditione, contemplatione oblati dupli pretii, adversus juris regulas Principis auctoritate cogatur ei restituere rem traditam. Hoc vero ei non indulgetur, & optima ratione; quia emptor traditione factus dominus, jam ipse debet esse moderator & arbiter rei suæ: sicut & venditor ante rem venditam & traditam erat ejus dominus & arbiter, ideoque eam invitus vendere & tradere non cogebatur. Sic mihi videtur, & a Consultore non quæri, quid in proposito usus observari postulet apud Prætorem legibus alligatum, instituta actione ex empto aut vendito. contra peti, venditionem adversus juris regulas extra ordinem rescindi ex Rescripto Principis, legibus soluti: ut in *l.* 7. *C. d. t. &* *l.* 12. *C. de rei vindic.* de qua supra dixi, sub Tit. *De condict.*

dict. cauf. dat. cauf. non fecut. Habes *d. l. 6.* fenfum verum, & clarum. Nifi obftat, quod in ea confenfu facta dicitur emptio: eoque ponitur adhuc fuiffe integra. hoc certe fenfu fæpe accipi talem locutionem, negari nequit. Verum in præfentia non eft fic explicanda: fed pro ea quæ eft jure perfecta, id eft, non vi, nec dolo malo: plane, ut in præcedente *l. 5. C. de refcind. vend.* Audio: fed quo figno? indubitato in his verbis, *Quamvis duplum offeras pretium:* quibus, nifi lubet cavillari, oblatio numerati pretii cum altero tanto nondum numerato, evidenter defignatur. Tantum de actione empti.

Sequitur venditi actio. hæc venditori competit adverfus emptorem. ad quid? ad confequenda ea quæ ei ab emptore præftari oportet *d. l. 13. §. 19.* ex fide bona. Veniunt igitur in hoc judicium infra fcripta: in primis pretium, quanti res venit *d. l. 13. §. 19.* ficut in actionem ex empto venit res vendita. fed ut par hac in parte eft emptoris & venditoris caufa: ita ifta eft differentia, quod venditor non cogitur rem emptoris facere; emptor contra debet nummos facere venditoris *l. 11 §. 2. h. t.* videlicet, quia emptor & venditor in contrahendo fpectant rem in fpecie certam, non in genere aliquam. illa igitur in fpecie empta, & vendita, in fpecie tradi debet; alia pro alia tradi non debet. adeo talem dat venditor, qualem vendidit: id eft, fuam, fi eft ejus: alioquin alienam, ad quam fpectarunt contrahentes. Aliter eft in nummis: hos emptor & venditor non defignarunt in fpecie certos quos habeat emptor: fed in genere aliquos. ita emptor, ut proprios habere poteft, fic proprios folvere debet: nec liberatur folutione eorum quos habet, fi fint alieni: cum ad eos in fpecie non refpexerint contrahentes.

Præter pretium, quanti res vendita eft, in hoc judicium etiam veniunt ufuræ pretii poft diem traditionis: nam cum re emptor fruatur; æquiffimum eft, eum pendere ufuras pretii; æqualitatis inter contrahentes fervandæ gratia *d. l. 13. §. 9. D. & l. 5. C. h. t.* ad quam fcripfi, *De fœnor. & ufur. lib. 3. c. 10.* poffeffionem porro accipere debemus, etfi precaria fit: hoc enim folum fpectare debemus, an habeat facultatem percipiendi fructus *d. l. 13. §. 21.* Sic: fi venditoris ultra ufuras non interfit. fed quid, fi negotiator fit; isque potuerit, repræfentata pecunia, facere lucrum majus? Hermogenianus *l. 19. D. de peric. & commod. rei vend.* fic finit: *Venditori, fi emptor in pretio folvendo moram fecerit, ufuras duntaxat præftabit, non omne omnimodo quod venditor, mora non facta, confequi potuit; veluti fi negotiator fuit, & pretio foluto, ex mercibus plus, quam ex ufuris quærere potuit.* Notabilis locus: cujus rationem dedi *lib. 2. De fœn. & ufur. c. 6.* ibidemque etiam expofui *l. 2. §. ult. D. de eo quod certo loco:* quæ poterat aliquam ei adferre difficultatem.

Præterea ait Ulpianus, quod ex vendito agendo venditor confequetur etiam fumptus a fe factos in re diftracta: ut puta, fi quid in ædificia diftracta erogatum eft. fcribit enim Labeo & Trebatius, effe ex vendito hoc nomine actionem. idem & fi in ægri fervi curationem impenfum eft ante traditionem; aut in difciplinas quas verifimile erat etiam emptorem velle impendi. Hoc amplius ait Labeo, & fi quid in funus fervi mortui impenfum fit, ex vendito confequi oportere: fi modo fine culpa venditoris mortem obierit *l. 13. §. 22. h. t.*

TITULUS II.

Locati conducti.

Poftrema fpecies contractuum, qui confenfu conftant, eft locatio conductio. de qua propofitum a Prætore fuiffe Edictum, intelligitur ex plerisque hujus Tituli Fragmentis, quorum Infcriptio eft Ad Edictum. ipfum non extat: fed poteft hunc in modum concipi. *Quod locatum & conductum effe dicetur, de eo judicium dabo.*

Utilitas hujus Edicti evidens eft. quippe eo pertinet: ut homo hominem juvet, re aut opera alterius indigentem: ficut in commodato quoque & mandato fieri monui. fola differentia eft: quod hi contractus ad officium fpectant inter amicos & neceffarios, ideoque funt gratuiti: cum locatio conductio magis extraneos ad opem mutuam utilitatis permutatione jure gentium invitet.

Ait Prætor, *Quod locatum & conductum effe dicetur.* Quid hæc verba proprie fignificent, & quemadmodum diftinguantur, non caret difficultate. Mihi fic videtur, quod locatio eft duplex: alia rerum, alia operarum. Nonius *cap. 4. num. 288.* *Locandi manifefta fignificatio eft, ut aut operis locandi, aut fundi.* Utriusque difcrimen cum in rebus, tum in perfonis, de quibus & inter quas contrahitur, eft infigne. nam fi ufus rei mutetur certa mercede pecuniaria; locatio conductio eft, & certa locatoris & conductoris perfona. Ifidorum audi *lib. 5. Origin. c. 25.* *Locatio eft res ad ufum data cum diffinitione mercedis. conductio eft res in ufum accepta cum conftituta mercede.* Operarum diverfa ratio eft. non enim omnes locantur. contra ait Paulus *l. 5. §. 2. D. de præfcript. verb.* effe quæ folent locari; effe etiam quæ non poffint: de quibus mox. præterea quæri poteft locatis operis, quis locator, quis conductor fit. eft enim, ubi locator operam præftat, & conductor ea utitur. eft quoque, ubi ille conductor, hic locator, appellatur. Exempla ne deeffent, appofui *l. l. 19. §. 9.* juncta *l. 22. D. h. t.* In hac difficultate ad probabile accedit fententia Jacobi Cujacii, V. Cl. *lib. 2. Obferv. c. 28.* exiftimantis, intereffe, a quo incipiat contractus: ac fecundum hoc qui dat utendum vel faciendum, locator; & qui accipit, conductor vocatur. nec male in *l. 2. & l. 10. D. de leg. Rhod. de jactu.* navis magifter, navem dans utendam, locator eft: idem, merces vehendas accipiens, eft conductor; licet utroque cafu mercedem accipit. e diverfo dominus mercium priore cafu conductor, pofteriore locator eft, quamvis utroque cafu mercedem dat. Ita expedita res eft: fi appareat, a quo cœperit contractus. quod fi ignoretur: jam ignoratur, uter fit locator, uter conductor: fimul utra actione fit agendum, locati, an conducti: præftatque, agi actione præfcriptis verbis: cui femper locus eft; ubi dubitatur, an fit actio, aut quæ fit. Sic Cujacius: & præit Papinianus *l. 1. §. 1. D. de præfcriptis verbis.*

Sed plenius confideranda locatio conductio. eft autem contractus juris gentium, bonæ fidei, conftans confenfu quo agitur, ut ufus fructusve rei aut opera cum certa mercede pecuniaria permutetur. primum, an locatio conductio fit contractus, vix dubitari poteft: quia eft conventio locatoris & conductoris fua vi idonea ad producendam jure civili obligationem & actionem: quæ indicio Rubricæ locati conducti vocatur. Eft igitur contractus: fed juris gentium, auctore Paulo *l. 1. h. t.* quia a Jure Civili non accepit novam for-

mam: contenta naturali simplicitate. Addidi, quod est bonæ fidei: sic enim vocatur §. 28. *Inst. de actionib.* & est ratio; quod ab utroque latere est obligatorius: quales contractus bona fide reguntur. Cætera definitionis verba evincunt, locationem & conductionem consistere ex tribus: nempe ex consensu, mercede, item usu rei aut opera: ideoque dici ab Ulpiano *l.* 2. *h. t.* proximam, hoc est, similem, emptioni & venditioni; hisdemque juris regulis consistere. E re erit, hæc paucis demonstrari.

Prima similitudo Ulpiano *d. l.* 2. hæc est: quod ut emptio & venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit: sic locatio & conductio contrahi intelligitur; si de mercede convenerit. perficitur igitur nudo consensu; pariter ut emptio venditio: cum uterque contractus sit naturalis & omnium gentium; eoque nec verba, nec aliam solemnitatem desideret: ut latius traditum superiore libro tit. I. Tantum nunc addam: quod nec refert locationis & conductionis; utrum palam sit consensum, an tacite: nam vel hoc fieri, pulchre ostendit Ulpianus *l.* 13. §. 11. & *l.* 14. *h. t.*

Alterum quo locatio conductio emptioni venditioni assimilatur, est merces. nam ut emptio venditio sine pretio, sic locatio conductio sine mercede, nulla est: recteque negat Paulus, istam contrahi donationis causa *l.* 24. §. 1. *D. h. t.* imo Ulpianus *l.* 46. (de qua plura *superiore libro tit.* I.) *Si quis*, inquit, *conduxerit nummo uno, conductio nulla est*: præfatus, quod *& hoc donationis instar inducit.* Nec tamen id obstat, quo minus sic recte idem scribat *l.* 5. *h. t. Si tibi habitationem locavero, mox pensionem remittam, ex locato & conducto agendum erit.* Loquitur enim hic de locatione ab initio perfecta, non donandi animo, ut supra, sed negotiandi: etsi mox, id est, post, ex intervallo, remissa pensio sit. fuit igitur contractus ab initio perfectus: atque ex eo utrimque nata obligatio & actio: nec est cur ea idcirco esse desinat, quod remissa pensio fuit: quia nec si soluta sit, esse definit. & quid interest, utrum soluta sit, an remissa: cum & remissio pro satisfactione, seu solutione cedat *l.* 52. *D. de solut.*

Superiori similitudini accedit, quod ut pretium in emptione venditione debet certum esse; sic oportet mercedem in locatione conductione esse certam: sive nomine suo, sive ex certa demonstratione: qualis est, si merces alieno arbitrio sit commissa *l.* 25. *D.* & §. 1. *Inst. h. t.* Hoc amplius debet merces consistere in pecunia numerata. alioquin est contractus innominatus do ut facias; locatio conductio non est: quemadmodum, si pretium rei emptæ consistat in pecunia numerata, est emptio venditio, alioquin contractus innominatus do ut des. Hoc modo Paulus *l.* 5. §. 1. *D. de præscript. verb.* Ulpianus *l.* 1. §. 9. *D. Depositi.* & post utrumque Justinianus §. 2. *Inst. h. t.* Est tamen scrupulus in *l.* 21. *C. h. t.* cujus hæc verba sunt: *Si olei certa ponderatione fructus anni locasti, de contractu bona fide habito propter hoc solum, quod alter majorem obtulit ponderationem, recedi non oportet.* Sed videamus; ne in fundo specialiter sit receptum favore rei rusticæ; ut is possit locari non modo nummis, sed etiam certa quantitate fructuum ex ea nasciturorum, verbi gratia, certo pondere olei. Nec audio Accursium, *Glossa ad d. l.* 21. æstimantem, in ea non esse locationem conductionem, sed contractum innominatum. primum enim pro locatione conductione facit Rubrica, *De locato & conducto*: sub qua posita lex est. accedit, quod contractus quo de agitur, in ea lege locatio vocatur. Alius adderet, quod is etiam dicitur bonæ fidei. Sed hoc minus urgeo: quamvis locationem conductionem bonæ fidei esse, non ignorem: cum etiam contractus do ut facias, tamquam præferens, permutationem utilitatis mutuæ, mea opinione, bonæ fidei sit. Magis movet me, quod locator in *d. l.* negatur a contractu recedere ob id solum posse, quod ei ab alio plus offertur. id vero indigitat, in contractu quo de agitur, non esse locum pœnitentiæ: cui est in contractu innominato locus; in locatione conductione non est. Certa hæc atque indubitata. sed æque hoc, quod in *l.* 8. *C. h. t.* similiter promissis pro usu fundi certis annuis quantitatibus, non dicitur contractus innominatus, sed palam nominatur locatio conductio, manifestumque ejus jus describitur.

Reliquum est, ut de locatione usus seu fructus rei & operæ disputemus. potest autem locari & conduci fructus omnis rei corporalis: quæ sit in commercio, sive mobilis, sive immobilis, sive sese movens. etiam res incorporalis recipit locationem & conductionem: puta, ususfructus: *l.* 11. §. 2. *D. de usufruct.* §. 1. *Inst. de usu & habit.* nempe, quia ad fructum & compendium spectat. Nil mutat, quod ususfructus est jus personæ: quia ea locatione ipsum jus apud fructuarium manet; perceptio vero fructuum quæ est facti, tantum ad conductorem pertinet *l.* 66. *D. de jur. dot.* Indeque ea locatio etiam finito usufructu extinguitur *l.* 9. §. 1. *h. t.* Non tamen hæc vel sic constat subtili jure, sed benignitate Prætoria: quam indicavi *lib.* 1. *De Usufructu c.* 3. In usu non idem placuit: resistente natura usus, consistentis intra necessitatem ejus cui concessus est: cujus angustiam egreditur merces ad compendium pergens *l.* 10. §. 1. *D. Commun. divid. d.* §. 1. *Inst. de usu & habit.* Similiter negat Ulpianus *l.* 44. *D. h. t.* locari servitutem, id est, prædii servitutem: nam hanc servitutis appellatio sæpe designat: ut indicavi *lib.* VII. *tit.* I. talis vero servitus est jus sive qualitas prædii §. 3. *Inst. de rebus corporalib. l.* 86. *D. de verb. signif.* ideoque extra prædium cui inhæret, intelligi non potest *l.* 20. §. *ult. D. de serv. præd. rust. l.* 6. §. 2. & 3. *D. Si serv. vindic.*

De operarum locatione obscurior est deliberatio. mitto turpes ac flagitiosas, legibus aut bonis moribus contrarias: nullo jure ad tuenda aut promovenda scelera comparato. De cæteris quæritur a turpitudine atque improbitate vacuis. nam vel ex iis aliquas locari posse, aliquas non posse, auctor est Paulus *l.* 5. §. 2. *D. de præscript. verb.* In illis esse dicit, Si tibi do pecuniam, ut tabulam meam pingas: in his sequens, Si tibi do pecuniam, ut servum tuum manumittas. Paulus quæstionem finit exemplis: utinam regulam posuisset! ultro liqueret sententia. nunc conjectura agendum est. illa huc exit: aut tu in re mea aliquid facis, aut in re tua; aut in re neque tua, neque mea: ea lege, ut ego pro opera tibi dem certam pecuniam. primo casu mea est substantia in qua tua ponitur opera: hac lege ut pro opera tua accipias certam mercedem pecuniariam: verbi gratia, in exemplo Pauli tu tabulam meam pingis, hoc pacto, ut pro opera tua habeas certam pecuniam. non dubitat Paulus, esse locationem conductionem, quia opera tua locata in re mea, cum mea mercede commutatur. quod est proprium locationis conductionis. altero casu tu aliquid in re tua facis: ita ut tua res cum tua opera ad me veniat; & tu pro utraque certam accipias pecuniam: in hoc casu (quem omisit Paulus *d. l.* 5. §. 2.) non putarunt Veteres, esse locationem conductionem; sed emptionem venditionem; quia

ut aliquid feceris meo nomine; tamen operam tuam non in mea locasti substantia, sed in tua: eoque non tam fecisti, ut ad me tua veniret opera; quam ut tua substantia, arte aut opera tua certo modo conformata, ad me proficisceretur. non est igitur operæ & mercedis permutatio, ad quam intendit locatio conductio: sed permutatio pretii mei & substantiæ tuæ, quæ est propria emptionis venditionis. Hæc, quantum ad unum Pauli exemplum, plane consentanea exemplis & præceptis Veterum in *l.* 65. *l.* 20. *D. de contrah. empt.* & *l.* 2. *D. h. t.* claris & pulchris, ideoque dignis hic applicari. Succedit aliud Pauli exemplum in *d. l.* 5. §. 2. & est tale. Ego do tibi decem: ea lege, ut servum tuum manumittas. negat Paulus, esse factum locari solitum. Quæso, qua ratione? duplice. prior est, quod in ea specie aliquid quidem fecisti illa lege, ut haberes certam pecuniam; sed nihil fecisti in meo: contra aliquid fecisti in tuo, atque ita ut inde nihil ad me veniret; cum locatio conductio illum habeat finem, ut frui liceat propter operam tuam in re mea collocatam. magis igitur putat Paulus, esse contractum innominatum do ut facias: quam locationem conductionem. Ab eadem causa pendet sequens casus: dedi tibi decem, ut meo nomine eas Romam. nam neque hic est locatio conductio: sed (si audimus Ulpianum *l.* 5. *D. de condict. caus. dat. caus. non sequut.*) contractus innominatus, do ut facias: nimirum, quia iter quod a te fit meo nomine, neque in meo, neque in tuo, fit: sed in via publica; id est, in alieno. Ait autem Pomponius *d. l.* 20. *D. de contrab. empt.* non posse ullam esse locationem, ubi corpus ipsum non detur ab eo cui id fieret. aliter atque si aream darem, ubi insulam ædificares: quoniam tunc a me substantia proficiscitur.

Præter superiora facta, sunt & alia non assueta locari & conduci: etiam cum pro his datur aut promittitur pecunia. talia facta sunt quæ beneficiis comparantur. nam hæc ab animo reputantur, & inæstimabilia habentur; eoque mercedem operas explentem, sine qua locatio & conductio nulla est, adspernantur: cum admittant honorarium sive salarium. Differentiam indicavi supra *ad Tit. Mandati vel contra.* Ibidem etiam petivi exempla ab operis Medicorum, & Professorum liberalium artium quos inter sunt Geometræ qui & Agrimensores & simpliciter Mensores *l.* 1. *pr.* & §. 1. *D. Si mens. fals. mod. dix.* aliique enumerati in *l.* 1. *D. de extraord. cogn.* Omnibus his habitus hic honor; (tantum valet usus!) ut eorum operæ ad beneficia accedere crederentur: usque adeo, ut quamvis vel ipsi æque atque opifices artificesve alii mercedem pro arte aut opera re vera & paciscerentur & acciperent; tamen non operam locare, neque mercedem pro opera aut arte, sed honorarium vel salarium pro præstito beneficio, accipere aut pacisci dicerentur. observavit hoc in Agrimensore Ulpianus *d. l.* 1. *pr.* & §. 1. *D. Si mens. fals. mod. dix.* in Medicis ac Professoribus artium liberalium Seneca *lib.* 6. *De benefic. c.* 14. 15. & 16. additis rationibus ex Veterum sententia: ut recte interpretatus est Vir Summus, Hugo Grotius, *Flor. spars. ad d. Tit. de extraord. cognit.* frustra reluctante Claudio Salmasio *Observ. ad jus Attic. c.* 25.

Porro ait Prætor, *De eo judicium dabo.* Hoc judicium est duplex: alterum locati, alterum conducti. illud locatori, hoc conductori, competit *pr. Inst. h. t.* utraque actio directa, neutra contraria: pari locatoris & conductoris jure. interim quia ultro citroque datur, bonæ fidei esse hoc judicium, vere adnotavit Justinianus §. 28. *Inst. de actionib.* Primum attingam actionem conducti: quam Ulpianus *l.* 15. *D. h. t.* ait conductori dari, puta, adversus locatorem cum quo contraxit. ad quid? quod conductori a locatore præstari oportet ex fide bona. proinde si quid specialiter convenit, ad hoc tenetur locator. sin minus; duplex est ejus obligatio: una, ut præstet conductori frui licere: altera, ut indemnis ei sit conductio. prima agendi causa est; ut liceat conductori frui: hoc est, percipere utilitatem & commoditatem, a fine rei conductæ venientem. hoc modo fruitur conductor domo quam inhabitat; item fundo ex quo fructus percipit, sive per se, sive per alium cui domum aut fundum sublocavit: natura enim fructus sponte vel facto humano producit. pensiones mercedesque juris interpretatione fructus habentur: ut ostendi *lib.* 1. *De usufructu c.* 3. Inde Imp. Alexander *l.* 6. *C. h. t.* *Nemo*, inquit, *prohibetur rem quam conduxit, alii locare, si nihil aliud convenit.* idem apparet ex *l.* 24. §. 1. *D. eod.* Est vero sic jus conductori, eam alteri sublocare, non modo tanti, quanti ipse conduxit; sed etiam pluris, atque ex illa locatione lucrum facere *l.* 30. *D. d. t.* Competit igitur conductori actio ex conducto adversus locatorem; ut præstet frui licere & sibi & cui fundum sublocavit. Nec hoc contenta est hæc actio: plus petit, ut conductor, aut is qui ab eo conduxit, habeat omnia sine quibus illi frui non liceat. consequenter debet locator præstare detentionem: qua sine frui conductor nequit. An & possessionem? forte ambiges, propter *d. l.* 15. §. 1. Sed sufficit conductori detentio; cum æque frui possit, si detineat; licet non possideat. Hac ratione ait Ulpianus *l.* 9. *D. de rei vindic.* eum detinere; possidere negat. Atqui in *d. l.* 15. §. 1. sic extat: *Competit ex his causis fere: ut puta, si re quam conduxit, frui ei non licet, forte quia possessio aut totius agri, aut partis non præstatur.* Sed possessionem pro corporali detentione sumi, ne mirere. Id sæpe fieri probavi *lib.* 1. *De usufructu c.* 3. Quid, si præterea Labeo *l.* 60. §. 1. *h. t.* sic ait: *Heredem coloni, quamvis colonus non est, nihilominus domino possidere, existimo.* Sic ille & nostræ sententiæ convenienter. nam si domino possidet colonus; ipse non possidet, sed dominus, cujus nomine possidetur *l.* 18. *D. de adq. posses.* detentionem igitur, non possessionem petet conductor; multo minus dominium. nam frui potest, quamvis non sit dominus: ut in commodato quoque observatum. Sic habet causam hoc Ulpiani *l.* 39. *D. h. t. Non solet locatio dominium mutare.* Aliquando tamen aliter esse, intelligitur ex *l.* 31. *d. t.* ad quam more suo erudite Cujacius *lib.* 7. *Observ. c.* 39. Ne ad hæc quidem subsistit conducti actio. quin præterea petit cætera sine quibus frui non potest conductor. sane fundo locato, petet sibi præstari instrumenta sine quibus fundus non potest coli. quænam autem hæc sint, pete ab Ulpiano *l.* 19. §. 2. & singula in Notis explicat Dionysius Gothofredus. Jam domo aut villa locata, præstari refectionem, præter Ulpianum *d. l.* 15. §. 1. vult Paulus *l.* 25. §. 1. & 2. *h. t.* Et est notabile hoc *l.* 60. *D. d. t.* *Cum in plures annos domus locata est, præstare locator debet, ut non solum habitare conductor ex Kalendis illis cujusque anni, sed etiam locare habitatori, si velit, suo tempore possit. itaque si ea domus ex Kalendis Januariis fulta in Kalendis Juniis permansisset, ita ut nec habitare quisquam, nec ostendere alicui posset, nihil locatori conductorem præstaturum: adeo ut nec cogi quidem posset ex Kalendis Juliis refecta domo habitare, nisi si paratus fuisset locator commodam domum ei ad habitandum dare.* Sic Florentiæ: sed Haloander pro, *ex Kalendis illis*

illis posuit, *ex Kalendis Juliis.* quod, ut proposito aptius, maluit Antonius Augustinus *lib.* 4. *Emend. c.* 14. multis demonstrans, quod jam notum omnibus, tum adhuc notum non erat, migrationes Veterum fieri solitas fuisse Kalendis Juliis.

Huc usque effectum est, locatorem conductori actione ex conducto teneri, præstare frui licere. Quid, si non præstet? dupliciter conveniri potest: alias ad id quod interest: alias ad remissionem mercedis: nam & dupliciter fit, ut non præstet frui: primum dolo aut culpa; deinde casu fortuito, cui resisti nequit. De priore Seneca *lib. 6. De benefic. c.* 4. *Colonum suum non tenet, quamvis tabellis manentibus, qui segetem ejus proculcavit, qui succidit arbusta: non quia recepit quod pepigerat; sed quia, ne reciperet, effecit.* Sic Seneca: non male, sed minus plene. curatius nostri: quibus placet, locatorem, si conductorem frui impedit; aut ipse dolo vel culpa facit, ne possit præstare frui; conductori teneri non modo ad exonerationem aut restitutionem mercedis: sed præterea ad omne quod ejus interest; adeoque ad reparationem damni quod patitur, & lucri quo caret: ut in omnibus faciendi obligationibus. quod si nullo locatoris dolo aut culpa, sed aliqua externa vi, seu aliquo fortuito casu fiat, ne præstet frui licere: contra putarunt nostri, non esse æquum, locatorem per quem non stet, quo minus præstet frui licere, teneri, ad omne quod conductoris interest; & tamen quia non præstat quod convenit, conductori obligatum intelligi hactenus; ut ei mercedem pro rata aut remitttat aut restituat:non ultra. Utramque partem hujus distinctionis exemplis pluribus executus est Africanus *l.* 33. *&* 35. *h. t.* priorem tractavit Alfenus *l.* 30. & Paulus *l.* 24. §. 4. *d. t.* nec minus idem *l.* 7. & Tryphoninus *l.* 8. quas exposuit Cujacius *lib.* 23. *Observ. c.* 30. & post eum Altiserra ad *lib.* IX. *Disputat. Tryphonini.* posteriorem partem uno exemplo confirmavit Gajus *l.* 25. §. 6. pluribus Ulpianus *l.* 15. §. 2. *h. t.* sed uterque obscurius: ita nec peccavero, si eos paucis pro meo modulo adjuvero. Gaji verba *d.* §. 6. hæc sunt: *Vis major quam Græci Θεȣ̃ βίαν appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus quam tolerabile est, læsi fuerint fructus: alioquin modicum damnum æquo animo ferre debet colonus cui immodicum lucrum non aufertur.* Gajus loquitur de vi majore quam dicit Θεȣ̃ βίαν appellari. nempe solent Veteres casus insolitos quorum causa latet, Deorum iræ imputare. res notata a Seneca *lib.* 1. *De ira c.* 27. *& lib. 6. Natur. quæst. c.* 3. item ab Arnobio *lib.* 1. *Adversf. gent.* adscribentibus tamen talia magis caussis naturalibus: ut factum quoque a Javoleno *l.* 59. *h. t.* & aliis post hæc scripta nuper adductis diligentia Clarissimi & Eruditissimi Viri, Everhardi Ottonis, Amici mei Charissimi, in elegante Dissertatione *De præst. casib. solit. & insolitis.* §. 2. *& seqq.* Quidquid est: (nam id definire non est hujus loci) si vis major conductorem impedierit frui; putat Gajus, locatoris damnum esse. huc autem redit hæc sententia; ut velit, eum conductori mercedem remittere; sed non ad id quod interest teneri: quasi non sinat æquitas, mercedem solvi a conductore cui locator vicissim non præstat frui, etsi vi majore impeditus. Eodem modo accipio Ulpianum *d. l.* 15. §. 2. ubi quæsito, si vis tempestatis calamitosæ, id est, grandinis, contigerit; an locator conductori aliquid præstare debeat: sic subjicit Ulpianus. *Servius omnem vim cui resisti non potest, dominum colono præstare debere ait.* Quo clarior fiat loci sensus, non inutiliter addam: quod responsio latius patet, quam quæstio. est enim infinita Servii locutio de omni vi cui resisti non potest: cum tantum de vi majore, id est, de una parte cœlestis injuriæ quærat Ulpianus. clare Plinius *lib.* 18. *Nat. hist. c.* 28. *Ante omnia duo genera esse cœlestis injuriæ meminisse debemus. unum quod tempestates vocamus, in quibus grandines, procellæ, cæteraque similia intelliguntur: quæ cum acciderint, vis major appellatur. hæc ab horridis sideribus exeunt, ut sæpe diximus, arcturo, orione, hædis. alia sunt illa quæ silente cœlo, serenisque noctibus fiunt, nullo sentiente, nisi cum facta sunt. publica hæc & magnæ differentiæ a prioribus, aliis rubiginem, aliis uredinem, aliis carbunculum appellantibus, omnibus sterilitatem.* Sed, ut dixi, infinita est Servii regula, ad omnes fortuitos casus quibus resisti non potest, respiciens: sive sint ab aliqua cœlesti injuria, sive a quacumque alia vi externa. vult autem omnes domino nocere hactenus, ut mercedes amittat, non ultra. Consideremus Ulpiani exempla. primum est *fluminum:* eoque indigitat, quæ sunt aquarum magnitudines in *l.* 23. *D. de reg. jur.* alterum est *graculorum & sturnorum.* hi sunt aves edaces, gregatim volantes, sæpe magno agmine: de quibus præter Budæum *Annot. priorib. ad Pand. p.* 313. Cujacius *lib.* 15. *Observ. c.* 28. Menagius, *Amœnit. jur. civil. c.* 38. & nuper D. Everhardus Otto, in laudata modo *Dissertatione* §. 6. *pag.* 304. Sequitur apud Ulpianum, *Et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat.* Incursui hostium compara vim prædonum ex *d. l.* 23. item exustionem ædium ex *l.* 9. §. 1. *h. t.* igne, puta, in eas foris illato. præterea publicationem vi belli contingentem potentia ejus cui resistere non possit locator: item necessariam refectionem ob vetustatem ex *d. l.* 33. *&* 35. Sed quid illud, *Si quid simile acciderit.* Cujacius exempla petit ab agmine locustarum, passerum, gruum, murium: quorum etiam meminit Arnobius *d. lib.* 1. *Adversf. gent.* Pergit Ulpianus: *Sed & si labes facta sit, omnemque fructum tulerit: damnum coloni non esse: ne supra damnum seminis amissi mercedes agri præstare cogatur.* Budæus *pag.* 316. pro *labes* legit *tabes.* frustra: nam labes (quod Cujacius animadvertit *d. c.* 28.) hic non est labes terræ: etsi sic vocetur aliquando: nam de labe terræ agit Ulpianus paulo post: sed labes est labes fructuum, flatu ventorum, ut incursu pluviarum, aut alio casu, contingens. Est mihi hoc eo probabilius: quia placet quoque Clarissimo Viro Everhardo Ottoni, in sæpius laudata Dissertatione §. 6. *p.* 304. addam, quod æque lubens video illic notari, quod observatum ante a Viris Clarissimis, Gronovio *ad Livium*, & Drakenburgio *ad Silium Italicum*, voces has, *labes* & *tabes*, a Librariis sæpissime confundi. Pergit Ulpianus *d.* §. 2. *Sed & si uredo fructum oleæ corruperit, aut solis fervore non assueto id acciderit, damnum domini futurum.* Ab utraque causa æstus & frigoris immodici atque insoliti fructuum vitia proficisci, auctor Plinius *lib.* 17. *Hist. nat. c.* 24. & Prudentius *lib.* 2. *Adversf. Symmachum vers.* 972. *& seqq.* Uredinem autem idem Plinius *lib.* 18. *c.* 28. ait, frigore tantum constare, sole innoxio. Postremus Ulpiani versus est. *Sed [&] si ager terræ motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse.* Et hanc subjicit causam, quæ est in antecessum a me adducta: *Oportere enim agrum præstari conductori, ut frui possit.* Vult igitur Ulpianus, Servium sequutus, qualemcumque casum cui non potuit a colono resisti, locatori adferre damnum mercedis. Quid, si nihil acciderit extra consuetudinem? jam contra putat, coloni damnum esse *d. l.* 15. §. 2. id est, non oportere ei mer-

mercedem remitti; & habet rationem: quia non est cœli aut aliud externum vitium, sed coloni: ipsi, non locatori, imputandum. Huc spectat hoc Ulpiani *d. l.* 15. §. 2. *Si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, hæc damno coloni esse.* Et exemplum: *Veluti si vinum coacuerit.* aliud, *Si raucis aut herbis segetes corruptæ sint.* Alciatus *lib.* 7. *Parerg. c.* 5. legit, *erucis*, easque dicit vermiculos, herbis, oleribus & arboribus noxios. Cujacius tamen retinet *raucas*; & explicat *vermiculos.* Porro adversus hos & herbas malas sua esse remedia docuit Plinius *lib.* 18. *Nat. hist. c.* 17. etiam Columella *lib.* 2. *De re rustica c.* 9. & ante utrumque Virgilius *lib.* 1 *Georgic. vers.* 150. *& seqq.* Erit igitur, auctore Ulpiano, coloni damnum, si nihil extra consuetudinem acciderit. Utar & sequente exemplo, quod est maxime proprium huic loco, ex *d. l.*15.§ 5. Quidam de fructuum exiguitate questus est. dubitatum fuit, si petat remissionem mercedis, an habenda ejus sit ratio. negat Ulpianus: & addit, ita Rescripto Divi Antonini contineri. Quæso, qua ratione? nullam dat Ulpianus. interim est optima; nam si parum creverit ex fundo; nec ostenditur causa exiguitatis fructuum; credendum est, culpam esse coloni, agrum conductum non ita, uti debuit, exercentis. Itane? quo auctore? Columella, nec postules certiorem. is vero *lib.* 1. *De re rustica c.* XI. sic scribit: *Ubi sedulo colitur ager, plerumque compendium, numquam (nisi cœli major vis aut prædonis incessit) detrimentum affert, eoque petere remissionem colonus non audet.*

Sed & tum, ubi a vi cœli, aut a bello, aliove casu fortuito, cui resisti nequeat, detrimentum est, coloni esse, si modicum sit, Ulpianus censet *d.* §. 2. id enim significant hæc ejus verba: *Si exercitus præteriens per lasciviam aliquid abstulit.* Contra, si labes facta sit, *omnemque fructum tulerit*, (id est, abstulerit: ut *ferre* pro auferre in *l.* 12. *l.* 27. *l.* 42. §. 1. *D. de usufructu*) *damnum coloni non esse.* Gajus utrumque sic exprimit *l.* 25. §. 6. *d. t. Vis major quam Græci* θεῦ βίαν, *id est, vim divinam appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus, quam tolerabile est, læsi fuerint fructus: alioquin modicum damnum æquo animo ferre debet, cui immodicum lucrum non aufertur.* Accursius *immodicum lucrum* interpretatur valde modicum. quod forte mireris: sed dedi consimilia ejus locutionis exempla complura, supra sub Titulo *Pro socio.* Sic in prædio rustico. idem in urbano Alfenus *l.* 27. *h. t.* Præter superiores causas inhibendæ remissionis est & illa in *d. l.* 15. §. 4. *d. t.* si uno anno quis remissionem dederit ob sterilitatem: deinde ubertas contigit sequentibus annis. ait enim Ulpianus, nihil tum domino obesse remissionem: sed integram pensionem etiam ejus anni quo remisit, exigendam. Idemque tradit, etsi dominus in remissione sit usus verbo donationis: quasi non sit donatio, sed transactio. item, si novissimus annus in quo ei remiserit, sterilis sit, etsi superiores uberes fuerunt, & scit locator, ait, eum non debere ad computationem vocari. Ne hoc quidem prætereundum credidit Ulpianus *l.* 9. §. 2. *h. t.* Julianum dicere: si quis fundum locaverit, ut etiam si quid vi majore accidisset, hoc ei præstaretur, pacto standum esse. Imp. Alexander *l.* 8. *C. h. t.* superiori casui addit alium: pacto enim jungit morem regionis: modo recte legatur locus vitiatus: & ex Harmenopulo *lib.* 3. *tit.* 8. a Rudulpho Fornerio *lib.* 5. *Rer. quotid. c.* 5. sic verissime restitutus: *Si tamen expressum non est in locatione, aut mos regionis postulabat: Ut si qua. &c.*

Summa omnium est: ut locator, si per eum stet, quo minus conductori præstet frui licere, culpæ nomine teneatur ad id quod ejus interest hoc esse præstitum: sed si aliqua vi externa cui resistere non possit, prohibeatur, ne id possit præstare; jam, quia nulla ejus culpa est, dumtaxat teneatur ad restitutionem mercedis, aut ejus exonerationem *d. l.* 15. §. 7. *&* 8. item *d. l.* 33. 34. *&* 35. *h. t.* De damno seminis videamus. Et Ulpianus *d.* §. 7. de eo sic scribit: *Supra denique damnum seminis ad colonum pertinere declaratur.* Hotmanus *lib.* 4. *Observ. c.* 21. adjecta vocula, *non*, legit, *ad colonum non pertinere.* At Jacobus Gothofredus *lib. sing. Animadvers. c.* 13. rejecta illa emendatione, verba *d.* §. 7. sic optime interpretatur: Ubicumque remissionis habetur ratio, conductor quidem consequitur mercedis exonerationem pro rata: sed non præterea damnum emergens aut lucrum cessans quo id quod ejus interest, censetur. quare damnum amissi seminis ad ipsum pertinet, ad locatorem non pertinet. idque jam supra est declaratum. ubi? in *d.* §. 2. *l.* 15. in *vers. Sed & si labes.*

Altera causa actionis ex conducto est; ut conductori indemnis servetur conductio: damno ei in re conducta illato. fac: ut res exemplo illustretur: fundus locatus est. in eo pendent fructus. hos fur a fundo separavit, & separatos abstulit. habet quidem colonus quia ejus interest, ei non fieri furtum fructuum, actionem furti pœnalem adversus furem *l.* 26. §. 1. *D. de furt.* sed non potest fructus a fure repetere: quia non est fructuum dominus, antequam eos perceperit. nec igitur habet aut vindicationem aut condictionem furtivam, quibus illam repetitionem fieri oportet: sed utramque habet locator, si sit dominus locati fundi. is vero potest eas sine incommodo suo conductori cedere; ideoque cedere eas debet ex fide bona qua actionem ex conducto regi, supra dictum est. ac nisi cedat, poterit a conductore eo nomine conveniri *l.* 60. § 5. *D. h. t.* quasi cum effectu ei non præstet frui licere. Idem vel simile est in fullone, re ei furto surrepta: quoniam custodiam præstare debet: nec tamen habet rei sublatæ repetitionem; quia, ut dictum, rei vindicatio & condictio furtiva competit domino. convenit igitur bonæ fidei, ut dominus, postquam ei satisfactum est, fulloni teneatur actiones suas cedere *l.* 25. §. *ult. h. t.* quod sine damno suo facere potest *d. l.* 60. §. 2.

At damnum conductori supervenit, etiam extra rem conductam, quamquam occasione conductionis. id vero si veniat a causa propter quam non liceat ei re conducta frui: dubium non est, quin ei debeat a locatore præstari: ne alioquin ei noceat culpa locatoris. Sit exemplum ex *l.* 19. §. 1. *h. t.* Titius Sempronio locavit dolia. hæc fuere figulini operis, sæpe adeo magna, ut difficulter possent moveri, aliquando defossa. Igitur locata a Titio sunt dolia. ea dolia erant vitiosa. ex his effluxit infusum vinum. damnum factum. cujus periculo? locatoris, si scivit. imo & si ignarus locaverit. tenebitur autem ad id quod interest: nec excusata erit ignorantia. Sic Ulpianus, atque ex sententia Cassii. idemque Sabinum respondisse, ex Minicio refert Pomponius *l.* 6. §. 4. *D. de act. empt.* Non ita est: si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur. nam hic, si pecora demortua sunt, vel etiam deteriora facta, distinguit Ulpianus, utrum sciens locaveris, an ignarus. priore enim casu quod interest, inquit, præstabitur; posteriore pensionem non petes; & addit Ulpianus, ita

Servio, Labeoni, Sabino placuisse. forte non sine ratione: nam quod ad dolium attinet, id locator non locat, quale quale sit: sed tamquam dolium, id est, tamquam vas capax liquoris, ideoque integrum. quod si vitiosum sit: non præstat effectum atque usum dolii, quia non est capax liquoris: & si tale esse scivit locator, dolus est, ob quem recte tenetur ad id quod interest: sin ignoravit, adhuc ejus culpa est, quod pro integro locavit dolium, quod non est integrum. igitur quod præ se tulit, id ut præstet, bonæ fidei consequens est *l.* 13. §. 3. *D. de act. empt.* Sic in dolio vitioso. In saltu pascuo aliud juris est: quia cum saltum locat dominus, non locat eum sic, ut affirmet, carere mala herba. potuit quoque id ignorare bona fide: & ideo merito excusata erit ejus ignorantia; ne, si demortua vel deteriora facta sint pecora, ad id quod intereſt teneatur; tantumque pensionem non petat: quia etsi dolo & culpa vacat; tamen non est causa conductori, cur solvat pensionem; cum ei non licet frui.

Quod si quæ damna ex re locata quidem sint, sed conductorem frui non perinde impediant, hæc locatorem ea ignorantem adeo non onerant: ut ne mercedem quidem teneatur remittere; nedum præstare id quod interest. Pone: (quod est thema *l.* 45. §. 1. *h. t.*) hominem, id est, servum locavi tibi, ut habeas in taberna. is tibi fecit furtum. datum est tibi damnum: sed (quod Paulus observat) est extra causam conductionis: cum qua nihil commune habet furti crimen: siquidem servo nihilominus frui potes. proinde cessat conducti actio: non solita dari, nisi ad ea quæ ad conductionem pertinent. Quid igitur est? ait Paulus, furti vitium in propriam cadere persecutionem, & tantum in locatorem parere actionem noxalem, si factum sit, eo insciente.

Actio locati datur locatori adversus conductorem: ut præstet ea quæ eum præstare oportet ex fide bona. Debet igitur, ut Justinianus ait §. 5. *Inst. h. t.* conductor omnia facere secundum legem conductionis: & si in lege quid sit prætermissum, id ex bono & æquo præstare. Sed primum præstabit ea de quibus conventum. nec dubium est; quin, si convenit, Ignem ne habeto, & habuit, teneatur, etiamsi fortuitus casus admisit incendium: quia non debuit ignem habere, ne innocentem quidem: prohibente lege conductionis. nam aliud est, ignem innocentem habere, aliud omnino non habere: quamvis, si dictum sit, ut innocentem ignem habeat, permittitur habere ignem; sed innoxium. Hoc voluit Ulpianus *l.* 11. §. 1. *h. t.* *Si hoc in locatione convenit*, Ignem ne habeto, *& habuit: tenebitur, etiam si fortuitus casus admisit incendium; quia non debuit ignem habere. Aliud enim est, ignem innocentem habere. permittit enim habere, sed innoxium ignem.* Sic extat Florentiæ, & apud Haloandrum. sed deest aliquid pleno sensui, ita ope vulgatæ editionis Accursii supplendum: *Aliud enim est, ignem innocentem habere, aliud omnino non habere. permittit enim.* & reliqua. Superiori loco affinis est sequens ex *l.* 9. §. 3. *h. t.* *Si colonis prædiorum lege locationis, ut innocentem ignem habeant, denuntiatum sit, si quidem fortuitus casus incendii causam intulerit, non præstabit periculum locator. si vero culpa locatoris, quam præstare necesse est, damnum fecerit, tenebitur.* Sic editur Florentiæ, nullo sensu. melius vulgata Accursii editio: *non præstabitur periculum locatori.* Non minus laborat sequens versus: *Si vero culpa locatoris, quam præstare necesse est, damnum fecerit, tenebitur.* Scribe: *si vero culpa quam præstare necesse est, damnum fecerit, tenebuntur.* Sic optime Antonius Faber, deleta voce, *locatoris.* non enim est Ulpiano quæstio; an locator teneatur conductori; sed an conductor locatori teneatur. Res clarissima; nec interpretatione opus. Aliud exemplum, nec dissimile superioribus est in *l.* 11. §. *ult. h. t.* Verba sunt. *Inter conductorem & locatorem convenerat*, ne in villa urbana fœnum componeretur: *posuit: deinde servus igne illato succendit. ait Labeo, teneri conductorem ex locato: quia ipse causam præbuit inferendo fœnum contra conductionem.* Sic Haloander: Florentiæ extat, *igne illato se occidit.* Sed commodissima Haloandri lectio, *igne illato succendit.* Quæ in hoc loco sit urbana villa, intelligitur ex Columella *De re rustica lib.* 1. qui *cap.* VI. villam dividit in tres partes: urbanam, rusticam, & fructuariam: singulasque *d. c. & seq.* exponit. de rustica nil attinet hic dicere: sed fructuariam dividit in *cellam oleariam*, *torculariam*, *cellam vinariam*, *defrutariam*, *fœnilia*, *paleariaque*, *& apothecas*, *& borrea.* de urbana sic scribit: *Urbana rursus in hyberna & æstiva sic digeratur, ut spectent hyemalis temporis cubicula brumalem orientem, cœnationes æquinoctialem occidentem. rursus æstiva cubicula spectent meridiem æquinoctialem, sed cœnationes ejusdem temporis prospectent hybernum orientem, balnearia occidenti æstivo advertantur, ut sint post meridiem & usque in vesperam illustria. ambulationes meridiano æquinoctiali subjecta sint, ut & hyeme plurimum solis, & æstate minimum recipiant.* Unde apparet, villam urbanam dici quæ vacat patrisfamilias habitationi, cæteroque ejus urbano usui. Igitur, ut ad rem veniam, convenerat inter conductorem & locatorem, ne in villa urbana componeretur fœnum: villa fructuaria huic usui inserviente. conductor tamen in villa urbana fœnum composuit. deinde servus id succendit illato igne. ait Labeo, ex locato teneri conductorem. qua ratione? quia ipse causam præbuit inferendo fœnum contra conductionem: id est, contra legem conductionis. Subjicitur ex Hermogeniano *l.* 12. *Sed & si quilibet extraneus injecerit, damni habebitur ratio.* sensus: Habebitur damni ratio in judicio locati.

Sed apparet, legem contractus servari, bonæ fidei convenire: ac si fuerit quid in lege prætermissum; vel id ex bono & æquo præstari oportere §. 5. *Inst. h. t.* Ante omnia vero placet Gajo *l.* 25. §. 3. *h. t.* colonum curare, ut opera rustica suo quoquo tempore faciat. nimirum, ne intempestiva cultura deteriorem fundum faceret. Optime sic Cato, *De re rustica*, *c.* 5. *Opera omnia mature conficias, face. nam res rustica sic est, si unam rem sero feceris, omnia opera sero facies.* Breviter Cato: uberius Columella *lib.* XI. *De re rustica c.* 1. *ad fin.* sed prolixior locus est, quam ut adscribere debeam. Præterea vult Gajus *d.* §. 3. colonum villarum curam agere, ut eas incorruptas habeat. Inquilini similiter officium est, in domo conducta versari, ut oportet bonum patremfamilias. Insuper curare debet conductor, ut locatori solvat mercedes, seu pensiones. quod si fecit: bene est, nec invitus expelli potest intra tempora præfinita: nisi domum propriis usibus necessariam esse dominus probaverit; aut corrigere eam maluerit; aut conductor male in ea versatus sit; aut cessaverit in solutione pensionum *l.* 3. *C. h. t.* intra biennium continuum; etsi convenerit, ne intra tempora locationis de fundo invitus repelleretur: nam verisimile est, (quod Paulus respondit *l.* 54. §. 1. *h. t.*) ita convenisse de non expellendo colo-

no

no intra tempora præfinita; si duo observavit. unum est; si ut oportet, coluerit: alterum, si pensionibus paruerit; id est, si pensiones solverit intra biennium: simili loquendi forma, qua dicitur, parere æri alieno *l.* 5. §. 9. *D. de reb. eor. qui sub tut.* item parere sorti & usuris *l.* 8. *C. Quod cum eo.* & parere solutoni *l.* 8. *C. de reb. cred.* Sed quod dixi, oportere conductorem locatori mercedes seu pensiones solvere, adeo verum est; ut eum non levet, si deseruerit habitationem, vel fundi culturam: quin potest eo casu statim conveniri *l.* 24. §. 2. *h. t.* & quidem ad solvendas totius temporis pensiones, quatenus locatori, quod ejus interest, indemnitas servetur; si præsertim sine justa ac probabili causa deseruerit *l.* 55. §. 1. *d. t.* sufficit enim locatori, præstitisse frui licere: conductor autem sibi imputet; si cum posset frui, non fuit fruitus. quod si habuit causam, cur timeret periculum, quamvis periculum vere non fuerit, non debet mercedem *l.* 27. §. 1. *d. t.*

Illud quale quod in *l.* 56. *h. t.* in hunc modum scribit Paulus: *Cum domini borreorum insularumque desiderant, diu non apparentibus. nec ejus temporis pensiones exsolventibus conductoribus, aperire & ea quæ ibi sunt describere a publicis personis, quorum interest audiendi sunt. tempus autem in hujusmodi re biennii debet observari.* Hæc Pauli verba, nisi emendiatone aut intellectu adjuventur, Grammatice vix possunt construi. non enim sunt integra; ac si quid video, ante verbum, *aperire*, desiderant hæc, aut similia, *petunt*, *ut sibi liceat.* Verba præterea hæc, *quorum interest*, posita suo loco non sunt. jungenda fuere initialibus verbis hoc modo: *Cum domini horreorum insularumque quorum interest.* Summam Græci, *Basilic. lib.* 20. *tit.* 1. *tom.* 2. *pag.* 436. sic transferunt Fabroto interprete: *Conductoribus per longum tempus non apparentibus, neque mercedem exsolventibus, licet eis quorum interest, aperire, & publicis personis præsentibus quæ ibi sunt describere.* Videtur mihi Paulus præterea indicasse, id dominis non licere privata facere auctoritate: sed ut liceat, eos a Prætore petere oportere; & petentes audiendos esse. huc ducunt Pauli verba. Accedit: quod Modestinus *l.* 20. *D. de injuriis*, *Si*, inquit, *injuriæ faciendæ gratia Seja domum absentis debitoris signasset sine auctoritate ejus qui concedendi jus potestatemve habuit: injuriarum actionem intendi posse respondit.* atque effectus ejus rei est: ut signatis, sive præclusis, sic invectis atque illatis, reale sive expressum fiat pignus quod ante erat tacitum *l.* 9. *D. In quib. caus. pign. tacit.* id observat Cujacius *lib.* 17. *Observ. c.* 39. Ego præterea notabo: quod *diu* hic a Paulo exponitur per *biennium:* cujus etiam mentio in *l.* 54. §. 1. *D. h. t.* & in hoc Martialis *lib.* 12. *Epigr.* 32.

O Juliarum dedecus Calendarum,
Vidi, Vacerra, sarcinas tuas, vidi:
Quas non retentas pensione pro bima
Portabat uxor rufa.

Postremo debet conductor rem conductam locatori finita locatione bona fide restituere; quia eam non accepit propriam; sed fruendam ad tempus plerumque. quod si non restituat, aut restituat, sed deteriorem; damnabitur ad æstimationem, quanti in litem juratum fuerit *l.* 48. §. 1. *D. h. t.* si ejus dolus intervenerit: nam culpam non actor æstimat jurejurando ex affectu: sed Judex ex rei veritate: ut obtinui supra *sub Tit. De in litem jurando.* Quid, si rem amiserit sine dolo & culpa? eum non teneri, Justinianus scribit §. *pen. Inst. h. t.* cum a nullo casus in judicio tam locati, quam conducti præstetur *l.* 28. *C. d. t. l.* 23. *D. de reg. jur.* Venit igitur in hanc actionem dolus & culpa. Sed quæ? mihi placet, distinguere locationem usus seu fructus rei a locatione facti, sive operæ. priore casu (de quo loquitur *l.* 5. §. 2. *D. Commodati*) tenetur conductor saltem de culpa lata & levi; nec est causa, cur etiam ad levissimam adstringatur: cum præsertim locatio & conductio spectat ad utriusque contrahentis utilitatem: quo in casu culpam levem sufficere, Ulpianus ait *d. l.* 5. §. 2. Non minus evidens hoc est ex *l.* 3. §. 1. *D. Nautæ caupon. stabul.* ubi idem Ulpianus locati actionem comparans cum actione depositi & actione in factum de receptis, ejus actionis necessitatem hoc commendat nomine: quod in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat præstatur; Edicto vero de recepto qui recepit omnimodo tenetur, etiam de culpa levissima, tantumque a damno fatali liber est. Tenetur igitur conductor usus rei tantum de levi culpa. A conductore facti sive operæ præterea præstatur levissima culpa: quia is videtur ea conductione profiteri peritiam diligentiamque artificis, id est, non communem ac vulgarem, sed operi suscepto aptam & convenientem. eam si non præstet, quasi ex tacita promissione merito potest eo nomine conveniri. Optime Cicero *lib.* 1. *De oratore c.* 58. *Aliud est, esse artificem cujusdam generis atque artis, aliud in communi vita, & vulgari hominum consuetudine nec hebetem; nec rudem.* Jam in proposito est apud Ulpianum *l.* 9. §. 5. *h. t.* *Celsus etiam imperitiam culpæ annumerandum lib.* 8. *Digestorum scripsit.* Quando? *Si quis vitulos pascendos, vel sarciendum quid, poliendumve conduxit.* ait enim, *Culpam eum præstare debere, & quod imperitia peccavit, culpam esse.* Qua ratione? *Quippe, ut artifex, inquit, conduxit.* Debet igitur conductor operis diligentiam non communem: sed artificis; id est, summam. Eodem redit hoc ejusdem Ulpiani *l.* 13. §. 5. *d. t.* *Si gemma includenda aut insculpenda data sit, eaque fracta sit, si quidem vitio materiæ factum sit, non erit ex locato actio: si imperitia facientis, erit.* Similis casus est in *l.* 25. §. 7. Aliquis columnam transportandam conduxit: ait Gajus, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, eum ita id periculum præstare, si quæ ipsius eorumque quorum opera uteretur, culpa acciderit. culpam autem abesse, si omnia sunt facta quæ diligentissimus quisque observaturus esset. Addit Gajus: idem scilicet intelligemus, & si dolia (hæc figulini operis fuisse, & sæpe maxima, supra tradidi, ideoque videntur non sine periculo transportari potuisse) vel tignum (Hotmanus *lib* 4. *Observ. c.* 22. legit *signum*, id est, statuam, & vere & ingeniose) transportandum aliquis conduxerit. Rursus addit Gajus: idemque etiam ad cæteras res transferri potest. Sed apparet, veram esse quam feci distinctionem inter conductionem rerum & operarum. Nec turbat §. *pen. Inst. h. t.* ubi *ab eo qui pro usu aut vestimentorum, aut argenti, aut jumenti, mercedem aut dedit aut promisit, custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet*: & additur: *quam si præstiterit, & aliquo casu fortuito eam rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur.* Sed jam sæpius observatum est, gradus mutari a Veteribus, posito superlativo pro positivo, quemadmodum & positivus ponitur pro superlativo: itaque hic diligentissimum sumi pro diligente: sicut in §. *ult. Inst. de testam. ordin.* testamentum nuncupativum dicitur perfectissimum pro perfecto.

Hactc.

Hactenus ostendi, conductorem locatori teneri ad restitutionem rei conductæ. adhuc restat, an etiam debeat ei restituere, id quod rei conductæ nomine actione furti sit adeptus? Gajus negat *l. 6. h. t.* nec sine causa. sic puto: nam furtum tam usus fit, quam rei. usus autem adeo est conductoris: ut non timeat Seneca *lib.* 7. *De benefic. c.* 5. scribere. *Conduxi domum a te. in hac aliquid tuum, aliquid meum. res tua est: usus rei tuæ meus est itaque nec fructus tanges, quamvis tua in possessione nascantur: & si annona carior fuerit, aut fames,* Heu frustra magnum alterius spectabis acervum, *in tuo natum. in tuo positum, in horrea iturum tua. Nec conductum meum, quamquam sis dominus, intrabis; nec servum tuum, mercenarium meum abduces: & abs te rhedam si conduxero, beneficium accipies, si tibi in vehiculo tuo sedere permisero.* Quid igitur est? quod conductor ex causa usus sibi interversi, actione furti adquisivit; id, ut Gajus ait, non cogitur locatori restituere: quia sibi accepit occasione quidem rei conductæ, sed tamen propter interceptum usum qui ejus est. Aliter atque in creditore in *l.* 22. *D. de pigner. act.* quia ejus quidem est possessio, sed usus ejus non est *l.* 54. *D. de furtis.*

Exposita emptione venditione, item locatione conductione, adhuc pauca dicenda sunt de emphyteusi: quæ ex Constitutione Zenonis ab utraque distinguitur: olim aliis videbatur ad emptionem venditionem, aliis ad locationem conductionem accedere.

Dicitur autem emphyteusis ab ἐμφυτεύω, id est, implanto, insero; eo quod Veteres solent agros steriles & infœcundos aliis colendos, plantandos, serendos, dare eorum arbitrio, aliquando ad tempus, aliquando in perpetuum: ea lege, ut domino quotannis quamdam solverent pensionem, sive vectigal: (unde ager vectigalis, id est, emphyteuticarius, in Rubrica, *Si ager vectigalis*) & quamdiu vectigal solveretur, tamdiu neque ipsis qui conduxerint, neque his qui in locum ipsorum successerint, auferri eos liceret *l.* 1. *D. Si ager vectigalis.* Dabantur tales agri sic in perpetuum fruendi a civitatibus: nec minus a privatis. Illi porro qui eos conduxerant a municipibus verbi gratia, quamvis non efficerentur domini, id est, proprie domini, accipiebant tamen jus in re dominio proximum, ex eoque utilem in rem actionem adversus quemvis possessorem, & adversus ipsos municipes: modo si vectigal solverent. Idemque erat; si ad tempus haberent conductum; nec tempus conductionis esset finitum *l.* 1. 2. & 3. *D. d. t.* Similiter erat illis alienatio non quidem ipsius agri vectigalis, nam is domini erat, sed juris emphyteuticarii, id vendendo, pignerando, legando *l.* 16. §. *ult. D. de pign. act. l* 31. *D. de pignorib. l.* 71. §. *pen. & ult. D. de legat. lib.* 1. Maxime hæc, ut dixi, obtinebant, quamdiu vectigal domino persolvebatur: nam, si in mora esset emphyteuta per spatium temporis conventione definiti; domino jus erat eum secundum legem, sive pactionem, expellendi: non privata auctoritate, sed per Judicem instituta rei vindicatione *d. l.*31.

Nihil omisi, quantum scio, ex emphyteuticario jure quod ei dederit ejus origo, profecta a prædiis rusticis, & quidem sterilibus ac desertis. Sed Veteribus placuit, id jus porrigere ad fœcunda & culta prædia: amplius, ad urbana quoque. ut solent jura paulatim increscere, invitante utilitate. ea certe ratione Ulpianus *l.* 15. §. 26. *D. de damn. infect.* meminit ædium vectigalium Cæterum cum esset hic quem dixi, status emphyteuseos, aliqua fuit Veteribus causa dubitandi de nomine & forma hujus contractus: aliis eam ad emptionem venditionem, aliis magis ad locationem conductionem, trahentibus: & erat sua cuique ratio: eo quod hinc inde aliquid emphyteusis mutuaretur. Donec Imp. Zeno in *l.* 1. *C. de jur. emphyteutic.* cujus summam in §. 3. *Inst. h. t.* posuit Justinianus, emphyteuseos propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem (alienationem dixit Zeno) inclinantem; sed suis pactionibus fulciendam: ac si aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si natura talis esset contractus. sin autem nihil de periculo fuerit pactum: tunc, si quidem totius rei interitus accesserit; periculum domini esse: sicut (quod addit Zeno) ejus fuisset, etsi talis contractus nullus intervenisset: sin particularis; ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire: forte quod is, ut non sit verus dominus, quasi dominus habetur. Quidquid est: debetur hoc juri novo ex Constitutione Zenonis: nam ante in vectigali fundo idem fuit quod in locato: monstrante *l.* 15. §. 4. *junct. l.* 25 § 6. *D. h. t.* Ne in *d. l.* 1. quid incertum relinquam; lubet, adhuc inquirere; an, ut valeat contractus emphyteuticus, in eo scriptura desideretur. Huic liti causam præbuere sequentia legis verba, pactionibus, *scriptura interveniente habitis.* ac vix potest negari, quod duo ablativi absoluti videntur hic, ut alias in §. *ult. Inst. de nuptiis,* & *in Rubrica D. Soluto matrimonio,* facere conditionem; eaque scripturæ necessitatem inducere. Magis tamen puto, ea verba non obstare, quo minus emphyteusis etiam sine scriptura contrahatur. primum, quia hic contractus procul dubio est bonæ fidei: in quo ut refert Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 17. §. 14. scripturæ solemnitas nusquam est recepta: accedit quod in *l.* 3. *C. de jur. emphyteutic.* nihil nocet amissio instrumenti emphyteutici: igitur nec nocebit ejus omissio: eo minus, quia ibi, si amissum dicatur, non opus est, amissionem probari; sed sufficit, probari consensum de contracta emphyteusi. Postremo posita in §. 3. *Inst. h. t.* est summa *d. l.* 1. sed nulla ibi scripturæ mentio: certo: ut opinor, indicio, emphyteusin consensu vel sine scriptura perfici. Nil contra faciunt duo ablativi absoluti, ex adverso adducti ex *d. l.* 1. quia non semper faciunt conditionem; sed aliquando tantum factum designant: ut in *l.* 24. *D. de testam. milit.* & *l.* 2 § 16. *D. de orig. jur.*

Expositioni *d. l.* 1. quæ est Zenonis, subjicienda est *l.* 2. quæ est Justiniani. nam & is aliquid informavit ex jure vetere. primum jussit, si nihil sit specialiter pactum: (nam alioquin id quod placuit, observari non vetat) tum, si emphyteuta domino per totum triennium, neque pecunias, id est, pensionem, vectigal, canonemve, neque apochas solutorum tributorum, reddiderit; domino licere, eum a prædiis emphyteuticariis repellere: ita ut emphyteutæ non sit jus, aliquid contra petere nomine meliorationum, vel eorum quæ emponemata dicuntur, vel promissæ pœnæ. Insuper vult Imperator, emphyteutam non juvare; quod a domino ante non fuerit inquietatus, sive interpellatus: & præfatur, quod in hac specie ex definitione generalis legis (quæ est *l.* 12. *C. de contrah. stipul.*) dies interpellat pro homine. Postrema Justiniani providentia est; ne domini hoc jure abutantur, recusantes accipere solutionem, quæ ipsis intra triennium offeratur: emphyteutæ concedere licentiam, attestatione præmissa, ei pecunias offerre, hisque deinde obsignatis & depositis secundum legem, periculum dejectionis minime timere. Sic in fundo profano seu seculari.

At

At ecclesiasticum in emphyteusin acceptum si quis deteriorem fecerit, aut ex eo emphyteuticum canonem per biennium non solverit: poterit similiter repelli: nec minus tenebitur solvere totius temporis pensionem, & id in quo rem læsit, resarcire: non repetiturus, si quid nomine meliorationis impendit *Authentic. Qui rem hujusmodi C. de Sacrosanct. eccles.*

Nunc transeo ad *l.* 3. *C. de jur. emphyteutic.* Quid in ea Justinianus? ait, dubitatum fuisse, utrum emphyteuta suas meliorationes possit sine domini voluntate alienare; an debeat ejus consensum exspectare? primum sancit, si quidem emphyteuticum instrumentum aliquas super hoc habeat pactiones, eas servari. Deinde, si tales nullæ sint; non vult, emphyteutæ licere eas sine domini consensu vendere. contra vult, eum has domino offerre eo pretio quod ab alio offertur: dominum vero, se deinde declarare intra spatium duorum mensium. quod nisi fecerit dominus: dat Imperator emphyteutæ licentiam, suas meliorationes vendere, ubi voluerit, & sine consensu domini: his tamen quæ in emphyteuticariis contractibus non solent vetari, ad hujusmodi venire emptionem. Præterea jubet, dominum intra duos menses suscipere emptorem, seu novum emphyteutam: nec plus pro eo exigere, quam quinquagesimam partem veri pretii, aut æstimationis: quam barbaro vocabulo vulgo laudemium appellant. Quod si hæc ita sint observata; vult Imperator, ratam esse venditonem: sin aliter; emphyteutam cadere jure emphyteutico.

Hæc fere summa Constitutionis. at nec ipsa sine ambiguitate. solet enim quæri: utrum tantum de venditione sit accipienda; an etiam de aliis alienationum speciebus. dubitatio vertitur propter initialia verba: *utrum emphyteuta debeat suas meliorationes alienare, vel jus emphyteuticum in alium transferre.* Sed mihi videtur *alienationis* verbum, etsi alias sit generale, hic specialiter accipi pro *vendere:* ut fit in *l.* 1. *C. junct.* §. 3. *Inst. h. t.* id eo magis: quia deinde in *d. l.* 3. aliquoties venditio dicitur quæ ante vocata fuit alienatio. Præterea est ratio, cur Imperator in venditione velit, dominum præferri emptori extraneo: quia ager vectigalis seu emphyteuticarius proprius est domini: nec fuerit iniquum, si emphyteuta a domino possit idem accipere pretium quod ab extraneo ei offertur, dominum extraneo præferri: cum hoc unum venditione agat emphyteuta, ut pro emphyteusi accipiat pretium. nec intersit, a quo habeat, modo idem habeat. Sed hæc ratio neque in permutatione occurrit, neque in dote, neque in donatione. cessat igitur in his hujus Constitutionis dispositio.

Titulus III.

De æstimatoria.

Titulus hic supplendus ex *l.* 1. *h. t.* hoc modo, *De æstimatoria actione.* eaque ibidem etiam actio de æstimato dicitur. hanc autem fuisse dubitationis tollendæ gratia propositam, Ulpianus ait. nempe, nolebant Veteres, unumquemque agere sic, ut ipse vellet, sed ex præscripto Legum; eumque in finem concipiebant certas ac solemnes unicuique negotio formulas: quas nisi observasset actor, causa cadebat & litem amittebat. Hujus periculi metus, sicut alibi sæpe, ita in proposito scrupulosos faciebat homines; ne aliter agerent, quam eos ex legibus aut moribus agere oporteret. fuit enim, cum res æstimata vendenda datur, dubitatum; utrum ex vendito esset actio, propter æstimationem; an ex locato, quasi rem vendendam locasse videar; an ex conducto, quasi operas conduxissem; an mandati? In ea difficultate melius visum esse, Ulpianus ait, hanc actionem, id est, æstimatoriam proponi. & deinde sic pergit: Quotiens enim de nomine contractus alicujus ambigeretur, conveniret tamen, aliquam actionem dari, dandam æstimatoriam præscriptis verbis actionem. est enim negotium civile gestum & quidem bona fide. quare omnia & hic locum habent, quæ in bonæ fidei judiciis diximus *l.* 1. *h. t.* §. 28. *Inst. de act.* Addit Ulpianus §. 1. *d. l.* 1. quod æstimatio periculum facit ejus qui suscepit. Aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere, aut æstimationem de qua convenit. Paulus vero *l.* 2. subjicit: quod hæc actio utilis est, & si merces intervenit.

Titulus IV.

De rerum permutatione.

Post contractus nominatos videamus innominatos. hi in *l.* 5. *tit. sequente* sunt quatuor: do ut des, do ut facias, facio ut des, & facio ut facias. primum Rubrica vocat rerum permutationem. olim, cum nondum esset nummus, eo nomine etiam emptio venditio continebatur. postea invento nummo, distinctus est uterque contractus. alter vetus retinuit nomen permutationis, alter emptio venditio dici cœpit. hoc supra ostensum sub Titulo, *De Contrahenda emptione* ex *l.* 1. & huic jungenda hic *l.* 1. *h. t.* cum utraque sit Pauli, atque ex eodem lib. 32. Ad Edictum. In posteriore is Jurisconsultus duas observat differentias utriusque contractus. priorem in *l.* 1. *pr.* & §. 1. alteram in §. 2. 3. & 4. omnium sensum egregie explicat V. Cl. Jacobus Cujacius *lib.* 23. *Observ. c.* 28. nec tamen suadeam, omitti a me scripta ad *l. ult. D. de condict. caus. dat. caus. non sequut.* supra sub eo Titulo.

Titulus V.

De præscriptis verbis, & in factum actione.

Injecta modo mentio contractuum innominatorum non est passa, hic præteriri actionem præscriptis verbis, & in factum, pro his adstringendis in Fori disputatione ab initio a Prudentibus inventam. ejus tamen usum, causam & rationem jam non tradam: quia hanc curam antehac feci meam *lib. sing. Ad. Edict. de pact. & transact. c.* 9. ibi vide, si lubet: simul explicitos locos difficillimos in *l.* 5. §. 1. 2. & 3. item *l.* 15. *h. t.*

Accepit igitur Actio præscriptis verbis initio

causam atque originem a contractibus innominatis in quibus jure civili non erat prodita actio certa & nominata: cum esset justum, aliquam recipi. sed ut fit, postea latius porrecta est ejus utilitas: prorsus, ut sive nulla, sive aliqua esset actio, sed de ea dubitaretur; ejus incerti evitandi gratia, tutius ageretur præscriptis verbis, sive in factum actione *l.* 1. 2. 3. 4. *b. t.* exemplum in *l.* 1. §. 1. & 2. aliud in *l.* 1. *D. de æstimatoria:* item aliud in *l.* 12. *D. b. t.* ad quam adde sis a me scripta *d. lib. sing. c.* XI.

DIGESTORUM SEU PANDECTARUM

PARS QUARTA.

LIBER VIGESIMUS.

TITULUS I.

De pignoribus & hypothecis: & qualiter ea contrahantur: & sequentes deinceps Tituli omnes.

IMPERATOR Justinianus hoc libro mutavit ordinem Edicti perpetui: formula hypothecaria ex ultima ejus parte in qua erat, hunc in locum translata. mutationis causa erat duplex: una, ne a Titulo De pignoratitia actione quam visa est æmulari, longius divagaretur. altera erat, quod pignora & hypothecæ quodammodo sunt pro ministris venditionum, cæterorumque contractuum de quibus egimus, eisque vel ideo non male subjicerentur. Utramque rationem, ne quæstioni esset, ipse refert Imperator in *l. omnem.* §. 4. *De conceptione Digestorum.* Utinam Edicti quoque formam alicubi subministrasset! sed hanc neglexit. licebit igitur mihi, ex reliquiis quas inveni in Pandectis & Codice, ejus duo capita conficere: prius hoc modo: *Quæ in fundum conductum a colono illata, inducta, invecta, locator conventione ejus cujus in bonis sint, pro mercede sibi obligata esse dicet, de his illi, nisi arbitrio Judicis restituantur, adversus eum qui possidebit, quanti res erit, judicium dabo.* Alterum sic confingo: *Quod quis sibi pro pecunia debita pignori hypothecæve obligatum esse dicet, quod de eo convenit cum eo cujus in bonis erat, nisi arbitrio Judicis ei restituatur, adversus eum qui eam possidebit, quanti ea res erit, judicium dabo. Si soluta erit pecunia, aut pro ea satisfactum, perve creditorem stetit, quo minus id fieret, judicium non dabo.* Hoc Edictum fuit perquam necessarium: siquidem ex hypotheca nudo pacto facta nulla erat jure civili actio. pignore autem tradito jure gentium simpliciter, quemadmodum non erat fiducia Jure civili, ut indicavi *lib.* XIII. *sub. tit. De pigneratitia actione*, ita nec erat in rem actio qua creditor amissa possessione adversus possessorem experiretur: eo quod non poterat rem suam dicere, quamvis pignori traditam. multo minus poterat id dicere, pignore nuda conventione obligato. Igitur ut ei dominium, ex eoque in rem actio competeret adversus possessorem; necesse erat, (quod ex Isidoro *lib.* 5. *Origin. c.* 25. intelligitur) ei dominium apud Prætorem in Jure cedi; vel ex jure Quiritium mancipari contracta fiducia: hoc est, ea lege, ut ei soluto debito, vel pro eo satisfacto, remanciparetur. Erat porro hominibus incommodum, in quibuscumque rebus immobilibus, mobilibus, magni aut parvi momenti, in Urbe, ruri, in Italia, in Provinciis, omnes adhibere solemnitates quas in mancipatione, aut cessione in jure intervenire oportebat. mitto verba, ipsa solemnia, & tantum inter præsentes pronunciari solita. præterea non erat semper, nec ubique, copia quinque testium, civium Romanorum puberum, præter libripendem, ut mancipatio; aut Prætoris, Præsidisve, ut in jure cessio fieret. adde, quod mancipatio dumtaxat in rebus mancipi, & inter cives Romanos, Latinosque colonarios, & Latinos Junianos obtineret: non etiam in rebus nec mancipi, neque inter peregrinos; nisi si quibus commercium datum esset, auctore in Fragmentis Ulpiano *tit.* 19. Igitur in re difficili & molesta utilissime intervenit Prætor: Edicto pollicitus, servare hypothecas nuda conventione constitutas, primum in invectis, inductis, illatis in prædium rusticum: deinde in rebus omnibus §. 7. *Inst. de actionib. l.* 17. §. 2. *D. de pact. l.* 4. *D. b. t.* modo essent obligatæ conventione ejus cujus in bonis essent. nam hoc intelligitur ex *l.* 6. *C. Si aliena res pignori.* Inde sicut fiducia contracta vel cessione in jure, vel mancipatione facta, poterat creditor pignus quasi dominus jure civili vindicare a quocumque possessore: ita si res esset nudo pacto obligata, non accipiebat quidem creditor dominium jure civili: sed auctoritate Edicti jus in re *l.* 19. *D. de damn. infect.* atque eo facultatem rem sibi obligatam actione Serviana vel quasi Serviana a quocumque possessore repetendi, quamdiu solutum non esset debitum, aut pro eo non esset satisfactum, perve creditorem non stetisset, quo minus id fieret. nam vel hoc fuisse Edicto comprehensum, claret ex *l.* 19. *C. de usuris.* Habes Edicti causam, atque originem: ex parte etiam probationem formæ, qua tandem (ut in *l.* 14. §. 1. *D. de pecun. constit.* ait Ulpianus) pignorum utilitas irrepserit. reliqua dabit interpretatio, suam ab his lucem acceptura multis in locis.

Initio ait Prætor: *Quod quis sibi pro pecunia debita pignori hypothecæve obligatum esse dicet.* Gajus *l.* 238. §. 2. *D. de verb. signif.* pignus, inquit, a pugno appellatum: quia res quæ pignori dantur, manu traduntur. addit, inde etiam videri posse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui. Inventa tamen etiam rei immobilis suo modo traditione, non minus in ea pignoris appellatio invaluit §. 7. *Inst. de act.* Hypotheca Græcæ originis est, dicta quasi supposita: re nudo pacto obligata vel sine traditione. observatum hoc auctore Ulpiano *l.* 9. §. 2. *D. de pignerat. act.* supra in actione pigneratitia. quantum vero ad actionem hypo-

hypothecariam qua de hic agitur: inter pignus & hypothecam tantum nominis sonum differre, Marcianus animadvertit *l.* 5. §. 1. *D. h. t.* nam huc respicere, indicio est Inscriptio, Marciani *lib. sing. Ad formulam hypothecariam* præferens. Justinianus *d.* §. 7. *Inst. de action.* sic clare, & optima ratione quam supra dedi sub *Tit. De pignerat. act.*

Igitur pignus sive hypotheca (propius enim consideranda hæc sunt) est res pro debito obligata. id vero ut sit, Prætor desiderat, debitam esse pecuniam, & pro illa aliquid esse obligatum. primum vult, debitum esse: & recte: nam cum in majorem securitatem accipiatur pignus: apparet, pignoris obligationem esse accessionem principalis obligationis: ideoque illam sine hac esse non posse. sane quid opus, quæri securitatem, ubi deficit id cujus securitati studeatur? res loquitur: ac clare Severus & Antoninus *l.* 1. *C. de non numerat. pecun.* verbis sequentibus: *Si pecuniam tibi non esse numeratam, atque ideo frustra cautionem emissam asseris, & pignus datum* (id est, traditum) *probaturus es; in rem experiri potes: nam intentio dati pignoris, nec numeratæ pecuniæ, non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit. Eademque ratione veritas servetur, si te possidente pignus adversarius agere tuus cœperit.* Sic illi: etiam Scævola *l.* 31. *D. h. t.* nam quæsito, an pignori recte datus sit fundus vectigalis: Si, inquit, pecunia intercessit, pignus est. significat autem, si pecunia data est mutua, sive si est principale debitum, pignus esse. Ab eadem causa ait Tryphoninus in *l.* 33. *D. h. t.* si pignus dedi Titio stipulationi tantum solutionis gratia adjecto, posse me a Titio, quia ei nihil debetur, & pignus sine principali debito non valet, id repetere, etsi non facta solutione. Atqui possum ei solvere; & solutum non possum repetere. Sed non idcirco hoc fit; quod solutum est ipsi debitum; sed quod stipulatoris debitum ei est solutum secundum Legem stipulationis.

Igitur, ut valeat pignus, postulat Prætor, debito accedere. Quali? nihil refert Prætoris: non enim distinguit, utrum sit ex contractu, an ex maleficio, & utroque vero vel quasi. non magis refert ejus, utrum sit civile & naturale simul, an naturale tantum *l.* 5. *D. h. t.* nam vel hoc est debitum, quamquam ab invito non potest exigi: est enim satis, solutum non posse repeti, ut securitatem accipiat. quod si tantum sit jure civili debitum, in eo aliud jus est: quia ut pariat actionem jure subtili, tamen objecta ei exceptione, est perinde, ac si non esset debitum *l.* 3. §. 1. *D. de constit. pecun.* quare & solutum repeti potest: nec est causa pignoris, ubi non est causa securitatis. Postremo non refert; utrum debitum sit purum, an in diem, vel sub conditione. nam in puro dies statim cessit & venit. ubi in diem debetur, etsi non venit dies, tamen cessit. quod si sub conditione sit debitum, dubitari potest, quia dies ante, quam existit conditio, non modo non venit, sed nec cessit. interim tamen est spes debitum iri *l.* 213. *D. de verb. sign.* fuerit igitur rationis, vel hic pignus accipi in securitatem spei: etsi non alias tereat pignus, quam existente conditione: quia tum demum est debitum *l.* 5. *D. h. t.*

Non est Prætori satis, debitam esse pecuniam: præterea vult, aliquid pro ea esse obligatum. & hoc recte: nam si debetur quidem aliquid, sed nihil pro debito sit obligatum: ipse debitor personali actione tenetur ex mutuo, aut ex stipulatu, verbi gratia: sed ejus bona sunt a pignore libera. id naturali ratione intelligitur: sed quid vetat, idem firmari auctoritate *l.* 17. *C. h. t.* In qua proponitur quædam Pontia fratri mutuam dedisse pecuniam. frater dicitur ex ea emisse prædium. fratre deinde cessante in restitutione pecuniæ creditæ, rogat Pontia Imperatores per libellum; an ei integrum sit, jure pignoris persequi prædium, a fratre ex pecunia a se credita comparatum. quid Imperatores? sic rescribunt: *Quamvis ea pecunia, quam a te mutuo frater tuus accepit, comparaverit prædium; tamen nisi specialiter vel generaliter hoc tibi obligaverit, tuæ pecuniæ numeratio in causam pignoris non deduxit. sane personali actione debitum apud Præsidem petere non prohiberis.* Igitur ut pignus sit, non modo debitum esse oportet; sed præterea debet res creditori pro debito obligata esse. Quo modo? ait Prætor: *Quod de eo convenit cum eo cujus in bonis res erat.* Vult igitur Prætor, ut res pignori sit, de eo conventum esse: nec plus desiderat. Adeo dat utilitati expediendarum rerum, ne opus sit vetere & molesto circuitu cessionis in jure apud Prætorem, vel mancipationis adhibitis quinque testibus civibus Romanis puberibus, præter libripendem, & verborum solemnitatem, item præsentiam personarum contrahentium, plane supervacuam: de quibus supra monui. Contra sufficit Prætori, pignus sive hypothecam constitui nudo pacto, sive nuda conventione qualicumque. Hac ratione Gajus *l.* 4. *D. h. t. Contrahitur*, inquit, *hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypothecæ nomine obligatæ. Nec ad rem pertinet quibus fit verbis: sicuti est & in his obligationibus quæ consensu contrahuntur.* Nec minus vere addit: *Et ideo & sine scriptura, si convenit, ut hypothecæ sit, & probari poterit, res obligata erit, de qua conveniunt.* Qua ratione? sic ait: *Fiunt enim de his scripturæ, ut quod actum est, per eos facilius probari possit: & sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem: sicut & nuptiæ sunt, licet testationes in scriptis habitæ non sunt.* Similiter cum inter absentes, æque conveniri possit, atque inter præsentes, Modestinus (lib. 3. Regularum, unde est *l.* 23. §. 1. *D. h. t.*) non abs re, *Pignoris*, inquit *obligatio etiam inter absentes recte ex* contractu *obligatur.* Sic est in omnibus editionibus, etiam Florentiæ, *ex contractu.* Male. res postulat, *ex conventione.* illud vero, *ex contractu*, mihi videtur esse vitium incogitantiæ ipsius Modestini. & hujusmodi vitia olim complura observavi *lib.* 1. *Probabil. c.* 9. quibus hoc nunc addo. Constituitur igitur hypotheca manifesta conventione. An & tacita? quid ni? quippe cum consensus non minus ex rebus & factis, atque ex verbis, aut nuncio, aut epistola intelligitur. Ne res sine exemplo sit, apponam pulchrum ex *l.* 5. §. 2. *D. In quib. caus. pign. tacit.* Titius rem alienam obligavit pignori. tale pignus non valet vi hujus Edicti. deinde dominus ejus rei pro Titio fidejubet. putat Marcianus, ex hac fidejussione firmatum intelligi pignus, quod ante erat invalidum. Atqui pignus demum nascitur ex conventione: quæ in proposito nulla liquet. non nego: nam rei dominus fidejubendo quidem egit de obliganda persona sua; sed de obliganda re sua nihil egit. ita si intra verba subsistamus. sed Marcianus magis ad rem, quam ad verba attendens, opinatur dominum hoc ipso quod fidejubet, quodammodo mandare, rem suam esse obligatam: puto, quod plus volens, non videtur nolle, quod est minus. plus est, personam suam; minus est, rem suam obligare. Dominus igitur rei a Titio nullo jure obligatæ, eo ipso quod personam suam fidejubendo obligat, etiam in rei suæ pignus tacite consensisse intelligitur. Quamquam non ita est: si postea, quam fidejus-

sit, ejus res a Titio pignori obligata sit: nullo deinde domini consensu ex novo facto subsecuto.

Constituitur igitur ex Edicto pignus qualicumque nuda conventione. Utrum in re una, an in pluribus? nec hic distinguit Prætor: & est rationis, tam de omnibus, quam de una, pro contrahentium utilitate conveniri. proinde sit duplex pignus: unum speciale, alterum generale. illud, cum de una re, sive una specie, obliganda convenitur: hoc, cum de omnibus, sive universis. utriusque mentio in *l.* 2. *C. l.* 1. *& l.* 15. §. 1. *D. b. t.* primum est, ubi de re una & certa, ut pignori sit, convenit: tum vero illa tantum de qua nominatim convenit, pignori erit. estque adeo considerandum, non modo an res, sed etiam quæ res sit, de qua conventum est. fac; (quod est exemplum *l.* 26. §. 2. *b. t.*) Lucius Titius prædia & mancipia quæ in prædiis erant, obligavit. ea mancipia mortua sunt. in ea prædia deinde missa ab heredibus Lucii Titii sunt alia. creditor hæc cum prædiis jure pignoris distraxit. Quæsitum fuit, an emptor hæc mancipia recte vindicare possit? quærendi causa, quod a creditore inventa sunt in prædiis, ei obligatis cum mancipiis in his constitutis. Modestinus respondit, si neque pignorata sunt ipsa mancipia, neque ex pignoratis ancillis nata; creditoribus minime obligata esse. Modestinus, more quorumdam Veterum, non de facto, sed de jure respondit, non oportere quæri, an mancipia cum prædiis oppignoratis distracta modo fuerint in prædiis a debitore constituta: sed an ea mancipia conventione debitoris & creditoris sint comprehensa. nam si ipsa sint de quibus convenerit, ab emptore vindicari recte: quia erant obligata. quod si alia sint; non recte vindicari, quia non sunt obligata de quibus non est conventum, ut pignori sint. Vera hæc rebus singulis conventione pignori obligatis: quales res sunt mancipia in superiore specie. At si de universitate pignoranda convenerit, forte ambigi possit. sit exemplum in grege: hoc vocabulo universitas indigitatur: id est, quoddam corpus, constans ex distantibus capitibus, tamen uni nomini subjectis *l.* 30. *D. de usurp. & usucap.* Igitur puta, convenisse, ut grex sit pignori, ex eoque capitibus omnibus per diversa tempora mortuis, aliisque in eorum locum substitutis, renovatum esse gregem totum, an durat pignus? quæstio eo redit, utrum grex sit idem de quo convenit, an alius de quo non convenit. Marciano *l.* 13. *D. b. t.* placet, durare pignus: quod existimat, eumdem esse gregem de quo convenit, etsi mutatis omnibus capitibus quæ in grege fuere. idemque mihi videtur: scilicet, quia de gregis obligatione convenit, non de obligatione singulorum capitum quæ initio in grege erant. alius autem est grex, alia singula capita *l.* 1. §. *ult. D. de rei vindic.* porro mutata sunt singula capita de quibus, ut pignori sint, non convenit: sed grex de cujus obligatione convenit, mutatus non est: durante universitate, quamdiu ejus species durat: ut egregie Alfenus *l.* 76. *D. de judiciis.* Superiori exemplo simile est sequens in taberna. qua pignorata, potest quæri, quid pignori futurum sit. si enim tabernæ appellatione exaudiamus merces in ea venales, non manent diu eædem. quin quotidie mutantur: dum aliquæ venduntur, & aliæ in earum locum reponuntur. mutatis vero omnibus non possunt pignori esse in taberna deprehensæ: quia de his non est conventum; & quæ fuere tempore conventionis, jam non sunt. atque hoc si est, fuerit metus; ne taberna pignori obligata nihil actum sit. Sed aliter se res habet. certe visum mihi, conventione de pignoranda taberna quamdam designari mercium universitatem: cujus particulæ quotidie mutentur, manente specie tabernæ, id est, universitatis: ideoque intelligi actum; ut ea quæ tempore mortis debitoris quo tempore creditor forte pignus persequatur, in taberna reperiantur jure pignoris præclusa, pignori obligata censeantur: quasi eadem duraverit taberna, etsi mutatis mercibus. Sic Scævolam accipio *l.* 34. *D. b. t.*

Ut redeat eo, unde cœpit, disputatio; putemus, placito, rem certam pignori esse, solam teneri rem de qua convenit; ideoque esse observationis, quid ejus rei appellatione comprehendatur. Non autem difficilis erit hæc definitio, re manente illo in statu in quo erat tempore conventionis. sed finge, mutatam. jam an duret pignus, quæri potest? mihi videtur: hac certa ratione, quod non de forma, ut pignori sit, convenit: sed de re seu materia. ita qualis qualis fiat, pignori tenetur. addam, & optime; quod alioquin foret in potestate debitoris, invito aut ignorante creditore, pignoris obligationem formæ mutatione eludere. Ne dubita. clare sic Marcianus *l.* 16. §. 2. *b. t. Si*, inquit, *res bypothecæ data, postea mutata fuerit, æque bypothecaria actio competit.* Et tale ponit exemplum: *veluti de domo data bypothecæ, & borto facta.* addit, *item, si de loco convenit, & domus facta sit. item de loco dato, deinde vineis in eo positis.* Æque observandum, ubi res obligatur, non hanc aut illam partem jure pignoris teneri; sed rem totam, omnesque ejus partes obligatas esse. Fundamentum huic collectioni est, quod in toto pars inest *l.* 113. *D. de regul. jur.* & qui totum dicit, omnes intelligit partes: atque ipsas non præsentes tantum, sed futuras quoque: quia quo accedunt tempore, partes sunt totius de quo, ut pignori sit, convenit. Ancilla hoc modo pignori obligata, non tantum ipsa erit pignori, sed partus quoque ex ea natus: quia quamdiu cohæsit cum visceribus matris, pars matris, id est, pars pignoris fuit: separatus autem a matre manet pignori obligatus: per nativitatem non sequuto, cur desineret esse *l.* 29. §. 1. *l.* 26. §. 2. *D. b. t.* Similiter, si de fundo, ut pignori sit, convenit, etiam fructus ex eo nati, etsi id non sit expressum, ipsi creduntur pignori inesse *l.* 3. *C. In quib. caus. pign. tacit.* cum enim pendent, partes prædii videntur *l.* 44. *D. de rei vindic.* eoque partes pignoris procul dubio. Eadem ratione, si de fundo convenit, ut hypothecæ sit, isque alluvione sit major factus, totus obligabitur *l.* 16. *D. b. t.* Igitur convento de obliganda re certa, & ipsa pignori est, & ejus partes accessionesve: sed præter has nihil. Adeo constat ratio Papiniano *l.* 1. §. 1. *b. t.* sic scribenti: *Servo pignori dato, peculium ejus creditor citra conventionem specialiter super eo conceptam, frustra distrabit.* Scilicet, quia alius est servus, aliud ejus peculium: postremo hoc non est in parte, neque in accessione.

A speciali hypotheca proxime transitur ad generalem. constituitur autem hæc generali conventione. qualis est, ut omnia debitoris bona, vel universæ ejus res, creditori pignori sint. sicut vero sub genere omnes ejus species continentur: ita hac conventione omnes debitoris res perinde obligatæ esse creduntur, ac si singulæ nominatim ea conventione essent enumeratæ *l.* 2. *C. b. t. l.* 2. *D. Qui pot. in pign.* idque adeo verum est, ut Paulus *l.* 29. §. *ult. D. b. t.* scribat, *Si sciente & consentiente domino servus, ut omnia bona domini obligata essent, convenit, ipsum quoque qui cavit, obligatum esse pignoris jure.* Dixi de bonis præsentibus. videamus de futuris. & quidem palam conven-

vento, ut hæc quoque pignori ſint, ſic in *l.* 1. *D. h. t.* infit Papinianus: *Conventio generalis in pignore dando bonorum vel* (id eſt, etiam) *poſtea quæſitorum recepta eſt.* Obtinuit igitur, ex generali conventione in qua futurorum quoque bonorum fiat mentio, tam futura, quam præſentia, pignori teneri: hæc pure, illa ſub conditione, ſi adquirantur. Quid, ſi ſimpliciter dixerit debitor, ſe res ſuas ſupponere, non adjecto, præſentes, & futuras? dubitatum aliquando fuit: ſed deciſa quæſtio eſt Conſtitutione Juſtiniani *l. ult. C. Quæ res pignori:* jubentis, jus generalis hypothecæ etiam ad res futuras produci. opinor, quia ſic fieri ſolitum, voluiſſe, ſic factum videri: idque indigitat his ejus verbis, *Cum ſit juſtum, voluntatem contrahentium magis, quam verborum conceptionem inſpicere.* Quidquid eſt: late patent verba generalis hypothecæ. cave tamen, ea porrigas ultra bona debitoris qui de ea convenit; ideo quod de bonis ſuis oppignorandis, ut potuit convenire, ita voluiſſe convenire, credi debet. Ac veriſſime in *l.* 29. *D. h. t.* reſpondit Paulus, generalem quidem conventionem ſufficere ad obligationem pignorum: ſed ea quæ ex bonis defuncti non fuerunt, ſed poſtea ab herede ejus ex alia cauſa adquiſita ſunt, vindicari non poſſe a creditore teſtatoris. Plus dicam, Veteres circa ipſa debitoris bona, quamvis vel ex his nihil fuerit exceptum, ſuaſiſſe hanc admitti moderationem; ne videatur generaliter eſſe a debitore obligatum, quod non facile ſpecialiter eſſet obligaturus. ac ne exempla eſſent in obſcuro, dixerunt talia eſſe quæ ad uſum ejus quotidianum & neceſſarium, aut ad ſingularem ejus affectionem ſpectent. cedo teſtimonia. non arceſſam: ſunt in manu omnium hæc Ulpiani & Pauli *l.* 6. *& ſeqq. D. h. t. Obligatione generali rerum, quas quis habuit, habiturusve ſit, ea non continebuntur, quæ veriſimile eſt, quemquam ſpecialiter obligaturum non fuiſſe: ut puta ſupellex; item veſtis relinquenda eſt debitori, & ex mancipiis, quæ in eo uſu habebit, ut certum ſit, eum pignori daturum non fuiſſe: proinde de miniſteriis ejus perquam ei neceſſariis, vel quæ ad affectionem ejus pertinent, vel quæ in uſum cotidianum habentur, Serviana non competit. denique concubinam, filios naturales, alumnos conſtitit generali obligatione non contineri, & ſi qua alia ſunt hujusmodi miniſteria.*

Sequens locus eſt, a quo, & in quibus rebus, pignus conſtituatur. De hoc ſic Prætor: *Quod quis ſibi pignori hypothecæve obligatum eſſe dicet: quod de eo convenerit, cum eo cujus in bonis erat.* Ante hoc Edictum pignus, quod mancipatione fieret contracta fiducia, tantum poterat in rebus mancipi conſtitui ab his quorum erant ex jure Quiritium: in rebus nec mancipi ea forma induci non poterat. imo ne poterat quidem in rebus mancipi conſtitui ab his quorum in bonis erant; ex jure Quiritium non erant. poterat pignus, fateor, etiam ceſſione in jure conſtitui apud Prætorem vel Præſidem ſine diſtinctione; utrum res eſſet mancipi, an non eſſet. at nec hoc erat citra difficultatem: cum non ſemper eſſet copia ejus Magiſtratus: aliquando per occupationes alias non ſedentis, ſæpe longe abſentis, late patente jurisdictione. optime igitur Prætor, occurſurus tot difficultatibus, ad meram juris ſubtilitatem pertinentibus, ſatis eſſe exiſtimavit, de pignore ſive hypotheca a creditore eſſe conventum cum eo, cujus in bonis qualiscumque res eſſet eo tempore quo de pignore conveniretur: atque hoc Serviana actione, id eſt, Edicto quo propoſita ea actio fuit, comprehenſum fuiſſe, Zoſimo cuidam Diocletianus & Maximianus reſcripſere *l.* 6. *C. Si alieni res pign.* Eſſe vero hoc probandum creditori de pignore acturo, Gajus auctor eſt, utique conventione de eo ſpecialiter facta: nam in ea quæ eſt univerſorum bonorum, id non deſiderat *l.* 15. §. 1. *h. t.* quia talis fit ſub conditione, ſi quæ poſt adquirantur bona: quo caſu alienam rem obligari poſſe, paulo poſt dicetur. Oportet igitur acturum de ſpeciali pignore probare, id tempore conventionis in bonis obligantis fuiſſe. nam cum pignore quæratur jus in re; quis poteſt id conſtituere, præter eum in cujus bonis fuit *l.* 54. *D. de reg. jur.* aut alium ejus voluntate. Hic vero non refert, utrum ſic fiat ab initio, an ex poſt facto. pone: dominus ratum habet pignus ab alio conſtitutum *l.* 20. *D. de pign. act.* valebit, etiam retro a tempore conventionis *l.* 16. §. 1. *D. h. t.* volente ratione, quod quis per alium facit, per ſe facere intelligi. exemplum in procuratore: ſive ei nominatim mandatum ſit, ut pignori det: ſive ſit univerſorum bonorum procurator, ab eo conſtitutus qui ſolebat ſub pignoribus mutuas pecunias accipere *l.* 11. §. *ult. l.* 12. *D. de pign. act.* Simile in ſervo aut filiofamilias, ſi rem peculiarem pignori dederit, modo habeat liberam peculii adminiſtrationem: cum & alienare eam rem poſſit *l.* 18. §. *ult. & l.* 19. *D. d. t.* nec tamen hoc omnimodo verum eſt. nam ſi rem pro alio obligaverit; non tenetur, licet habeat liberam peculii adminiſtrationem: quia hanc non usque quaque habet *l.* 1. §. 1. *D. Quæ res pignori.* Præterea ait Paulus *l.* 16. *D. de pign. act.* ſi tutor, accepta pecunia in rem pupilli, Lege non refragante, rem ejus pignori dederit, tuendum eſſe: quia quantum ad providentiam pupillarem, domini loco habetur *l.* 27. *D. de admin. tutor.* idemque eſſe ait in curatore adoleſcentis & furioſi: ſed Lege non refragante. intelligit autem Paulus Orationem D. Severi qua tutores & curatores prohibentur pupilli aut minoris prædia ruſtica & ſuburbana ſine Prætoris decreto alienare aut obligare *l.* 1. *D. de reb. eor. qui ſub. tutel.*

Summa huc redit, quod cujus in bonis res non eſt, ei non eſt jus, de ea obliganda pure convenire: reſiſtente Edicti forma. nec tamen hæc obſtat, quo minus ei liceat convenire ſub conditione, ſi cœperit in ejus bonis eſſe: quia ſic non ante eſt pignori, quam in ejus bonis ſit: quod Prætor voluit *l.* 16. §. 7. *D. h. t.* Hac ratione Gajus *l.* 15. *d. t.* patitur, ea quæ nondum ſunt, futura tamen ſunt, pignori dari. Et pro exemplis ponit fructus pendentes, partus ancillæ, fœtus pecudum: ſine dubio, quia conditio his, etſi palam non adjecta, vi ipſa ineſt *l.* 1. *pr. &* §. *ult. D. de condit. & demonſtr.* Simile in re debita notavit Papinianus *l.* 1 *D. h. t.* forte propter ſpem eam nanciſcendi: vel quia habens actionem ad adquirendam eam, videtur eam in bonis habere, quæ eſt in actionibus *l.* 49. *D. de verb. ſignif.*

Non igitur valet pignus de quo eſt conventum, quo tempore nondum erat in bonis obligantis. Quæritur, an convaleſcat ex quo incipiat in ejus bonis eſſe: puta, quod domino heres factus eſt, vel rem pignoratam ab eo emit, aliave juſta cauſa accepit? Impp. Diocletianus & Maximianus in *l.* 5. *C. Si alieni res pign.* a quodam Eutychio de facto conſulti, reſcripſerunt: *Cum res quæ necdum in bonis debitoris eſt, pignori data ab eo, poſtea in bonis ejus eſſe incipiat: ordinariam quidem actionem ſuper pignore non competere, manifeſtum eſt: ſed tamen æquitatem facere, ut facile utilis perſecutio exemplo pigneratitiæ detur.* Duæ ſunt Reſcripti partes: dignæ quæ ex ſolido exponantur. prior negat, valere pignus de quo a debito-

re tum sit conventum, cum nondum esset in bonis ejus, etsi in his postea esse inceperit, ideoque creditori eo nomine etiam negat actionem ordinariam, id est, directam hypothecariam, ex Edicti verbis: non exigentis, pignus in bonis debitoris esse, agente creditore: sed jam tum, cum de eo conveniretur, in bonis fuisse. quod in proposito non est. Altera Rescripti pars vult; quod ut ordinaria, id est, directa actio creditori sic nulla competat, resistentibus Edicti verbis: tamen æquitas facit, ut facile utilis detur ex Edicti sententia: quamquam nec ista simpliciter atque indistincte. quomodo igitur? exemplo pigneratitiæ actionis: id est, ut ego interpretor, exemplo actionis pigneratitiæ contrariæ. ea vero clausula denunciat, re aliena pignori obligata a non domino cui dominium postea superveniat: multum referre, utrum scienti obligata sit, an ignoranti: priore enim casu cessare utilem actionem Servianam: posteriore non cessare; æquitate eam inducente ad exemplum contrariæ pigneratitiæ actionis, talem distinctionem in persona creditoris manifeste observantis, auctore Paulo *l.* 16. §. 1. *D. de pign. act.* At enim Papinianus *l.* 1. *D. h. t.* sic infit: *In speciem autem alienæ rei collata conventione, postea debitori dominio quæsito, difficilius creditori qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur; sed facilior erit possidenti retentio.* Novi: & hanc loquendi formam, *Difficilius dabitur utilis actio*, fraudi esse Doctissimis plerisque Viris. Sed persuasissimum habeo, ea contineri modestam negationem Jurisconsultis neque inusitatam, neque indecoram, ac proinde sic accipiendam, quasi dicat Papinianus; Si debitor rem alienam pignori obligavit creditori non ignoranti alienam esse, & postea dominium debitori superveniat, nulla creditori dabitur utilis actio. Huc ire vim atque usum ejus locutionis & hic & alibi sæpe, pluribus testimoniis probavi *c.* 12. *lib. sing. de form. emendand. dol. mal.* quæ hic non repeto; cum possint illic videri. Solum adjiciam, nec supervacuo, quod illic omisi, Papinianum in *d. l.* 1. scienti creditori utilem quidem negare actionem ad adquirendam possessionem quam non habeat: verum possidenti nihilominus exceptionem justa ratione accommodare. nam ut consensus debitoris de re aliena pignori habenda creditori qui ejus retentione in contrahendo fuit contentus, ad actionem non profit: æquum tamen est, debitorem fidem pacti servare; & alioquin a creditore exceptione doli mali repelli *l.* 1. §. 1. *D. de except. dol. mal.* Nisi vel hic scrupulum injicit Modestinus *l.* 25. *D. h. t.* sic scribens: *Cum vitiose vel inutiliter contractus pignoris intercedat, retentioni locus non est.* Sed videamus, ne alium casum quam præsentem, in oculis habeat Modestinus. ego mihi sic persuadeo: est enim ejus sermo de contractu pigneratitio vitiose vel inutiliter celebrato. vitiose autem aut inutiliter non intercedit ille contractus, cum res aliena est data pignoris loco: modo sit principale debitum, & res pro eo pignori data non sit extra commercium, sacra, verbi gratia, vel fisci. valet igitur inter debitorem & creditorem, interque eos parit actionem directam & contrariam; quid ni exceptionem? sed aliter est re sacra pro debito pignori data. tum enim vitiose intercedit ille contractus: quia de re sacra contrahi, leges vetant. quid si pignori detur res, nullo principali debito? nulla est jam dandi causa: inutiliter igitur datur. sic constat, quando non sit retentioni locus.

Intelligis, quid obtinuerit usu juris, si re aliena pignori obligata a debitore, illi dominium deinde superveniat. Quæris; an idem sit si re aliena a debitore ignorante domino obligata, dominus postea fiat debitori heres? Paulus *l.* 41. *D. de pignorat. act.* negat: sed quia obscure, more suo, quod necesse erat, hunc quoque locum serio explanavi *d. c.* 12. *lib. sing. De form. emendand. dol. mal.* ideoque licebit mihi in præsentia paucis absolvere. Versus primus ita se habet: *Rem alienam pignori dedisti. deinde dominus rei esse cœpisti: datur utilis actio pigneratitia creditori.* Cum Paulus ait, *datur utilis actio pigneratitia creditori:* annotanda sunt complura. primum sic accipio Paulum: quasi dicat, dari potest creditori utilis actio, vel creditori aliquando datur utilis actio. Casum autem in quo finit, hanc actionem creditori dari, esse puto: si ignoranti obligata sit res aliena. hoc, fateor, non apparet ex superioribus verbis; sed liquebit mox evidenter ex fine loci. Interim patieris addi, quam Paulus *utilem pigneratitiam actionem* vocat, eam sequente versu *pignoris persecutionem* appellare: indubitato signo, per actionem pigneratitiam designare actionem hypothecariam quæ & pigneratitia Serviana nominatur; & ad pignoris sive hypothecæ persecutionem sola comparatur: cum actio pigneratitia sit in personam, nec ad pignoris persecutionem spectet. Nondum dixi omnia: plus præsumo, errasse Juris Architectos qui hunc Pauli locum posuerunt sub Titulo, *De pigneratitia actione*, cum debuisset poni sub Titulo, *De pignoribus & hypothecis*, ad formulam hypothecariam pertinente. forte hoc alicui videatur durius; sed facile evincam sequente Pauli versu: *Non est idem dicendum: si ego Titio qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero: hoc enim modo pignoris persecutio creditori concedenda non est.* Quam Paulus vocat *pignoris persecutionem*, non est alia, quam actio hypothecaria: nam hæc in rem est, & sola pignus persequitur. separat vero Paulus casum hujus versus a priore: nolens, in hoc observari æquitatem quam in illo indulsit: plane convenienter ante dictis. an recte? vertitur dubitatio: quod in posteriore etiam casu idem qui est debitor, pignoris dominus est. adde, quod jam repræsentat eum qui de pignore convenit, & quod tenetur factum defuncti præstare. Sed, si audimus Paulum, hoc ad rem nihil confert: utique non efficit; ut pignus sic convalescat ipso jure, adeoque utilis hypothecaria actio, sine novo facto, sive sine nova conventione, convalescat. cedo, qua ratione? Paulus hanc dat optimam: *Neque utique sufficit ad competendam utilem actionem, eumdem esse dominum qui pecuniam debet.* Pauli sensus huc egreditur: quod debitum non est causa pignoris; nec magis dominium: ideoque neutrum est causa utilis hypothecariæ actionis. Quæ ergo? conventio de pignore facta ab eo qui postea factus est ejus dominus. Hoc probat Paulus verbis sequentibus: *Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur.* Sensus Pauli est: quod causa utilis hypothecariæ actionis est conventio de pignore cum creditore facta ab eo qui nunc est ejus dominus, & tempore conventionis non erat. scilicet, quia sic mendacii arguitur, qui rem alienam ignoranti pro sua obligavit, & deinde dominus factus, improbe resistit, quo minus ex sua conventione utili hypothecaria teneatur. at nil tale; ubi ego heres extiti Titio qui rem meam sine mea voluntate obligavit. ut enim hic debitor sim, nec minus pignoris dominus, pariter ut in priore specie: quod tamen debeo, non meo nomine debeo, sed Titii cujus heres sum: rei autem pignoratæ non sum Titii successione, verum meo jure, dominus. proinde mortuo Titio, si credi-

tor

tor adversus me agat utili hypothecaria actione, suum esse dicens pignus quod ei ignoranti sit a Titio cujus heres sum, obligatum: ei occurram exceptione, Extra quam si ea res numquam in bonis Titii fuit: ac si replicet, se ignorantem esse Titii mendacio circumventum; in eoque me qui Titii heres sum, adversus se adjuvari, æquitatem prohibere: negabo, esse causam me qui de pignore meæ rei numquam conveni, neque Titio, ut conveniret, auctor fui, improbitatis accusandi. At enim heres tenetur defuncti factum præstare. Recte mones: ideoque non intercedo, quo minus teneatur, hoc pignus nova conventione confirmare: sic enim præstabit defuncti factum. facile etiam patior, eum quod defunctum repræsentat, ad hoc conveniri contraria actione pigneratitia in personam. sed hæc non est Pauli quæstio in *d. l.* 41. omnis ejus deliberatio est de utili actione hypothecaria in rem: eoque an pignus ab alio obligatum, quam a domino, sine nova conventione, sponte, ipso jure, convalescat hac ex causa; quod dominus hujus pignoris, sit heres ejus qui de eo convenit. id vero negat Paulus.

Vix mihi tempero; ne post expositionem *d. l.* 41. attingam *l.* 22. *D. b. t.* in qua Modestinus, ut mihi persuadeo, egregie fulcit a me dicta ad Paulum: etsi a Doctissimis Interpretibus putatur his adversari: non satis expensis Modestini verbis. Inscriptio legis indicat, eam esse desumptam ex *lib.* 7. *Differentiarum.* inde conjicio Modestinum in illa, Pauli exemplo, utramque quæstionem tractasse, observata utriusque differentia: quamquam per Architectos Juris hodie altera tantum extet. Verba Modestini apposui. *Si Titio qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, beres exstitero, ex postfacto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pigneratitia dabitur creditori.* Horum verborum sensus est: Si heres extiterim Titio qui rem meam, me ignorante, pignori obligavit: id pignus directo, id est, sine novo facto, sponte, ipso jure, non convalescit ob id, quod factus sum Titii heres: sed ut valere incipiat pignus, debet a me approbari novo facto, sive nova conventione: & ut hoc faciam, competit creditori adversus me qui heres sum, & defunctum repræsento, contraria pigneratitia actio, quam Modestinus vocat utilem pigneratitiam. videlicet, quia spectantibus ad juris formam, non valet bonæ fidei contractus, qualis est pigneratitius: in quo dolus malus sit admissus, aliena re ignoranti pignori data. Interim, quia interest creditoris, se non decipi; sit interpretatione bonæ fidei: ut res perinde accipiatur, ac si valeret. inde vero (quod Modestinus observat) datur creditori adversus debitorem, ejusque heredem, ad emendandum dolum malum utilis contraria pigneratitia actio: ut non ita pridem indicavi *d. c.* 12.

Demonstrato, ad pignoris obligationem a Prætore desiderari creditoris conventionem cum eo cujus in bonis id eo tempore fuit: tandem restat, quid is bonorum appellatione designet. Ulpianus *l.* 49. *D. de verb. signif.* ait, bona ex eo dici, quod beant, id est, beatos faciunt; beare autem esse, prodesse. inde addit, in bonis nostris computari non solum quæ dominii nostri sunt, sed & si bona fide a nobis possideantur, vel superficiaria sunt: jam æque bonis adnumerari, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus: nam hæc omnia in bonis esse videri. Modestinus *lib.* 3. *Regularum* in *l.* 52. *D. de adq. rer. dom.* sic breviter, *Rem*, inquit, *in bonis nostris babere intelligimur, quotiens possidentes exceptionem, aut amittentes ad recuperandam eam actionem, babemus.* De re quæ in dominio est, moneri nihil attinet, nemine dubitante, quin res domini sit in ejus bonis, ab eoque jure obligetur pignori. Idem dicendum de re bona fide possessa: nam & hanc in bonis esse, intelleximus ex *d. l.* 49. quin vulgo notum quod bona fides tantumdem præstat possidenti, quantum veritas, quoties lex impedimento non est *l.* 136. *D. de reg. jur.* ab hac causa habet Publicianam in rem actionem. & optime Paulus *l.* 18. *D. b. t.* *Si*, inquit, *ab eo qui Publiciana uti potuit, quia dominium non babuit, pignori accepi; sic tuetur me per Servianam Prætor, quemadmodum debitorem per Publicianam.* Similiter nemo dicet, superficiarium jure civili esse dominum superficiei: & tamen nemo negabit, eum instar domini reputari jure Prætorio, quo accepit jus in re *l.* 19. *D. de damn. infect.* & per hoc utilem in rem actionem *l.* 1. §. 3. *D. de superficieb. l.* 73. *l.* 74. & *l.* 75. *D. de rei vindic.* igitur nec dubitat Ulpianus *d. l.* 49. quin superficies sit in bonis ejus. Marcianus autem *l.* 13. §. 3. *D. b. t.* *Et in superficiariis*, inquit, *legitime consistere creditor potest adversus quemlibet possessorem: sive tantum pactum conventum de bypotbeca intervenerit, sive etiam possessio tradita fuerit, deinde amissa sit.* Nec tamen omittendum hoc Pauli *l.* 15. *D. Qui pot. in pign.* *Etiam superficies in alieno solo posita, pignori dari potest: ita tamen, ut prior causa sit domini soli, si non solvatur ei solarium.* Idem de fundo vectigali respondit Scævola *l.* 31. *d. t.* Marcianus vero *d. l.* 13. §. 2. etiam pignus a creditore pignori dari, affirmat: cum ipse quoque habeat jus in re *l.* 19. *D. de damn. infect.* & propterea hypothecariam in rem actionem *l.* 17. *D. b. t.* De nomine debitoris fuit dubitatum: forte quod invito aut inscio debitore, non posset ei hoc modo mutari aut obtrudi creditor, salvo jure. postquam tamen vendi cœpit nomen, obtinuit, ut & generaliter & specialiter pignorari posset. & hoc jam pridem placuisse, memoriæ prodidit Alexander *l.* 4. *C. Quæ res pignori oblig. poss.* Paulus vero, tamquam in re certa & explorata suo tempore, *Si*, inquit, *convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a Prætore bæc conventio. Quo modo? ut & te in exigenda pecunia*, (actionibus utilibus, ut est *in d. l.* 4.) *& debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur l.* 18. *D. de pign. act.* Ne alio quidem redit hoc Diocletiani & Maximiani *l.* 7. *C. de bered. vel act. vend.* *Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori dentur: ordinarium visum est, post nominis venditionem utiles emptori (sicut responsum est) vel ipsi creditori postulanti dandas esse.* Similis deliberatio fuit, an ususfructus pignori obligari possit? & quidem ait Marcianus *l.* 11. §. 2. *D. b. t.* si dominus proprietatis cum suo creditore convenerit de obligando rei suæ usufructu, nullam esse causam, quo minus id ei indulgeatur: volente ratione, eum suæ rei, quo modo velit, esse arbitrum & moderatorem. at si de usufructu obligando sit conventum ab eo qui habet solum usumfructum, id est, nudum usumfructum sine proprietate, potuisse dubitari: sed Papinianum scribere, creditorem etiam hic tuendum. qui potest, salva juris forma? indicavi *lib.* 1. *De usufructu c.* 3. ubi vide, si lubet & vacat. Major pugna est circa servitutes prædiorum urbanorum & rusticorum, propter *d. l.* 11. §. *ult.* & *l.* 12. *D. b. t.* Sed refert; utrum quæratur de nova servitute a prædii domino pignori constituenda; an de vetere obliganda ab eo cujus prædio jam sit adquisita: posteriore casu qui est *d. l.* 11. §. *ult.* Marciano non placuit, eam obligari: consideranti, prædii

ser-

servitutem esse qualitatem prædii, ipsi inhærentem prædio, & extra hoc nullam: quippe prædio datam ad ejus utilitatem, non domino, nisi prædii contemplatione. ille igitur si eam a prædio suo sine voluntate domini servientis prædii ad aliud prædium transfert, sive pignoratione, sive venditione, sive aliter, ut Marciano videtur, nullo jure transfert: licebitque domino servientis prædii contra eum qui servitutem pignori accepit, agere actione negatoria, ei non esse jus ea servitute uti, se invito a quo constituta ei non sit. ita in posteriore casu Marcianus. At in priore Paulo aliter visum *d. l.* 12. Lubet apponere specimen. Dominus prædii rustici, aut urbani; parum refert, vicini prædii domino, a quo mutuam acceperat pecuniam, constituit servitutem: hac lege, ut ea utatur, donec soluta erit pecunia; & si non solvatur intra certum tempus, ei servitutem vendere liceat. Quæritur, an valeat conventio de servitute pignori constituenda? Paulus Pomponium sequutus, putat: quamquam non ex subtilitate juris: (secundum quam oportet servitutem habere causam perpetuam quæ in proposito non est *l.* 4. *D. de servitutib.*) sed propter utilitatem contrahentium. quod bene observavit D. Galvanus, *De usufructu c.* 39. & ante Balduinus *De pignoribus c.* 12. Expositis rebus, pignus recipientibus, porro subjiciamus paucas excipi solitas. Putas forte, me spectare ad res exemptas humano commercio, quales sunt homines liberi *l.* 6. *C. Quæ res pign. oblig.* & loca religiosa *l.* 3. *C. eod. tit.* sed hæ non sunt in bonis. illas quæro, quæ in bonis sunt, & nihilominus civili ratione prohibentur obligari. Ut specimen dem: pone ex *l.* 8 *C. Quæ res pign. oblig. poss. vel non.* aliquid quod ad culturam agri pertinet: ut in *l.* 7. servos aratores, aut boves aratorios, aut instrumentum aratorium. nimirum, ne tributorum illatio retardetur: & quid tum? optime apud Tacitum. ille *lib.* 4. *Histor. c.* 74. *Neque quies gentium sine armis, neque arma sine stipendiis, neque stipendia sine tributis haberi queunt.* Sed jus apparet, & ex eo sequens disputatio apud Quintilianum *lib.* 7. *Inst. orat. c.* 8. *p.* 645. *An quod in toto, idem in parte? Aratrum accipere pignori non licet: vomerem accipit.* Aliud exemplum præbet hoc Alexandri ad Septimium *l.* 5. *C. d. t. Spem eorum præmiorum quæ pro coronis athletis pensitanda sunt, privata pactione pignorari, minime admittendum est: & ideo nec si generale pactum de omnibus bonis pignori obligandis intervenerit, tenet.* Alexander spectat ad ludos gymnicos in quibus decertabant athletæ: de quibus dixi sub Titulo, *De his qui not. infam.* addidi illic, hos ludos, quod in honorem Deorum instituerentur, appellatos fuisse certamina sacra. nunc sciendum, in his datas victoribus esse coronas, (de quibus Petrus Faber *lib.* 2. *Agonistic. c.* 22.) ipsasque victorias vocatas idcirco esse coronas. Hac ratione Alexander cum ait, athletis præmia pro coronis pensitari, significat, athletis præmia pro victoriis pensitari. Papinianus *l.* 40. *D. de re judicata* ait, ea præmia præstari propter coronas sacras: & in his manifeste meminit *pecuniæ*: quia hæc præmia erant commoda annonaria, seu mercedes, salaria, obsonia, victoribus, quamdiu viverent, a civitatibus, unde oriundi erant, annuatim solvenda. Egregie hæc observat Petrus Faber *d. lib.* 2. *c.* 17. ex Plinio aliisque. quibus addo hoc Vitruvii, *Præfat. lib.* 9. *Nobilibus Athletis qui Olympia, Pythia, Isthmia, Nemea vicissent, Græcorum majores ita magnos honores constituerunt, ut non modo in conventu stantes cum palma & corona ferant laudes, sed etiam cum revertantur in suas civitates cum victoria triumphantes quadrigis in mœnia & in patriam invebantur, e reque publica perpetua vita constitutis vectigalibus fruantur.* Æque pulchre observat Faber, Alexandrum *d. l.* 5. non prohibere obligationem præmiorum jam pro corona seu victoria debitorum: sed vetare obligationem spei præmiorum ob coronas seu victorias futuras. sane si debita aut percepta sint ob reportatam victoriam; contra esse, clare testatur Papinianus *d. l.* 40. *Commodis*, inquiens, *præmiorum quæ propter coronas sacras præstantur, condemnato placuit interdici, & eam pecuniam jure pignoris in causam judicati capi.* Nec est obscura differentiæ ratio: quod peracto certamine, & obtenta corona seu victoria, non interest communis voluptatis Populi, qua alacritate deinde sit athleta, quidve de commodis præmiorum suorum statuat: sed ante certamen, nondum obtenta corona seu victoria, aliter erat: nam tum intererat publicæ festivitatis qua Deorum cultus æstimabatur, spem futurorum præmiorum non obligari pignori: ne athletarum virtus amissa spe ea retinendi facile laxaretur.

Age nunc differamus de actione, pignoris hypothecæve nomine a Prætore proposita: tanta videlicet ejus auctoritate; ut Gajo teste in *l.* 27. *D. de noxalib. action.* pignus cujus persecutio negatur, nullum sit. Est vero illa duplex, nec unius Prætoris. prior vindicat invecta, illata, inducta, in prædium rusticum locatori ab eo cujus in bonis erant, manifeste obligata in securitatem mercedis. Appellata hæc ab auctore Serviana. ejusque exemplo inventa deinde est altera, cætera pignora persecutura. quæ quasi Serviana vocatur §. 7. *Inst. de actionibus.* alibi Serviana simpliciter *l.* 3. *l.* 10. *l.* 18. *D. h. t.* & a fine ad quem comparata, pigneratitia *l.* 41. *D. de pign. act. l.* 9. *in fin. D. Quib. mod. pign. solv. & alibi.* plenius pigneratitia Serviana *l.* 3. §. 3. *D. Ad exhibend.* passim hypothecaria, & a Justiniano *l. omnem* §. 4. *De concept. Digest.* formula hypothecaria: ad eamque scriptum cum a Gajo, tum a Marciano, esse librum singularem, indicant aliquæ sub hoc Titulo Inscriptiones. Ita conjicio, propositas duobus Edictis fuisse has actiones: unam Servii, cujusdam incogniti, alteram Prætoris alterius a Veteribus nusquam proditi. nec animadverto, cur hoc nolit D. Vinnius ad §. 7. *Inst. de action.* arbitratus, Servianam venire ex Edicti verbis; quasi Servianam Prudentibus deberi ex Edicti sententia. Sed Vinnium refutat; quod actio hypothecaria, sive quasi Serviana, in *l.* 5. *C. Si alien. res pignor.* alia dicitur ordinaria, alia utilis. illa venit ex Edicti verbis, si pignus tempore conventionis in bonis debitoris fuit: ista ex Edicti sententia, cum re aliena pignori obligata tempore conventionis, dominium debitori postea supervenit. Non minus huc pertinet, quod in *l.* 6. mox sequente sic extat: *Serviana etiam actio declarat evidenter, jure pignoris teneri non posse, nisi quæ obligantis in bonis fuerint.* Nec alio modo accipio hoc Philippi *l.* 19. *C. de usuris*: *Cum Serviana etiam actio manifeste declaret, pignoris inhiberi persecutionem, vel solutis pecuniis, vel si per creditorem steterit, quo minus solvantur.* Sermo utriusque loci explicat formam & rationem actionis quasi Servianæ: licet simpliciter appelletur Serviana. eo vero nomine non ipsa designatur actio; sed Edictum quo illa actio a Prætore fuit prodita. Sed nimis liquet, cum ex his, tum ex *d.* §. 7. actionem quasi Servianam non a Prudentum interpretatione, sed a Prætore atque Edicto ipso, proficisci.

Interim est unus utriusque actionis exitus; ac ne bis idem dicatur, sequutus exemplum Vete-

tuin, solam exponam quasi Servianam: eadem de Serviana intellecturus. Prima deliberatio erit, qualis illa actio sit, & quæ ejus causa. Est autem in rem *l.* 17. *D. de pignorib* subnixa quippe jure in re *l.* 19. *D. de damn. infect.* quod sortita ex jurisdictione, sive Edicto Prætoris §. 7. *Inst. de actionib.* illam polliciti, re aliqua pro debito obligata ab eo cujus in bonis erat tempore conventionis *l.* 6. *C. Si aliena res pignori*; estque consensu in hoc itum, ejus usum esse certum, pignore simpliciter constituto. cæterum antichresi facta, & inducto creditore in possessionem fundi vel domus, ut sibi habeat fructus in vicem usurarum, contra est pervulgata Interpretum sententia possessione amissa cessare hypothecariam, sive quasi Servianam actionem, & in factum dandam. Sed mihi non placet hæc sententia, nec est vera, etsi in *l.* 11. §. 1. *D. de pignorib.* magno subnixa creditur auctore Marciano. nam cum antichresis, id est, mutuus pignoris usus, creditori datur debitoris conventione: an agitur aliud, rem spectantibus, quam ut fundus aut domus pro debito obligetur ab eo cujus in bonis sit? Atqui sic fit pignus: nec hoc esse definit ideo, quod perceptus a creditore fructus, ob adjectum pactum, ejus fit in vicem usurarum. minime. quid ni igitur amissa possessione illi sufficiat actio hypothecaria, sola a Prætore ad vindicandam pignoris possessionem proposita? Hanc viam ingressus sum, ipso duce Marciano in verbis *d. l.* 11. §. 1. a me sic verissime emendatis: *Si ἀντίχρησις facta sit, & in fundum aut in ædes aliquis inducatur, eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur; cum in usuras fructus percipiat aut locando aut ipse percipiendo habitandoque. itaque si amiserit possessionem, solet hac actione uti.* In omnibus exemplaribus hactenus quidem legitur, *solet in factum actione uti.* sed verba sunt corrupta: & confundunt optimam Marciani ratiocinationem. ea igitur ut constet, scribe: *solet hac actione uti:* id est, actione hypothecaria. Ita emendavi *lib.* 2. *Observ. c.* 9. ubi vide emendationis argumenta.

Altera inspectio erit, cui detur actio hypothecaria. intelligitur autem ex Edicti forma, soli dari ei, qui possit dicere, rem petitam sibi jure pignoris teneri. potest vero id dicere, quisquis probat, sibi debitam esse pecuniam: & rem quam petit, pro ea sibi obligatam esse ab eo, cujus in bonis erat. Pari ratione ejus heredi datur, atque in solidum, cum unus est: si plures sint, omnibus. quomodo? Impp. Valerianus & Gallienus *l.* 1. *C. Si unus ex pluribus heredib.* sic rescripsere: *Manifesti & indubitati juris est, defuncto creditore, multis relictis heredibus, actionem quidem personalem inter eos Lege Duodecim Tabularum dividi: pignus vero in solidum unicuique teneri.*

Tertius locus est, adversus quem detur hypothecaria actio. datur autem adversus possessorem pignoris: postulante natura actionis in rem. Marcianus *l.* 16. §. 3. *D. de pignoribus* addit, etiam dari adversus eum qui fecit dolo malo, quo minus possideret. De herede videamus? is tenetur, non tamquam heres, sed tamquam possessor: ideoque cum plures sunt, datur adversus singulos in solidum, quamvis personales actiones inter eos ipso jure dividantur pro portionibus hereditariis. ita Diocletianus & Maximianus *l.* 2. *C. Si unus ex plurib. hered.* Verba: *Actio quidem personalis inter heredes pro singulis portionibus quæsita scinditur: pignoris autem jure multis obligatis rebus quas diversi possident: cum ejus vindicatio non personam obliget, sed rem sequatur: qui possident, tenentes non pro modo singularum rerum substantiæ conveniuntur, sed in solidum: ut vel totum debitum reddant, vel eo quod detinent, cedant.* Datur igitur hæc actio adversus possessorem. Utrum excusso demum principali debitore: an etiam ante? non distinxit Prætor: actionem simpliciter pollicitus adversus possessorem. adeo relinquit arbitrio creditoris: priusne agat personali actione adversus debitorem; an hypothecaria adversus possessorem. idque certi juris esse, rescripsere Impp. Diocletianus & Maximianus *l.* 14. & *l.* 24. *C. de pignorib.* Receptum tamen fuit: ut præsens debitor, prius denunciationibus urgeretur ad solvendum; & eo cessante in solutione, tum adversus pignoris possessorem veniretur. *l.* 10. *C. d. t.* Longius perrexit Imp. Justinianus *Novell.* 4. *c.* 2. vetans, ad pignoris possessorem veniri; nisi prius excussis debitoris bonis, instituta personali actione. Id olim jure singulari, fisco pignus vindicante, placuerat ex decreto Imp. Commodi; æquitatem Principali benignitate sequuti adversus juris regulas. quod nulli licuisse Magistratui, indigitare mihi videtur Paulus *l.* 47. *D. de jur. fisc.* quæ est ex ejus lib. 1. Decretorum. sed quod tum singulare fisci jus fuit, Justinianus, ut poterat, *d. c.* 2. fecit commune omnium.

Finis hujus actionis est, ut pignus arbitrio Judicis restituatur. sic enim conceptum a me Edictum: & arbitrariam esse hanc actionem discimus ex §. 31. *Inst. de actionib.* Inde quale sit officium Judicis, facile intelligitur. Est autem ejus, inspicere: an actor potuerit dicere, rem quam petit, sibi pignori teneri: id est, an probaverit, sibi debitum esse; & rem petitam pro eo sibi esse obligatam ab eo cujus in bonis erat: & deinde, an ea res a reo possideatur. Tenes Judicis notionem: exspectas sententiam. Forma a Marciano traditur in *l.* 16. §. 3. & 4. tum ab Ulpiano *l.* 21. §. 3. *D. de pignorib.* sed ab utroque non æque distincte. an eodem modo, videamus. Unum certum; quod uterque (si non paret, quod dixi) consentit, convenire officio Judicis, reum absolvere: & contra, si paret, declarare, rem petitam actori esse obligatam jure pignoris: simul jubere, hanc a possessore ei restitui. id si fiat, bene esse; si non fiat, & justa allegetur causa, cur in præsenti non possit restitui, litem cautionibus expediri solitam. quod si nulla sit talis causa; puto, Judicem, uti de in rem actionibus est a Justiniano traditum § 2. *Inst. de officio Judicis*, sic ex sententia quoque Ulpiani *d. l.* 21. §. 3. hic litem æstimaturum. Quomodo? verba Ulpiani apposui: sunt autem hæc: *Si res pignorata non restituatur, lis adversus possessorem erit æstimanda: sed utique aliter adversus ipsum debitorem; aliter adversus quemvis possessorem. nam adversus debitorem non pluris, quam quanti debet, quia non pluris interest: adversus cæteros possessores etiam pluris. & quod amplius debito consecutus creditor fuerit, restituere debitori debet pigneratitia actione.* Hæc Ulpianus distincte. Quid Marcianus? is in *d. l.* 16. §. 3. fine discrimine sic infit: *In vindicatione pignoris quæritur, an rem de qua actum est, possideat is, cum quo actum est? nam si non possideat, nec dolo fecerit, quo minus possideat, absolvi debet. Si vero possideat, & aut pecuniam solvat, aut rem restituat, æque absolvendus est. Si vero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur. Sed si velit restituere, nec possit, forte quod res abest, & longe est, vel in provinciis, solet cautionibus res explicari: nam si caverit se restituturum, absolvitur. Sin vero dolo quidem desierit possidere; summa autem ope nisus non possit rem ipsam restituere: tanti condemnabitur, quanti actor in litem juraverit; sicut in cæteris in rem actionibus. Nam si tanti condemnan-*

dus esset, *quantum deberetur*, *quid proderat in rem actio*, *cum & in personam agendo idem consequeretur.* Feci tenebras: petis lucem. erit manifesta: si a Marciano dicta hactenus ad juris subtilitatem exigamus: sed ab Ulpiano tradita magis humanitatis esse existimemus: eamque tandem a Marciano æque probari. Ubi? in *d. l.* 16. §. 6. verbis sequentibus: *Si pluris condemnatus sit debitor non restituendo pignus*, *quam computatio sortis & usurarum faciebat*, *an si tantum solverit*, *quantum debebat*, *exoneretur hypotheca? quod ego quantum quidem ad subtilitatem legis & auctoritatem sententiæ non probo: semel enim causa transire videtur ad condemnationem*, *& inde pecunia deberi. Sed humanius est*, *non amplius eum*, *quam quod revera debet*, *dando hypothecam liberare.* Ut ut hoc accipere tibi placeat: interim manet certum quod ante dixi, esse Judicis officium, probato a petitore pignore, jubere, id illi a possessore restitui. Nunc addam, a Marciano *d. l.* 16. § 4. hoc plus observari, *Interdum etiam de fructibus arbitrari deberé Judicem.* Quo modo? Marcianus sic ait: *Ut ex quo lis incohoata sit*, *ex eo tempore etiam fructibus condemnet.* Tum causatur: *Quid enim si minoris sit prædium*, *quam debetur? & deinde: Nam de antecedentibus nihil potest pronunciare; nisi extent*, *& res non sufficit.*

Intelleximus, actionem hypothecariam creditori ad adquirendam vel recuperandam pignoris possessionem Prætoris humanitate indulgeri. An possidenti etiam exceptio concedatur, quæris? de hac silet Prætor, cum actionem promittat palam. Sed mihi videtur pro exceptione eadem stare æquitas qua proposita a Prætore actio est. præterea teneo memoria, quod sub actionis appellatione & alibi exceptio comprehenditur. observavit hoc Ulpianus *l.* 28. §. 5. *D. Ex quib. caus. major.* similiter in *l.* 156. §. 1. *D. de reg. jur.* (id est, in interpretatione Edicti de superficiebus: ut ex *l.* 1. §. 3. *D. de superficiebus*, & Inscriptione utriusque loci intelligitur) dicit, *Cui damus actionem*, *eidem & exceptionem competere*, *multo magis quis dixerit.* Sed quid hæreo? admissa ab Ulpiano in proposito sine scrupulo exceptione in *l.* 10. *D. de pignorib.* quid, si creditor pignus non alio fine persequitur, quam ut ejus possessioni incumbat, donec debitum ei solvatur, aut pro eo satisfiat? Jam vero, ne sterilis ea res sit debitori, creditor in *l.* 23. *d. t.* etiam locat prædia, aut fructus percipit; etsi sorti imputandos *l.* 1. *&* 2. *C. de pign. act.* nisi facta dicatur antichresis, id est, mutuus pignoris usus. nam hoc casu fructus in usuras percipit, aut locando, aut ipse percipiendo. Certum hoc, manifesta antichresi *l.* 11. §. 1. *D. de pignorib.* Imo tacita quoque. Utrumque, sicut res meretur, majore cura ostendi *lib.* 2. *De fœnore & usuris c.* 9.

Postquam de actione hypothecaria disputavi: sequitur, ut ne de ejus quidem venditione quidquam indiscussum relinquam: admodum notabili & necessario hoc adquisitæ possessionis exitu, ut creditori tandem liceat, debitore cessante solvere aut satisfacere, pignus vendere, & ex pretio ad suum pervenire. est vero hoc adeo proprium naturæ pignoris: ut Papinianus, negantibus, rem pignori teneri, eam frustra distrahi opinetur *l.* 1. §. 1. *D. de pignorib.* & e diverso rem ex pacto de ea distrahenda pignori obligatam esse, conjiciat *l.* 3. §. *ult. D. Qui pot. in pign.* Est autem hoc jus æquissimum Ulpiano visum, pacto inter debitorem & creditorem de vendendo pignore palam interposito vel ab initio vel postea: nulla plane differentia, utrum ipse dominus, an creditor ejus voluntate, pignus vendat & tradat *l.* 4. *D. de pign. act.* Verum pone, simpliciter datum esse pignus, & de vendendo nihil conventum. Hic puto, dubitatum fuisse a quibusdam: sed prævaluisse sententiam existimantium, adhuc tum licere creditori distrahere; si modo non convenit, ne liceat. idque indigitari ab Ulpiano *d. l.* 4. cum ait, hoc nos jure uti: id est, post aliquas variationes tandem obtinuisse, ut vendere liceat quasi ex tacito pacto. Quamquam non alias, quam si creditor debitori ante ter denunciavit, ut solvat, & sit cessatum. Ne ambige. ita definit Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 5. §. 1. hisce verbis: *Creditor si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit*, *ter ante denuntiare debitori suo debet*, *ut pignus luat*; *ne a se distrahatur.* Hoc Paulus. nec alio consilio putasse videtur Javolenus *l.* 73. *D. de furt.* alioquin furti teneri eum. Ego ne ad hoc quidem subsistam: idem præterea existimans, si convenit; ne distrahatur pignus. nam & tum creditor, si distraxerit, furti obligatur: nisi debitori ante ter denunciaverit, ut solvat, & cessaverit. Siccine? vel huc deventum esse, confitetur *d. l.* 4. Ulpianus; & suffragatur Paulus *d. lib.* 2. *Sentent. tit.* 13. § 5. Verba Pauli: *Si inter creditorem & debitorem convenerit*, *ut fiduciam sibi vendere non liceat*, *non solvente debitore*, *creditor denuntiare ei solenniter* (verissime forte, ingeniosissime certe, in Notis ita restituit Eruditissimus meus Collega & Cognatus, D. Schultingius, *solenni TER*, & exponit, *solenniter ter*) *potest*, *& distrahere. nec enim ex tali conventione fiduciæ actio nasci potest.* Attigit hæc aliquando etiam Ranchinus V. CL. *lib.* 3. *Var. lect. c.* 14. Utinam addidisset, & hic & ille, (utile enim erat sciri) cur Ulpianus *d. l.* 4. in sola postrema specie meminerit trinæ denunciationis, a creditore faciendæ; non æque in præcedente: cum Veteres illam in utraque exegerint palam. Hoc igitur quemadmodum ad certum adducendum sit, cogitent alii. Mea suspicio est, Ulpiano fuisse negotium, alterum extricare casum de quo magis poterat ambigi: alterum in quo minor erat dubitatio, præterire tamquam explicatione minus egentem. expeditior erat tractatus, pignore simpliciter tradito; quam sub ea lege, ne distraheretur. Sed talia etiam alibi observavi *lib.* 1. *Probabil. c.* 5.

Constituta creditori sic pignoris venditione, non est, quod putemus, debitori ultra permitti, eam sua denunciatione impedire: sive integro adhuc debito: sive cum in debito aliquid, vel modicum, de sorte aut usuris perseveret. habet enim creditor, quamdiu numeratum ei non est integrum debitum, etiamsi id pro majore parte consecutus sit, distrahendi pignoris facultatem *l.* 2. *C. Debit. vendit. pign. imped. non poss. l.* 6. *C. de distract. pign.* hac clara ratione: quod individua est pignoris causa *l.* 65. *D. de evict.* universis ejus partibus pro integro debito obligatis. Usum vero invenit hæc definitio, non solum vivo debitore, sed mortuo quoque, & pluribus ab eo relictis heredibus: inter quos personalibus actionibus ex Lege Duodecim Tabularum ipso jure divisis, nihilominus pignora, tamquam rem, non personam, sequentia, in solidum manent obnoxia *l.* 2. *C. Si unus ex plurib. hered. cred. & debit.* Huc ferunt se Diocletianus & Maximianus *l.* 16. *C. de distract. pign.* Sylvano cuidam sic rescribentes: *Unus ex multis debitoris qui pignora tradiderat*, *heredibus*, *quod ab eo personali actione peti potuit*, *solvendo*, *res obligatas distrahendi creditori facultatem non adimit.*

Non magis oportet hic sileri: quod creditori facientes jus vendendi pignoris, ejus arbitrio permittimus, pluribus rebus obligatis quibus distractis

ſtractis malit ad ſuum pervenire *l.* 8. *D. de diſtract. pign.* habet enim in omnibus jus æquale: nec animadverto, cur iniquum ſit, eum potius ex ſuo, quam ex debitoris, commodo venditionem inſtituere? placuit tamen Severo & Antonino *l.* 2. *C. de pignorib.* ſi aliquibus ſpecialiter, & univerſis bonis generaliter obligatis, creditor ex pignoribus nominatim obligatis, pro certo poſſit univerſum debitum redigere, jurisdictionem ſic temperare; ne illi permittatur ea quæ alius poſtea ex eisdem bonis pignori acceperit, huic interim auferre.

Cæterum, ut creditoris arbitrio in pignorum venditione relinquamus, quodnam ex pluribus malit venditum: non tamen idcirco eum ab omni formæ obſervatione liberamus. quin volumus, paratum vendere, de conſilio ſuo debitorem facere certiorem, & quidem teſtato *l.* 4. *C. de diſtract. pign.* etiam agere bona fide: amplius venditionem facere ſolemniter *l.* 9. *C. d. t.* ideoque proſcribere pignus *d. l.* 4. id eſt, affixis libellis locis celebribus, ſignificare, eſſe venale, ut reperiat emptores. Morem tangit Cicero Pro *Quintio cap.* 6. Seneca *lib.* 4. *De benefic. c.* 12. Suetonius *Claudio c.* 9. eosque interpretati Loenſis *lib.* 9. *Miſcellan. c.* 1. & Salmaſius *De mod. uſur. c.* 16. Quid ergo, ſi venditio facta ſit non jure? nulla eſt: ideoque dominus manſit debitor, habetque rei ſuæ vindicationem *l.* 2. *C. Si vend. pign. agat.* contra, ſi jure facta ſit venditio, quamvis non obſervatis quæ oportet obſervari: non idcirco reſolvitur venditio. tantum tenetur debitori creditor actione pigneratitia ad id quod intereſt *l.* 7. *C. de diſtract. pign.* in emptorem vero nulla datur actio: licet vel ipſe fuerit doli particeps; præterquam uno in caſu: qui caſus eſt, ſi de bonis condemnati creditoris pecunia non potuerit ſolvi, & probatum fuerit, emptorem mala fide emiſſe. tum enim jubebit Præſes provinciæ, debitore pecuniam quanti fundus venit cum uſuris offerente, fundum cum fructibus ab emptore malæ fidei reſtitui *l.* 1. *C. Si vend. pign. agat.* utili in rem actione *l.* 4. *C. d. t.* neſcio an ex clauſula, item ſi quæ alia mihi juſta cauſa eſſe videbitur: quæ clauſula eſt Edicti in *l.* 1. *D. Quib. ex cauſ. major.*

Effectus venditi pignoris eſt: ut dominium in emptorem creditoris traditione transferatur. At enim nemo poteſt plus juris in alium transferre, quam ipſe habet *l.* 54. *D. de reg. jur.* in pignore autem creditoris poſſeſſionem dicimus; dominium non dicimus. Recte mones: ſed Ulpianus *l.* 46. *D. de adquir. rer. domin.* non eſſe novum, inſit; ut qui dominium non habet, alii dominium præbeat. & exemplum petit a creditore: quem ait pignus vendendo præſtare cauſam dominii quam ipſe non habuit. Sic ille. quo fundamento? ſupra dixi, eum vendere ex domini voluntate: nec intereſſe, utrum ipſe vendat dominus, an alius ejus voluntate. Hoc igitur miſſo, potius, quid inde conſequens ſit, expediam. Igitur cum dominus ſit moderator & arbiter rei ſuæ, etiam emptorem pignoris talem eſſe, neceſſe eſt. nec eſt dubium, quin emptum traditumque pignus ei invito auferri nequeat *l.* 11. *D. de reg. jur.* neque a debitore ipſo, neque a ſecundo creditore, utcumque ſolutum pretium offerente *l.* 3. *D. de diſtract. pign.* Et tamen, ſi venditio facta ſit hac lege, ut creditori liceat pecuniam reddere, & pignus recuperare: erit illi jus, legem exequi. nec minus debitori, ab eo directa actione pigneratitia petere, ut quas habeat actiones, ſibi cedat *l.* 7. *pr. D. d. t.* Quid, ſi in vendendo pignore convenerit inter creditorem & emptorem, ut liceret debitori, ſoluta emptori pecunia, rem ſuam recipere, ut factum in *l.* 13. *D. de pign. act.* vel (ut eſt in *d. l.* 7. §. 1.) ſi ſoluta a debitore fuerit pecunia, emptio reſcindatur? Utrovis modo facta ſit pactio, facta eſt recte; quamvis alioquin nemo alteri paciſcendo cavere poſſit *l.* 73. §. *ult. D. de reg. jur.* nam quia intereſt creditoris, debitori tali pactione provideri: perinde eſt, ac ſi ipſe ſibi pactus eſſet. quid ſi pactione comprehenſum eſt tempus certum? ait Papinianus *d. l.* 7. §. 1. pecunia intra tempus ſoluta, hypothecam a debitore recipi: ſi vero tempus præterierit, aut ſi non eo pacto res venierit, non poſſe reſcindi venditionem; niſi debitor ſit minor annis viginti quinque, aut pupillus, aut reipublicæ cauſa abſens, vel in aliqua earum cauſarum, ex quibus Edicto (de in integrum reſtitutionibus) ſuccurritur. Tenes vim pactionis a creditore factæ. Nondum formam juris qua ſuſtineatur. De ea ſic Ulpianus *d. l.* 13. *Scripſit Julianus, & eſt reſcriptum, ob hanc conventionem pigneratitiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adverſus emptorem.* Vere hactenus. an æque in ſequentibus? *Sed & ipſe debitor aut vindicare rem poterit, aut in factum actione adverſus emptorem agere.* Negat Antonius Faber *p.* 1. *De error. Pragmatic. Decad.* 22. *Error.* 9. hanc clauſulam Triboniani eſſe, ſuſpicatus. Ipſe non auſim, eam Ulpiano abjudicare: arbitratus, æquitate motum, juris ſubtilitatem a Juliano adhuc retentam, ex uſu ſui temporis neglexiſſe: quaſi dominio creditoris pactione debitori ſervato, ſatis rationis ſit ad concedendam utilem vindicationem; aut ad admittendam, omiſſa ceſſione actionis directæ ex vendito, in factum actionem: accedente præſertim utilitate evitandarum ambagum.

Satis de pactione qua vel creditori vel debitori ſervetur jus luendi pignoris venditi. Vin', addam, ſimile aliquando placuiſſe, quamvis nulla intervenerit hujusmodi pactio? vel hic mos geretur tibi. exempla dat Marcianus duo *l.* 5. §. 1. *D. de diſtract. pign. Si*, inquiens, *ſecundus creditor vel fidejuſſor ſoluta pecunia, pignora ſuſceperint, recte eis offertur, quamvis emptionis titulo ea tenuerunt.* Et eſt ratio utriusque exceptionis non inelegans: quod pecunia ab his, non tam adquirendi dominii, quam juris ſui ſervandi, cauſa data intelligitur *l.* 2. *l.* 6. *D. d. t.*

Vidimus vim tranſlati dominii: quæ evicti? ſic puta: aut rem pignoratam vendidit creditor, aut pignus ſuum. priore caſu ſequutus commune jus emptionis & venditionis, emptori tenetur in duplum, exemplo cæterorum venditorum: poſteriore vendidit jus quod ex pignore in re habuit: ſufficitque illi, hoc emptori cedere; & ſi poſſidet pignus, tradere poſſeſſionem *l.* 13. *d. t.* Nec tamen erit audiendus: deinde volens ejusdem rei quæſtionem emptori ex alia cauſa movere: quia utique debet ei præſtare bonam fidem; etſi is qui lege pignoris emit, ob evictionem rei ad venditorem redire nequeat *l.* 10. *d. t.*

Superior cura fuit ſervandi juris cum emptoris, tum creditoris. ſequens debitori debetur: nam nec ille negligendus fuit. igitur vendito pignore, ſi minus confectum ſit, quam ſolutioni ſufficiat; manet creditori ad id quod deeſt perſonalis actio *l.* 9. § 1. *D. de diſtract. pign.* quid ſi exæquet debitum? liberatus intelligitur debitor. ſi vero excedat; reddendum ei eſt ſuperfluum *l. ult* § 4. *C. de jur. dom. impetr.* per actionem pigneratitiam *l. ult. C. de diſtr. pign.* Nimirum, quia æquius eſt, quod pignoris occaſione pervenit, ad debitoris commodum redire, quam lucro creditoris cedere ex re aliena *l.* 12. §. 1. *D. eod.* At enim venit ex jure pignoris quod creditoris fuit. Erras: venit ex negotiatione de re pignorata, atque ea fuit de-

debitoris. Verum hoc quoque habet exceptionem *d. l. ult. C. eod. tit.* specialiter placito; ut sive plus, sive minus, redeat ex vendito pignore, creditor eo quod redactum est, contentus sit. De eo fuit quæsitum, an creditor, nondum soluto ab emptore pretio, actione pigneratitia directa a debitore de superfluo conventus, audiendus sit, volens emptorem debitori delegare? Negat Papinianus *l.* 42. *D. de pign. act.* & sic causatur, *Cum in venditione quæ* [*rite*] *fit, ex facto suum creditor negotium gerat.*

Hactenus dicta obtinent, pignore a creditore vendito. sed fac, non inveniri emptorem. solum jam restat; ut a Principe jus dominii impetretur forma ea quam indicat Justinianus *l. ult. C. de jure domin. impetr.*

Indicavi, quam difficili & molesta asperitate inventa jure civili sit forma pignoris, actionem in rem paritura, & quanta benignitate eam emolliverit Prætor. Quid deinde insecutum sit, omittere me non sinit elegantia materiæ. Igitur cum Prætor intra conventionem retinuisset modum constituendi pignoris sive hypothecæ, & consequenter vim ac potestatem actionis hypothecariæ: postea est illi addita legis providentia; quodque ea inducitur pignus, inde tacitum & legitimum appellatur. cœpit vero ejus initium a fictione taciti pacti: servatura reverentiam Edicti Prætoris, pro fundamento actionis hypothecariæ conventionem creditoris cum eo cujus in bonis res est, desiderantis. placuit hæc imago moribus in inductis & illatis a conductore in prædium urbanum, nescio, an approbata Principis Rescripto. Mitto Paulum *l.* 4. *D. de pact.* ita Neratius *l.* 4. *D. In quib. caus. pign. vel hypothec. tac. Eo jure utimur, ut quæ in prædia urbana inducta illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit. in rusticis prædiis contra observatur.* Pomponius *l.* 7. *d. t.* hoc plus addit: *In prædiis rusticis fructus, qui ibi nascuntur, tacite intelliguntur pignori esse domino fundi locati, etiam si nominatim id non convenerit.* Sed de his ex professo egi *lib. sing. Ad Edict. Præt. De pact. & transact. c.* 2.

Ab hoc initio profectum pignus legitimum, deinde liberiorem invenit viam in compluribus casibus: prorsus, ut non egeret colore tacitæ conventionis; sed Principis Constitutione aut Senatusconsulto subnixum, quasi ex privilegio actionem hypothecariam sine fictione conventionis palam acciperet. Fuit hoc sic tractandum: ut intelligeretur notabilis juris progressus, a Justiniano traditus *l.* 1. *C. Commun. de legat.* licet simul ibi videre, si lubet, illi placuisse, legatariis & fideicommissariis non modo tacitam concedere hypothecam in bonis defuncti testatoris pro securitate legati aut fideicommissi: sed eum in finem etiam actionem hypothecariam adversus eorum possessores. Similem prærogativam idem Imperator *l.* 1. §. 1. *C. de rei uxor. act.* indulsit in securitatem dotis: volens, mulieri eo nomine tacite esse obligata mariti bona; & vice versa, bona uxoris marito. Præter hæc docet Papinianus *l.* 1. *D. In quib. caus. pign. vel hypothec. tacit.* senatusconsulto quod sub Marco Imperatore factum, insulæ, id est, domus, pignus esse datum creditori qui ob restitutionem ædificii extruendi mutuam dedit pecuniam. amplius voluit D. Marcus, hujusmodi creditorem, præter jus tacitæ hypothecæ in ea insula, habere privilegium exigendi ante reliquos creditores *l.* 25. *D. de reb. cred.* Insuper observat Papinianus, utrumque ad eum pertinere quoque qui redemptori, id est, ei qui domum restituendam conduxit, nummos mandante domino ministravit. alterum intelligitur ex *d. l.* 1. alterum ex *l.* 24. *D. de reb. auct. judic. possid.* & *l.* 52. §. 10. *D. Pro socio.* Huic tacito pignori causam præbuit Veterum diligentia; ne ruinis adspectus urbis deformetur: sicut ob eam inventa etiam sunt jura alia singularia ad consequentiam minime trahenda. *l.* 14. & 15. *D. de legib.* Igitur cum in proposito jus tacitæ hypothecæ Senatus nominatim det ob pecuniam creditam ad restitutionem exusti aut collapsi ædificii, putemus, eum non dedisse hoc ob pecuniam creditam ad ædificationem domus novæ quæ ante non fuerit. Nec magis ad navem emendam, armandam, aut reficiendam, aliave similia: quia de talibus locutus non fuit Senatus: & jus tacitæ hypothecæ non competit causis ea hypotheca dignis: sed quibus ejusmodi jus aliqua lege datum sit. id vero est facti, eoque Veterum auctoritate tantum, non etiam ratiocinatione demonstrandum. Sit ita. at Ulpianus in *l.* 5. & *seqq. D. Qui potior. in pign.* Si, inquit, navis sit pignori obligata, & ad eam armandam vel reficiendam ego credidero, etsi sim posterior tempore, tamen quia mea pecunia salvam feci totius pignoris causam, priore potior ero. si vere ille: quomodo negamus, eum qui in pignore potior est, habere jus taciti pignoris? Scio, hoc esse molestum multis. sed absit, ut putetur, eo in casu me qui pecuniam credidi in armandam aut reficiendam navem, ex lege tacitam accepisse hypothecam; meque in ea, licet tempore posterior sim, jure potiorem esse. contra dicamus, si navis fuit obligata, & cum ad armandam eam vel reficiendam credidi pecuniam, simul pactus sum, ut ea mihi pignori sit: tum etsi posterior sim tempore, adhuc jure esse potiorem: quia mea pecunia salvam feci totius pignoris causam. Istæc res est: facitque huic conjecturæ, quod *d. l.* 5. *cum seqq.* est posita sub Titulo, *Qui potiores in pignore:* in quo non quæritur, quibus modis pignus constituatur: sed quis sit constituti pignoris effectus. Accedit, quod pecunia ad emendam domum aliis obligatam credita, is qui credidit, etsi tempore sit posterior, consimilem habet juris prærogativam, sed non alias, quam si de pignore statim convenit: sic enim Juliano cuidam rescripserunt Diocletianus & Maximianus *l.* 7. *C. d. t.* quid ni igitur de nave idem dicamus? sed hoc clarum est in *Novell.* 97. *c.* 3.

Vidimus, pignus a lege favore causæ vel sine colore conventionis constitui. addamus, ea induci quoque beneficio fisci: qui semper habet jus pignoris *l.* 46. §. 3. *D. de jur. fisc.* ubi? ex causa tributorum *l.* 1. *C. In quib. caus. pign. tacite*: aut contractus sui *l.* 2. *C. d. t.* ejusve in cujus locum successit *l.* 6. *D de jure fisci.* non item ex causa pœnali: ut in *d.* §. 3. *l.* 46. annotavit Accursius ex *l.* 37. *d. t.* Ipse non dubito, quin secundum hoc debeat accipi quod in *l.* 10. *D. de pactis* Ulpianus dicit, esse casus in quibus fiscus non habet jus hypothecæ. Illud singulare in primipilari debito, quod non modo primipili bona ex ejus contractu fisco tacite sunt obligata. sed etiam dos uxoris, ubi exhaustis universis mariti ac nominatorum facultatibus, unde fisco satisfiat, non reperitur. *l.* 4. *C. In quib. caus. pign. tacit.* Durum hoc, non nego: sed visum, utilitatem publicam ponere ante privatam *l.* 3. *C. de primipilo lib.* 12. *tit.* 63. Erat primipilus (ut notum ex Vegetio *lib.* 2. *De re milit. c.* 8.) primus in legione centurio. præerat is militari annonæ militibus suo tempore distribuendæ. ob ejusque moram defectumve militum fidem solvi, erat reipublicæ periculosum. quare & bona liberorum primipili, etsi patri non sint heredes, fisco obligata sunt *l.* 4. *C. d. t.* Est igitur fisco, ejus contempla-

plitione, fine colore conventionis, datum privilegium taciti pignoris. Addo: pupillis quoque & minoribus in bonis tutorum & curatorum pro officio administrationis *l.* 20. *C. de admin. tut.* humanitate justissime pro his vigilante qui se tueri nequeunt. Datum autem hoc jus illis non in bonis aliorum quibuscum illi contraxerint: sed, ut dictum, in bonis tutorum & curatorum pro securitate administrationis. idemque placuit in re empta ex pecunia pupillari: nam vel hæc pupillo tacite obligata est Constitutione Severi & Antonini *l.* 3 *D. de reb. eor. qui sub tutel.* Inde, si tutor servos emerit pecunia pupilli, & manumiserit, non sunt liberi, pupillo jure pignoris obligati *l.* 6. *C. De serv. pign. dat. manum.* sed hoc, ut est singulare in pupillo, ad alios non pertinet *l.* 17. *C de pignorib.*

Reliquum est ex historia inventæ actionis hypothecariæ, ut de ratione ac progressu pignoris testamentarii, & Prætorii agam. de utroque sic scribit Ulpianus *l.* 26. *D de pign. act. Non est mirum, si ex quacumque causa Magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui: cum testamento quoque pignus constitui posse, Imperator noster cum patre piissime rescripsit.* Ulpiani sententia est, pignus testamento constitui: videlicet, quia Lex Duodecim Tabularum jubet, uti paterfamilias legassit super pecunia sua, ita jus esse: non abs re illi visum, si testator in re sua legaret pignus, ejus voluntate id tamquam Lege induci: non alio tamen effectu, quam ut legatarius, possidens rem a testatore obligatam, heredem eam vindicantem, possit repellere exceptione doli mali: & si non possideat, possit adversus eum experiri actione ex testamento, ut sibi pignus vel traditione vel conventione secundum voluntatem testatoris constituatur. Sed quemadmodum hoc in personali actione est expeditum: ita in reali non est. nam quod ad rei vindicationem attinet: ea qui aget legatarius? qui ut possit dicere, rem a testatore sibi pignori hypothecæve esse obligatam, non idcirco potest dicere, suam esse. non igitur habet vindicationem rei cujus non habet dominium. Jam actionem hypothecariam Prætor soli pollicetur illi qui potest dicere, se de pignore convenisse cum eo cujus in bonis erat id vero non potest dicere is cui legatum a testatore pignus sit. non igitur competit ei ex Edicto actio hypothecaria: nec hanc inde potest ei dare privatus Magistratus, legibus alligatus. Sed quod non licuit Magistratui, id licuit Severo & Antonino qui erant legibus soluti. illi vero arbitrati sunt, id quod res est, constituto per legatum pignore sive hypotheca Lege Duodecim Tabularum, non esse iniquum, ex eo indulgere actionem hypothecariam, quamvis resistente Edicti subtilitate, ad hanc pro tuendam desiderantis ejus cujus in bonis res sit, conventionem. Huc ire mihi persuadeo Justinianum *l.* 1. *C. Commun. de legat.* ubi causatus, cur legatariis & fideicommissariis, præter actionem personalem, & in rem, insuper in res mortui utilem Servianam, id est, hypothecariam, super his quæ fuerint derelicta, præstet; ait inter alia, quod *jam hoc jure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento quibus voluerit dare.* Ait, *Jam increbuit*, opinor, moribus, atque ex benignitate Impp. Severi & Antonini quos Ulpianus *d. l.* 26. testatur ita rescripsisse, & sæpissime.

Quemadmodum tenuit consuetudo, ut valeret hypotheca testamento legata, ita non videtur Ulpiano *d. l.* 26. *D. de pign. act.* esse mirum, pignus constitui; si ex quacumque causa Magistratus aliquem miserit in possessionem: modo fuerit jussu Magistratus in eam ventum §. 1. *d. l.* nempe, quia finis hujus pignoris consistebat intra possessionem, id est, detentionem custodiæ causa *l.* 3. §. *ult. D. de adq. poss.* poterat hanc adeptus, si a domino conveniretur rei vindicatione, se adversus eam exceptione tueri: & si non venit in possessionem, aut postquam venit, eam amisit, non habebat actionem hypothecariam, ex sola conventione a Prætore propositam. Hoc obtinuit usque ad Imp. Justinianum: qui pro sua humanitate primus inclinata Edicti subtilitate ad recuperationem possessionis sive culpa, sive sine culpa amissæ, exemplo pignoris conventionalis, actionem hypothecariam Prætorio pignori accommodavit *l.* 2. *C. de Prætor. pign.*

Dixi, quantum satis, quid juris sit, re uni obligata. porro dicam, ea pluribus obnoxia, quid obtineat. Refert autem hic; utrum cum illis sit de pignore eodem conventum tempore, an diversis. audiamus. si res pluribus simul obligata sit: eo casu est vel singulis obligata in solidum, vel singulis pro parte, vel omnibus simpliciter. primum, si convenit, ut pignus singulis in solidum teneatur; singuli actione Serviana in solidum quidem utentur adversus extraneos: inter ipsos autem si moveatur quæstio, tamquam in pari causa, melior erit possidentis conditio; data ei exceptione, Si non convenit, ut res mihi quoque pignori esset. secunda observatio est, quod si actum est, ut res pluribus esset pignori pro certis partibus obligata: tum singuli quasi Serviana actione & inter ipsos & adversus extraneos dimidiam partem possessionis apprehendent *l.* 10. *D. de pignorib.* postrema inspectio erit, quid placeat, si pignus pluribus simpliciter sit eodem tempore obligatum? puto autem, tum agent singuli tantum pro portione debiti, non ulterius *l.* 16. §. 8. *D. de pign.* Hæc: si pignus pluribus sit eodem tempore obligatum. Quid si diversis temporibus fuerit constitutum? jam is prævalet jure, qui prior est tempore *l.* 2. *l.* 4. *C. Qui pot. in pign.* Qua causa? hac justissima: quod debitor, re sua mihi obligata, quidquid juris in eam habuit, in me transtulit. ipse omne amisit. nullum adversus me retinuit. porro jus meum mihi auferre sine facto meo an potest ullo colore? non potest *l.* 11. *D. de reg. jur.* igitur neque vendentem, neque donantem, neque legantem, neque fideicommissum relinquentem, deteriorem facere meam conditionem, est certissimum *l.* 15. *C. de pignorib.* & qui poterit posteriore pignore? Sed apparet, in pignore conventionali priorem tempore esse jure potiorem *l.* 11. *D. Qui pot. in pign.* Nec distingui suadeam, qualis creditor sit, privatus, civitas, aut fiscus *l.* 2. *D. Qui pot. in pign.* In genere quoque pignoris nihil interest. adeo quod de conventionali dixi, id etiam in legitimo & Prætorio servatur *l.* 2. & 4. *C.* & *l.* 10. *D. Qui pot. in pign.* *l.* 3. *C. Ut in poss. leg.* Non magis refert; utrum sit speciale pignus, an generale. adeo cui obligata prius sunt omnia bona, is ei cui obligata postea est una species, etiam in ipsa illa specie præfertur: quamvis ex bonis cæteris possit pecuniam suam redigere *l.* 2. *D.* & *l.* 6. *C. Qui pot. in pign.* Nisi forte quid alicui prius specialiter, & præterea omnia bona generaliter obligata sint; nam tum voluere Impp. Severus & Antoninus jurisdictionem sic temperari: ut si certum sit, creditorem posse ex his quæ ei nominatim pignori tenentur, universum redigere debitum; ea quæ alius postea ex eisdem bonis pignori acceperit, interim illi auferri, Præses non sinat. Sed hoc in antecessum tradidi ex *l.* 2. *C. de pign.*

Nunc videndum, quid placeat observari: si obligatis alicui omnibus bonis & præsentibus & futuris, deinde alii similiter obligentur omnia bona & præsentia & futura. Et quidem nemo dubitat; quin prior creditor posteriori in bonis præsentibus præferatur: quia in his eum prævenit tempore. sed de futuris potest dubitari: eo quod præsentia ei sunt pure obligata: futura demum sub conditione, si adquirantur: ea porro conditio quia utrique in futuris eodem existit tempore: ideo neuter potest in futuris alteri tempore prior dici. contra adfertur, quod est proprium conditionis, ubi extitit, retrahi ad tempus conventionis. itaque melius esse visum, priorem creditorem tam in futuris, postquam adquisita sint, præferri, quam in præsentibus. licet id colligere ex *l.* 11. §. 1. *D. Qui pot. in pign.* sed malo, rebus demonstrare ex *l. ult. D. eod. tit.* Species talis: Titius Sejæ ob summam ad quam ei ex causa tutelæ erat damnatus, obligavit omnia bona præsentia & futura. idem Titius postea mutuatus a fisco pecuniam, ei similiter obligavit omnia bona præsentia & futura. tum intulit Sejæ, id est, solvit Sejæ, partem debiti. & reliquam summam, novatione facta, ei promisit, repetita in novando conventione de pignore. quo casu pignus manet in suo loco; cum alioquin novatione voluntaria extingueretur *l.* 12. §. 5. *d. t.* quæsitum fuit, an Seja fisco præferatur etiam in his, quæ Titius post priorem obligationem adquisiit? Scævola respondit, nihil proponi, cur non sit præferenda. Apparet igitur, priorem creditorem in generali pignore omnium bonorum posteriori cui similiter omnia bona sint obligata, tam in futuris, quam in præsentibus præferri: nec ad rem pertinere quis sit tempore prior, privatus, an fiscus. At enim Ulpianus *l.* 28. *D. de jure fisci* in re postea quæsita fiscum privato præfert: sic scribens: *Si, qui mihi obligaverat quæ habet habiturusque esset, cum fisco contraxerit: sciendum est, in re postea quæsita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse: quod & constitutum est. prævenit enim causam pignoris fiscus.* Sed salva res erit: si putemus, ab Ulpiano tractari casum in quo is, qui mihi obligavit quæ habet habiturusque esset, cum fisco ante contraxerit. fateor: ambiguum est verbum, *contraxerit*, tam futurum, quam præteritum, tempus designans. sed si in futuro hic accipiatur; pugna est manifesta Scævolæ & Ulpiani: si in præterito; nulla est. Igitur, ut evitetur pugna, rationis est, verbum illud, *contraxerit*, potius in præterito, quam in futuro exaudire. accedit, quod sic sit optimus & simplicissimus Ulpiani sensus: Si quis postquam cum fisco contraxit, deinde mecum contrahens, mihi obligavit quæ habet, habiturusque esset: sciendum est, in re postea quæsita fiscum potiorem esse debere. quæso, quam ob rem? hanc justam: *Prævenit enim pignoris causam fiscus.* Sic præfatur Ulpianus: & significat, quod fiscus est jure potior; quia est tempore prior. postremo ait Ulpianus, *ita constitutum esse.* a quo? ab Antonino Caracalla in *l.* 2. *C. de privilegio fisci*; cujus hæc sunt verba: *Quamvis ex causa dotis vir quondam tuus tibi sit condemnatus: tamen si priusquam res ejus tibi obligarentur, cum fisco contraxit: jus fisci causam tuam prævenit. quod si post bonorum [ejus] obligationem rationibus meis cœpit esse obligatus: in ejus bona cessat privilegium fisci.* Tenor hujus Rescripti evincit procul dubio, ad hoc intendisse Ulpianum: sed in primis facit illud, *jus fisci causam tuam prævenit.* quæ sunt Ulpiani verba ex hoc Rescripto petita.

Huc usque priori creditori profui diligentia explicationis. deinceps posteriori consulam. nam cum priorem posteriori præfero; non intendo, ob id nullum esse jus sequentis. tantum nolo, secundo adversus primum, & qui ab eo emit, suum jus exercere: de cætero eum adversus omnes alios integro suo jure uti, non recuso *l.* 12. *pr.* & §. 7. *D. Qui pot. in pign.* plus addo, licere ei, si volet, priorem creditorem sua pecunia dimittere: eoque jus suum confirmare, & in illius locum ipso jure succedere: quamvis de eo nihil convenerit. Huc me ducit sequens Severi & Antonini Rescriptum ad Secundum *l.* 1. *C. d. t. Qui pignus secundo loco accepit, ita jus suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit; aut cum obtulisset, isque accipere noluisset, eam obsignavit, & deposuit, nec in usus suos convertit.* Sic illi: eosque sequutus Alexander *l.* 5. *C. eod. tit.* Marcianus quoque *d. l.* 12. §. 6. hoc in tantum probat: ut præ se ferat, soluta a posteriore creditore pecunia priori debita, rem priori, etiam invito debitore, teneri tam in suum, quam in primi creditoris debitum, & in usuras suas, & quas priori solvit. saltem excipit usuras usurarum priori solutarum: has enim negat eum consequi: præfatus, magis suum, quam alterius, negotium gessisse: æquissima ratione quam *lib.* 2. *De fœnor. & usur. c.* 11. dedi, & elegante ornavi fabula Æsopia quæ est apud Phædrum *lib.* 1. *fab.* 3. Sed redeo ad *d. l.* 1. ex qua modo attuli Rescriptum Severi & Antonini nec mihi tempero, ne annotem, ipsos hos Imperatores in *l.* 1. *C. de his qui in prior. credit. loc.* cum meminerunt Constitutionis, hoc Rescriptum eo nomine indigitare. fuerit utile id observari: quia sic intelligitur, eos nolle superius Rescriptum indistincte exaudiri de omni illo cujus pecunia dimissus sit prior creditor. quin velle, id restringi intra secundum creditorem pigneratitium: priore ejus pecunia dimisso. Et vere: nam nominatim loquitur de eo qui pignus secundo loco accepit. proinde volunt hunc solum, si priorem creditorem sua pecunia dimiserit, in ejus locum ipso jure sine speciali pacto succedere: sed hoc in aliis non servari; nisi specialiter pacti sint: ut idem pignus eis obligetur, & ipsi in locum ejus succedant. quod si neglexerint: habebunt quidem personalem actionem vel ex mutuo, vel negotiorum gestorum, adversus debitorem. verum actionem hypothecariam in res ejus non habebunt. Nec tamen eis (ut ex *l.* 10. §. 1. & *l.* 16. *D. de his quæ in fraud. cred.* constat) denegabitur actio Pauliana. præterea succedunt in privilegium quod inter personales creditores habuerit qui eorum pecunia sit dimissus *l.* 24. §. 3. *D. de reb. auct. Judic. possid. l.* 2. *D. de cession. bon.* tantum in ejus hypothecam non succedunt. eoque sensu fas est intelligi quod in *d. l.* 1. *C. de his qui in prior. credit. loc.* Severus & Antoninus sic scribunt: *Non omnino succedunt in locum hypothecarii creditoris hi quorum pecunia ad creditorem transit.*

Ut ex una quæstione nasci solet alia quæstio: ita proxime demonstrato, creditorem tempore priorem, posteriore in pignore haberi potiorem: merito roges; quisnam ut jure potior sit, tempore prior esse intelligatur. Non utar longa deliberatione: nam cum sit in anterioribus probatum, a Prætore, ut pignus sit, duo desiderari: primum ut aliquid sit debitum: deinde, ut pro eo sit aliquid obligatum ab eo cujus in bonis erat: in promptu responsio est, tempore priorem censeri; non qui pecuniam prior credidit, aut hypothecam prior accepit: sed qui utrumque prius fecit. Hoc ultro certum. sed quid vetat, firmamentum peti a Gajo *l.* 11. *D. Qui potior. in pign.* cum præfer-

fertim addat, ita esse, quamvis debitor ante cum alio convenerat; ut si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata; licet ab hoc postea accepit: & causatur; poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam. Simili ratione sic e diverso scribit Marcianus *l.* 12. §. 2. *D. d. t.* Si primus qui sine hypotheca credidit, post secundum qui utrumque fecit, ipse hypothecam accepit, sine dubio posterior in hypotheca est. Eadem ratione ibidem subjicit in §. 3. Si idem bis, id est, ante secundum & post eum crediderit, in priore pecunia potior est secundo, in posteriore tertius est. Sunt hæc evidentia: si & pure sit debitum, & de hypotheca pure conventum. Sed cum æque possit in diem & sub conditione deberi; similiterque possit hypotheca in diem & sub conditione obligari, non inutile erit, vel de utroque dispici. Sed huc deventum est: ut putetur interesse, debito aut pignore sub conditione constituto, possitne conditio, invito debitore impleri, an ab eo pendeat, utrum impleri eam velit, an non. priore casu placet, conditionem quidem actum ab initio suspendere, sed impletam deinde retrahi ad tempus conventionis; eoque fieri, ut sit perinde, acsi obligatio pure contracta esset *l.* 11. §. 1. *D. Qui potior. in pign.* hoc igitur casu qui sub conditione credidit, aut hypothecam accepit, existente conditione, prior est eo qui postea pure credidit, aut pure hypothecam accepit *l.* 9. §. 1. *D. eod. tit.* Posteriore casu placuit, conditionem quantumvis existentem, non retrahi ad tempus initæ conventionis: neque jam perinde accipi rem, quasi aut debitum aut pignus initio esset pure contractum; atque adeo qui deinde pure credidit, & pure accepit hypothecam, quamquam tempore posterius crediderit, pignusve acceperit, adhuc haberi jure potiorem: eo quod pendente ab arbitrio debitoris, utrum aut debitum aut hypotheca esset, res fuit voluntatis, necessitatis non fuit: cum obligationis sit, invitos tenere *l.* 5. *C. de oblig. & act. pr. Inst. de obligat.* Simile est; si sit debitum in diem, aut de hypotheca in diem conventum. nam & tum distinguitur, utrum pignus debitoris arbitrio possit solvi, an non possit *l.* 9. *D. Qui potior. in pign.*

Summa igitur dictorum est, priorem tempore in omni pignore esse jure potiorem. Silere tamen non debeo, quod Ulpianus in *l.* 5. *D. Qui potior. in pign.* eam sine temperamento esse, non finit: opportune monens, posteriorem creditorem interdum priore potiorem esse: idque ubi evenit, legum privilegio deberi, idoneus auctor est Justinianus *Novell.* 97. *c.* 3. Ita sunt creditores qui tantum habent hypothecam; in iisque servatur, quam posui regula: alii præter hypothecam, etiam habent privilegium; in iisque a regula, propter hoc, receditur. exemplum Ulpiano in *d. l.* 5. si in conservandam rem oppignoratam impensum est quod sequens credidit: veluti si navis fuit obligata, & ad armandam eam, vel reficiendam ego deinde credidero. qua ratione? hac optima in *l.* 6. *pr.* §. 1. 2. & *l.* 7. mox subjecta, quod mea pecunia salvam feci totius pignoris causam. additur, quod quis poterit hoc admittere etiam, si in cibaria nautarum fuerit creditum: pari ratione, quod sine his navis salva pervenire non poterat. Item, si quis in merces sibi obligatas crediderit, vel ut salvæ fiant, vel ut naulum exsolvatur. nam & sic erit hujus hypotheca potentior, licet posterior sit; atque hic pro ratione addit, quod & ipsum naulum potentius est. Tantundem dicetur, inquit, & si merces horreorum vel areæ vel vecturæ jumentorum debetur. nam & hæc potentior erit. Idemque est, si res ex nummis pupilli fuerit comparata. Adhuc subjiciam, esse mulieribus dotem repetentibus a Justiniano datum in *l.* 12. *C. Qui potior. in pign.* privilegium, ut præferantur aliis creditoribus; non personalibus tantum, sed etiam anteriorem hypothecam habentibus, propter rationes ibidem ab eo enumeratas. una exceptio in novercis: adversus quas ille Imperator liberis prioris matrimonii idem privilegium dat pro dote matris.

Explicitis plerisque usum actionis hypothecariæ secundum Edicti formam exhibituris: erit jam tempus, cogitare de causis quibus illa actio a Prætore denegetur. Principio puto, hypothecam, sicut nudo pacto facta Edicti æquitate confirmatur, ita contrario nudo pacto simili æquitate ipso jure tolli. maxime si pactum sit, Ne pignus sit, vel Ne pignus petatur. quid, si pactum sit, Ne debitum petatur, aut similiter? hic variatum fuit a Veteribus: aliis hypothecam ipso jure, aliis per exceptionem, tolli malentibus. ut tamen alibi aliquando, ita hic placuit tandem, utramque sententiam recipere. Ad hunc articulum complura repperi Veterum loca intricatissima: nec recusarem in præsenti expeditionem, nisi omnibus tulissem opem *lib. sing. ad Edict. De pact. & transact. c.* 13. & *ante lib.* 2. *Probabil. c.* 8. *item lib.* 4. *c.* 10. & 11. Sit igitur modus primus tollendæ hypothecæ ejus remissio cum directa, tum obliqua, a creditore facta.

Alter contingit, finito jure ejus a quo constituta sit hypotheca. fac: aliquis rem in bonis habet non in solidum: sed ad certum dumtaxat finem. is potest eam obligare intra finem consistens; ultra non potest: quia ultra non est in ejus bonis. Exemplum in emphyteusi elegans in *l.* 31. *D. de pignoribus* proponit Scævola: & est tale. Titius a domino habens fundum vectigalem, sive emphyteuticarium, eum Sempronio obligavit pro debito. quid est pignori? non fundus: sed emphyteusis: nam fundus est domini, non Titii. valet igitur pignus emphyteuseos: quamdiu est in Titii bonis: quia Titius hactenus in ea habet jus obligationis: ultra non habet. est porro emphyteusis Titii, quamdiu domino vel ab ipso Titio, vel ejus nomine a creditore, secundum legem solvitur vectigal: id est, annuus canon. igitur tamdiu etiam durat pignus ab eo constitutum: verum si in ea exsolutione sit cessatum ab utroque; licet domino jure suo uti, id est, dominium suum vindicare a fundi possessore, sive is sit Titius, quia, jure suo excidit, sive sit creditor, quia finito jure constituentis pignus, etiam pignoris jus evanuit.

Tertia causa inhibendæ actionis hypothecariæ est, si soluta creditori erit pecunia debita, aut ei pro illa erit satisfactum. Hanc causam in Edicto expressi supra: & recte. cum enim pignoris obligatio fiat in securitatem debiti: justa est ejus vindicatio, quamdiu necessaria creditori pro debito est securitas. at hæc creditori, facta debiti solutione, aut satisfactione pro eo fit supervacua. erit igitur ei sic quoque supervacua ejus vindicatio. nec male Prætor eam se tum creditori non daturum profitetur. imo recte inter debitorem & creditorem pollicetur actionem pigneratitiam directam & contrariam: & quidem proprio Edicto de quo egi *tit. ult. lib.* XIII. addam, quod ibi etiam quæ de solutione & satisfactione hic adferri potuere, latius executus fui.

Postremo inhibetur a Prætore actio hypothecaria; si per creditorem stet, quo minus ei debitum solvatur, aut pro eo satisfiat. hunc articulum in Edicti forma attigi ex *l.* 19. *C. de usuris.* & pluribus sum interpretatus *d. tit. ult. lib.* XIII. *p.* 252. *col.* 1.

LIBER

LIBER VIGESIMUS PRIMUS.

TITULUS I.

De Ædilitio Edicto, & redhibitione & quanti minoris.

NON longe petam rationem connectendi cum superioribus Tituli, De Ædilitio edicto, & redhibitione, & quanti minoris. est ea adducta a Justiniano *l. omnem* §. 4. *De concept. Digest.* nec aliam desideres. Quod vero attinet ad nomen Ædilitii Edicti & redhibitione & quanti minoris: intelligitur ex §. 7. *Inst. De jur. natur.* Ædiles curules proposuisse Edictum de quibusdam causis, fine dubio ad eorum jurisdictionem pertinentibus. habebant autem curam multiplicem: inter cætera rerum in foro venalium, & viarum publicarum. De his igitur propositum ab eis est Edictum: cujus sub hoc Titulo tria sunt capita. primum quod est de mancipiis morbosis aut vitiosis, extat in *l.* 1. §. 1. *b. t.* sed non integrum: desunt enim multa, forte ad hunc modum supplenda.

Qui mancipia vendunt, certiores faciant emptores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit, noxave solutus non sit, eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronunciando. Quod si mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit, cum veniret, fuisset: quod ejus præstari oportere dicetur, emptori omnibusque ad quos ea res pertinet, in eum qui vendidit, cujusve maxima pars in ea venditione fuit, in sex mensibus quibus experiundi potestas erit, *judicium dabimus, ut id mancipium redbibeatur. Si quid autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera, familiæ, procuratorisve ejus factum erit: sive quid ex eo post venditionem natum, adquisitum fuerit: & si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat.* Quod si præstita ea fint, & quanta pecunia pro eo homine soluta, accessionisve nomine data erit, arbitrio Judicis non reddetur, cujusve pecuniæ quis eo nomine obligatus erit, non liberabitur, tantæ pecuniæ, cæterarumque rerum venditor ei in duplum ut condemnetur. Item si quas accessiones ipse præstiterit, ut recipiat. *Item, si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortis consciscendæ sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronunciando.* Item nationem cujusque pronunciando. Item præcipimus, ne veterator pro novitio veneat. *Ex his enim causis judicium dabimus.* Item in hisce causis mancipium non esse, & habere licere emptori, si postulabit, in duplum cavento. Si contra factum erit, intra duos menses, ut redhibeatur, vel quanti emptoris intersit, intra sex menses, judicium dabimus. Item si quid ita venierit, ut nisi placuerit, redhibeatur, intra sexaginta dies, non ultra, nisi causa cognita judicium dabimus. Item omnium rerum nomine quæ supra scriptæ sunt, quanto minoris, cum venirent fuerint, intra annum judicium dabimus. *Hoc amplius, si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, judicium dabimus.* De mancipio quod ei rei accessit quæ minoris esset, judicium non dabimus.

Causa proponendi hujus Edicti fuit hæc optima: quod in emptione venditione ad juvandam hominum indigentiam permutatione mercis & pecuniæ jure gentium inventa, inter emptorem & venditorem servanda circa virtutes & vitia rei venditæ erat æqualitas intellectus: sine qua vera quæri æstimatio non potest. Vidit hoc Cicero *lib.* 3. *De offic. cap.* 17. nam agens hac de re, *Esse*, inquit, *secundum naturam, neminem id agere, ut ex alterius prædetur inscitia.* Et Ciceroni convenienter Valerius Maximus *lib.* 8. *c.* 2. §. 1. Verba ejus: *Bonæ frugi venditorem, nec commodorum spem augere, nec incommodorum cognitionem obscurare oportere.* Plenissime autem Ulpianus *l.* 1. §. 2. *b. t. Causa*, inquit, *bujus Edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium, & emptoribus succurratur, quicumque decepti a venditoribus fuerint: dummodo sciamus, venditorem, etiamsi ignoravit ea quæ Ædiles præstari jubent, tamen teneri debere. Nec est hoc iniquum, potuit enim ea nota habere venditor: neque enim interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris, an calliditate.* Satis de Edicti commendatione. transeo ad explicationem.

Ajunt Ædiles, *Qui mancipia vendunt, certiores faciant emptores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit, noxave solutus non sit, eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronunciando.* Hæc Edicti pars apud A. Gellium *lib.* 4. *Noct. Attic. c.* 2. cura V. Cl. Jacobi Gronovii editur sequente forma: *Titulus. scriptorum. singulorum. utei. scriptus. sit. cœrato. ita. utei. intelligi. recte. possit. quid. morbi. vitii. ve. quoi. q. sit.* Licebit vero, non resistentibus Doctissimis Viris, Durantio Casellio *lib.* 1. *Var. c.* 10. & Gulielmo Ranchino *lib.* 1. *Var. lect. c.* 4. ita integrare Edictum: *Qui mancipia vendunt, titulus scriptorum singulorum uti scriptus sit, cœranto, ita uti intelligi recte possit, quid vitii morbive cuique sit.* Nec silebo, quod est præterea ab illis annotatum, Titulum quem vocant Ædiles, solitum de servi, qui vendendus offerebatur, collo suspendi; ejus virtutes & vitia emptori significaturum: morisque hujus meminisse Propertium *lib.* 4. *Eleg.* 5. Senecam *Epist.* 47. Suetonium *De Claris Grammaticis c.* 4. Tenes veteris Edicti formam: sed postea mutatam (a quo incertum) in hunc quem tantum quod adscripsi modum.

Illud primum fuit observandum. alterum est, quod Ædiles hoc capite sunt locuti de mancipiis, sequente de jumentis: alias res in medio reliquerunt. cæterum Jurisconsulti, arrepta occasione articuli Edicto expressi, ejus æquitatem ad omnes alias porrexerunt, quasi ex mente Ædilium. Ejus extensionis lib. 1. Ad Edictum Ædilium Curulium meminit Ulpianus *l.* 63. *b. t.* nec est improbabile, præeunte Inscriptione *l.* 13. *D. de legibus*, quæ similiter est ex ejus lib. 1. Ad Edictum Ædilium Curulium, pro firmanda hac Edicti interpretatione aptari voluisse sequentia verba, *Nam, ut ait Pedius, quotiens Lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cætera quæ tendunt ad eandem utilitatem vel interpretatione vel certe jurisdictione suppleri.* Ita prorsus est; Ædiles tantum edixerunt de mancipiis & jumentis: sed interpretatione Jurisconsultorum extensa est eorum sententia, & quidem (quod observo ex *l.* 1. *b. t.* quæ etiam est ex Ulpiani lib. 1. Ad Edictum Ædilium Curulium) primum ad res mobiles, ac sese moventes, verbi gratia, reliqua pecora *l.* 38. §. 5. *b. t.* mox etiam ad res soli, id est, immobiles. Verba Ulpiani *l.* 1. hæc sunt: *Labeo scribit, Edictum Ædilium de venditionibus rerum esse tam earum quæ*

soli

soli sint, quam [*earum*] *quæ mobiles aut se moventes.* Ulpianus quæsito, an Edicto Ædilium, præter mancipia & jumenta, ad quæ sola spectant verba, etiam aliæ res contineantur? ait, etiam alias contineri. utrum mobiles tantum, & se moventes, an etiam soli, id est, immobiles? sed putat, sic obtinuisse quasi generalis sit Edicti sententia de omnibus rebus, tam his quæ soli sint, quam quæ sint mobiles, aut se moventes. & est notandum; quod ait, ita Labeonem scribere. nam eo evidens præbet argumentum, se quod de rebus cæteris dixit, non imputare Edicti verbis, sed sententiæ usu receptæ. verbis sane extantibus, quid opus erat auctoritate Labeonis: cum præstaret, ipsa allegari Edicti verba. Rem dixi. nec alio pertinet, quod in *l.* 49. *d. t.* idem confitetur Ulpianus, nequaquam esse incertum, redhibitionem etiam procedere in fundo vendito. nam si generalis fuisset Edicti sermo, aut in eo facta nominatim esset fundi mentio: an necessaria foret hæc admonitio, redhibitionem etiam in fundo procedere, & id nequaquam esse incertum?

Verum pergo ad reliqua. ajunt Ædiles, *Qui mancipia vendunt.* Mancipia vendere est, ea mutare pretio, sive numerata pecunia. qui vero ea dat alia re contra data, proprie non vendere, sed permutare, dicitur: ut demonstratum *lib.* 18. *tit.* 1. *De contrah. empt.* Veteres tamen venditionem in proposito etiam ad permutationem transferre, observat Aristo, apud Paulum *l. ult. D. de rer. permut.* & patitur in *l.* 19. §. 5. *D. h. t.* Ulpianus motus similitudine rationis.

De locationibus nihil edicitur; ac videbatur (ut Ulpianus refert *l.* 63. *h. t.*) mirum. ratio tamen, si eum audimus, fuit duplex: una, quod numquam istorum, id est, Ædilium, de hac re fuerat jurisdictio: altera, quod non similiter locationes: ut venditiones fiunt. posterior ratio obscura est: sed huc fert ejus scopus: quod conductor mancipii vitiosi aut morbosi non eget Ædilitio Edicto, ubi potest eo uti ad opus ad quod conduxit: sic enim satisfactum est locationi & conductioni, tantum ad usum & fructum comparatæ. quod si non potest eo uti & frui: jure civili habet actionem ex conducto ad id quod interest. ad hanc rationem accedit alia: quod dominus mancipii morbosi aut vitiosi id nulli facile locabit spe mercedis; eo deteriorato usu temporis exigui (hoc enim modo fit locatio) majus facturus damnum, quam lucrum. In venditione aliter se res habet: nam perpetua est ejus causa, spectans ad alienationem: in qua nisi aliud placuit, venditori sufficit jure civili, tradere vacuam possessionem; nec ultra tenetur. quid, si addam, unumquemque mancipium morbosum aut vitiosum a se lubenter dimittere in perpetuum: idque ut obtineat, etiam morbos & vitia dissimulare? deficiente igitur in venditione providentia juris civilis: opus erat Edicto Ædilitio: quo non erat opus in locatione; ubi jure civili suppetebat ordinaria ex conducto actio; nec metuendum erat periculum quod a venditione timebatur. Aperui iter rectum ad intellectum *d. l.* 63. contrarium tenuit D. Cujacius *lib.* 12. *Observ. c.* 38.

Sequens deliberatio erit de intellectu *l.* 62. *D. h. t.* quæ est ex lib 8. Differentiarum Modestini, atque inde acceptura lucem. principio ait Modestinus: *Ad res donatas Edictum Ædilium Curulium non pertinere dicendum est.* & rationem hanc subjicit, *Etenim quid se restituturum donator repromittit, quando nullum pretium interveniat?* Modestinus (ut Inscriptio indicat) facta differentia inter venditionem qua de loquitur Edictum Ædilium, & donationem de qua non loquitur, negat, venditionem in Edicti interpretatione ad donationem extendi: eo quod Edictum jubet, re vendita ab emptore redhibita ob morbum aut vitium, emptori contra restitui pretium, & quæ pretium sequuntur; eoque nomine interim caveri *l.* 28. *l.* 29. §. 1. *l.* 30. *D. h. t.* At hæc ratio inquit Modestinus cessat in donatione: & præfatur, quando rem donatam gratis dedit donator, meram exercens liberalitatem, nihil esse, quod is se donatario redhibita re donata restituturum repromittat. Non est igitur in donatione causa Ædilitii Edicti quæ est in emptione & venditione: quando in altera est quod redhibeatur, in altera non est. At enim potest æque in donatione atque in venditione esse causa Ædilitii Edicti: siquidem venditor emptori non modo cavet, se ei restituturum pretium redhibiti servi, sed etiam id quo emptor servum interim fecerit meliorem, impensis pro ejus disciplina aut aliter factis *d. l.* 29. §. 3. eademque fuerit æquitas facta donatione, si pro donato servo aliquid similiter impenderit donatarius. Hic scrupulus continetur his Modestini verbis: *Quid ergo, si res ab eo, cui donata est, melior facta sit? numquid quanti ejus qui meliorem fecit, interest, donator conveniatur?* Sed in promptu est hæc Modestini responsio, *Quod minime dicendum est: ne eo casu liberalitatis suæ donator pœnam patiatur.* Sensus Modestini, animadvertentis, hæc esse dissimilia, huc redit: quod non oportet donatarium, nisi velit ingratus videri, sequius interpretari benignitatem donatoris de eo bene mereri cupientis, etsi res alium habuerit eventum. *Itaque* (sic pergit Modestinus) *si qua res donetur, necesse non erit, ea repromittere quæ in rebus venalibus Ædiles repromitti jubent.* Hoc: si bona fide sit donatus servus, quem donator suum esse putavit. sed quid, si alienus servus a sciente donetur dolo malo, isque a domino evincatur, postquam impensas in eum fecit donatarius? non videtur donator liberalitatem exercuisse erga donatarium: magis dicetur, eum decepisse specie amicitiæ. proinde eum de dolo teneri ad id quod interest donatarii, se deceptum non esse, commode censet Ulpianus ex sententia Labeonis *l.* 18. §. *ult. D. de donat.* Mitto hos. ipse sic Modestinus *d. l.* 62. *h. t. Sane, inquit, de dolo donator obligare se & debet & solet: ne quod benigne contulerit, fraudis consilio revocet.* Vere: sed sensum abscondit loquendi forma: *Ne fraudis consilio revocet?* Me interprete, accipienda ea locutio erit perinde, ac si dicatur, Ne fraudis consilio sit in causa, ut revocetur. quod miror non esse observatum a Viris Doctis. ipse notavi quid simile supra sub Titulo *De recept. & qui arbitr. recep. ad fin.* in expositione *l.* 39. *ibid.*

Sed apparet, Edictum (nam eo redeo) tantum loqui de venditionibus. an tamen omnibus? Edictum infinite loquitur: sed Ulpianus *l.* 1. §. 3. *sciendum esse*, inquit, *Edictum hoc non pertinere ad venditiones fiscales.* Exceptionis firmamentum non addit Ulpianus: sed, credo, movit auctoritas hastæ fiscalis: quam non convelli, publice utile est. Sit igitur hoc jus singulare. ideoque si respublica municipii faciat venditionem, contra ait §. 4. locum habiturum Edictum: sine dubio quia Respublica solet uti jure privatorum, & in Edicto non excipitur. idem inquit Ulpianus §. 5. observari in pupillaribus venditionibus: nam in his quoque esse Edicto locum. Quid si simplariæ sint venditiones? Pomponius *l.* 48. §. 8. *h. t.* sic scribit: *Simplariarum venditionum causa ne sit redhibitio, in usu est.* Simplarias autem venditiones Budæus dici putat, quod pro his non cogitur venditor in causa evictionis duplam repromittere.

Sed Budæum refutat Corasius *lib.* 2. *Miscell. c.* 24. arbitratus, ut ait, fide vetustiorum Codicum, in *d. l.* 48. §. 8. pro *simplariarum* esse legendum *simpulariarum*; & addit, res minutas a Veteribus *simpularias* appellari. proinde a Pomponio dici, ne simpulariarum venditionum, sive minutarum rerum venditarum redhibitio sit, in usu esse: ut solet dici, Prætorem non curare res minimas, ob eas per in integrum restitutionem petita rescissione juris civilis *l.* 4. *D. de in integr. restit.*

Sequuntur causæ ex quibus Ædiles agi velint. enumerantur autem in Edicto multæ sed in summa sunt quatuor. prima est, si quid sit morbi vitiive a venditore cum mancipium venit, non palam recte pronunciatum. secunda est, si in re vendita sit a venditore dictum promissumve quod deinde non præstetur. tertia est, si quid ita venierit, ut nisi placuerit, redhibeatur. quarta est, si venditor emptori, postulanti non caverit de his quæ Edicto comprehensa sunt. Prima causa continetur his Edicti verbis. *Qui mancipia vendunt, certiores faciant emptores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus, errove sit, noxave solutus non sit, eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuncianto.* Injecta vitii morbique mentio jam apud Veteres recepit dubitationem: aliis aliter definientibus omnes sententias, nec lubet, nec vacat enumerare. Ulpiano *l.* 1. §. 7. *b. t.* una contento sententia Sabini: morbum definientis, habitum cujusque corporis contra naturam qui usum ejus ad id facit deteriorem cujus causa natura nobis ejus corporis sanitatem dedit. id autem alias in toto corpore, alias in parte, accidere. namque totius corporis morbum esse puta, φθίσιν, id est, tabem, febrem; partis, veluti cæcitatem, licet homo itaque natus sit. addit Sabinus, vitium a morbo multum differre; ut puta, si quis balbus sit: nam hunc vitiosum magis esse, quam morbosum. Sic ille. Aliter Ulpianus: Verba Ulpiani: *Ego puto, Ædiles tollendæ dubitationis gratia τῦ τ̃ αὐτῦ, id est, de eodem idem dixisse, ne qua dubitatio superesset.* Idem bis ab Ulpiano dici, & ei aliisque sæpius hoc accidere, annotavi olim *lib.* 3. *Probabil. c.* 10. Nunc sensum accipe. is sensus est: Si mancipio, cum venit, aliquod adhæret malum, ejus usum aut ministerium in totum aut ex parte moraturum, id sive morbus dicatur, sive vitium, ab emptore oportere intelligi ex sententia Ædilium, neglecta verborum subtilitate: cum emptoris nihil intersit, quo nomine designetur, ejus usui aut ministerio nociturum: mancipiis tantum usus ac ministerii causa emi solitis.

Nondum absolvit interpretatio. nam animadverso, duplices esse morbos, alios corporis, alios animi: adhuc quæsitum fuit, utrius generis morbi ac vitia designentur: non facta ab Ædilibus differentia? variasse Veteres, mea fert opinio: sed Ulpiani tempore consensu ivisse ad morbos & vitia corporis: idque *l* 4. §. 3. ab eo significari hac loquendi forma, *Et videmur hoc jure uti:* quam loquendi formam *lib.* 1. *Probabil. c.* 2. & 3. ostendi hoc velle, post multas variationes ita tandem obtinuisse. Eo igitur sensu, *Videmur*, infit Ulpianus, *hoc jure uti, ut vitii morbique appellatio non videatur pertinere, nisi ad corpora: animi autem vitium ita demum præstabit venditor, si promisit; si minus, non.* Qua causa? Ulpianus dat verissimam: quod de vitiis animi, quale vitium est erronis, ac fugitivi, separatim edixerunt Ædiles; de his non edicturi separatim, si morbi ac vitii appellatione tam animi, quam corporis vitia comprehendissent. nec dissimulavit Ulpianus, quosdam hoc argumento dixisse, jumenta pavida & calcitrosa morbosis non esse annumeranda: esse enim hoc animi, non corporis vitium. Talia animi vitia infinita sunt: sed intellectus causa adferam pauca. Ulpianus *d. l.* 4. §. 4. esse tale ait, aleatoris, vinarii, gulosi, impostoris, mendacis, & in *l.* 1. §. 9. levis, superstitiosi, contumacis: Venulejo *l. ult.* qui ludos adsidue velit spectare, aut tabulas pictas studiose intueatur. Eodem in numero Ulpiano *d. l.* 1. §. 9. est qui inter fanaticos caput jactet, & aliqua sit profatus. in §. 10. dicitur, si circa fana bacchatus sit, & quasi demens responsa daret. puto, descriptio est vatis: soliti, cum est Deo plenus, tamquam per furorem, ejus responsa dare. Exemplum apud Florum *lib.* 3. *cap.* 19. alia habet Budæus *Annot. in Pandect. pag.* 334. Hæc & similia animi vitia Ulpianus *d. l.* 4. §. 3. *b. t.* ait, a venditore ita præstari demum, si promisit; si minus, non. Excipit, nisi vitium corporis usque ad animum penetrat: forte si propter febrem loquatur aliena, vel per vicos more insanorum deridenda loquatur. in quo quod animi vitium sit, ex corporis vitio accidit, ideoque redhiberi posse *d. l.* 4. §. 1. Plane prætermittere in §. 4. *d. l.* 4 item *d. l* 1. §. 9. *b. t.* noluit Ulpianus, ob quæ vitia, quia animi sunt, non est redhibitio, esse adhuc ex empto actionem ad id quod interest, si id venditor sciens reticuit: quia non videtur id convenire bonæ fidei, etsi ab Ædilibus non comprehensum.

Porro ajunt Ædiles, *quis fugitivus, errove sit, noxave solutus non sit* De his, quia animi vitia putabantur, nominatim edixisse Ædiles, monuit Ulpianus *l.* 4. §. 3. *b. t.* Fugitivus autem quis sit, & unde æstimetur, idem late tractat Ulpianus *l.* 17. *pr.* §. 1. & *seqq. d. t.* De eo vero sic scribit Papinianus *l.* 54. *d. t.* *Actioni redhibitoriæ non est locus, si mancipium bonis conditionibus emptum fugerit, quod ante non fugerat.* Papinianus negat, consilium fugæ quod inclusum animo, se ante non ostenderat, ubi post emptionem perfectam incidit, non ad venditorem pertinere, sed ad emptorem: quod & traditum *l* 3. *C. b. t.* contra est, si fugerit servus ex vetere vitio: tum enim tenetur eo nomine venditor; nisi de hoc certiorem fecerit emptorem. & quidem vult Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit* 17. § xi. eum cogi, si id sciverit, emptori, præter servi pretium, etiam restituere ea quæ is per fugam abstulit: nisi paratus sit, noxæ dedere. ita idem temperat Paulus *l.* 58. *D. b. t.* Sed quid, si nolit servi æstimationem, & pretia ablatarum rerum restituere? id tractat idem Paulus *d. l.* 58. § 1 ad quem consule scripta a D. Schultingio *Not. ad. d. tit.* 17. §. 11. *n.* 30. *p.* 295. Igitur si post perfectam emptionem servus fugerit, quærendum restat; utrum novum sit fugæ vitium, an vetus. de quo ita Paulus *d. l.* 58. §. *ult.* *Servum dupla emi qui rebus ablatis fugit: mox inventus præsentibus bonestis viris interrogatus, an & in domo venditoris fugisset, respondit fugisse. Quæro, an standum sit responso servi? Paulus respondit: Si & alia indicia prioris fugæ non deficiunt, tunc etiam servi responso credendum est.* Sic Paulus. Atqui idem in *l.* 7. *D. de probat.* contra, *Cum*, inquit, *probatio prioris fugæ deficit, servi quæstioni credendum est: in se enim interrogari, non pro domino aut in dominum videtur.* Sed difficultati occurri olim *lib.* 1. *Probabil. c. ult in fin.* & adde sis scripta ad *d. tit.* 17. Pauli §. 13. *p.* 296.

Erro in Edicto quis dicatur, intelligitur ex *d. l.* 17. §. 14. *D. b. t.* ubi sic ait Ulpianus: Erronem

nem [ita] definit Labeo, pusillum fugitivum esse: & ex diverso fugitivum, magnum erronem esse: sed proprie erronem sic definimus, qui non quidem fugit, sed frequenter sine causa vagatur, & temporibus in res nugatorias consumptis, serius domum redit.

Quod porro ajunt Ædiles, *Noxa solutus non sit*, sic intelligit Ulpianus *l.* 17. §. 17. *h. t.* ut non hoc debeat pronunciari, nullam eum noxam commisisse; sed illud, noxa solutum esse, hoc est, noxali judicio subjectum non esse. addit, ergo si noxam commisit, nec permanet, noxa solutum esse. Illud quæri potest, noxas quas intelligamus, utrum privatas, an publicas? non distinguunt Ædiles. sed Ulpianus *d. l.* §. 18. sic scribit: *Noxas accipere debemus privatas, hoc est, eas quæcumque committuntur ex delictis*, non publicis criminibus: *ex quibus agitur judiciis noxalibus. denique specialiter cavetur infra de capitalibus fraudibus. ex privatis autem noxiis oritur damnum pecuniarium, si quis forte noxæ dedere noluerit, sed litis æstimationem sufferre.* Sic passim editur. sed vitiose. Mihi crede, Ulpiano nocere Synchusim perinde expediendam, quasi sit ab eo scriptum: *Noxas accipere debemus privatas, hoc est eas quæcumque committuntur ex delictis ex quibus agitur judiciis noxalibus: non publicis criminibus. denique.* & reliqua. Frequentem Veteribus esse talem Synchusim, alibi sæpe sum expertus: hic vero mihi est probabilis. Nisi malis elidere verba ista, *Non publicis criminibus:* arbitratus, ex margine venisse in contextum specie interpretationis. retenta certe connexionem conturbant: abjecta faciunt bonum sensum. quomodo? hic est: Ædilitium Edictum noxales actiones non promittit ex publicis criminibus servorum, sed eas promittit ex eorum delictis privatis. nempe, quia privata delicta non tenent servos, sed dominos, ipsos ex his conveniri solitos. quia inde oritur damnum pecuniarium: si quis forte nolit eos noxæ dedere. crimina autem publica solum tenent delinquentem. quippe cum non tendant ad reparationem damni dati: sed ad infligendam corpori pœnam, vindicandæ publicæ disciplinæ gratia. at alieno nomine alium corpore puniri, nulla ratio patitur. ita servus ex suo crimine accusatur: & domino permittitur, eum defendere. sed probato crimine, non dominus, sed servus pro suo delicto condemnationem sustinet *l.* 4. *C. h. t. l.* 2. *C. de accusat.*

Spero, non ægre ferent Studiosi Juris, me deinceps facilioris intellectus gratia, invertere ordinem ab Ædilibus servatum; & dilata paulisper explicatione verborum Edicti, *certiorem faciant emptorem*, item, *eaque omnia palam recte pronuncianto*, quæ ex superioribus exponenda hic restabant, attingere prius (quod quodammodo desiderat causarum connexio) hæc sequentia verba. *Item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortis conscicendæ sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit: ea omnia in venditione pronuncianto.* Ad hæc verba ita scribit Ulpianus *l.* 23. §. 2. *h. t.* Excipitur etiam ille qui capitalem fraudem admiserit. Capitalem fraudem admittere est, tale aliquid delinquere, propter quod capite puniendus sit. ac præfatur, Veteres fraudem pro pœna ponere solitos. inde capitalem fraudem, inquit, accipimus dolo malo & per nequitiam. cæterum si quis errore, si quis casu fecerit, cessabit Edictum. unde Pomponium ait scribere, neque impuberem, neque furiosum capitalem fraudem videri admisisse.

Ulpianus *l.* 23. §. 3. *h. t.* excipitur, inquit, & ille qui mortis consciscendæ causa quid fecerit. addit, quod malus servus creditus est qui aliquid facit, quo magis se rebus humanis extrahat; ut puta laqueum torsit, sive medicamentum pro veneno bibit, præcipitemve se ex alto miserit, aliudve fecerit, quo facto speravit mortem perventuram: tamquam nonnihil in alium ausurus qui hoc adversus se ausus est. Sic Ulpianus. idem Seneca Pater *lib.* 8. *Excerpt. controv. c.* 4. verba: *Nihil non ausurus fuit qui se potuit occidere.* Etiam apud Publium Syrum est in *Sentent. vers.* 259.

Heu quam est timendus qui mori tutum putat!

Paulo tamen hoc placet demum, si propter nequitiam, malosque mores, flagitiumve aliquod admissum, mortem sibi consciscere voluit: non si dolorem corporis non sustinendo id fecerit *l.* 43. §. 4.

Sequitur in Edicto, *Inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit.* Verba Edicti clara sunt. tantum laborat constructio Grammatica: quia præcessit mancipium, erat dicendum, *intromissum*: Latine tamen recte dicitur, *intromissus:* relatione facta non ad præcedens verbum, sed ad intellectum.

Præter hæc jubent Ædiles, *Qui mancipia vendunt, etiam nationem cujusque in venditione pronunciare.* Meminit Ulpianus *l.* 31. §. 21. *h. t.* & hanc addit rationem, *Plerumque enim natio servi aut provocat, aut deterret emptorem. idcirco interest nostra, scire nationem: præsumptum etenim est, quosdam servos bonos esse; quia natione sunt non infamata; quosdam malos videri, quia ea natione sunt quæ magis infamis est.* quod de diversitate indolis nationum dictum ab Ulpiano est, ad hæc congessit quædam Guido Pancirollus *lib.* 2. *Thesaur. var. lect. c.* 48. *p.* 232. Nationem autem *infamatam* aut *infamem* pro suspecta, ab eo dici, pluribus erudite ostendit Radulphus Fornerius *lib.* 5. *Rer. quotid. c.* XI. *p.* 91.

Porro apud Ulpianum *l.* 37. *h. t.* Præcipiunt Ædiles, *Ne veterator pro novitio veneat.* Ipse vero Ulpianus, *Et hoc*, inquit, *Edictum fallaciis venditorum occurrit: ubique enim curant Ædiles, ne emptores a venditoribus circumveniantur. ut ecce plerique solent mancipia quæ novitia non sunt, quasi novitia distrabere; ad hoc scilicet, ut pluris vendant.* (qua de re etiam Torrentius ad Horatium *lib.* 2. *Epist.* 2. & Suetonium *Julio c.* 47. ibidemque Pitiscus) *præsumptum est enim ea mancipia quæ rudia sunt, simpliciora esse & ad ministeria aptiora & dociliora, & ad omne ministerium habilia: trita vero mancipia & veterana difficile est reformare, & ad suos mores formare. quia igitur venalitiarii sciunt, facile decurri ad novitiorum emptionem, idcirco interpolant veteratores & pro novitiis vendunt: quod ne fiat, hoc Edicto Ædiles denunciant: & ideo si quid ignorante emptore ita venierit, redhibebitur.* Huic Ulpiani loco solet objici Venulejus *l. ult.* §. *ult. D. h. t.* Sed vide Cujacium *lib.* 8. *Observ. c.* 9. & Gilbertum Regium *lib.* 1. Ἐναντιοφ. *c.* 7.

Postremo huc referendum, quod Ulpianus *l.* 17. §. 19. *D. h. t.* in hunc scribit modum: Si quis talis sit servus qui omnino manumitti non possit ex Constitutionibus, vel si sub pœna vinculorum distractus sit a domino, vel ab aliqua potestate damnatus, vel si exportandus: æquissimum erit, etiam hoc prædici. Sed de vitiis & morbis satis. tandem videndum, quod paulo ante promisi, quid Ædiles circa hæc observari postulent.

Ajunt, *Qui mancipia vendunt, certiores faciant emptores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit, noxave solutus non sit, eademque omnia,*

omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuncianto. Ædiles cupiunt, emptores, dum mancipium eis venditur, per venditorem omnia de quibus diximus, intelligere: eumque in finem eis a venditore nihil celari. contra putant, oportere eos ab illo moneri omnium, & quidem ejus pronunciatione palam recte facta. Nec est dubium, quin æquissime: venditore præsertim eorum gnaro: imo ignaro quoque. late enim patent Edicti verba: ac secundum hæc ait in *l.* 1. §. 2. Ulpianus, venditorem etiam, si ignoravit ab Ædilibus præstari jussa, Edicto teneri. primum, quia potuit ea nota habere. deinde non interest emptoris, quomodo fallatur, utrum venditoris ignorantia, an calliditate.

Sed quid, si emptor illa quæ Ædiles jubent, ei a venditore palam significari, aliunde, quam manifesta ejus pronunciatione recte intellexerit? Si verba spectamus: non est satisfactum Edicto neque temperamentum, neque exceptionem habenti. teneatur igitur vel sic Edicto venditor. Verum aliter visum Prudentibus ex Edicti sententia: unice agentis, ne emptor sua ignorantia a venditore decipiatur. quis autem dicat vir bonus & sapiens in judicio arbitrario, quale est redhibitorium, eum decipi qui non ignoravit? Fac: aliquis servum vinctum vendidit, nec in venditione dixit, eum fugisse, aut in vinculis fuisse. an offendit Edictum? forsan dices, venditorem debuisse id palam recte pronunciare: nam sic facere, Edicti verbis juberi. Atqui venditor in venditione vinctum ostendit servum. sic plus fecit, quam Edictum postulat. putemus igitur, teneri verbis: sed ejus mente absolvi. Video, te frontem contrahere: sed erit fides Pomponio *l.* 48. §. 3. *D. h. t.* ita opinanti: *Ei qui servum vinctum vendiderit, Ædilitium Edictum remitti æquum est. multo enim amplius est, id facere, quam pronunciare, in vinculis fuisse.* Poterit igitur hic venditor, secundum Pomponium §. 4. *d. l.* ab emptore conveniri ob vitium palam recte non pronunciatum: sed convento licebit, se tueri per exceptionem, Nisi si sciverit emptor de fuga, aut vinculis, aut cæteris rebus similibus. Eamdem æquitatem servat Ulpianus *l.* 14. §. *ult. h. t.* *Si nominatim morbus exceptus non sit, talis tamen morbus sit qui omnibus potuit apparere, ut puta, cæcus homo venibat, aut qui cicatricem evidentem & periculosam habebat vel in capite, vel in alia parte corporis.* Cæcilium enim secutus ait, *venditorem ejus nomine non teneri: perinde ac si nominatim morbus exceptus fuisset.* & causatur, *ad eos morbos vitiaque pertinere Edictum Ædilium, quæ quis ignoravit vel ignorare potuit.* Idem Ulpianus ait similiter *l.* 1. §. 6. *d. t.* *si intelligatur vitium morbusque mancipii, ut plerumque signis quibusdam solent demonstrare vitia, potest dici, cessare Edictum.* Qua causa? *quia hoc tantum intuendum est, ne decipiatur emptor.* Ait, *signis quibusdam.* & est exemplum apud A. Gellium *lib.* 7. *Noct. Attic. c.* 4. plura habet Durantius Casellius *lib.* 1. *Var. c.* 10.

Multo magis convenit æquitati Ædilium, emptorem, si a venditore exceptum sit vitium, aut morbus, ab Edicto repelli, non servata pacti fide: nam cum unum sit Ædilibus negotium, emptoris ignorantiæ succurrere; an dubitamus, eos emptori facere Edicti potestatem: volenti, uti ejus commodo? non facere necessitatem, si nolit? Sed hoc animadvertit Horatius *lib.* 2. *Epist.* 2. ex nostris etiam Ulpianus *l.* 31. *D. de pactis*, quæ est ex ejus lib. 1. Ad Edictum Ædilium Curulium, *Pacisci*, inquiens, *contra Edictum Ædilium omnimodo licet: sive in ipso negotio venditionis gerendo convenisset, sive postea.* Hoc, si ignoravit venditor morbum aut vitium, aut cum sciret, in venditione palam recte pronuntiavit. nam si consulto reticuit, etsi pactus sit, ne teneatur ex Ædilitio Edicto, non servatur pactum quod putatur dolo malo factum *l.* 14. §. 9. *h. t.* *l.* 39. *D. de act. empt.*

Intellecto, quid vitii morbive nomine ab Ædilibus designetur, aliquis exspectet exempla. sed occurrunt passim & pleraque sunt exposita diligentia Gulielmi Budæi & Dionysii Gothofredi, *Annot. ad hunc Titulum.* meo vero instituto sufficit sciri, Ædiles, cum jubent, emptori a venditore significari mancipii vitium aut morbum, ne calumniis & vexationibus aperirent fenestram, illis verbis non quale quale vitium aut morbum; sed quod hominis usum ministeriumque imminuat aut tollat, id demum vitium aut morbum interpretari. proinde, si sit levis lippitudo, aut levis dentis auriculæve dolor, aut levis febricula, aut vetus quartana quæ tamen jam sperni potest, vel vulnusculum modicum; negat Ulpianus *l.* 4. §. *ult. h. t.* ad causam hujus Edicti pertinere: præfatus *l.* 1. §. 8. nullum hæc habere in se delictum, quasi pronunciatum non sit: contemni enim potuisse, ubi hominis ministerio quod, ut dixi, solum quærunt Ædiles, non sunt impedimento. Ac fuit, cum in hunc sensum traherem illud Pauli *l.* 54. *D. de contrah. empt.* *Res bona fide empta, propter minimam causam inempta fieri non debet.* Nec me piget ejus interpretationis: nam *causa* Paulo est vitium aut morbus; ut sæpe apud Veteres. inde causa minima est levissimus morbus, ac levissimum vitium. nec dubium, quin sic elegans & facilis sit Pauli sensus, Rem bona fide venditam, propter minimum morbum, a venditore non palam recte pronunciatum, ex Ædilitio Edicto redhiberi, id enim est, inemptam fieri, non debere. Paulum hoc habere ob oculos, ulterius liquebit; considerantibus Inscriptionem Pauli *lib.* 1. *Ad Edictum Ædilium Curulium* præferentem. Hoc nunc breviter: uberius egi *lib.* 2. *Observ. c.* XI.

Simili ratione probat Ulpianus *l.* 6. *h. t.* quod a Pomponio observatum, hoc Edictum non tantum ad perpetuos morbos, verum ad temporarios quoque pertinere. Et recte: utrum enim temporarius, an perpetuus, servi morbus sit, quid refert emptoris? dummodo ejus ministerio noceat morbus, de quo tempore venditionis a venditore non est certior factus.

Altera causa ex qua Ædiles agi permittunt, est; si quid sit a venditore dictum promissumve, quod non est præstitum. ea causa hoc continetur Edicti versu: *Si mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve, cum veniret, fuisset.* Dictum autem a promisso (auctore Ulpiano *l.* 19. §. 2. *D. h. t.*) sic discernitur. Dictum accipimus, quod verbo tenus pronunciatum est, nudoque sermone finitur. Promissum autem potest referri & ad nudam promissionem, sive pollicitationem, vel ad sponsum. Sic Ulpianus: & mox addit, secundum hoc incipere eum qui de hujusmodi causa stipulanti spopondit, & ex stipulatu posse conveniri & redhibitoriis actionibus: neque id esse novum. nam & qui ex empto potest conveniri, eumdem etiam redhibitoriis actionibus posse conveniri. De cætero monet in *l.* 19. *pr. h. t.* opportune admodum, venditorem quædam, etsi dixerit, non præstare: veluti ea quæ ad nudam laudem servi pertinent. atque hoc in §. 3. sic exprimit, Ea sola dicta sive promissa admittenda sunt, quæcumque sic dicuntur, ut præstentur, non ut jacten-

ctentur. Pari modo ait in *l.* 37. *D. de dolo malo*, quod venditor, ut commendet dicit, sic habendum, quasi neque dictum, neque promissum sit. Maxime autem placent hæc Florentino *l.* 43. *D. de contrab. empt.* si ea quæ commendandi causa in venditionibus dicuntur, palam appareant, nam tum, inquit, venditorem non obligant. Et pro exemplo adfert: veluti si dicat, servum speciosum, domum bene ædificatam. Sic solet venditor. mango apud Horatium *lib.* 2. *Epist.* 2. *vers.* 3.

. . . Hic &
Candidus & talos a vertice pulcher ad imos.

Apud Ciceronem *lib.* 3. *De officiis cap.* 13. tale hoc est: *Qui proscribunt villam bonam, ut ipsi asserunt, beneque ædificatam, non existimantur fefellisse, etiamsi illa nec bona, nec ædificata ratione.* Quam ob rem? ait Cicero: *Ubi judicium emptoris est, ibi fraus venditoris quæ potest esse?* Ex eodem genere est illud Lucilii apud A. Gellium *lib.* 3. *Noct. Attic. c.* 14.

Quid ni? & scruta quidem ut vendat scrutarius, laudat
Præfractam strigilem, soleam improbus dimidiatam.

Ita: si apparent quæ ad laudem dicta. Imo & si non apparent: modo sint generalia, nec plus, quam ipse supponat emptor ad contractum conferant. talia in *l.* 19. *h. t.* sunt, Hominem esse frugi, probum, dicto audientem. Nempe empturus servum ipse de eo illa cogitat; nec idcirco pro hoc plus, quam pro alio daturus. Ultro igitur a venditore jactata, eum non tenent. Non ita est; si ab emptore nominatim rogatus venditor, an sit talis servus, esse talem asseveravit, & propterea eum caro vendidit. tum enim ex empto teneri, nisi talem præstet, Ulpianus confirmat *l.* 13. §. 3. *D. de act. empt.* arbitratus hujusmodi asseverationem, præcedente illa interrogatione factam a venditore, jam non intra nudam laudem subsistere; sed ad dictum promissumve accedere. Quemadmodum si specialiter dixerit, adesse servo quod non adsit, aut abesse quod adsit. nam & tum venditorem adversus dictum promissumve facere, Ulpianus docet *l.* 17. §. *ult. D. h. t.* ac ne deesset exemplum, adscribit: ut puta, si dixerit furem non esse, & fur sit; vel si dixerit artificem esse, (ut mango apud Horatium *d. lib.* 2. *Epist.* 2.) & non sit. Simile putemus, si quis emat morionem, genere quodam stultitiæ inserviturum ejus amœnitati: & est fatuus, vel est sapiens. utroque casu est factum adversus id quod dictum. alterum obtinet sic Martialis *lib.* 8. *Epigr.* 13.

Morio dictus erat: viginti millibus emi.
Redde mihi nummos, Gargiliane: sapit.

Alterum visum Ulpiano *l.* 4. §. 3. *h. t.* sic scribenti: *Pomponius ait; quamvis non valide sapientem servum venditor præstare debeat, tamen si ita fatuum vel morionem vendiderit, ut in eo usus nullus sit, videri vitium.* Est igitur rationis: ut quod specialiter dixerit venditor, id præstet. nimirum, quia hoc ipso pluris vendidit; ut optime Florentinus *d. l.* 43. *D. de contrab. empt.* exempla in Grammatico, item in Coquo: quos propter sua artificia plurimo vendita fuisse, indicavi *lib. sing. De form. emendand. dol. mal. c.* 9. Plane, si quis artificem promiserit vel dixerit, non utique perfectum eum præstare debet, sed ad aliquem modum peritum, ut neque consummatæ scientiæ accipias, neque rursus indoctum, inartificium. sufficit igitur, talem esse, quales vulgo artifices dicuntur. nisi optimum dixerit: tum enim optimum in eo artificio præstare debet. idemque in ceteris placet, si quid dictum aut promissum sit a venditore, non amare exigendum esse *l.* 18. *pr.* §. 1. & 2. *h. t.*

Tertia causa ex qua Ædiles permittunt agi, in hoc Edicto est; si quid ea lege venierit, ut nisi placuerit, redhibeatur. ea causa in Edicto sic est concepta: *Si quid ita venierit; ut nisi placuerit redhibeatur, intra sexaginta dies, non ultra, nisi causa cognita, judicium dabimus.* Hæc clausula alicui supervacua videri possit: postquam placuit, pacta conventa, in continenti adjecta contractui bonæ fidei, illi inesse, sive ad adstringendum eum, sive ad distrahendum, spectant: ut probatum *lib. sing. Ad Edict. de pact. & transact. c.* xi. Sed videamus, ne Ædiles, animadverso, empti actionem non præfinito in contrahendo tempore, jure civili esse perpetuam, æquitatis esse putarint, ex hujusmodi pacto rem non perinde haberi, quasi emptori jus esset, eam semper redhiberi: ideoque in Edicto præscripserint tempus intra quod ea, si displiceret, redhiberi posset. Sic apparet Edicti utilitas. Rem tradit, exponitque Ulpianus *l.* 31. §. 22. & 23. *h. t.*

Quarta agendi causa ex Edicto Ædilium est: si de vitiis morbisve & cæteris quæ Edicto sunt comprehensa, emptori postulanti non sit a venditore cautum. Ea causa continetur sequente Edicti clausula: *Item in hisce causis mancipium non esse, & habere licere in duplum emptori, si postulabit, cavento.* Hanc clausulam attingit Gajus *l.* 28. *D. h. t.*

Expositis causis ex quibus promittuntur Ædilitiæ actiones, nunc age ipsas consideremus. Rubrica duas attingit: una est redhibitoria, altera quanto minoris. est tamen & tertia in fine Edicti quæ in factum appellatur. Initium sumam ab actione redhibitoria, sic appellata a fine ad quem in Edicto proposita est. is finis est redhibitio; emptore volente ab emptione mancipii recedere ex causis supra scriptis. Inde quærentibus, cui hæc detur actio: est in promptu responsio, dari *emptori, eique ad quem ea res pertinet.* sic enim loquitur Edictum. Emptorem autem Ulpianus *l.* 19. §. 5. *D. h. t.* accipit eum qui pretio emit. sed si quis permutaverit; putat, utrumque emptoris & venditoris loco haberi, & utrumque ex hoc Edicto experiri. Is porro ad quem ea res pertinet, Ulpiano est, successor universi juris: id est, heres defunctum per omnia repræsentans.

Non major erit deliberatio, adversus quem illa detur actio: Ædilibus eam pollicentibus *adversus eum qui vendidit, eumve cujus maxima pars in ea venditione fuit.* primum ajunt se hoc judicium dare adversus eum qui vendidit: manifesta ratione, si ipse conveniatur. sed fac, servum vel filiumfamilias esse qui vendidit: an in dominum vel patrem competit Ædilitia actio? quæstio vertitur: quod est pœnalis in duplum. inde mango apud Horatium *lib.* 2. *Epist.* 2. excepto nominatim vitio, *pœnæ securus* dicitur, id est, securus actionis redhibitoriæ pœnalis. Sed litem expedit Ulpianus *l.* 23. §. 4. *h. t.* his verbis: *Si servus sit qui vendidit vel filiusfamilias in dominum vel patrem de peculio Ædilitia actio competit. quamvis enim pœnales videantur actiones, tamen quoniam ex contractu veniunt, dicendum est, eorum quoque nomine qui in aliena potestate sunt, competere. proinde & si filiafamilias vel ancilla distraxit, æque dicendum est, actiones Ædilitias locum habere.* Sed actio redhibitoria, ut vidimus, ex hoc Edicto proponitur non tantum adversus eum qui vendidit, sed etiam *adversus eum cujus maxima pars in venditione fuerit. quia* (ut ad hæc verba notat Ulpianus *l.* 44. §. 1. *h. t.*) *plerumque venalitiarii ita societatem coëunt, ut quidquid agunt, in commune videantur agere. æquum enim Ædilibus visum est, vel in unum ex his cujus major pars aut in nulla parte*

parte minor esset, Ædilitias actiones competere: ne cogeretur emptor cum multis litigare: quamvis actio ex empto cum singulis sit pro portione qua socii fuerunt. nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est. Adscripsi Ulpiani verba, prout eduntur: nec muto quidquam. licebit tamen mihi aliquam in his indicare Synchusim, ipsi aliisque non insolitam. postremus enim versus: *Nam.* non continet rationem præcedentis versus, *Quamvis actio:* sed versus anterioris, *Æquum enim.* Hoc obiter & tamquam in transcursu.

Promittitur porro hæc actio ab Ædilibus non in perpetuum: sed intra sex menses, & quidem utiles. id apparet ex Edicto, & ab Ulpiano notatum *l.* 19. §. 6. *h. t.* Utiles autem menses aut dies quemadmodum distinguantur a continuis, satis notum est ex *l.* 1. *D. de divers. temp. act.* solum observandum est, ex mente Ædilium ab hoc tempore recedi, si venditor non cavet de iis rebus quæ præstari jubentur: tum enim hæc actio datur intra duos menses *l.* 28. *d. t.* idemque est, si convenit, ut res vendita, si non placet, redhibeatur: quamquam hoc casu Ædiles actionem etiam ultra pollicentur causa cognita *l.* 31. §. 22. *& seqq. d. t.*

Proxima quæstio est, ad quid detur actio redhibitoria? Ædiles sic respondent: *Judicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur.* Igitur quid est *Redhibere?* Ulpianus *l.* 21. *h. t.* ait, *facere, ut rursus habeat venditor, quod habuerit; & quia reddendo id fiebat; idcirco,* inquit, *redhibitio appellata est, quasi redditio.* Apud Festum sic legitur: *Redibitum id proprie dicitur quod redditum est, improbatumque, & qui dedit, idemque rursus coactus est, habere id quod ante habuit.* Unde apparet, inventam esse hanc actionem ad utilitatem emptoris, mancipium titulo emptionis acceptum, justam ob causam improbantis, & reddentis. id tamen sic fuit adhibitum; ut, dum juvatur emptor, interim non lædatur venditor, magis omnia in integrum restituantur, perinde ac si neque emptio, neque venditio intercessisset. non est quod dubites, indicante hoc Ulpiano *l.* 23. §. 7. & Paulo *l.* 60. *h. t.* Si tamen mavis, utrumque exigi ad Edicti verba: nulla in me erit mora. Primum ajunt Ædiles, *Si quid autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera, familiæ, procuratorisve ejus factum erit.* Ædiles his verbis cavent, ne venditor per causam redhibitionis damno ab emptore afficiatur. esse vero id futurum existimant, si ei servus ab emptore non deterior restituatur. Utrum animo, an corpore? puto, neutro: non enim distinguunt Ædiles *l.* 23. *l.* 25. §. 6. *h. t.* Tempus autem hic inspici volunt, non emptionis, sed traditionis. ajunt enim, *post venditionem, traditionemque.* nimirum, quia emptor inde cœpit servum in sua potestate habere jure emptionis. quod si ante deterioratus dicatur servus; ad hoc judicium non pertinet: quia ejus copiam ante non habuit emptor: ac si fecit deteriorem, non tamquam emptor fecit. *d. l.* 25. Plane quis deteriorem fecerit servum, sive ipse emptor, sive familia sive procurator, Ædiles non curant; ideoque sine distinctione tenere actionem, Ulpianus observat: simul, quomodo accipienda sint hac in parte Ædilium verba *d. l.* §. 2. *& seqq.* Non adquiescunt his Ædiles: præterea jubent, venditori restitui, *Si quid ex eo* [mancipio] *post venditionem natum, adquisitumve fuerit.* Ajunt, *post venditionem,* nec adjiciunt, *post traditionem,* ut fecerunt paulo ante. quia omne commodum statim a perfecta emptione, etsi non secuta adhuc traditione, ad emptorem pertinet: cum deteriorari ab emptore res vendita, nisi tradita, nequeat. Vix opus, moneri, Ædiles, cum ajunt, *Si quid ex eo natum fuerit,* indigitare ancillæ partum, sive unus, sive plures sint: id enim probat Ulpianus *l.* 31. §. 2. *h. t.* idem de fructu confirmat; itemque addit, non multum referre, utrum per se acceperit, an ab alio possessore *l.* 23. §. *ult. d. t.* Deinde ajunt Ædiles, *Adquisitumve;* nempe ex operis mancipii: excepto, si quid ex re emptoris sit adquisitum. nam hoc apud ipsum relinquendum est *d. l.* 31. §. 3. Quod de operis dixi, etiam ad mercedes pertinet, quomodocumque eas consecutus sit: ut de fructibus dictum. Nec aliter est, si legatum aut hereditas servo obvenerit. observat hæc Ulpianus *d. l.* 23. §. *ult.* atque indistincte, utrum potuerit hæc consequi venditor, an non potuerit, si servum vendidisset. ponamus enim, (sic pergit) talem esse qui capere aliquid ex testamento non potuerat: nihil hæc res nocebit. Sequitur in *d. loc.* Pedius quidem etiam illud non putat esse spectandum, cujus contemplatione testator servum heredem scripserit vel ei legaverit: quia etsi venditio remansisset, nihil hæc res emptori proderat. & per contrarium (inquit) si contemplatione venditoris institutus proponeretur, tamen diceremus. restituere emptorem non debere venditori, si nollet eum redhibere.

Tenetur igitur ex Edicto emptor, quidquid ex mancipio post venditionem natum adquisitumve erit, venditori restituere. Sed quid, si nihil sit natum, adquisitumve? Hic silent Ædiles: & tamen, si emptoris dolo aut culpa factum est, ne nasceretur, aut adquireretur; placuit, perinde accipere, ac si natum adquisitumve esset *l.* 23. §. *ult. h. t.* scilicet, quia præstat, suam cuique culpam nocere, quam alteri. Insuper jussere Ædiles, venditori ab emptore restitui, *Et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive ex ea quid fructus pervenerit ad emptorem.* Sensus Ædilium, oportere in rebus quæ emptioni accesserunt, ab emptore servari idem quod est de principali re dictum. Atque illa sufficerent: si tempore factæ redhibitionis quæ provideri e re venditoris esset, innotuissent omnia. sed, ut se habent res humanæ, multa plerumque emergunt ex postfacto de quibus ante non fuit cogitatum. proinde sedit Veteribus, venditori vel in hoc incerto, ne quod inprudenti obveniat malum, consulere remedio cautionis ab emptore præstandæ. Casus & formulas si quis desiderat, reperiet in *l.* 21. §. 1. 2. *& l. seq. D. h. t.*

Dixi, quid Ædiles, venditori præstari jubeant. exspectas, quid emptori vicissim præstari postulent. sed præmittendum, quod opportune monet Ulpianus *l.* 25. §. *ult. h. t. Ordine fecisse Ædiles, ut ante venditori emptor ea omnia quæ supra scripta sunt, præstet: sic deinde pretium consequatur.* Nempe, ne venditor pretio ultro restituto, deinde emptoris mora aut tergiversatione damnum habeat aut molestiam. at non magis omittendum, Ædiles, sicut venditori hoc prospexerunt modo ita nec emptorem negligi passos esse. Gajus certe *l.* 26. *h. t.* veritus similiter, *ne iniquum sit, emptorem compelli, dimittere corpus, & ad actionem judicati mitti, si interdum nihil præstatur propter inopiam venditoris: potius rem ita ordinandam esse,* existimavit, *ut emptor caveat, si intra certum tempus pecunia soluta sit, se mancipium restituturum.* Sed apparet, Ædilibus fuisse negotium, ut redhibito venditori mancipio cum cæteris de quibus dixi, deinde demum emptor ad suum perveniat. Quid ergo? si is quidem agat ad redhibendum; sed nolit, venditori ea quæ jussus est, præstare: an ut præstet ea condemnabitur? Nescio, an de hoc

hoc lis fuerit apud Veteres. illud scio, non placere Ulpiano: causato, ut videtur, venditorem hac actione non agere, sed conveniri; & convento sufficere exceptionem, extra quam si actor non præstiterit quæ ex Edicto eum præstare oportet. atque huc ille it, meo judicio, in *d. l.* 25. §. *ult.* & *l.* 29. *h. t.* nec alio spectant tradita *l.* 47. *pr.* § 1. *item l.* 48. & *l.* 31. §. 11. *D. h. t.* Sed de ordine, quem in proposito servari Ædiles voluerunt, vel nimis. Reliquum est, ut videamus, quid illi ordini sit consequens. Ajunt Ædiles: *Quod si præstita ea sint quæ diximus,* (his verbis præcedentia conjunxi cum sequentibus) *& quanta pecunia pro eo homine soluta, accessionisve nomine data erit, arbitrio Judicis non reddetur, cujusve pecuniæ eo nomine obligatus erit, non liberabitur, tantæ pecuniæ cæterarumque rerum venditor ut condemnetur in duplum. item, si quas accessiones ipse præstiterit, ut recipiat.* Ædiles jubent, emptori post præstita ab eo venditori, quæ ipsi præstari voluere, contra a venditore restitui pretium pro mancipio, sive ut ipsi ajunt, pro homine solutum, item si quid ab emptore erit accessionis nomine datum, usura verbi gratia, aut si quid emtionis causa sit ex voluntate venditoris erogatum *l.* 27 *h. t.* Plus jubent, emptorem liberari necessitate præstandi ejus ad quod obligatus sit, sive ipsi venditori, sive alii *l.* 29. §. 1. *d. t.* quin de his omnibus, ut fiant, etiam volunt, Judicis arbitrium intercedere; eique si pareatur, venditorem absolvi: sin minus, condemnari. Ad quid? Ulpianus *d.* § 1. *l.* 29. ait, quanti ea res erit. hanc facit Edicti summam: & mox subjicit, ea condemnatione contineri pretium accessionesque. De usuris quærit? quia de his nihil in Edicti verbis. ait tamen, emptorem etiam usuras accepturum: quamquam non quasi usuras, sed quasi id quod ejus interfit: atque ita maxime; cum fructus quoque ipse restituat: opinor, ex mente Ædilium: officio arbitri tamquam viri boni suadente, æqualitatem utrimque servari. Sed ut plenissime intelligatur natura actionis redhibitoriæ quam Ædiles arbitrariam fecerunt, non pigebit me, sequentem Gaji observationem subjicere ex *l.* 45. *h. t.* *Redhibitoria actio duplicem habet condemnationem: modo enim in duplum, modo in simplum condemnatur venditor: nam si neque pretium neque accessionem solvat neque eum qui eo nomine obligatus erit, liberet, dupli pretii & accessionis condemnari jubetur: si vero reddat pretium & accessionem, vel eum qui eo nomine obligatus est, liberet, simpli videtur condemnari.*

Satis de actione redhibitoria, emptori ab Ædilibus dari solita; cum mancipium est in ea causa, ut ex Edicto redhiberi possit, & venditor nolit hoc recipere. Sed habeo auctorem Ulpianum *l.* 31. §. 17. *h. t.* emptori præter actionem illam, etiam aliam competere ad recuperandum pretium; si mancipium volenti sit redhibitum. Unde profecta illa sit, Ulpianus non docet. interim vocat eam in factum: potestque inde verisimile videri, voluisse, esse receptam ex Edicti sententia. Quod differt, sit in medio. certius dicam, in hac non quæri, num mancipium fuerit in causa redhibitionis: sed hoc tantum, an sit redhibitum. nec immerito ex sententia Ulpiani: causati, iniquum esse, posteaquam venditor recipiendo mancipium agnovit, id in causa redhibitionis esse, tunc quæri, debuerit redhiberi, an non debuerit. igitur nec de tempore quæri, an intra tempora redhibitus esse videatur, Ulpianus finit. Illud plane addit §. 18. hanc actionem exigere, redhibitum esse servum: cæterum deficere istam actionem, etiamsi nudo consensu placuerit, ut redhibeatur. conventionem ergo de redhibendo non facere huic actioni locum, sed ipsam redhibitionem. præterea addit § 19. etiam debere per hanc actionem restitui quod ei servo in venditione accessit.

Ab actione redhibitoria qua de egi, gradum transfero ad actionem quanto minoris. nam hæc est altera in Rubrica actio. ea alio nomine æstimatoria appellatur *l.* 18. & *l* 43. § 6 *h. t.* causa nominis est: quod hac agitur ab emptore, volente mancipium vitiosum aut morbosum retinere, non quidem pretio hoc quod promisit ignarus vitii aut morbi: sed quanti eo deprehenso id re vera esse judicabitur, detracto quod est nimium De ea actione confinxi sequens Edicti caput: *Item omnium rerum nomine quæ supra scriptæ sunt, quanto minoris mancipium, cum veniret fuerit, intra annum quo primum experiundi potestas erit, judicium dabimus.* In hoc capite primum observabo, quod hæc actio, quamquam est rei persecutoria, non est perpetua, sed datur dumtaxat intra annum quo primum experiundi potestas erit, qui annus utilis vocatur *l.* 19. §. *ult h. t.* Altera observatio erit: quod Ædiles hac actione agi permittunt non ex una morbi aut vitii specie, sed omnium rerum nomine quæ supra scriptæ sunt. id vero huc pertinet; ut intelligamus, posse hac actione sæpius agi, modo ex hac, modo ex alia, causa: puta, primum propter fugam, deinde propter morbum: quamquam ita, ne emptor lucrum faciat, & bis ejusdem vitii æstimationem accipiat. id ex Juliano recte tradidit Ulpianus *l.* 31. §. 16. *D. h. t.* & *l.* 32. § 1. *D. de evict.* solo Ædilium proposito, ut indemnis sit emptor. Occurit & tertia Juliani observatio, ipsa quoque non indigna huc adferri. ea observatio est: quod emptori, si tale est in homine vitium, ut eum ob id empturus non sit, ab Ædilibus permittitur electio, utra actione malit experiri, redhibitoria, an æstimatoria: ita tamen; ut, si una egerit, & deinde ad alteram veniat, per exceptionem rei judicatæ repellatur. sic Julianus *l.* 25 § 1. *D. de except. rei judic.* eo, ut videtur, motus, quod utraque actio licet sit diversa, tamen de eadem re est. idque hoc probat argumento: quod actio quanto minoris, ubi tale est in homine vitium, ut eum ob id empturus non fuerit actor, etiam redhibitionem continet atqui hac actum est quanto minoris. Non inficior: sed minoris pretii esse dicitur servus, etiam cum est nullius: quomodo etiam minus solutum dicitur, cum nihil solutum est *l.* 32 *D. de verb. signif.* Proinde sic legitur apud Paulum *l.* 43. § 6 *h. t* *Aliquando etiam redhiberi mancipium debebit, licet æstimatoria, id est, quanto minoris agamus: nam si adeo nullius sit pretii, ut ne expediat quidem tale mancipium domino habere, veluti si furiosum aut lunaticum sit, licet æstimatoria actum fuerit, officio tamen Judicis continebitur, ut reddito mancipio pretium recipiatur.* Sic Paulus: si recte, probandum est a Juliano dictum *d. l.* 25. § 1. postquam actum est actione redhibitoria, si deinde agatur actione quanto minoris, locum esse exceptioni rei judicatæ.

Ex tribus actionibus quas Ædiles emptori pollicentur, explicui duas, redhibitoriam, & quanto minoris restat tertia in factum actio hisce Edicti verbis comprehensa. *Hoc amplius, si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, judicium dabimus.* Ædiles volunt, eum qui adversus ea quæ supra scripta sunt, mancipium sciens vendiderit dolo malo, vitio aut morbo, verbi gratia, dissimulato, non teneri modo actione quanto minoris, & actione redhibitoria, de quibus ante

ante sunt locuti: sed hac in factum quoque. Ad quid? non exprimunt. Sed verisimile est, cogitare id quod interest. Eo me ducunt verba, *Hoc amplius.* quid enim denunciant: nisi quod, præter actionem quanto minoris & actionem redhibitoriam, ambas intra pretium aut æstimationem venditi mancipii consistentes, adhuc proponitur actio, solo illo pretio aut æstimatione non contenta: sed aliud præterea persequens? hoc vero est id quod interest emptoris, se dolosa venditoris reticentia non esse deceptum. nec dubito; quin ea propter Ædiles non ut duas illas priores, ita hanc tertiam indistincte promittunt adversus omnes qui mancipium vendunt, non pronunciato palam morbo aut vitio: sed adversus eum solum qui vitium morbumve sciens dolo malo reticuerit. hoc vero, dic sodes, quid designat? nisi quod nolunt, ad id quod inter est agi adversus venditorem vitium aut morbum ejus ignorantem: sed adversus hunc tantum qui mancipium dissimulato vitio aut morbo vendiderit sciens dolo malo. Ita prorsus est: potest quidem venditor actione redhibitoria, & quanto minoris ex hoc Edicto indistincte conveniri ad venditi mancipii pretium sive æstimationem, sive sciverit, sive ignoraverit vitium morbumve: verum hac in factum actione non potest alias teneri ad id quod interest, quam si mancipium sciens dolo malo vendiderit, emptore de ejus vitio morbove ante non facto certiore.

Alicui videri possit ad hanc in factum actionem se quoque ferre Antoninus *l.* I. *C. h. t* Decensio cuidam sic rescribens: *Si non simpliciter, sed consilio fraudis servum tibi nescienti fugitivum vel alio modo vitiosum quis vendidit, isque fugitivus abest: non solum in pretium servi venditorem conveniri, sed etiam damnum quod per eum tibi accidit, competens Judex (ut jam pridem placuit) præstari jubebit.* Et moveat eum, quod Antoninus, etsi actionem qua de agit, non discernat, in hac tamen qualiscumque sit, eamdem facit decisionem quæ a me facta modo ex Ædilitia in factum actione. præterea de hac eum loqui actione, aliqua possit esse suspicio ex Rubrica, *de Æditiis actionibus* Sed me alio trahunt hæc Antonini verba, *Ut jam pridem placuit:* quæ ad actionem in factum ex Ædilitio Edicto jam pervetusto, Antonino Principe, accommodari salva veritate nequeunt. Quid ergo? mihi fit probabile, illis Antonini verbis novam indicari Juliani sententiam: qua tum pridem placuerat, etiam in actione empti inter scientem & ignorantem, exemplo Ædilitii Edicti, hic consimilem facere differentiam, ab Ulpiano (qui sub Antonino floruit) in *pr. l* 13. *D. de act. empt.* clare traditam & approbatam. imo ipsum video Ulpianum ibidem § 3. eamdem empti actionem adversus ignorantem venditorem similitudine æquitatis adhuc longius producere ad id quod interest: similiter non indistincte: sed demum, si ille venditor ignorans furem esse, rogatus, an sit, asseveraverit, esse bonæ frugi & fidum, *ut caro venderet.* sic idoneo sensu edidit Haloander. Florentiæ legitur, *& caro vendidit.* item non male: modo accipiatur, quasi dicatur, & ideo caro vendidit. Quidquid est, Antoninus, me conjectore, in *d. l.* I. sequitur, quod tum pridem Juliano & mox Ulpiano visum in actione ex empto ad im tationem Ædilitii Edicti. Sic in priore parte Ulpianus. Quod vero ad posteriorem attinet, præfatur insuper, temerariam venditoris adseverationem ab ejus reticentia callida & dolosa nihil distare: opinatus, mendacium dolo proximum esse: & venditorem quod ignorat, falso adseverantem mentiri. etenim palam præ se ferentem, rem non esse vitiosam aut morbosam, ut caro vendat, hoc ipso tacite indicare, sibi exploratum esse, servum talem esse, qualem eum esse asseverat.

Non faciam rem ingratam Juris Studiosis, superiori interpretationi jungens sequentem *l.* 37. *D. de dolo malo* quæ est ejusdem Ulpiani, & valde obscura, nec aliunde lucem, quam ex hac Edicti parte acceptura: etsi a Juris Architectis sit posita sub Titulo, *De dolo malo*, quasi pendeat ab Edicto de dolo malo quod non puto, neque verum est. Verba Ulpiani apposui: *Quod venditor ut commendet, dicit, sic habendum, quasi neque promissum, neque dictum est. Si vero decipiendi emptoris causa dictum est, æque sic habendum est, ut non nascatur adversus dictum promissumve actio, sed de dolo malo.* Primum ait Ulpianus, venditorem aliquid commendandi causa dicentem, licet aliter se res habeat, quam dixit, propterea non teneri actione Ædilitia ad redhibendum: verissima hac ratione, quod perinde habetur, ac si non esset dictum aut promissum. Hoc: si venditor quid commendandi causa dixit, non decipiendi emptoris consilio. Sed fac, contrario dixisse proposito: Ulpianus æque habendum esse ait, ut non nascatur actio adversus dictum promissumve. Sensus Ulpiani, adhuc non nasci actionem redhibitoriam ab Ædilibus hac ex causa solitam promitti, quod sit factum adversus dictum promissumve. Hoc puto eo securius: quia eadem plane loquendi forma utitur Pomponius *l.* 64. §. I. & Paulus *l.* 47. *D. h. t.* Porro, ut commendandi causa aliquid sit a venditore dictum, decipiendi emptoris causa; tamen vel sic dictum est, non ut præstetur, sed ut commendetur, ideoque adhuc pro non dicto habetur. Cæterum quia emptor vel tali casu a sciente venditore dolo malo est deceptus adversus ea quæ sunt in Edicto supra scripta: optime ait Ulpianus, de dolo, id est, propter dolum, actionem dari. Quam? in factum ex hoc Ædilitii Edicti capite, vel si mavis, ex empto: sed utramvis intelligas actionem; scire te oportet cessare Prætoriam de dolo actionem: numquam solitam dari, si alia sit *l.* I. §. I. *D. de dolo malo.* Ita mihi persuadeo, & ut dixi, verba, *de dolo*, Ulpiano valere propter dolum: quomodo voculam, *de* sæpe usurpari, suis exemplis ostenderunt Eruditissimi Viri, Gulielmus Budæus *Annot prior. ad Pandect p.* 349. & Johannes Ker *lib.* I. *Select. de ling. Lat observ. lit D.*

Postremo ajunt Ædiles, *De mancipio quod ei rei accessit quæ minoris esset*, judicium non dabimus. Probationem hujus partis præbet Paulus *l.* 44. *D. h. t.* simul rationem, quam exponit D. Cujacius *lib.* 16. *Observ. c.* 20.

Tenes primum Edicti caput. quod alterum? sic ajunt Ædiles: *Qui jumenta vendunt, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique sit: uti quæ optime ornata vendendi causa fuerint, ita emptoribus tradentur. si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis, jumentisve ornamentorum nomine redhibendis, in diebus sexaginta: morbi autem vitiive causa inemptis faciendis, in sex mensibus: vel quo minoris, cum venirent, fuerint, in anno judicium dabimus. si jumenta paria simul venierint & alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, judicium dabimus, quo utrumque redhibeatur.* Sic proditur ab Ulpiano Edictum *l* 38. *pr. D. h. t.* sed ex §. 5. mox sequente intelligitur, adhuc fuisse illi subjectum hoc elogium: *Quæ de jumentorum sanitate diximus, de cætero quoque pecore omni venditores faciunto.* Loquuntur igitur, ut Ulpianus notat §. I. *d. l.* in hoc Edi-

cto Ædiles de jumentis. Et est causa hujus Edicti eadem quæ mancipiorum redhibendorum §. 2. Jumentorum autem appellatione an omne pecus contineatur, quæsitum fuisse ait. sic autem respondet: Et difficile est, ut contineatur. Verba hæc esse negantis contineri, pluribus demonstravi nuper *lib. De form. emendand. doli mali c.* 12. & probant sequentia Ulpiani verba: nam aliud significant jumenta, aliud significatur pecoris appellatione. idcirco elogium huic Edicto subjectum est, cujus verba hæc sunt. Quæ de jumentorum sanitate diximus, de cætero quoque pecore omni venditores faciunto. unde dubitari desiit, an hoc Edicto boves quoque contineantur. etenim jumentorum appellatione non contineri eos, verius est. sed pecoris appellatione continebuntur.

Deinde ajunt Ædiles, *Palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique sit.* Ad hæc verba Ulpianus *l.* 38. §. 3. sic scribit: Et fere eadem sunt in his, quæ in mancipiis, quod ad morbum vitiumve attinet. Inde sic infert: quidquid igitur hic diximus, huc erit transferendum. non tamen hoc sine exceptione: nam (quod mox observat §. 7.) sunt quædam quæ in hominibus quidem morbum faciunt, in jumentis non adeo. ac ne exemplum quæstioni esset, sic pergit: ut puta, si mulus castratus est, neque morbi neque vitii quid habere videtur, quia neque de fortitudine quid ejus detrahitur, neque de utilitate: cum ad generandum numquam sit habilis. Cælius quoque scribit, non omnia animalia castrata ob id ipsum vitiosa esse, nisi propter ipsam castrationem facta sunt imbecilliora: & ideo mulum non esse vitiosum. Idem refert, Ofilium existimasse, equum castratum sanum esse; sicut spado quoque sanus est. sed si emptor ignoravit, venditor scit, ex empto esse actionem.

Jubent igitur Ædiles, eos qui jumenta vendunt, palam recte dicere, quid in quoque eorum morbi vitiive sit. De dicto promissove, nihil edicunt, quantum ex verbis liquet. Verum Ulpianus §. 10. *d. l.* 38. ita scribit, puto, ex mente Ædilium: *Non tantum ob morbum vitiumve redhibitio locum habebit in jumentis, verum etiam, si contra dictum promissumve, erit locus redhibitioni, exemplo mancipiorum.* Sic editur: sed deest aliquid, hac forma supplendum. *Si contra dictum promissumve E R I T locus redhibitioni, exemplo mancipiorum.* Ea forma significatur, *Si contra dictum promissumve erit; erit locus redhibitioni,* &c.

Porro ajunt Ædiles, *Uti quæ optime ornata vendendi causa fuerint, ita emptoribus tradentur.* Melius fortassis legetur, *traduntor:* quo modo in quibusdam libris esse, refert Russardus *Not. Marginalib.* Vendendi autem causa, ut Ulpianus *l.* 38. §. 11. scribit, ornatum jumentum videri Cælius ait, non si sub tempus venditionis, hoc est, biduo (id est, aliquo tempore) ante venditionem ornatum sit: sed si in ipsa venditione ornatum sit: aut ideo, inquit, venale cum esset, inspiceretur. semperque cum de ornamentis ageretur, & in actione, & in Edicto adjectum est, vendendi causa ornata ducta esse: poterit enim jumentum ornatum itineris causa duci, deinde venire.

Loquuntur igitur Ædiles de jumentis emptori a venditore tradendis ita, uti vendendi causa fuerint optime ornata; de mancipiorum vero ornamentis, quantum ad verba nihil edicunt. Videtur tamen vel in his idem quod de illis, receptum similitudine rationis: quando venalitiarii, id est, mangones, æque hæc atque illa quo pluris venirent, cum ornamentis vendebant. alludit huc apud Plautum Parasitus *Sticho* 1. 2. 18. fuitque inde quæsitum, mancipio vendito, an ornamenti appellatione annulus signatorius contineatur? nimirum habebant etiam servi annulos non solum ferreos, sed argenteos quoque & aureos: non quidem gestaturi eos: (erat enim hoc dignitatis, & ultra servilem conditionem) sed signaturi ea quæ erant administrationis eorum, ne a conservis raperentur, puta, esculenta, potulenta, alia, annulo signari solita, auctore Plinio *lib.* 33. *Hist. nat. c.* 1. Spectat huc *l.* 74. *D. de verb. signif.* quæ est ex Pauli lib. 2. Ad Edictum Ædilium Curulium. ait vero ille, *Signatorius annulus ornamenti appellatione non continetur.* Sine dubio, quia utilitatis & necessitatis gratia, non ornandi corporis & venustatis, gratia habetur. illa enim ratione ne ingenuorum quidem hominum annulos signatorios ornamentis annumerari, Ulpianus probat *l.* 25. §. 10. *D. de aur. arg. leg.*

Porro ajunt Ædiles, *Si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis, jumentisve ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta: morbi autem vitiive causa inemptis faciendis in sex mensibus: vel quo minoris cum venirent, fuerint, in anno judicium dabimus.* Hæc verba non egent explicatione: ultro clara sententia. saltem adscribam sequentem Ulpiani admonitionem ex §. 3. *l.* 38. *Et si mortuum fuerit jumentum, pari modo reddendum erit, quemadmodum mancipium potest.*

Sequitur in Edicto: *Si jumenta paria simul venierint, & alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat; judicium dabimus, quo utrumque redhibeatur.* Ædiles volunt, pluribus jumentis, duobus, verbi gratia, venditis, si unum sit in ea causa, ut propter vitium redhiberi debeat, non id redhiberi solum quod est vitiosum: sed etiam alterum, etsi non sit vitiosum: non tamen sic semper atque indistincte observari: sed tum demum, si illa simul venierint, & tamquam paria. nam si non simul fuerint vendita, nec tamquam paria, etsi plura venierint, non omnia esse redhibenda, Ulpianus observat *l.* 38. §. 12. *h. t.* idque sic confirmat: Nam & si vitiosum sit unum jugum, non tamen propter hoc cætera juga redhibebuntur. Atque ita est, cum jumenta paria veniunt, puta una biga, sive unum jugum, Edicto expressum esse, Ulpianus ait §. 14. *d. l.* ut cum alterum in ea causa sit, ut redhiberi debeat, utrumque redhibeatur. additque, in ea re tam emptori, quam venditori consuli, dum jumenta non separantur.

Sic: si biga vendatur. quid, si triga, aut quadriga sit? simili modo, inquit Ulpianus, redhibenda erit tota. Bigæ autem appellatio, ut hoc exponam, non significat currum cui juncti sint equi duo: sed est nomen numeri; indigitantis duos equos etiam sine curru, etsi compararentur plerumque, ut jungantur currui. similiter triga & quadriga etiam sine curru intelligitur de tribus aut quatuor equis currui jungi solitis: ut notavi *lib.* 2. *De usufructu c.* XI. & pluribus probat hic Dionysius Gothofredus. Dixi, quid juris sit in uno pari mularum. sed fac, duo esse, & unam mulam vitiosam esse, vel par. ait Ulpianus; solum par redhibebitur, alterum non. Ita si jam paria sint constituta. Cæterum, si nondum sint constituta paria, sed simpliciter quatuor mulæ uno pretio venierint, unius, inquit, erit mulæ redhibitio, non omnium: & addit: *Nam & si polia venierit, dicemus, unum equum qui vitiosus est, non omnem poliam redhiberi oportere.* Johannes Cruceus Picardus, *Notis ad h. l.* poliam interpretatur gregem equorum: qui grex ab Ulpiano

no *l.* 1. §. *ult. D. de rei vindic. & l.* 12. §. 4. *D. de usu & habit.* equitium dicitur. Quæ de jumentis diximus, hæc (inquit Ulpianus *d.* §. 14. *l.* 38.) & in hominibus dicemus, pluribus uno pretio distractis: nisi si separari non possint, ut puta, si tragœdi vel mimi, ex Paulo additur *l.* 39. vel fratres: hi enim non erunt separandi *l.* 40. *b. t.* Seneca Pater, *Excerpt. Controv. lib.* 9. *Declam.* 3. *In auctionem fratres productos quamvis bostilis basta non dividit. Plus quiddam est geminos esse, quam fratres. perdit uterque gratiam suam, nisi cum altero est.*

Tertium caput Ædilitii Edicti ex Ulpiano & Paulo *l.* 40. §. 1. *& seqq. b. t.* sic extat: *Ne quis canem, verrem, vel minorem aprum, lupum, ursum, pantheram, leonem, aliudve quod noceret animal, sive soluta sint, sive alligata, ut contineri vinculis, quo minus damnum inferant, non possint, qua vulgo iter fiet, ita babuisse velit; ut cuiquam nocere, damnumve dari possit: si adversus ea factum erit, & homo liber ex ea re perierit, solidi ducenti: si nocitum bomini libero esse dicetur, quanti bonum æquum Judici videbitur, condemnetur: cæterarum rerum, quanti damnum datum factumve sit, dupli.*

TITULUS II.

De evictionibus & duplæ stipulatione.

Partes Rubricæ duæ sunt: una de evictionibus, altera de duplæ stipulatione. Est autem evictio, rei emptæ ablatio per Judicem jure facta. dicta a vincendo; præpositione verbi potestatem augente. nam vincere est, victoriam obtinere. evincere est, victoriam exequi, sive, ut ostendi sub Titulo, *De inofficioso testamento*, per victoriam auferre vel abducere. is enim in rei vindicatione est victoriæ finis: ideoque executio, ejus ablatione aut abductione constans, ab Ulpiano extremum jurisdictionis vocatur *l. unic.* §. 1. *D. Si quis jus dicenti non obtemp.* Hoc modo evinci dicitur res empta; cum dominus aut creditor jure dominii aut pignoris emptori per Judicem aufert ei venditum & traditum ab aliquo qui non habebat vendendi ac tradendi facultatem. idemque est, si Judex emptore agente adversus rei emptæ possessorem, eum absolvat. Adeo evicta res est: sive emptori convento per Judicem est post sententiam ablata: sive eo agente est a possessore retenta. De utraque evictionis parte prodita a Veteribus est Formula stipulationis: quam Rubrica vocat duplæ stipulationem: quia in eam inducebatur duplum pretii, re evicta. E re erit, illam Formulam apponi: plerisque hujus Tituli Fragmentis ab ejus explicatione pendentibus. Videtur autem ita concipi posse, Eam rem quam a te emi, mihi habere licere: & si ea res a me petita erit, vel si eam ab alio petiero, eam recte defendere, postquam tibi heredive tuo denunciavero: & si ea res mihi evicta erit, vel si eam ego a possessore evincere non potuerim, tum duplam mihi recte præstari, dolumque malum abesse, & abfuturum esse, spondes? Tenes Formulam. petis probationem. accipe, & subjectam interpretationem.

Prima observatio erit, in illa Formula non postulari satisdationem: sed repromissionem. Vulgus quidem credidit, fidejussorem quem auctorem secundum vocant, re tradita dari oportere: sicut in mancipatione hoc invaluisse, nisi contrarium placuisset, Varro auctor est *lib.* 5. *De ling. latin. pag.* 92. Sed quidquid vulgus putarit, aliud obtinuit: Formula stipulationis duplæ nuda repromissione contenta, nisi aliter convenerit. id intelligitur ex *l.* 37. *l.* 4. *l.* 56. *D. b. t. l.* 1. §. 8. *D. de prætor. stipul.* & annotavit D. Cujacius *lib.* 11. *observ. c.* 4. *idem suspicatus lib.* 21. *c.* 15. in *d. l.* 4. pro *mancipium* esse legendum, *mancipio*. quod & mavult Salmasius *De usuris c.* 8. sed veterem lectionem tuetur Heraldus, *Animadvers. in Salmas. observ. lib* 4. *c.* 2. §. 3. Altera observatio erit: quod duplæ stipulatio concepta dumtaxat est de emptione: sicut ob hanc est inventa. nec idcirco respuit alios contractus. Hoc constat fide Ulpiani *l.* 52. *D. d. t.* atque opinati, id sileri non oportere. Verba ejus sunt: *Sciendum est, nihil interesse, ex qua causa duplæ stipulatio fuerit interposita, utrum ex causa emptionis, an ex alia, ut committi possit.* Præter hæc observandum, angustos esse actionis ex dupla fines: ut est stricti juris stipulatio; & tantum concepta in duplum pretii: manifesto in stipulatione, quidquid adstringendæ obligationis est, nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligi *l.* 99. *D. verb. oblig.* Inde factum, ut facile deficiente ex dupla actione, sæpe fuerit necesse, confugere ad actionem ex empto: quæ ut est bonæ fidei, & æquitati serviens, multa complectitur, ad quæ non pertingit rigor actionis ex dupla. Obtinet igitur ex dupla actio, evicta re empta, in duplum pretii: modo intervenerit de duplo stipulatio. at hac omissa, quantumvis sequatur evictio, cessat actio ex dupla; & pro ea subjicitur ex empto actio ad id quod interest *l.* 1. *D. de act. empt.* hoc est, lucrum cessans & damnum emergens *l.* 13. *D. Rat. rem. bab.* Javolenus *l.* 60. *D. b. t.* sic exprimit: *Si in venditione dictum non sit, quantum venditorem pro evictione præstare oporteat: nibil venditor præstabit, præter simplam evictionis nomine, & ex natura ex empto actionis boc quod interest.* Obscurior est Javoleni sermo: sed lucem dabit hoc Pauli *l.* 43. *D. de act. empt. ad fin. Nam empti judicium ad eam quoque speciem sufficere existimo; non enim pretium continet tantum, sed omne quod interest emptoris servum non evinci.* Et in *l.* 70. *D. b. t. Evicta re ex empto actio non ad pretium dumtaxat recipiendum, sed ad id quod interest competit.* Secundum hæc putemus a Javoleno significari, actionem ex empto dari ad id quod interest, atque in eo pretium contineri. Vel hoc notari dignum est; quod cum dico, eam persequi omne quod emptoris interest: non idcirco volo, eam emptoris utilitatem persequi in infinitum. non enim est ita: & ad rem Paulus *d. l.* 43. *ad fin. Plane*, inquit, *si in tantum pretium excedisse proponas, ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa; veluti si ponas agitatorem postea factum, vel pantomimum, evictum esse eum qui minimo veniit pretio: iniquum videtur in magnam quantitatem obligari venditorem.* Quid ergo est? Sic temperanda in proposito ejus quod interest æstimatio est, ne excedat modum dupli. licebitque temperamenti causam petere ab officio Judicis: assueti in bonæ fidei judiciis emollire & moderari affectiones asperas atque immoderatas: qualis in proposito visa est quæ excedit duplum: utique postquam placuit Prudentibus, formulam stipulationis in casu evictionis plerumque retinere intra finem dupli. nec miramur, quod est moris ac consuetudinis, id in bonæ fidei judicio servari. Ipse sic Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 17. §. 2. Verba Pauli: *Si res simpliciter traditæ evincantur, tanto emptori venditor condemnandus est, quanto si stipulatione pro evictione cavisset.* Evicta igitur re empta, competit emptori adversus venditorem

ditorem ex dupla actio, si intervenerit duplæ stipulatio: alioquin ex empto ad id quod interest, non in infinitum, sed intra duplam. & ita Africanus *l.* 44. *D. de act. empt.* Quid, si res non empta sit, sed in solutum data? etiam hic cessat directa ex empto actio; cum non sit emptio. nihilominus habet illa solutio vicem emptionis, id est, similem causam æquitatis: nec male placuit, utilem ex empto actionem dari ad id quod interest *l.* 4. *C. b. t.* idemque vel simile receptum in permutatione per actionem præscriptis verbis *l.* 29. *C. d. t.* & in divisione hereditatis *l.* 66. §. *ult. D. b. t. l.* 14. *C. Famil. ercisc.*

Sed propius videnda Formula duplæ stipulationis. Ait, *Eam rem quam a te emi, mihi habere licere spondes?* Convenienter naturæ emptionis: solum agentis, ut venditor emptori tradat vacuam possessionem *l.* 11. §. 2. *D. de act. empt.* Non igitur tenetur emptorem facere dominum: sed ei præstare habere sine interpellatione; Hoc indigitat Ulpianus *l.* 38. §. 2. *D. de verb. oblig.* ad hanc formulam sic scribens: *Sed quatenus habere licere videbitur? Si nemo controversiam faciat.* Nec male Pomponius *l.* 3. *D. de act. empt. Ratio possessionis quæ a venditore fieri debeat. talis est, ut, si quis eam possessionem jure avocaverit, tradita possessio non intelligatur.* Forte poterat sufficere hæc obligatio: quippe spectans ad id quod emptoris interest, nisi ei sit paritum. utile tamen visum est, emptori vel duplæ stipulatione consulere: ne ei opus sit probare, quanti ipsius intersit, rem non esse evictam: nam hoc in facto consistit *l.* 24. *D. de reg. jur.* & plerumque est difficilis probationis; eoque ad exiguam summam deducitur *l. ult. D. de prætor. stip.* Videamus igitur, quid his verbis, *Habere licere*, comprehendatur. Ulpianus in *l.* 38. *pr. D. de verb. oblig.* hanc explicans formulam, sic scribit: *Stipulatio ista*, Habere licere, spondes? *hoc continet, ut liceat habere, nec per quemquam omnino fieri, quo minus habere liceat: quæ res facit, ut videatur reus promisisse per omnes futurum, ut tibi habere liceat.* Hoc vero cum non esset sine difficultate, eam Ulpianus his proponit verbis: *Videtur igitur alienum factum promisisse. nemo autem alienum factum promittendo obligatur.* Sed hanc mox sic solvit: *Sed se obligat, ne ipse faciat, quo minus habere liceat.* Significat vero; quod hoc modo venditor non simplex abnutivum spondet; sed curaturum se, ut stipulatori habere liceat. quomodo fere interpretatur Paulus *l.* 83. & ipse Ulpianus *l.* 50. *D. eod. tit.* nec tamen vel illa interpretatio generaliter fuit accipienda, ne per omnes fiat: sed ne fiat per eos in quos venditor jus prohibendi habet: quales sunt ejus heredes; ut in *l.* 24. §. 6. *D. de damn. infect.* Proinde indigitat Ulpianus *d. l.* 38. venditorem his verbis, *Habere licere*, obligari; *ne heres suus efficiat, ne habere liceat.* puto, quod heres defunctum repræsentans, ejus factum præstare debet *l.* 143. *D. de reg. jur.* addit Ulpianus, *vel quis cæterorum successorum efficiat, ne habere liceat:* iisque verbis heredis heredes & deinceps intelligit *d. l.* 38. §. 2. Pergit Ulpianus *d. l.* §. 1. & 2. Sed si quis promittat. *per alium non fieri, præter heredem suum: dicendum est, inutiliter eum promittere factum alienum. at si quis velit* (id est, si quis tamen velit) *alienum factum promittere; pœnam vel quanti ea res sit, potest promittere.*

Porro ait Formula: *Si ea res a me petita erit, vel si eam ab alio petiero, eam rem recte defendere, postquam tibi heredive tuo denunciavero.* Formula vult, venditorem spondere, se emptorem rei, si per alium petita erit; vel si ipse eam, amissa possessione, ab alio petierit, recte defensurum esse. Utriusque partis probatio *l.* 16. §. 1. *D. b. t.* & *l.* 75. §. 1. *D. de procuratorib.* Tenetur igitur venditor emptori in judicio adesse, eumque recte defendere. quamquam non alias, quam si emptor illi litem ante denunciaverit. Modestinus *l.* 63. §. 1. *D. b. t.* exigit, auctorem laudari. eodemque verbo utitur Pomponius *l.* 6. §. 5. *D. de act. empt.* sed ex *pr. d. l.* 63. discitur, litis denunciationem ea locutione intelligi. Jam *laudare* prisca lingua, & in civilibus actionibus esse *nominare*, dudum est ab aliis observatum. Vult igitur Formula stipulationis duplæ, venditori, ut actione ex dupla uti possit, litem ab emptore denunciari. idemque in actione ex empto, & simplici ex stipulatu actione obtinuisse, indicat Alexander *l.* 8. *C. b. t.* maxime, si præsens sit venditor. nam si absens sit, aut præsens faciat, quo minus ei denuncietur: placuit Veteribus, duplæ stipulationem vel sine denunciatione committi *l.* 55. §. 1. *D. b. t.* Illud parum refert, quo tempore fiat denunciatio. itaque de eo in Formula nihil adjeci: ex monitu Pomponii *l.* 29. §. 2. *D. d. t.* sic scribentis: *Quolibet tempore venditori renunciari potest, ut de ea re agenda adsit.* Qua ratione? ait Pomponius: *Quia non præfinitur certum tempus in ea stipulatione.* Unum tamen præcipit observari: *Dum ne prope ipsam condemnationem fiat.* Sic Pomponius; & clare. At enim Javolenus *l.* 29. §. 3. *D. de legat. lib.* 3. *Denunciari*, inquit, *debere, priusquam judicium accipiatur.* Id vero creditur sonare, priusquam lis contestetur. Ne ipse quidem inficior sæpe dici, judicium accipi, cum lis contestatur: sed hoc non est perpetuum. imo *lib.* 3. *De fœnor. & usur. c.* 15. jam observavi, judicium aliquando sumi pro sententia: ut in *l.* 1. *C. Si advers. rem judic.* & *l.* 46. §. 3. *D. de admin. tut.* proinde liceat mihi evitandæ pugnæ gratia, per *judicium* in *d. l.* 29. §. 3. exaudire *sententiam:* sicut in ambigua voce legis solemus eam accipere significationem quæ vitio caret: cum præsertim voluntas legis etiam ex hoc colligi possit *l.* 19. *D. de legib.*

Pergit stipulatio: *Et si ea res mihi evicta erit, vel si eam ego a possessore evincere non potuerim.* Stipulatio significat, actionem ex dupla committi, si res empta sit evicta: sive quod emptori convento per Judicem est ablata: sive quod eo agente, per Judicem a possessore est retenta: ut paulo ante demonstravi. Nunc tractandum, quando res evicta dicatur. ad hoc tria desiderantur. primum est, ut res sit ablata: alterum, ut sit judicio ablata: tertium, ut sit jure ablata. Primum oportet rem, ut evicta sit, ablatam esse. videtur autem ablata, sive evicta; cum emptori eam habere non licet. contra, si eam possidet; neque ablata, neque evicta est; ideoque non potest ex dupla agi: quantumvis constet, venditam ac traditam esse rem alienam aut alteri obligatam *l.* 3. *C. b. t.* nec hoc inique: ubi emptori licet rem habere: atque (ut in explicatione Formulæ stipulationis ait Ulpianus) habere dupliciter accipitur: nam & eum habere dicimus qui rei dominus est: & eum qui dominus quidem non est, sed tenet: denique habere rem depositam solemus dicere *l.* 38. §. 9. *D. de verb. oblig.* Sit ita, nondum mota emptori controversia de proprietate. sed finge, jam motam esse. nihil muto: certus, ab executione non inchoari judicium: sed prius esse, ut servato ordine actio adversus reum dirigatur, & causa cognita sententia accipiatur *l.* 1. *C. de execut. rei judic.* quod si est: putemus, emptore inter moras judicii rem em-

emptam possidente, eam nondum intelligi evictam; quam ei interim habere licet. & recte Hermogenianus *l.* 74. §. 2. *D. h. t. Mota*, inquit, *quaestione, interim non ad pretium restituendum, sed ad rem defendendam venditor conveniri potest.* Plus dicam: ne lata quidem adversus emptorem sententia, ut ipse victus sit, res evicta est: quamdiu ei per executionem ablata non est: quia tamdiu ei habere licet; & potest multis modis accidere, ut victor ad executionem deveniat numquam. Hac ratione Paulus *l.* 35. *D. h. t. Evictus*, inquit, *a creditore* [servus] *tunc videtur, cum fere spes habendi abscissa est.* atque inde sic commode argumentatur: *Itaque si Serviana actione evictus sit, committitur quidem stipulatio, sed quoniam soluta a debitore pecunia potest* (emptor) *servum habere, si soluto pignore venditor conveniatur, poterit uti doli exceptione.* Simili modo Gajus *l.* 57. *D. eod. tit.* negat, emptori tunc competere ex stipulatu actionem, *si is qui eum in evictione rei vicerit, ante ablatam vel abductam rem* (id est, ante executionem) *sine successore decesserit: ita ut neque ad fiscum bona pervenire possint* (forte non facta nunciatione intra quadriennium *l.* 1. §. 2. *D. de jur. fisc.*) *neque privatim a creditoribus distrahi.* (quia nulli sunt privati creditores) Nec piget me adjectae rationis, *Quia rem habere ei licet.* Non minus vera est Gaji illatio, inde sequens in §. 1. *Et si ab eo qui vicerit, donata legatave res fuerit emptori, aeque ex stipulatu actionem non nasci: scilicet* (hanc addit moderationem) *si antequam abduceret vel auferret, donaverit aut legaverit: alioquin semel commissa stipulatio resolvi non potest.* Non dissimilis est casus quem apud Ulpianum tractat Julianus *l.* 21. §. 2. *D. d. t.* opinatus, si emptor hominis, id est, servi, mota sibi controversia, venditorem dederit procuratorem, isque victus litis aestimationem sustulerit, stipulationem duplae non committi. hac ratione: quia nec mandati actionem procurator hic, idemque venditor habet, ut ab emptore litis aestimationem consequatur. Igitur cum neque corpus, neque pecunia, emptori absit; & adeo res in hunc redit locum, ut emptori, quamquam victo, liceat rem emptam pleno jure habere: optime concludit Ulpianus, non oportere stipulationem committi. Rem in pauca confert sequens Pomponii definitio in *l.* 16. §. 1. *D. h. t. Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est.* Pomponius tria dicit: primum, actionem ex dupla obtinere; cum petitori res ab emptore officio Judicis est restituta: scilicet, quia apparet, ei ablatam esse. Deinde ait, actionem ex dupla obtinere, si damnatus solverit litis aestimationem. & hoc recte: nam ut liceat ei hac in specie habere rem ipsam; tamen ablata aestimatione, non intelligitur eam habere ex venditione qua de quaeritur. quin si rationem totius inimus negotii: perinde est, ac si rem emptam victori restituisset emptor; deindeque eam ab illo rursus emisset: explorato, litis aestimationem esse emptioni similem *l.* 3. *D. Pro emptore.* Sed palam scribit Ulpianus *l.* 21. §. 2. *D. h. t. Quamvis si ipse* (emptor) *judicio accepto victus esset, & litis aestimationem sustulisset, placeat committi stipulationem: ut & ipse Julianus eodem libro scripsit. neque enim habere licet eum* (servum) *cujus si pretium quis non dedisset, ab adversario auferretur: prope enim hunc ex secunda emptione, id est, ex litis aestimatione, emptori habere licet, non ex pristina.* Postremo monet Paulus, duplae stipulationem committi: si possessor ab emptore conventus, absolutus est. nam & sic habendi spes abscissa est. Sed hoc in antecessum traditum aliquoties.

Quae dixi, vera sunt; si venditor ignorans rem alienam vendiderit bona fide: nam si sciens alienam vendiderit; ait Africanus, emptori etiam, priusquam evincatur, competere ex empto actionem in id, quanti ejus interest, suam esse factam: & praefatur, quamvis alioquin verum sit, venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat; non etiam, ut ejus faciat: quia tamen dolum malum abesse praestare debet, teneri eum qui sciens alienam, non suam ignoranti vendidit *l.* 30. §. *ult. D. de act. empt.* Praeterea aequum visum est, jam tradita a venditore re vendita, & pretio nondum ab emptore soluto, si de dominio moveatur quaestio, emptori per exceptionem succurri adversus venditorem, pretium petentem: nisi paratus sit, ei evictionis nomine idoneos praestare fidejussores *l.* 24. *C. h. t. l.* 18. §. 1. *D. de peric. & commod. rei vend.*

Non est satis ad evictionem, rem emptam emptori esse ablatam: sed ei per Judicem ablatam esse oportet. non enim est evictio nudi facti, sed juris nomen: omni privata vi, post inventas civiles societates & judicia constituta, legibus interdicta. Hoc modo evincere est, per legitimos tramites evincere; sive judicio auferre: ab eaque causa aliquando fit mentio evictionis judicio, item per judicium, sive per judicem, factae *l.* 22. §. 1. & *l.* 24. *D. h. t.* Quod si aliter rem habere emptor desinat; non dicitur evicta, tantum quia non est per Judicem ablata, sive evicta *l. ult. C. de act. empt.* Praeterea ait Venulejus *l. ult. D. h. t.* si mihi alienam rem tradideris, & eamdem habuero pro derelicta, amitti auctoritatem, id est, actionem de evictione. Idem, si emptor rem tradiderit citra Judicis auctoritatem *l.* 17. *C. h. t.* De compromisso dubites: quia compromissum a Paulo *l.* 1. *D. de receptis* dicitur redigi ad similitudinem judiciorum, & ad finiendas lites pertinere. Sed quod Paulus dixit *d. l.* 1. non per omnia verum est: in proposito vero alia judicii ratio, alia compromissi: alterum inter volentes, alterum inter invitos, exercetur. ipse sic Paulus *l.* 56. §. 1. *D. h. t. Si compromisero, & contra me data fuerit sententia, nulla mihi actio de evictione danda est adversus venditorem: nulla enim cogente necessitate id feci.*

Ex tribus requisitis, quibus res evicta aestimatur, restat tertium: quod est, rem jure ablatam esse oportere; puta, quod non licet emptori eam per venditorem habere, vendita re aliena, aut alteri obligata, nullo jure. sane, quod a Pomponio notatum, duplae stipulatio non unam continet evictionem: id est, non unam evictionis formam. nec interest, quo genere judicii evincatur, ut emptori habere non liceat: modo jure factum sit. exemplum Pomponii unum, si in judicio communi dividundo adversario adjudicatus sit servus: quia probavit, eum communem esse; id est, ex parte alienum. huic exemplo accedit alterum: si quis dominium petierit, & evicerit: item, si quis Serviana actione experiatur. igitur evicta res intelligitur, si sit jure ablata *l.* 34. §. 1. & 2. *D. h. t.*

Quid si aliter sit ablata? nulla evictio est. exemplum tale apud Ulpianum *l.* 21. *D. h. t.* si servus decesserit, antequam evincatur. additur ratio elegans: quod nemo eum evincit, sed factum humanae sortis. sensus: Per venditorem licebat emptori servum habere. per fatum non licebat. mori vero est, conditio communis omnium hominum: ea non onerat venditorem; cum ab eo non pendeat. Si tamen dolus intercesserit: non

non intercedit Ulpianus *d. l.* quo minus actione ex empto (ſic cenſeo) de dolo agi poſſit. Similis fuerit deliberatio: an evicta videatur res, ſi emptori Judicis injuria auferatur. At ne tum quidem evictio intelligitur: quia non eſt jure ablata res quam Judicis injuria abſtulit *l.* 8. *l.* 15. *C. b. t.* nec intereſt, utrum ejus imprudentiæ, errori, ſtultitiæve, imputetur, an ſordibus: utro enim modo fiat, cur auctorem contingat: cujus vitium non eſt *l.* 51. *D. d. t.* ac valde probo hoc Pauli *l.* 67. *D. de fidejuſſorib. Injuria quæ tibi facta eſt, penes te manere, quam ad alium tranferri æquius eſt.* addit tamen: *Scilicet, ſi culpa tua injuſtæ damnationis cauſam præbuiſti.* Hæc adjectio non placet Jacobo Cujacio: exiſtimanti, eſſe imperiti Interpretis. Sed mihi videtur habere temperamentum a ratione non alienum. præterea animadverto, eo uti quoque Javolenum *l.* 66. *D. Solut. matrim.* & Pomponium *l.* 29. §. 1. *D. b. t.* Servandum igitur meo judicio.

Ut igitur evicta res intelligatur, ablatam eſſe oportet. Quid, ſi emptoris culpa fuerit evicta? non eſt jure evicta, ſed vitio emptoris: quod venditori nocere non debet. Tale vitium eſt; ſi emptor auctori ſuo litem non denunciavit: hoc eſt, eum non convenit ad rem defendendam. id enim negligere eum, non ſinit providentia ſtipulationis duplæ: cum alioquin poſſit videri litem amiſiſſe: non quod malam haberet cauſam; ſed quoniam parum inſtructus erat *l.* 53. §. 1. *D. b. t.* Occurrit hic & aliud culpæ exemplum, ſi emptor a judicio abfuit *l.* 8. *C. b. t.* nam ſi ideo contra eum judicatum eſt, quod ipſe defuit, non committitur ſtipulatio; quaſi magis propter abſentiam victus videatur, quam ob malam cauſam *l.* 55. *d. t.* Idem dicit Modeſtinus *l.* 63. §. 2. *D. eod.* ſi emptor appellavit, & bonam cauſam vitio ſuo ex præſcriptione perdidit: id eſt, quia non obſervavit fatalia appellationis. Præterea ait Pomponius *l.* 27. *D. b. t.* quod hoc jure utimur: ut, ſi obſtent exceptiones ex perſona emptoris objectæ, venditor ei non teneatur: ſi vero ad perſonam venditoris reſpiciant, contra. certe nec ex empto, nec ex ſtipulatione duplæ, nec ſimplæ competit emptori, ſi ei exceptio ex facto ipſius oppoſita, obſtiterit. Quod ſi ex utriusque perſona & auctoris & emptoris exceptiones objicientur: intererit, propter quam exceptionem Judex contra judicaverit: & ſic aut committetur, aut non committetur, ſtipulatio *l.* 28. *d. t.* Merito; quia æquum eſt, unicuique factum ſuum, non adverſario nocere *l.* 155. *D. de reg. jur.*

Habet igitur actio de dupla locum: ſi emtori rem habere non licet, eo quod evicta eſt: qualis qualis ſit, corporalis, ut fundus, ſervus, ancilla, vacca *l.* 1. *l.* 16. §. 2. *l.* 42. & 43. *D. b. t.* an incorporalis, ut hereditas *l.* 1. *C. d. t.* amplius obſervat Ulpianus *d. l.* 1. hoc procedere, ſive tota res evincatur, ſive pars: ac poſſit ratio videri, quod toti pars ineſt; & quod de toto dicitur, plerumque de partibus intelligitur: ſicut eſt ſupra in explicatione Edicti De jurejurando ſub eo Titulo traditum *l.* 7. In præſentia autem ſic generaliter placuiſſe, vel ex eo liquet: quod a Paulo *l.* 56. *b. t.* de homine, ſeu ſervo, ſpecialiter ſcribitur hunc in modum: *In ſtipulatione duplæ, cum bomo venditur, partis adjectio neceſſaria eſt: quia non poteſt videri bomo evictus, cum pars ejus evicta eſt.*

Proxima deliberatio erit, quid in propoſito partis appellatione indigitetur. cum autem nos docet Paulus *l.* 30. *D. de uſurp. & uſucap.* tria eſſe corporum genera: unita, connexa, & ex diſtantibus capitibus conſtituta: primum attingam unita, quæ ille dicit cohærere uno ſpiritu. tale corpus eſt homo. & ejus pars eſt, membrum omne quo abſolvitur naturalis ejus integritas. quod ſi quæ præterea ei accedant, hæc non ſunt in parte: ut partus nondum editus, aut hereditas ſervo delata: ac, ſi petantur per conſequentiam venditi hominis, multum refert qua actione agatur, ex dupla, an ex empto. Sane Paulus *l.* 42. *D. b. t.* diſputans, ut mihi videtur, de actione ex dupla negat, ancilla prægnante vendita & tradita, venditorem ob evictum partum de evictione conveniri. & præfatur, *Quia partus venditus non eſt.* Siccine? ut Paulo conſtet ratio: noli, ejus verba exaudire de ancilla nudo conſenſu vendita, & ſi hunc ſenſum præfert primus adſpectus. potius intellige ea de ancilla ſtipulatione promiſſa ex cauſa venditionis. nam ex hac venit actio ex dupla: ad quam Paulum refero. cauſam vero ſic temperandæ ejus ſententiæ accipe ab hoc Juliani *l.* 43. *D. b. t. Vaccæ emptor, ſi vitulus qui poſt emptionem natus eſt, evincatur, agere ex duplæ ſtipulatione non poteſt: quia nec ipſa, nec uſusfructus evincitur.* Julianus actioni ex dupla de qua loquitur, facit locum evicta vaccæ proprietate, vel evicto ejus uſufructu, tamquam parte, ut poſt oſtendam. cæterum evicto vitulo poſt emptionem nato negat, emptorem poſſe agere ex dupla: cauſatus, neque vaccam ipſam eſſe evictam, neque ejus uſumfructum, id eſt, ejus partem. vendita igitur ancilla apud Paulum, aut vacca apud Julianum, & duplæ ſtipulatione ſubſecuta, appellatione ancillæ aut vaccæ non continetur evictio partus aut fœtus, quaſi partis: utcumque tempore venditionis adhæſerit viſceribus matris; ac vel de eo invendendo ſit cogitatum: juris ſubtilitate fines ancillæ aut vaccæ utriusque membris æſtimante; & quod præterea accedit, niſi verbis ſtipulationis ſit expreſſum, pro omiſſo interpretante, quaſi in parte non ſit. At laxior molliorque ſit interpretatio in actione ex empto ut eſt bonæ fidei; in eaque, ut Juſtinianus refert, alter alteri obligatur in id quod alterum alteri ex bono & æquo præſtare oportet §. *ult. Inſt. de oblig. ex conſenſu.* Rem tenes. non tamen omittam Julianum: cujus mentem quærimus, ut inveniamus ſenſum Pauli. is in *l.* 8. *D. b. t.* de actione ex empto ſic ſcribit: *Venditor hominis emptori præſtare debet, quanti ejus intereſt hominem venditoris fuiſſe.* Quid inde? ſic infert: *Quare ſive partus ancillæ, ſive bereditas, quam ſervus juſſu emptoris adierit, evicta fuerit, agi ex empto poteſt.* Quid tum? ait porro: *Et ſicut obligatus eſt venditor, ut præſtet licere babere bominem quem vendidit, ita ea quoque quæ per eum adquiri potuerunt, præſtare debet emptori, ut babeat.* Hoc Julianus. addo: Pomponius *l.* 16. *D. eod. tit.* verbis ſequentibus: *Evicta re vendita, ex empto erit agendum de eo, quod acceſſit: quemadmodum ea quæ empto fundo nominatim acceſſerunt, ſi evicta ſint, ſimplum præſtatur.* Cum ait, *ſimplum præſtari*, intelligit id quod intereſt, in actione empti naturaliter veniens: & hoc *ſimplum* vocat oppoſite ad duplum, ad quod tendit actio ex dupla, ut ſupra dixi. Sequens locus eſt de corporibus quæ Paulus *l.* 30. *D. de uſurp. & uſuc.* vocat connexa. ex hoc genere eſt domus & navis: utraque colligitur ex pluribus tabulis, cœmentis, tignis, ferramentis, aliis. & cum ſunt connexa, appellantur domus aut navis: non tabulæ, cœmenta, aut ferramenta; nec ſunt quidem tum partes domus aut navis, ſed partes materiæ ex qua conſtructa domus aut navis eſt: id vidit Javolenus *l.* 23. *D. de uſurp. & uſuc.* dicens, illum qui eſt ædes mercatus, non emere aut poſſidere has materias; ſed ipſas ædes, id eſt quamdam univerſita-

versitatem ex materiis confectam. hujus partem unam Javolenus facit superficiem, alteram solum. proinde, si ex domu evincatur solum aut superficies, putemus de evictione agi posse, quasi parte evicta: si columna evincatur, non posse. idem in nave: cujus si partem quærimus, intelligimus membra navi conjuncta, in quibus gubernacula, malus, antenna, velum *l.* 44. *D. b. t.* his evictis, evicta est pars navis. tabula evicta, est quidem evicta pars materiæ ex qua facta navis est: at navis ipsa, aut pars navis non est evicta *l.* 36. *D. b. t.* Sic in actione duplæ: non item in actione ex empto. Ain' tu? Javolenum audi *d. l.* 23. §. 1. *D. de usurp. & usucap. Si columna evicta fuerit; puto, te ex empto cum venditore recte acturum, & eo genere rem salvam habiturum.* Ait, *Eo genere*, id est, ea actione ex empto; non actione ex dupla. nempe, actio ex empto est bonæ fidei; actio ex dupla est stricti juris: hæc anguste, illa late, patet; ideoque sæpe competit, hac cessante: ut in superioribus demonstratum. Tertia corporum species in *l.* 30. *D. de usurp. & usucap.* constat ex distantibus. talia sunt corpora plura non soluta, sed uni nomini subjecta, veluti grex: ex quo evicto capite uno aut altero, non potest agi de evicto grege, aut ejus parte: quia non est grex evictus, nec pars gregis: sed caput unum aut alterum ex universitate quam gregem dicimus. grex vero emptus fuit; non singula capita ex grege. Ab hoc non longe distat hereditas. qua vendita, non sunt venditæ res singulæ hereditariæ; sed hereditas, id est, quædam patrimonii universitas. in eaque si quid alienum sit evictione judicatum, id non est hæreditatis, eoque non est venditum. ac si fuit defuncti, sed injuria Judicis evictum, non onerat venditorem *l.* 1. *C. b. t.* Idem vel simile de peculio Paulus *l.* 5. *D. b. t.* Verba Pauli ibi vide.

Quæ dixi de re tota vel ejus parte, maxime procedunt, evicta proprietate. nam, si de usu aut usufructu lis sit; quid obtineat, dubitari potest; quia sic scribit Paulus in *l.* 25. *D. de verb. signif.* quæ est ex lib. 21. Ad Edictum; *Recte dicimus, eum fundum totum nostrum esse, etiam cum ejus ususfructus alienus est.* Et hanc subjicit rationem: *Quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis sit: ut via & iter: nec falso dici, totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse.* Paulus significat, usumfructum, cum incorporalis sit, quippe in jure consistens, non posse dici partem fundi, id est, rei corporalis, cum qua non cohæret. contra putat, (quod de itinere & via alibi dicitur *l.* 86. *D. eod. tit.*) esse fundi qualitatem, magisque modum habendi fundum, quam ejus partem. Aliquis possit ex his Pauli verbis conjicere, evicto usufructu fundi, non esse evictam fundi partem; ideoque non esse locum actioni ex dupla, aut ex empto. Sed aliter se res habet: nam Paulus *d. l.* 25. ita sentit in rei vindicatione: (quam exposuit lib. 21. Ad Edictum) & recte, re ex nominis proprietate æstimata, ut ibi oportet. verum contra ei sedit in casibus non tam a nominis subtilitate, quam a voluntatis interpretatione, pendentibus: ut fit in legatis, & contractibus; in quibus non est probabile hominem sapientem fundum legare aut emere ob nudum dominii nomen, sine emolumento vanum atque inane futurum. Hac contemplatione idem Paulus *l.* 4. *D. de usufructu* (quod evici *lib.* 1. *De usufruct. c.* 2.) sic scribit: *Ususfructus in multis casibus pars dominii est:* pro instar dominii est. ac fuerit exemplum evicto emptori usufructu. nam sic, etsi proprietatem habeat, tamen separato ab ea usufructu, perinde est, ac si non liceat illi, ejus partem habere, præsertim etiam detentione ad fructuarium fruendi causa translata. Sed hæc de possessione, usufructu, itemque usu, & aliis juribus in formulæ explicatione tradidit Ulpianus *l.* 38 § 3. *D. de verb. oblig.* his verbis: *Si quis forte non de proprietate, sed de possessione nuda controversiam fecerit, vel de usufructu, vel de usu, vel de quo alio jure ejus quod distractum est: palam est committi stipulationem. habere enim non licet ei, cui aliquid minuitur ex jure quod habuit.* Cum ait, *vel de quo alio jure*: sine dubio intelligit emphyteusin & superficiem: in quibus æque atque in usufructu & usu emptori aliquid minuitur ex jure quod habuit, cum ratione emolumenti, tum ratione detentionis possessionisve, ad fructuarium, usuarium, emphyteutam & superficiarium, evictione transeuntis. An sub his verbis etiam comprehenduntur servitutes urbanorum & rusticorum prædiorum? forte dices, petito argumento ab usufructu & usu. Sed inter has species differentiam facit Pomponius *l.* 66. *D. de contrah. empt.* verbis sequentibus: *In vendendo fundo quædam etiamsi non condicantur, præstanda sunt: veluti, ne fundus evincatur aut ususfructus ejus: quædam ita demum, si dicta sint: veluti iter, actum viam, aquæductum. idem & in servitutibus urbanorum prædiorum.* Hæc differentia lucem faciet Venulejo *l.* 75. *D. b. t.* ait ille, Quod ad servitutes prædiorum attinet, si tacite secutæ sint, (quia palam non sint promissæ) & vindicentur: Q. Mucium & Sabinum existimasse, venditorem ob evictionem non teneri. & fundamentum illi; quod ubi nihil dictum, talis præstatur fundus, qualis est, id est, liber, si sit liber: servus, si sit servus. hoc Q. Mucium voluisse intelligitur ex *l.* 59. *D. de contrah. empt.* Idem sensit Venulejus *d. l.* 75. causatus, neminem evictionis nomine teneri in eo jure quod tacite soleat accedere. quid, si fundus, ut optimus maximusque esset, traditus fuerit? ait Venulejus, tunc liberum ab omni servitute præstandum. idemque intelligitur ex *d. l.* 59. Sic: si vicini prædii dominus fundi sui libertatem ab emptore vindicet actione negatoria. Sed fac: emptor ex vicini fundo viam vel actum petit actione confessoria, nec obtinet? non tenetur venditor: quia ab initio non debetur: nisi nominatim dixerit, accessurum iter vel actum. Hoc Q. Mucium sentire ait Venulejus, & sibi placere: ut qui optimum maximumque fundum tradidit, liberum præstet; non etiam deberi alias servitutes: nisi hoc specialiter ab eo accessum sit. Summa est, quod evicta prædii servitute emptori nihil imminuitur de proprietate, possessione, usufructu, aut usu: imo emptor nihilominus prædium tenet, possidet, etiam eo fruitur: insuper potest per eum ire, agere, jure dominii; quamquam victor quoque per eum eat, agatque, jure servitutis. igitur ei licet pleno jure habere fundum: cujus partem vicinus nullam tenet, habetve. Idem est, evicta servitute quæ putabatur fundo empto debita. Non obstat hoc Pauli *l.* 15. §. 1. *D. b. t. Sed & si servus evincatur, quanti minoris ob id prædium est, lis æstimanda est.* Ita passim legitur: sed Cujacius *lib.* 2. *Observ. c.* 20. conjicit, *Sed & si servitus.* quomodo jam ante legi voluit Odofredus: Russardo teste *Not. margin.* Hoc plus observat Cujacius ex *d. l.* verbis, in illis agi non de actione duplæ, aut ex empto ad id quod interest, quibus re evicta agitur, sed de actione quanti minoris. Sic Ulpianus *l.* 61. *D. de Ædilit. Edict. Quotiens*, inquit, *de servitute agitur, victus tantum de-*

debet præstare, quanti minoris emisset emptor, si scisset hanc servitutem impositam. Ratio illa est: quod hæc actio emptori datur ex Edicto Ædilium ob id quanto minoris rem fuerat empturus, si scisset fundi qualitatem. proinde si pluris emerit, quod vel liberum putabat, vel ei deberi servitutem, ea evicta, optimo jure habet eam actionem.

Demonstrato, quando evicta res sit, porro sciri oportet, esse rationis, venditorem eo nomine teneri: modo si emptor, ut supra dixi, auctorem illum suum laudavit. tum enim istius fuit, non defugere auctoritatem: id est, non recusare defensionem juris venditione promissi. contra debuit emptori auctoritatem ejus defensione præstare actione de evictione: quam ipsam Venulejus *l. ult. D. h. t.* idcirco figurate appellat auctoritatem: opinor, causa pro effectu posita. Est vero illa actio duplex: una ex empto, altera ex stipulatu: & hæc rursus vel simplæ vel duplæ. indicat Pomponius *l.* 27. *D. h. t.* eodemque it hoc Alexandri *l.* 8. *C. d. t. Emptor fundi, nisi auctori aut heredi ejus denunciaverit: evicto prædio, neque ex stipulatu, neque ex dupla, neque ex empto actionem contra venditorem vel fidejussorem ejus habet.* Alexander actionem ex dupla separat ab actione ex stipulatu, quamquam actio ex dupla est ex stipulatu: dupla non mutante actionem, sed actionis quantitatem. Adhæc agitur actione ex dupla, si interposita sit de dupla stipulatio: alioquin ea non agitur. Cæterum omissa duplæ stipulatione, quamvis cesset actio ex dupla: ait Paulus, si eo nomine, id est, si de præstanda duplæ promissione agatur, (opinor, actione ex empto; cum non supersit alia actio) adhuc eum fore exitum, ut in duplum condemnetur reus, id est, venditor *l.* 2. *D. h. t.* videlicet, quia ultra non interest emptoris. Sed verissime Ulpianus *l.* 37. *D. d. t.* Emptori, inquit, duplam promitti a venditore oportet, nisi aliud convenit. idque in tantum ei placet, ut in §. 2. *d. l.* confirmet ex sententia Neratii, emptorem, si simplam pro dupla per errorem sit stipulatus, re evicta, consecuturum ex empto, quanto minus stipulatus sit. Per errorem, inquam; nam alioquin si plus vel minus, quam pretii nomine datum est, evictione secuta dari convenerit, placitum custodiendum est *l.* 74. *D. h. t.* modo subsistat intra duplam. Plane Ulpianus *d. l.* 37. §. 1. monet: ne quod de dupla dictum est, ex omni re accipiamus: sed de his rebus quæ pretiosiores essent. & sunt exempla, si margarita forte, aut ornamenta pretiosa, vel vestis serica, vel aliud non contemptibile, veniat. quod de vestibus sericis dicit Ulpianus, confirmatur hoc Vopisci, *Aureliano c.* 45. *p.* 540. *Cum ab eo uxor sua peteret, ut unico pallio blatteo serico uteretur, ille respondit, Absit, ut auro fila pensentur. libra enim auri tunc libra serici fuit.* Porro addit Ulpianus: quod per Edictum Ædilium etiam de servo cavere jubetur venditor. De fisco sic scribit *l.* 5. *D. de jur. fisc. Si procurator Cæsaris rem aliquam vendiderit, quamvis duplum vel triplum pro evictione promiserit: tamen fiscus simplum præstabit.* In hoc loco notanda sunt duo: unum est, fiscum de evictione tantum in simplum teneri; tametsi fisci procurator eo nomine plus promiserit, duplum vel triplum, verbi gratia. alterum est, quod cæteri omnes, præter fiscum, promittendo duplum vel triplum ex stipulatu obligantur.

Sit Paulo fides, quantum ad fiscum attinet; quia non liquet contrarium. sed quod ait, cæteros promittendo triplum, ob evictionem obligari, mihi non persuadet. primum constat, stipulationes infinitas atque immoderatas a Veteribus improbari *l.* 40. *D. de damn. infect.* talesque visas in proposito esse ultra duplum egredientes, mihi admodum probabile est. Atqui huic stipulationi finem aut modum nulla lex scripsit. Novi, & hoc adferri a Doctissimis Viris, Jacobo Cujacio *Paratitl. C. h. t.* & Antonio Fabro *lib.* 2. *Conject. c.* 3. Sed quid interest, utrum ei lege, an moribus, positus sit finis? an quis ignorat, pleraque juris civilis a Prudentibus composita, Fori Disputatione moribus sine scripto venisse? hoc dixit Pomponius *l.* 2. §. 5. *D. de orig. jur.* In præsenti vero mores nimis certi: Jurisconsultis formulam hujus stipulationis passim intra duplam retinentibus. quid si eam duplæ stipulationem idcirco vocarunt: quod noluerunt, ultra duplam excedere. passi sint, illam stipulationem infra hanc stare, si quis pro sua humanitate contentus esset simpla. at ultra porrigi noluerunt, modestia avaritiæ intercedente. Sic factum, ut actio ex stipulatu tantum sit simplæ aut duplæ *l.* 27. *D. l.* 8. *C. h. t.* dupla sit extremum, ad quod adscendere in proposito debet stipulatio: sicut usura centesima vocatur legitima; quia huc usque venire potest, ultra non potest aut stipulatio aut officium Judicis. Eodem modo Judex re evicta æstimaturus id quod interest in actione ex empto, potest, ut ex Africano & Paulo dictum *l.* 43. §. *ult. & l.* 44. *D. de act. empti*, venire ad duplum pretii, ultra adscendere non potest: exemplo stipulationis intra hunc modum subsistentis. Mitto actionem ex empto, in eaque Judicis officium. ipsam videamus stipulationem: de hac sic manifeste Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 17. §. 3. *Res empta mancipatione & traditione perfecta, si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur.* Non me fugit, Jacobum Cujacium *lib.* 21. *Observ. c.* 15. pro *duplo tenus*, fide Codicis quem vocat optimum restituere *nullatenus:* & hanc lectionem probari Salmasio, *De usuris c.* 8. sed quis nescit, Codices etiam optimos alibi esse vitiosos. adversus veritatem certe manifestam etiam optimus falsitatem inducens, ut in præsentia, valere non debet. retinenda igitur vetus scriptura proba & vera, *duplo tenus.* sensus: quod res empta sive mancipatione, sive traditione est perfecta, si evincatur, auctoritatis nomine venditor obligatur, id est, obligari potest, ad finem dupli; non ultra. Is est sensus; si verus, ut puto: demonstratum est, Ulpianum in *d. l.* 5. *D. de jur. fisc.* esse adulteratum adjectione verborum, *vel triplum:* iisque deletis, esse legendum, *quamvis duplum pro evictione promiserit.* Succurri Ulpiano. succurramus etiam Paulo *l.* 56. *D. h. t.* simili vitio laboranti in his verbis: *Si dictum fuerit vendendo, ut simpla promittatur, vel triplum aut quadruplum promitteretur, ex empto perpetua actione agi poterit. non tamen, ut vulgus opinatur, etiam satisdare debet, qui duplam promittit: sed sufficit nuda repromissio, nisi aliud convenerit.* Mendosum esse hunc locum, præter allata jam pro Paulo, indicio est tenor disputationis male cohærentis. quid respicis? non est Paulo quæstio, ad quem modum fieri debeat stipulatio, si in vendendo convenerit, eam præstari. solum quærit, qua actione eam, si non præstetur, peti oporteat: Ædilitia temporali, an ex empto perpetua. Hoc videre Viri Doctissimi, Jacobus Cujacius *lib.* 11. *Observ. c.* 4. & Antonius Faber *lib.* 2. *Conject. c.* 3. Opem tamen Paulo necessariam neuter attulit. forte præstet scribi: *Si dictum fuerit vendendo, ut simpla vel dupla promittatur ex empto perpetua actione agi poterit. non tamen, ut vulgus opinatur, etiam satisdare debet qui duplam promittit.*

sed

sed sufficiat nuda: & reliqua. Veterem lectionem tueri conatus est Emundus Merillius *lib.* 3. *Variant. ex Cujac. c.* 26. sed frustra: sincero Jurisprudentiæ illud, *triplum vel quadruplum*, palam convincente. Sic mihi sedit a multis annis. ac nuper lubenter vidi, his similia jam incidisse suo tempore Huberto Gifanio, Viro Erudito, & Claro *ad h. t. C.* quod dissimulare nolui.

Restat in actione ex dupla quemadmodum duplum accipiatur. puto autem, intelligi duplum, non quanti res est, sed quanti res veniit: nullo ad bonitatem respectu habito: si præsertim tota evincatur, ut fundus totus: satis sic evidente pretio quod est duplandum. Nec aliud est: si evincantur certa jugera, singulis certo pretio in venditione definito: nam vel sic liquet, quantum duplandum sit, ubi liquet, quanti singula venierint: sive meliora sint evicta, sive alia *l.* 53. *D. h. t.* Idem; si evincatur pars fundi pro indiviso. datur enim emptori & tum regressus saltem pro quantitate evictæ partis. quod si evincatur locus certus, forte certum pascuum, certum olivetum, aut certa silva: jam aliter observatur. non enim datur emptori regressus pro quantitate evictæ partis, sed pro bonitate loci *l.* 1. *D. h. t.* optime: nam cum pars pro indiviso evincitur; quid potest melius aut deterius intelligi, parte evicta participante de omnibus in fundo plus aut minus utilibus? at evicta parte certa, puta oliveto, vinea, loco pascuo, tum summæ æquitatis est, haberi rationem bonitatis loci evicti; cum possit ejus causa emptus esse fundus totus. hoc observavit Ulpianus *d. l.* 1. & Papinianus *l.* 64. §. 3. *D. h. t.* ac secundum hos licet exaudire tradita a Pomponio *l. pen. D. de Ædil. edict.* & Paulo *l.* 13. *D. h. t.*

Vera hæc & certa: si fundus evictus esse perseveravit, qualis fuit tempore venditionis. sed si deinde auctus aut deminutus sit: dubitatur; utrum præstanda duplæ æstimatio sit pro modo qui nunc est tempore evictionis; an pro eo qui fuit tempore venditionis. Hanc quæstionem non minus diligenter, quam subtiliter, tractat Papinianus *l.* 64. *D. h. t.* nec pigebit me, ejus doctrinam aliqua cum cura examinare. Verba principii talia sunt. ***Ex mille jugeribus traditis ducenta flumen abstulit: si postea pro indiviso ducenta evincantur, duplæ stipulatio pro parte quinta, non quarta, præstabitur: nam quod periit, damnum emptori, non venditori attulit. si totus fundus, quem flumen deminuerat, evictus sit, jure non deminuetur evictionis obligatio: non magis, quam si incuria fundus, aut servus traditus, deterior factus sit: nam & e contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta.*** Sic extat in omnibus editionibus quas videre mihi licuit. sed mera nox est. nec est, qui in tenebris eunti lumen præferat idoneum, ne Cujacius quidem *lib.* 26. *Observ. c.* 37. non animadverso ab egregio illo viro, corrupta esse hæc verba: ***duplæ stipulatio pro parte quinta, non quarta, præstabitur.*** Mea opinione, scribendum: ***duplæ stipulatio pro parte quarta, non quinta, præstabitur.*** Hoc postulat subjecta ratio: ***nam quod periit, damnum emptori, non venditori attulit.*** Ea ratio retenta vetere scriptura plane falsa, mea conjectura fit optima, & Papiniano condigna. Ecce: Aliquis vendidit mille jugera. his emptori traditis ita, ut oportet, flumen ducenta abstulit. postea tertius pro indiviso evincit ducenta: pro qua parte æstimanda est dupla evictæ partis: pro quarta, an pro quinta? refert, quodnam inspici debeat tempus; traditionis, an evictionis: illo ducenta efficiebant quintam de mille: hoc quartam de octingentis. Papinianus voluit, (mihi sic videtur) duplæ æstimationem præstari pro quarta, non pro quinta: hac ratione verissima: ***nam quod periit damnum emptori, non venditori, attulit.*** Spectavit modum fundi qui fuit tempore evictionis, etsi major fuerit tempore venditionis: quia quod plus fuit tempore venditionis, periit vi fluminis: non est evictum vitio venditoris: (quod unice corrigit actio ex dupla) magis est ablatum casu: ad hanc non pertinente. periit igitur emptori: venditori non periit. Hoc, si jugeribus ducentis flumine ablatis, postea ducenta evincantur. Quid, *si totus fundus quem flumen deminuerat, evictus sit?* Papinianus, *jure*, inquit, *non deminuetur evictionis obligatio.* Quo fundamento? Hoc puta, quod in actione ex dupla solum quæritur, quid in stipulationem venerit: non, quanti intersit id venisse *l.* 38 §. 17. *D. de verb. oblig.* in proposito autem in eam venit fundus venditus, idem qui nunc est evictus, & totus, licet deminutus. igitur deminuto fundo evicto, jure non deminuetur evictionis obligatio: quia in hac stipulatione non refert, quantus in eam venerit fundus: sed an venerit. venisse autem, negari nequit. quin Papinianus hoc, ne alicui esset obscurum, illustrat similitudine fundi aut servi qui incuria sit deterior factus; nec propterea alius habetur, quam fuit, quantumvis mutatis aut minutis aliquibus particulis. Verba Papiniani: *Non magis, quam si incuria fundus aut servus deterior factus sit.* At nec huic comparationi adquiescit Papinianus, præterea addit sequens argumentum a contrario: *Nam & e contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta.* Sensus argumenti est; quantitas evictionis non augetur, fundo alluvione meliorato. cur minuetur a flumine ex parte sublato; exemplum quoque ne deesset: Papinianus §. 1. *d. l.* 64. ponit tale. *Quod si modo terræ integro qui fuerat traditus, ducenta jugera per alluvionem accesserunt, ac postea pro indiviso, pars quinta totius evicta sit, perinde pars quinta præstabitur, ac si sola ducenta de illis mille jugeribus quæ tradita sunt, fuissent evicta: quia alluvionis periculum non præstat venditor.* Fundo qui tempore traditionis erat mille jugerum, alluvio ducenta jugera adjecit. evicta postea pro indiviso parte quinta totius fundi: quæritur, quodnam tempus pro æstimanda dupla sit inspiciendum, venditionis, quo fuerunt mille jugera; an evictionis, quo erant mille ducenta? Papinianus judicat, partem quintam perinde præstari oportere, ac si sola ducenta de mille quæ tempore traditionis fuere, evicta essent. Qua ratione? hæc est; quod venditor emptori actione ex dupla saltem præstat periculum evictæ rei quam habere licere promisit. ea est res vendita. alluvionis autem accessio non est vendita: ideo nec habere eam licere promisit venditor, nec alluvionis periculum præstat. Exposui *d. l.* 64. *pr.* & §. 1. expuncta menda qua deformatus huc usque fuit Papinianus. Transeo ad §. 2. cujus hæc sunt verba: *Quæsitum est, si mille jugeribus traditis, perissent ducenta, mox alluvio per aliam partem fundi ducenta attulisset, ac postea pro indiviso quinta pars evicta esset: pro qua parte auctor teneretur? Dixi consequens esse superioribus, ut neque pars quinta mille jugerum, neque quarta debeatur evictionis nomine: sed perinde teneatur auctor, ac si de octingentis illis residuis solum centum sexaginta fuissent evicta: nam reliqua quadraginta quæ universo fundo decesserunt, pro rata novæ regionis esse intelligi.* Venditus & traditus est fundus mille jugerum. huic fundo flumen abstulit ducenta: sed mox per aliam partem ei restituit alia ducenta. ita est rursus mille jugerum, sicut ante erat. postea evicta pro indiviso sunt ducenta, partem jam quintam universi fundi efficientia.

entia. Quæritur, pro qua parte auctor, id est, venditor, emptori de evictione ex dupla teneatur? Papinianus arbitratus, quæstionem pendere a superioribus, suadet considerari, quid his consequens sit. Dicamus igitur, ducenta jugera quæ flumen abstulit, non computari in æstimatione duplæ: quia in superioribus apparuit, non esse evicta vitio venditoris, sed esse casu amissa: ideoque non venditoris, sed emptoris, damno cedere: quando emptori ea habere licuit per venditorem; per flumen non licuit. Similiter putemus, ducenta jugera, quæ flumen fundo per aliam partem restituit, non venire in æstimationem evictæ partis quintæ: manifesto ex superioribus, venditorem emptori non vendidisse alluvione adquisita, post venditionem: ac proinde nec promisisse, ea habere licere. Quid tandem? non est consequens superioribus; ut auctor, sive venditor, evictionis nomine debeat ducenta jugera, partem quintam mille jugerum, aut partem quartam octingentorum constituentia: sed ut perinde teneatur, ac si de octingentis illis ex mille residuis sola evicta fuissent centum sexaginta jugera, partem quintam octingentorum efficientia. Aliquem turbet, quod præter hæc universo fundo decesserunt quadraginta jugera. Frustra: *Nam* (sic causatur Papinianus) *reliqua quadraginta quæ universo fundo decesserunt, pro rata novæ regionis esse intelligi.* Hoc vero significat, quadraginta reliqua, quæ addita jugeribus centum sexaginta, efficiunt reliqua de evictis ducentis jugeribus universi fundi mille jugerum, reputari pro rata regionis novæ, alluvione fundo adjectæ: & ad evictæ partis æstimationem idcirco non pertinentis. Sequitur §. 3. *d. l.* 64. cujus verba sunt: *Cæterum cum pro diviso pars aliqua fundi evincitur, tametsi certus numerus jugerum traditus sit, tamen non pro modo, sed pro bonitate regionis præstatur evictio.* Sensus ultro claret, & convenit in antecessum dictis ex *l.* 1. *& l.* 53. *D. h. t.*

Quæ proxime dixi, obtinent in actione ex dupla de qua sola disputat Papinianus in *d. l.* 64. ad actionem ex empto non pertingunt. est enim (quod iterum moneo) differentia: quod actio ex dupla est stricti juris. præterea unum quærit, an in stipulationem venerit fundus evictus: non æque an aut quatenus intersit stipulatoris, fundum habere tempore evictionis. Aliter est in actione ex empto: quæ est bonæ fidei; & persequitur quod emptoris interest fundum habere tempore evictionis. interest autem ejus, ei præstari ex æquo & bono quod illi propter evictionem abest, quodve lucrari potuisset, nisi evictus esset. Sic convenit, fundo meliorato, plus præstari: deteriorato, minus. clare Paulus *l.* 70. *D. h. t. & l.* 45. *D. de act. empt.* ac Julianus *l.* 8. *D. h. t.* idemque in actione præscriptis verbis Papinianus *l.* 66. §. *ult. D. d. t.* Ab eodem fonte indicavi supra, actionem ex dupla non obtinere, nisi re in totum, aut ex parte, evicta *l.* 1. *& l.* 53. *D. d. t.* actionem vero ex empto dari etiam accessionis nomine *l.* 11. §. 17. *D. de act. empt. l.* 16. *D. h. t.* Videamus de sumptibus, si qui sint facti in meliorandam rem evictam. & quidem in actionem ex dupla hos non venire, superioribus consequens est. sed de actione ex empto quid dicemus? puto, nec in eam venire, re ab emptore possessa, cum evincitur. nam tum potuit eos a domino rem suam evincente repetere per exceptionem doli mali, detractis fructibus a se perceptis *l.* 16. *C. h. t.* quod si culpa sua neglexerit exceptionem, aut Judex ejus non habuerit rationem: neutro casu habet regressum adversus venditorem: ut supra dictum. Sic, si emptor rem evictam possederit. Quid, si ipse eam a possessore vindicaverit? jam quia non est retentioni locus per exceptionem doli mali: nihil potest illi imputari: nec erit alienum a bona fide, emptorem sumptus a venditore petere actione ex empto, quasi facientes partem ejus quod interest: auctore Paulo *l.* 45. §. 1. *D. de act. empt.* licebitque secundum hunc accipere Rescriptum *l.* 9. *C. h. t.*

Exposui, quando actio ex dupla, aut ex empto, competat evictionis nomine: etiam quando cesset. tantum addendum, quod fere oblitus eram, actionem ex empto denegari ei qui rem alienam sciens emerit; perinde quasi eam qualis qualis sit, emerit suo periculo; utique, si nihil pactus sit in casu evictionis: alioquin pactum, bonæ fidei contractui in continenti adjectum ei inesse, satis notum est. pone: (quæ est species *l.* 27. *C. h. t.*) quidam Athenocles sciens comparavit fundum alienum vel obligatum. is fundus soluto pretio, est evictus; an Athenocles potest repetere quod dedit, pretium? ajunt Imperatores, si pactus sit. alioquin hoc posci contra juris rationem. quid, si ignorans alienum fundum comparavit? jam ajunt Imperatores: Desiderio tuo juris forma negantis hoc reddi refragatur. Sensus: si ignorans comparavit alienum: repetenti id quod dedit, negari jus non sinit: cum præsertim (quod addo: quia priora tantum sunt Rescripta ad quæstionem libello comprehensam) ex ea etiam agere possit ad id quod interest.

Superiori quæstioni vicina est sequens, quid juris sit, venditore pacto, ne evictio præstetur. Eam quæstionem tractat Ulpianus *l.* 11. §. *ult. D. de act. empt.* sed quia obscurius, non denegabo ei explicationem. Quærit, quid debeat præstare, qui vendidit habere licere: id est, qui vendidit sub stipulatione habere licere. & ait, interesse, utrum polliceatur, per se venientesque a se personas non fieri, quo minus habere liceat, an vero per omnes. ne expectes, explicari distinctionis partem posteriorem quæ est, habere licere per omnes. eam Ulpianus non attingit. nec ipse hic attingam; quia jam exposui in antecessum. quod vero attinet ad priorem, qua venditor promisit, per se non fieri: is videtur Ulpiano quidem promisisse, ne ipse evincat: at non æque, ne alius evincat. proinde, inquit, si evicta res erit; id est, si per alium erit evicta; venditor eo nomine ex stipulatu non tenebitur, interposita stipulatione: neque ex empto ad id quod interest, si stipulatio nulla intervenit. De pretio ambigitur, si forte solutum sit. ait vero Ulpianus Julianum sequutus, etiamsi aperte pronunciet venditor, sive in venditione dicat, per se heredemque suum non fieri, quo minus habere liceat, posse defendi, cum ex empto non quidem in hoc, quod emptoris interest, teneri: verum tamen ut pretium ei reddat, teneri. idemque esse, si in venditione aperte comprehendatur, id est, si in venditione expresse pactum conventum sit, nihil evictionis nomine præstatum iri: nam tum adhuc deberi pretium: utilitatem, id est, id quod interest, non deberi: ipsa æquitate conventioni tam injustæ resistente: idque opinor significari; cum ait, bonæ fidei contractum non pati hanc conventionem: ut emptor rem amitteret, & venditor pretium retineret. Aliquis dicat, (hanc objectionem ipse sibi fecit Julianus, & ex eo Ulpianus) tali conventione agi: ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emptorem non pertineat: velut fit, cum jactum retis a piscatore emimus, aut indaginem plagis positis a venatore, vel pantheram ab aucupe: nam etsi nihil capitur, nihilominus emptor pre-

pretium præstare necesse habet. Sed ea objectio Ulpiano displicet: existimanti, a diversis non recte fieri illationem: ideoque in supra dictis conventionibus contra dicendum esse, cessare præstationem utilitatis, id est, ejus quod interest: pretii non cessare. Si tamen sciens alienum vendidit: tunc placet Ulpiano, secundum relatam Juliani sententiam, eum, quia dolo malo facit, ex empto teneri ad id quod interest.

Antequam hinc discedam, non dissimulabo sequentem litem; utrum in simplice tantum venditione locum habeat de evictione actio; an etiam re mancipio tradita. Hoc negat Vir summus, Jacobus Cujacius, *Paratitl. C. h. t.* & *lib.* 21. *Observ. c.* 15. & sequutus eum Claudius Salmasius, *De usuris c.* 8. at tam confuse & a ratione Juris tam remote uterque; ut merito mirer, Viros Doctos & nobili fama, eam sententiam tenuisse serio. non foret mihi difficile, eam erroris convincere: sed prævenit diligentiam meam Collega meus, Antonius Schultingius, Vir Clarissimus, *Notis* ad Paulum *lib.* 2. *Sentent. tit.* 17. §. 3. & ante Desiderius Heraldus *lib.* 2. *Animadvers. in Salmas. Observ. ad jus Attic. c.* 2.

TITULUS III.

De exceptione rei venditæ & traditæ.

Superior Titulus emptori re evicta dedit actionem. præsens dat exceptionem: eamque vocat exceptionem rei venditæ & traditæ. Casum Ulpianus *l.* 1. *h. t.* ex Marcello talem ponit: si alienum fundum vendideris, & tuum postea factum petas. & ait, in eo te posse hac exceptione recte repelli. Ea exceptio ab Ulpiano *l.* 17. *D. de evict.* alio nomine dicitur doli mali. nec dubitat Ulpianus, esse justissimam: si venditor rem quam ipse vendidit, deinde vindicet, quamvis dominium alio jure quæsierit: improbe enim conari, rem a se distractam evincere: in qua utique eum oportet bonam fidem præstare. Eadem ratione Paulus *l.* 10. *D. de distract. pign. Et si is qui lege pignoris emit, ob evictionem rei redire ad venditorem non potest, tamen non esse audiendum creditorem, qui fundum vendidit, si velit ejusdem rei ex alia causa quæstionem movere.* Igitur quid est? solum restat, quod Ulpiano in *d. l.* 17. placet, emptorem eligere, utrum rem velit retinere, intentione per exceptionem elisa; an potius re ablata, ex causa stipulationis duplum consequi.

LIBER VIGESIMUS SECUNDUS.

TITULUS. I.

De usuris, & fructibus, & causis, & omnibus accessionibus, & mora.

SERIEM hujus Tituli investigantibus, non est alia reddenda ratio, quam in superioribus attuli jam aliquoties. nunc solum addam: quod primam Tituli partem de usuris, & ultimam de mora, olim exposui libris *De fœnore & usuris.* de tribus reliquis nuper disserui cum alibi, tum præsertim *lib.* 6. *tit.* 1. *De rei vindicatione.* sed hic Titulus, quod ad unam spectabat arbitrariam in rem actionem, (talis enim est rei vindicatio) tantum indicabat, oportere petitori in ea, sicut in bonæ fidei judiciis, officio Judicis præter rem petitam, etiam causam restitui: id est, omne quod habiturus foret, si eo tempore quo judicium accipiebatur, ei ea res a possessore restituta fuisset.

In actionibus in personam maxime stricti juris idem observari, non placuit jure civili ab initio, forte ob angustam earum formulam. prævalente tamen æquitate, hoc postea & in his æque receptum esse, atque in actionibus arbitrariis & bonæ fidei, certus auctor est Paulus *l.* 31. *D. de reb. credit.* verbis sequentibus: *Cum fundus vel homo per condictionem petitus esset, puto, hoc jure nos uti, ut post judicium acceptum causa omnis restituenda sit: id est, omne quod habiturus esset actor, si litis contestatæ tempore solutus fuisset.* Sermo Pauli est de actione in personam stricti juris: in eaque cum ait, *hoc jure nos uti,* significat, post aliquas variationes, in ea hoc fuisse adversus regulas juris receptum; ut post judicium acceptum, id est post litem contestatam, actori restituenda sit causa omnis. Huc ire eam locutionem, antehac probavi *lib.* 1. *Probabilium c.* 2. & *sæpe alias.* Nec jam dubito, quin eodem pergat Papinianus *l.* 2. *D. h. t.* dicens, *Vulgo receptum esse*: id est, passim jam esse receptum adversus jus civile. Quid? *Ut quamvis in personam actum sit,* (puta generaliter atque indistincte) *post litem tamen contestatam causa præstetur.* Qua ratione? optima hac: *Quoniam quale est, cum petitur, tale dari debet.*

Hæc cur tam sollicite? nimirum, quia sic discitur, etsi Titulo 1. libri VI. *De rei vindicatione* quæ est arbitraria in rem actio, & alibi per occasionem sit tractatum de causis, fructibus, & accessionibus rei petitæ Judicis officio præstandis: in præsente tamen de his, quantum ad actiones in personam attinet, qualescumque sint, non frustra agi in *l.* 38. tum in *l.* 3. §. 1. in qua hæc extant Papiniani verba: *In his quoque judiciis quæ non sunt arbitraria, nec bonæ fidei, post litem contestatam causa præstanda est.* Papiniani sententia est, in omnibus in personam actionibus non modo arbitrariis aut bonæ fidei, ut olim: sed etiam, si non sint arbitraria, aut bonæ fidei, verum stricti juris, receptum esse, ut actori officio Judicis post litem contestatam præstetur non tantum res petita, sed omnis quoque causa rei: consequenter percepti fructus; addo partus *d. l.* 2. *h. t.* qui ut proprie non putentur fructus, at a causa non separantur *l.* 17. §. 1. & *l.* 20. *D. de rei vindic.* Igitur sic in omnibus servatur tandem in personam actionibus. nec tamen vel in his silendum discrimen, quod in judiciis bonæ fidei & arbitrariis, Papiniani opinione, omnis causa etiam ante litem contestatam præstatur ex mora *l.* 3. *D. h. t.* imo omnimodo, ut monet Paulus *l.* 38. §. 15. *d. t.* id est, etiam sine mora. sed in stricti juris judiciis tantum post litem contestatam. sic enim vulgo receptum fuisse, cum ex ipso ostendi Papiniano

no *d. l.* 2. tum ex Paulo *d. l.* 31. *D. de reb. cred. & l.* 8. *D. de re judicat.* Et tamen aliter est, si actio stricti juris procedat ad repetendum quod actoris aliquando fuerit, quamvis nunc non sit: ut in indebiti condictione, & condictione ob causam dati causa non sequuta, suis locis est observatum ex *l.* 15. *l.* 65. §. 7. *D. de condict. indeb. & aliis.* Utique promissa mihi stipulatione re, quæ mea non fuit, me fructus officio Judicis in actione ex stipulatu, propter moram, consequi, Paulus negat: sed si acceptum sit judicium, tunc putat, me illos secundum Sabinum & Cassium ex æquitate consequi *l.* 38. §. 7. *D. d. t.*

Recedam ab hoc loco, unum si addidero, proxime dictum de causa, & fructibus, ac partu, in actionibus stricti juris Judicis officio præstandis a tempore litis contestatæ, ad usuras non pertingere. Est id verissimum; nec potest fortiore evinci argumento, quam est sequens; quod usuræ, nisi stipulatione promissæ, jure civili fuere incognitæ: donec Constitutione Divi Pii officio Judicis ex mora sunt introductæ: sed in solis bonæ fidei judiciis. addo, & legatis ac fideicommissis; non in aliis item judiciis stricti juris: ideoque non solitæ in his, si ante litem contestatam non cucurrerunt, lite contestata incipere currere. Sed de his *lib.* 2. *De fœnore & usuris c.* 6. *& c.* 12. scripsi jam talia multa, ante non vulgata ab aliis. nec hic verbum addo.

Titulus II.

De nautico fœnore.

In hoc Titulo qui est superioris portio, quædam sunt intellectu difficilia, quædam etiam corrupta; sed ea emendavi & illustravi meo more *lib.* 2. *De fænore & usuris. c.* 7. quam recte, tu judica.

Titulus III.

De probationibus & præsumptionibus.

Ratio positi hoc loco Tituli, De probationibus & præsumptionibus, potest hæc videri: quod post contractus eorumque accessiones, de quibus actum in superioribus, etiam necessaria visa est eorum probatio: propterea quod a facto pendentes, nisi probentur, nulli sunt.

Est autem probatio, fides legitima quam Judici de re controversa facit is qui dicit. Primum volo, probationem esse fidem: & movet, quod est unus probationis finis, persuadere, id est, fidem facere. inde fides instrumentornm, & fides testium. Recte igitur definitio probationem vocat fidem, sed legitimam: quomodo Paulus *l.* 25. *D. b. t.* legitimas dicit probationes: arbitratus, non sufficere quales quales: sed legibus moribusque receptas. Præterea ait definitio, probationem præstare fidem rei controversæ. nec hoc frustra: nam quod ultro liquet, non eget probatione. Commode Quintilianus *lib.* 5. *Inst. orat. c.* 12. *In rebus apertis argumentari tam sit stultum, quam in clarissimum solem mortale lumen inferre.* Porro definitio, jubens rem controversam probari, eam significat rem de qua lis est: maxime cum est de facto *l.* 16. *C. b. t.* Exempla in *l.* 6. *& l.* 23. *D. b. t.* licebitque his jungere sequentem Martialis observationem ex *lib.* 6. *Epigr.* 19.

Non de vi, neque cæde, nec veneno,
Sed lis est mihi de tribus capellis.
Vicini queror bas abesse furto.
Hoc judex sibi postulat probari.

Quod ad jus attinet, hoc est finitum & certum *l.* 2. *D. de jur. & fact. ignor.* ita non eget probatione: quin est officium Judicis, supplere, si quid desit advocatis hac in parte *l. unic. C. Ut quæ desunt advocatis.* Est tamen interdum & jus probandum, præsertim singulare, ut est exemplum *l.* 5. *D. b. t.* item jus non scriptum: nam id constat tacita Populi voluntate, non aliter intelligenda, quam demum moribus diuturnis & actuum frequentia: id est, ex facto. sed de hoc dictum supra *lib.* 1. *Tit.* 3.

Insuper ait definitio, probationem incumbere ei qui dicit; non qui negat. idque Paulus confirmat *l.* 2. *D. b. t.* & exemplum ponit in *l.* 5. *d. t.* Ab ea, inquiens, parte quæ dicit, adversarium suum ab aliquo jure specialiter esse prohibitum lege vel constitutione, id probari oportet. Probat igitur sine dubio actor: quia is plerumque dicit, sibi deberi, suumve esse quod petit: reus negat *l.* 2. *C. b. t.* Potest tamen evenire, ut reus dicat: eoque casu tam eum, quam actorem, probare quod intendit, Severus & Antoninus observant *l.* 1. *C. b. t.* his verbis: Ut creditor qui pecuniam petit numeratam, implere cogitur, ita rursum debitor qui solutam affirmat, ejus rei probationem præstare debet. Similiter Ulpianus *l.* 19. *D. b. t.* In exceptionibus, inquit, dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere; ipsumque exceptionem, velut intentionem, implere: ut puta, si pacti conventi exceptione utatur, docere debet, pactum conventum factum esse. Sic, si quid affirmet reus. at si negat, ut dixi, actoris probatio est: rei non est. idque adeo verum est; ut in *l.* 4. *C. de edendo* Epaphrodito cuidam sic rescribat Antoninus: Actore non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse præstat, obtinebit. Et Antonino convenienter Diocletianus ac Maximianus, Actor, inquiunt, quod adseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit. Et causantur illi Imperatores: quod per rerum naturam factum negantis probatio nulla est. Verissime: quid enim est negatio? nihil. atqui quod non est, probari, id est monstrari, nulla via potest. contra quod affirmatur, in facto ponitur, & ut potest, sic debet, probari. sed hoc traditum *l.* 10. *C. de non numerat. pecun.* Illud prætermitti non oportet, quod aliquando quæ prima facie videtur negatio, interius spectata, implicitam habet affirmationem: ideoque probari debet, quasi pro affirmatione cedat magis, quam pro negatione. Ab hac causa respondit Paulus *l.* 5. §. 1. *D. b. t.* Si quis negat, emancipationem recte factam, probationem ipsum præstare debere. Nempe negans, emancipationem recte factam, vi ipsa dicit, in ea vitium esse. hoc igitur probare eum, æquum est. Similiter ait Paulus *l.* 8. *D. d. t.* Si filius in potestate patris se esse neget, Prætorem cognoscere, ut prior doceat filius. duplice ratione: una est. quia pro pietate quam patri debet, hoc statuendum est: altera est, quod se liberum esse quodammodo contendit, id est, quodammodo contendit, se de patria potestate esse demissum: cum naturaliter sit in patris potestate. addit Pau-

lus, Ideo & qui ad libertatem proclamat, priorem docere juberi.

Quærentibus porro, cui fit probandum; opportune refpondet definitio, probari oportere Judici, idcirco in caufa fedenti; ut in facto de quo ambigitur, fine affectu pronunciet, quid verum, quid parum probatum, arbitretur. adverfario probari nihil attinet: femper, ne folvat aut reftituat quod petitur, negaturo, fibi liquere. igitur probandum Judici, fecundum acta & probata judicaturo. clare Ulpianus *l.* 12. *D. h. t.* & Antoninus *l.* I. *C. de condict. ob turp. cauf.* etiam Martialis loco paulo ante appofito.

Hac ratione fuit in formulis, Si paret, condemna. Nec male hinc inferam, fi quæratur, quando facienda fit probatio, de ea cogitari poft litem conteftatam: nam inde initium trahit notio Judicis a Prætore juffi de facto judicare: ut traditum a me *lib.* I. *De jurisd. & imper. c.* 13. Vix opus fubjicere, quo ordine fuam intentionem cum actor, tum reus, probare debeat. nam cum monftratum jam in anteceffum fit, actore non probante, reum abfolvi, etfi nihil ipfe præftet: ultro fequitur, eum non teneri probare; nifi poftquam actor fuam intentionem implevit. Sed hoc certum ex *l.* 19. *C. h. t. & l.* 9. *C. de except.*

Tempus eft cogitare de modis quibus fiat probatio, Judici præftitura fidem legitimam: quam defideravit ejus definitio. Et refert Quintilianus *lib.* 5. *Inft. orat. c.* I. Veteres confenfu fere iviffe in fententiam Ariftotelis, probationem facientis duplicem, aliam artificialem, aliam inartificialem. ifta apud noftros præcipue fit inftrumentis aut teftibus. illa argumentis, indiciis, fignis. ac nefcio an hæc illi confundant: præfumptiones uno nomine appellantes, quamvis fingula diftinguat Quintilianus. utique præfens Rubrica eft *De probationibus, & præfumptionibus*: unam fpeciem jungens generi. fequentes Tituli funt *De fide inftrumentorum*, & *De teftibus* quibus altera conftat fpecies. Jam vero eadem divifio in *l. ult. C. h. t.* fic exprimitur: *Sciant cuncti accufatores, eam fe rem deferre in publicam notionem debere, quæ munita fit idoneis teftibus, vel inftructa apertiffimis documentis, vel indiciis ad probationem indubitatis & luce clarioribus expedita.* Conftat igitur artificialis probatio fecundum noftros præfumptionibus. Præfumere vero apud Virgilium *lib.* XI. *Æneid. verf.* 18. & Juftinum *lib.* 6. *c.* 2. item *lib.* XI. *c.* 5. eft, conjicere. Inde præfumptio eft conjectio, five opinio fumpta ante, quam alicunde eft aperta & demonftrata veritas. Hæc propria præfumptionis fignificatio: fed latius patet fub hoc Titulo: argumenta, indicia, figna complectens. Cæterum artificialis hæc probatio conftans, ut dixi, argumentis, indiciis, fignis, id eft, præfumptionibus, Ciceroni *lib.* I. *De invent. c.* 29. duplex: probabilis aut neceffaria. Quintiliano *d. lib.* 5. *c.* 8. & 10. eft triplex: alia neceffaria, alia credibilis, alia non repugnans. Neceffariæ mentio in *l. ult. C. h. t.* ait autem Cicero *d. loc.* neceffarie demonftrari quæ aliter ac dicuntur, nec fieri, nec probari poffunt: & ponit exemplum hoc modo, fi peperit, cum viro concubuit. etiam poteft exemplum peti a Juftiniano *l.* 14. *C. de contrab. ftipul.* id exemplum eft: fi res dicatur inter præfentes effe acta: & alter liquidis ac manifeftis probationibus oftendat, eo tempore fe vel adverfarium fuum alio in loco fuiffe. quod ut eft, ita Ciceroni quoque *d. loc.* vifum, certiffimum. Verba Ciceronis funt: *Simplex conclufio ex neceffaria confecutione conficitur hoc modo. Si vos me iftud eo tempore feciffe dicitis, ego autem eo ipfo tempore trans mare fui, relinquitur, ut id quod dicitis, non modo non fecerim, fed ne potuerim quidem facere.* Credibilis præfumptio, feu probabilis argumentatio unde defumatur, Cicero *d. lib.* I. *c.* 29. ita definit: *Probabile eft id quod fere fieri folet, aut quod in opinione pofitum eft, aut quod habet in fe ad hoc quandam fimilitudinem, five id falfum eft, five verum.* Exempla ibi videre licet. Effectus ejus, onus probandi transferre in adverfarium; & pro veritate haberi, donec contrarium liqueat: eo probato, fupervacua præfumptio. Exemplum egregium in *l.* 6. *D. de his qui funt fui vel alien. jur.* quam expofui *lib.* I. *Tit.* 6. Aliud non minus pulchrum in *l.* 24. *D. h. t.* jam explicitum *lib. fing. Ad Edict. De pact. & transact. c.* 2. Poffint hæc fufficere. non præteribo tamen *l.* 12. *D. h. t.* fpecies talis: Teftator in teftamento dixit, velle fe alicui dari quingenta. idem fcripfit in codicillis poftea fcriptis. legatarius bis petit quingenta: quod dicit, bis effe data: primum in teftamento, deinde in codicillis. contra dicit heres, non bis, fed femel deberi; & cauffatur, teftatorem in codicillis tantum repetiiffe quod dixerat in teftamento: quia fuerat oblitus, fe in teftamento legaffe. jam multum referre; duplicare legatum voluerit, an repetere. Igitur cum effet lis de voluntate teftatoris: quæfitum fuit, ab utro exigenda effet ejus probatio? ait Celfus, prima fronte videri æquius petitorem probare quod intendit. rurfus cogitat, etiam a reo, fi quid intendat, probationes exigi, & effe exemplum, fi creditum petam, ille refpondeat, folutam effe pecuniam; ipfum hoc probare cogendum effe. Atque in hanc partem inclinat Celfus: arbitratus, ex duplicatis fcripturis effe præfumptionem pro duplicatis legatis. igitur cum petitor duas oftendit fcripturas; heres pofteriorem inanem effe dicit; ipfum heredem id adprobare Judici debere. Superiori exemplo addam aliud ex *l.* 9. *D. h. t.* Ecce: aliquis pactus eft, Ne petatur. in inftrumento pacti non eft inferta heredis mentio. contra eft fcriptum: Profiteor, te non teneri: quæ eft fpecies *l.* 40. *D. de pactis.* dubitatur; utrum fit perfonale pactum, an reale: quia dubitatur, utrius fit probatio, quid actum fit. nam ut actor fuam intentionem, fic reus fuam exceptionem, probare debet. Ait tamen Celfus, pro reo ftare præfumptionem: arbitratus, eum voluiffe, non tantum fibi, fed heredi quoque fuo, prodeffe: communi hominum more, plerumque tam heredibus fuis, quam fibi, caventium. proinde de ipfo dumtaxat, ac non de herede quoque ejus conveniffe, petitorem, non qui excipit, probare debere. plura ad *d. l.* 9. dedi *lib. fing. Ad Edict. De pact. & transact. c.* IV. Porro putavit Ulpianus *l.* 22. *D. h. t.* effe notatu non indignum, *Eum qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere.* Qua ratione? quia unusquisque, utique fapiens, debet præfumi, quod agit, cum ratione agere: ideoque in eo quod putavit fibi bonum aut utile effe, perfeverare, donec ei occurrat quid aut utilius aut melius: alioquin quam habet caufam a priore voluntate recedendi? ea igitur fi apparet; eft, cur voluntas mutata videri poffit. fi non apparet; quæ ante fuit, perduraffe intelligi debet. fic oportet eum qui voluntatem mutatam dicit, id probare. Atque hoc & Papiniano vifum *l.* 3. *D. h. t.*

Tertia præfumptionis five argumentationis fpecies eft non repugnans. fic vocata, quia ejus vis confiftit intra levem fufpicionem; atque ut faciat qualem qualem motum in animo Judicis, non efficit tantum, ut valeat ad probationem. Egregie Arnobius *lib.* 2. *Adverf. gent. p.* 78. *Quid eft autem fufpi-*

ſuſpicio, niſi opinatio rerum incerta, & in nil expoſitum jaculatio mentis illata. Ergo qui ſuſpicatur, non tenet, nec in lumine poſitus cognitionis incedit. Exemplum Quintiliano: Aliquis dicitur furtum feciſſe: hoc argumento, quod in domo fuit tempore furti facti. an eo probatum furtum? atqui ut potuerit facere furtum, & videantur quædam fuiſſe ad malefaciendum invitamenta, non idcirco fecit furtum: non enim (quod optime Apulejus *Apolog. p.* 318.) omnia quæ fieri potuerint, pro factis habenda. oneratur igitur ſic ſuſpicione: ſed non convincitur. Simile exemplum apud Scævolam in *l.* 29. §. 1 *D. h. t.* Mulier gravida a marito repudiata, eo abſente peperit filium, eumque in actis profeſſa eſt ſpurium. de his profeſſionibus vide tradita ſupra ſub Titulo, *De minoribus.* & a Briſſonio *lib.* 1. *Select. antiq. c.* 5. Quæſitum, an ille filius ſit in patris poteſtate, & ejus juſſu poſſit adire hereditatem matris inteſtatæ mortuæ? dubitatio in eo vertitur; utrum ſit legitimus, an ſpurius. nam mater profeſſa eſt ſpurium. contra adſertur, quod fecit abſente viro, atque irata. hoc conſideravit Scævola: ideoque reſpondit, veritati locum ſuperfore. ſenſus Scævolæ huc exit, matris profeſſionem quidem facere ſuſpicionem; ſed levem: ita nihil efficere, utique in præjudicium filii & mariti, præſertim abſentis. tum poſſit videri per falſam feciſſe profeſſionem. Aliud in *l.* 27. *D. h. t.* in qua hæc ſunt verba Scævolæ, *Qui teſtamentum faciebat, ei qui usque ad certum modum capere potuerat, legavit licitam quantitatem.* Scævola in his verbis reſpicit ad Legem Juliam & Papiam: quæ (ut in *l.* 36 *D. de mort. cauſ. donat.* ait Ulpianus, monſtrante Inſcriptione) orbo, verbi gratia, conceſſit modum certum ad capiendum. Merillius aliter: malens, Scævolam accipere de modo Lege Cincia præſcripto. Sed Merillium erudite refutat Brummerus *Comm. ad Leg. Cinc. c.* 6. & *c.* 12. quem non deſcribo. tu eum, ſi lubet & vacat, vide. Meo inſtituto ſufficit: quod teſtator apud Scævolam volens perſonæ incapaci plus legare, quam per Legem licebat, ei quantum poterat legavit: & deinde ita locutus eſt: *Titio centum do lego quæ mihi pertulit, quæ ideo ei non cavi, quod omnem fortunam & ſubſtantiam, ſi quam a matre ſuſceperat, in ſinu meo habui, ſine ulla cautione. item eidem Titio reddi & ſolvi volo de ſubſtantia mea centum quinquaginta, quæ ego ex reditibus prædiorum ejus, quorum ipſe fructum percepi & diſtraxi: item de Kalendario, ſi qua a matre receperat Titius, in rem meam converti.* Certum eſt, tale legatum, ſi adjecta ei in fraudem Legis eſt falſa cauſa, non valere jure legati. Sed quæritur, an ad probationem debiti ſufficiat teſtatoris confesſio; ut vel hoc nomine poſſit a Titio exigi. cauſa quærendi: quod incapaci debitum a teſtatore legari nihil vetat? Scævola ait, a Titio poſſe exigi; ſi probet, omnia ex ratione ſua ad teſtatorem perveniſſe. Scævolam non fugit qualis qualis ex confeſſione teſtatoris nata ſuſpicio. ſed hanc in ſumma nihil operari exiſtimat: contraria præſumptione, teſtatorem hæc in teſtamento, eo quod ille non poterat plus capere, in fraudem Legis adjeciſſe. Sed apparet, præſumptionis quam non repugnantem dixi, cum ſola eſt, nullam vim eſſe: ut ut faciat in animo Judicis ſuſpicionem. nec tamen id impedit, quo minus cum aliis concurrens poſſit ſufficere ad probationem. Notavit hoc Quintilianus *lib.* 5. *Inſt. orat. c.* 8. Verba Quintiliani. *Alia ſunt ſigna non neceſſaria quæ* εἰκότα *Græci vocant: quæ etſi ad tollendam dubitationem ſola non ſufficiunt, tamen adjuncta cæteris, plurimum valent. Signum vocant, ut dixi,* σημεῖον, *quanquam id quidam indicium, quidam veſtigium nominaverunt per quod alia res intelligitur, ut per ſanguinem cædes. at quia ſanguis vel ex hoſtia reſperſiſſe veſtem poteſt, vel e naribus profluxiſſe: non utique qui veſtem cruentam habuerit; homicidium fecerit. Sed ut per ſe non ſufficit, ita cæteris adjunctum, teſtimonii loco dicitur, ſi inimicus, ſi minatus ante, ſi eodem loco fuit: quibus ſignum cum acceſſit, efficit, ut quæ ſuſpecta erant, certa videantur.* Simile quid in fama. de qua quid in utramque partem dici poſſit, tradit Quintilianus *d. lib.* 5. *c.* 3. Breviter ſic Virgilius *lib.* 4. *Aeneid. verſ.* 188. *Tam ficti pravique tenax, quam nuncia veri.* Ita levis ejus fides, nec ultra ſuſpicionem, ſi ſola ſit: quod ſi velut conſentiens ſit, confirmat rei de qua quæritur fidem *l.* 3. §. 2. *D. de teſtibus.* nec jam fama appellatur, ſed veritas. optime Tertullianus *Apologetic. c.* 7. *pag.* 82. *Quid? quod ea illi* (famæ) *conditio eſt, ut non niſi cum mentitur, perſeveret. Et tamdiu vivit, quamdiu non probat. ſiquidem ubi probavit, ceſſat eſſe, & quaſi officio nunciandi functa, rem tradit, & exinde res tenetur, res nominatur.* Aliud exemplum in *l.* 26. *D. h. t.* Procula cum fratri deberet pecuniam, ab herede conventa, recuſat ſolutionem: quod dicit, a fratre ſibi invicem deberi fideicommiſſum; idque cum eo quod debet compenſari oportere. heres reſiſtit compenſationi: quod dicit, fideicommiſſum fratri eſſe remiſſum, ideoque deberi deſiiſſe. id vero probat variis conjecturis. prima eſt, quod Procula fideicommiſſum a fratre, quamdiu vixit, numquam petiit: petitura procul dubio, niſi remiſiſſet: in primis cum eſſet fideicommiſſum magnæ quantitatis. accedit, quod remiſſioni potuit cauſam dare benevolentia ex conjunctione ſanguinis inter fratrem & ſororem non improbabilis. tertia conjectura eſt: quod Procula cum fratre, dum viveret, rationes expunxit; & cum liqueret, ejus rationem debere rationi fratris, illi quod debebat, ſolvit: non ſolutura; ſi putaſſet, invicem ſibi a fratre eſſe debitum. quarta conjectura eſt, quod id non ex una fecit cauſa, nec ſemel; ſed variis ex cauſis, & ſæpe. Vides argumenta, ſingula imbecilla ad probationem: interim juncta valent; & mutuo auxilio ſuſtinentur: quia multa ſunt, & ad ejuſdem rei probationem omnia ſpectant. Sic Quintilianus *lib.* 5. *c.* 12. addit poſt in alia ſpecie, Singula levia ſunt, & communia, univerſa vero nocent, etiamſi non ut fulmine, tamen ut grandine. quid igitur eſt? ait Papinianus, D. Commodum, cum ſuper eo negotio cognoſceret, non admiſiſſe compenſationem, quaſi tacite fratri fideicommiſſum fuiſſet remiſſum.

Titulus IV.

De fide inſtrumentorum & amiſſione eorum.

Age, nunc tractemus de probatione inartificiali: quam fide inſtrumentorum & teſtium contineri, noſtri voluerunt. Paulus *l.* 1. *h. t.* Inſtrumentorum, inquit, nomine omnia accipienda ſunt quibus cauſa inſtrui poteſt: & ideo tam teſtimonia, quam perſonæ, inſtrumentorum loco habentur. Sic Paulus: latius ſumpto vocabulo. at ſub hoc Titulo anguſtior inſtrumentorum ſignificatio eſt; tantum complectens ſcripturas ad fidem rei geſtæ faciendam confectas. eas deſignat

Gajus *l.* 4. *D. h. t.* Fiunt, inquiens, scripturæ, ut quod actum est, per eas facilius probari possit. Addit Gajus, sine his valere quod actum est, si habeat probationem: & utitur exemplo, sicut nuptiæ sunt, licet testatio sine scriptis habita est. Similiter in *l.* 9. *C. h. t.* dicitur, Instrumentis etiam non intervenientibus, semel divisio recte facta non habetur irrita. Est autem id maxime verum, nisi in contrahendo pactum conventum sit, ut scriptura fiat. tum enim non erit perfectus contractus: nisi illa omnibus modis perfecta atque absoluta. prorsus ut pœnitentiæ interim sit locus, atque impune: nisi arrhæ intervenerint *l.* 17. *C. h. t.* Pertinent igitur scripturæ tantum ad probationem rei gestæ: ad ejus substantiam non pertinent. Et consequenter optime sic Diocletianus & Maximianus *l.* 10. *C. d. t.* Cum instrumentis etiam non intervenientibus venditio facta rata maneat: consequenter amissis etiam quæ intercesserant, non tolli substantiam veritatis placuit. utique, (quod subjicitur *l.* 11.) si aliis indubiis probationibus probari possit.

Quod attinet ad formam conficiendi instrumenta, de ea extat Constitutio Imp. Justiniani *Novell.* 47. *c.* 1. jubens, eos quicumque gestis ministrant, sive in judiciis, sive ubicumque conficiuntur acta, & tabelliones quia omnino qualibet forma documenta conscribunt, id observare; ut primum ponant annum imperii Imperatoris, tum nomen Consulis qui in eo anno sit, dein indictionem, item mensem & diem quo conscriptum sit instrumentum. ac si qui sint Orientis habitatores qui instrumentis suis præterea velint inserere annum quo condita sit civitas in qua vivunt, ne id quidem ipsis invidet. De invocatione nominis Divini quæritur, an vel eam præmitti Imperator velit? putavit inter alios Bernardus Waltherus V. CL. *lib.* 2. *Miscellan c.* 1. voluisse præmitti; &, si omissa sit, pro nullo haberi instrumentum. Sed ausim certare vel deposito pignore, quod Waltherus putavit, numquam cogitasse Justinianum. Scio: ille provocat ad sequentia Imperatoris verba: *Et inchoetur mox*, auctore Deo, *a præcedente prima indictione.* Frustra: non enim referenda sunt hæc verba ad formulam instrumenti: sed ad id quod a Justiniano est de ea constitutum, huc spectant, ac de eo loquuntur. sensus hic est: Et inchoetur mox hæc Constitutio, sive quod hic constitutum est, a præcedente prima indictione. quo modo? ait, *Ita quodammodo eis scribentibus:* id est, hac formula, quæ sequitur: *Imperii Justiniani, sacratissimi Augusti & Imperatoris anno* 11. *post consulatum Flavii Belisarii Clarissimi Viri anno* 2. *die autem tot, & tot. cal.* Sed apparet, in hac formula quam observari jubet Imperator, non posita invocatione Divini nominis, eam a Justiniano instrumentis nullam desiderari, nec esse necessariam.

Nunc de fide instrumentorum disputabo. ea non est par omnium. nam quædam sunt publica, quædam privata. publica vero vel publice facta, (quæ vere publica: ut libri census, monumenta publica *l.* 10. *D. de probat.*) vel publice confirmata, quæ quasi publica appellantur; & est exemplum in *l.* 11. *C. Qui potior. in pign.* item si quod factum sit a Tabellione. privata instrumenta inter alia sunt chirographa, epistolæ, annotationes privatæ & domesticæ. Effectus publicorum instrumentorum, plenam facere fidem *l.* 15. & 11. *C. h. t.* etiam majorem quam testes *d. l.* 10. *D. de probat.* In privatis duo quæruntur: primum est, an debeat scribenti fides haberi contra se: alterum est, an ei debeat credi scribenti pro se. quod ad primum attinet; interest, utrum scripturæ adfuerint testes, an non. priore casu non est dubium, quin scribenti habenda sit adversus se fides, testibus scripturam adjuvantibus: posteriore casu contra est, si quidem indiscreta sit scriptura: id est, si non contineat debendi causam. at si discrete loquatur, id est, si in ea expressa sit debendi causa; non est, cur ei credi non debeat: nisi contrarium evidentissime probetur *l.* 25. §. *ult. D. de probat.* Hoc: si is qui scripsit, suam adgnoscat manum; confessus, se scripsisse. quod si inficietur, solet literarum comparatio institui ex similibus ejus scriptis, publicis, vel privatis, jure jam ante Justinianum recepto. sed is id coërcuit *l.* 20. & *Auth. seqq. C. h. t.* vetans, literarum comparationem fieri; nisi ex scriptura, habente subscriptionem trium testium. Secunda quæstio est, an scribenti habenda sit fides pro se? Sed non placet: & clara ratione, quod est exemplo perniciosum, aliquem sua privata scriptura aut annotatione alium facere debitorem: cum possit, quidquid vult, scribere; nec alter contra possit id ulla providentia prævenire, aut impedire. nec hic distinguendum, utrum is qui scripsit, sit vilis, an in dignitate positus, honestus, an improbus: cum plerumque homines nequissimi se ferant pro viris bonis & honestis, quo facilius decipiant imprudentes. adeo non de moribus quærimus, sed de jure. plus dicam, nec fisco credi hac in parte, nec defuncto in ultima voluntate certam pecuniæ quantitatem aut res certas sibi deberi significanti *l.* 5. 6. 7. *C. de probat.* maxime, si testator non juraverit: alioquin necesse habent heredes religioni stare, aut relictis non fruentur. creditoribus tamen ex hoc nihil præjudicii erit. *Auth. Quod attinet d. t.* Sunt hæc certi juris, producta sola annotatione privata seu domestica, sine aliis adminiculis: nam si his adjuvatur, contra observatur *d. l.* 5.

Non minus recte tradit Paulus *l.* 2. *D. h. t.* quicumque a fisco convenitur, eum non ex indice & exemplo alicujus scripturæ, sed ex authentico [quod exemplar appellatur) conveniendum esse. ita si contractus fides potest ostendi: cæterum calumniosam scripturam vim in judicio obtinere, non convenit.

Illud quoque retinendum diligenter, quod est a Justiniano scriptum *Novell.* 119. *c.* 3. si quod instrumentum se referat ad aliud, referenti non credi, nisi constet de relato.

TITULUS V.

De testibus.

Exposita fide instrumentorum, id est, una parte probationis inartificialis; sequitur altera de testibus. Est vero, ut Arcadius Charisius *l.* 1. *h. t.* loquitur, testimoniorum usus frequens ac necessarius. Arcadius testimonia dixit pro testibus; quo modo ministeria pro ministris dicuntur *l.* 9. *D. de pignoribus*, & servitia pro servis, apud Tacitum *lib.* 4. *Histor. c.* 1 & *c.* 23. item amicitiæ & familiaritates pro amicis & familiaribus apud Suetonium, *Tiberio c.* 51. Est hoc observandum: quia testimonia sunt testium depositiones: testes sunt personæ, ad fa-

faciendam fidem adhibitæ: & est rescriptum ab Hadriano, testibus se, non testimoniis crediturum *l.* 3. §. 3. *&* 4. *D. b. t.* Est igitur testium usus frequens & necessarius, cum in civilibus, tum in criminalibus, causis *d. l.* 1. §. 1. *b. t.* etsi nec desunt aliquæ, in quibus non est testibus locus. ita in *Novell.* 74. *c.* 4. Justinianus in legitimatione per subsequens matrimonium solis jubet credi instrumentis, non testibus: sæpe expertus, in ea materia esse falsos. Similiter in *l.* 1. *C. b. t.* vetatur non scriptum testimonium ferri contra scriptum: nisi (quod temperamentum ponitur postea in *l.* 18.) sint testes quinque integræ opinionis.

Quærentibus, quinam possint testes adhiberi? placet Arcadio *l.* 1. §. 1. *b. t.* omnes posse, quibus non est interdictum testimonium. Prohibentur autem quidam omnino; alii secundum quid. omnino servi. Terentius meminit, *Phorm.* 2. 1. 62. *Servum*, inquiens, *hominem causas orare leges non sinunt, neque testimonii dictio est.* Idem intelligitur ex *l.* 11. *& Auth. seq. C. b. t.* ac pro ratione est hoc Licinii Rufini ex lib. 2. Regularum, Idonei non videntur esse testes quibus imperari potest, ut testes sint *l.* 6. *D. b. t.* Et tamen observat Modestinus in *l* 7. quæ est ex lib. 3. Regularum, a Regula exceptionem. ea exceptio est, Servi responso tunc credendum esse, cum alia probatio ad eruendam veritatem non est. quod quemadmodum accipiendum sit, indicavi *lib.* 1. *Probabil. c. ult. & lib.* 3. *c.* 6. Ibidem indicavi simul, servis in hujusmodi casu non juratis credi, sed tortis. ita quod in liberis est jusjurandum, in servis tormentum esse. Præter servos sunt & alii, qui omnino testimonium ferre prohibentur: ut furiosi & mente capti *l.* 20. §. 4. *D. Qui testam. fac. poss.* Item quos Imperator §. 6. *Inst. de testam. ordin.* ait, Leges jubere improbos esse & intestabiles: qualis est damnatus ob famosum libellum *l.* 21. *pr. b. t.* quod vero lege quis intestabilis jubetur esse, eo pertinere Gajus ait, ne ejus testimonium recipiatur, & eo amplius, neve ipsi dicatur testimonium, & ita quosdam putare *l.* 26. *D. Qui testam. fac. poss.* Superioribus addendi insignes famosi, quales sunt harenarii, qui ad bestias ut depugnarent, se locaverint; qui, quæve palam corpore quæstum fecerint *l.* 3. §. 5. *b. t.* quod si quis aliter infamis sit, ejus testimonium non est omnino inutile: ut paulo post dicetur. præterea non potest testis adhiberi, qui judicio publico damnatus erit, quive in vinculis custodiave publica erit, item qui ob testimonium dicendum vel non dicendum pecuniam accepisse judicatus vel convictus erit *d. l.* 3. §. 5. Item sic ait Paulus *l.* 14. *b. t. Repetundarum damnatus, nec ad testamentum, nec ad testimonium adhiberi potest.* Contra ait Ulpianus *l.* 20. §. 5. *D. Qui testam. fac. poss. Eum qui lege repetundarum damnatus est, ad testamentum adhiberi posse existimo: quoniam in judicium testis esse vetatur.* Nec tentanda hic conciliatio: ut post Græcum Scholiasten, *Basilic. lib.* 21. *tit.* 1. *lit. O. pag.* 554. *& lit. P. pag.* 555. optime vidit Collega meus, D. Schultingius V. Cl. ad Paul. *lib.* 4. *Sent. tit.* 3. *pag.* 344.

Secundum quid esse testes prohibentur vulgariter infames: nam horum testimonium non omnino quidem est inutile: sed Judicis officio permittitur æstimatio, an & quatenus illis habenda sit fides *l* 3. *& l.* 13. *D. b. t.* Præterea etiam secundum quid prohibentur minores viginti annis testes in criminalibus causis ab accusatore citari *l.* 20 *D. b. t.* Similiter habet mulier (nisi si palam corpore fecerit quæstum de qua supra dictum ex *l.* 3. §. 5. aut si adulterii damnata) in judicio testimonii dicendi jus *l.* 18. *D. b. t.* sed in testamento non habet *l.* 20. §. 6. *D. Qui testam. fac. poss.* quid de Hermaphrodito dicemus? hic an ad testamentum adhiberi possit, qualitas sexus incalescentis ostendit *l.* 15. §. 1. *D. b. t.* Illud nemo non probat, (quod a Pomponio traditum *l.* 10. *d. t.*) nullum in re propria intelligi idoneum testem: ideoque (ut dicitur in *l.* 10. *C. d. t.*) omnibus in re propria dicendi testimonii facultatem jura submoverunt. nempe quia frustra petatur testimonium; ubi cum ratione metui potest, ne a natura sui studiosa corrumpatur. ab eadem causa neque pater filio, aut filius patri, idoneus testis est *l.* 9. *D. d. t.* Non aliunde venit; quod cuidam Rosæ rescribitur *l.* 3. *C. eod.* Etiam jure civili domestici testimonii fidem improbari. Paulus quoque in *l.* 24. *D. b. t.* narrat, testes eos quos accusator de domo produxerit, interrogari non placuisse: sine dubio, quod idonei non videntur testes quibus imperari potest, ut testes fiant *l.* 6. *D. b. t.* Similiter refert Arcadius *l. ult. D. b. t.* Mandatis caveri, ut Præsides attendant, ne patroni in causa, cui patrocinium præstiterunt, testimonium dicant. quod & in executoribus negotiorum servandum esse. De hæreticis, cum insignibus, tum aliis, an & quatenus illi ad testimonium admittantur, extat Justiniani Constitutio *l.* 21. *C. de Hæretic. & Manich.*

Indicavi plerosque a testimonii dictione aut omnino, aut secundum quid, remotos. restat quod initio dictum est, reliquos non prohibitos, ad testimonium admitti: non modo si velint, esse testes; sed etiam, si nolint, invitos cogi testimonium perhibere impensis eos petentis: sic enim constituit Justinianus *pr. &* §. 1. *l.* 16. *C. b. t.* volente publica utilitate, ne veritas occultetur, quam liquere, interest humanæ societatis. Ea igitur ratione ait Venulejus *l.* 22. *D. b. t.* Curent Magistratus cujusque loci, testari volentibus & se ipsos & alios testes vel signatores præbere: quo facilius negotia explicentur, & probatio rerum salva sit. Eadem ratione, si non possit alias constare de veritate, etiam personas inhabiles admitti jura voluerunt *l.* 7. *D. b. t.* nec est hic prætermittendum, quod Arcadius *l.* 21. §. 2. *d. t.* Si ea, inquit, rei conditio sit, ubi harenarium vel similem testem admittere cogimur, sine tormentis testimonio ejus credendum non est.

Sunt tamen (ut Justinianus perhibet *l.* 16. *C. b. t.*) quæ legibus prohibentur ad testimonium cogi; talesque esse dicit personas illustres, & quæ supra illustres sunt: nisi sacra forma intervenit. Præterea ait *pr. &* §. 1. *l.* 19. *D. b. t.* Ulpianus, invitos testimonium non dicere publicanos: item eum qui non detrectandi testimonii causa abierit: item eum qui quid exercitui præbendum conduxerit: sed nec pupillis testimonium denunciari posse. Jam vero Paulus *l.* 4. *D. b. t.* Lege Julia judiciorum publicorum inquit, caveri, ne invito denuncietur, ut testimonium litis dicat adversus socerum, generum, vitricum, privignum, sobrinum, sobrino natum, eosve qui priore gradu sunt. Addit Gajus *l.* 5. In legibus quibus excipitur, Ne gener aut socer invitus testimonium dicere cogeretur, generi appellatione sponsum quoque filiæ contineri: item soceri sponsæ patrem. Insuper ait Paulus *d. l.* 4. Lege Julia judiciorum publicorum caveri, ne liberto ipsius, liberorum ejus, parentum, viri, uxoris: item patroni patronæ adversus libertos, neque liberti adversus patronum, cogantur testimonium dicere. Imo Diocletianus & Maximianus *l.* 12. *C. b. t.* jubent, libertorum adversus patronos illicitas atque improbas voces pœnæ objectio-

ne

ne præcludi: ita, ut non solummodo sponte prodire non audeant, sed ne vocati quidem in judicium venire cogantur. Iidem Imperatores simili ratione Tertullo cuidam rescribunt *l.* 6. parentes & liberos invicem adversus se nec volentes ad testimonium admittendos esse.

Nunc videndum de numero testium. & quidem si Lex certum desiderat numerum: non est dubium, quin is sit observandus: ut in testamentis septem, §. 3. *Inst. de testam. ordin.* in codicillis quinque *l. ult.* §. *ult. C. de codicill.* itemque est in casu *l.* 18. *C. b. t.* Cæterum in *l.* 12. *D. b. t.* ait Ulpianus, ubi numerus testium non adjicitur, etiam duos sufficere: causatus, pluralem elocutionem duorum numero contentam esse. plane unus, sive singularis testis, pro nullo habetur. adeo eum audiri vetat Constantinus, etsi præclaræ curiæ honore præfulgeat *l.* 9. §. 1. *C. b. t.* estque insignis error Interpretum, existimantium, eum quidem non facere plenam probationem, quæ sufficiat ad condemnationem; sed semiplenam, quæ jurejurando judiciali ex decreto Judicis suppleri debeat. sed hanc sententiam jam refutavi supra sub Titulo, *De jure jurando.*

Ad formam perhibendi testimonii spectat, quod in testamentis non valent testes fortuiti, sed rogati *Authent. Rogati C. b. t.* ad fidem rei gestæ faciendam etiam non rogatus testis intelligitur *l.* 11. *D. b. t.* Similiter spectat ad formam, quod testi, nisi jurato, non creditur. Seneca *lib.* 2. *De ira c.* 29. *De parvula summa judicaturo tibi res sine teste non probaretur. testis sine jurejurando non valeret.* Constantinus *l.* 9. *C. b. t.* hoc plus desiderat; ut testis juret, antequam testetur: *Jurisjurandi*, inquiens *religione testes, prius quam perhibeant testimonium, jam dudum arctari præcepimus.* Nec dubito, quin idem spectet hoc Asconii Pediani in *orat. Ciceronis in Verrem*, *de prætur. urban. p.* 94. *Jurati testes produci solent, non solum ne falsa dicant, verum etiam, ne quæ vera sunt, taceant.* quod facilius facturus creditur jurejurando post depositionem, quam ante, præstito. Solent porro testes testimonia apud Judicem deponere, præsente utroque litigatore. Quo modo? Asconius Pedianus, *Not. in orat. Ciceronis in Verrem De prætur. urb. p.* 77. Tenere, inquit, debemus, interrogationes testium & accusatoris & defensoris esse, & ejus qui producit, & ejus contra quem producuntur. Idem post *pag.* 93. Loqui, nisi interrogato, testi non licebat. interrogatur autem & ab eo contra quem productus. Hoc igitur modo accipiendum, quod Justinianus *l.* 18. *C. de fide instrum.* dicit, depositiones fieri sub præsentia utriusque partis. nisi, quod addendum, altera pars absit per contumaciam. tum enim potest Judex, alterutra parte præsente, testimonia capere. *l.* 19. *C. b. t.* Satis hæc liquent. & tamen receperunt difficultatem a *l.* 14. *C. b. t.* in qua dicitur; quod testis debet judicantis intrare *secretum.* Sed secretum non significat locum, a quo arceantur litigatores: sed locum in quo judicia exercentur admissis litigatoribus: quem locum *secretarium* appellari, intelligitur ex *l.* 3. *pr.* & §. *ult. C. Ubi Senator. vel clariss.* a Paulo *l.* 40. *D. de reb. cred.* vocatur *auditorium.* Ratio autem, cur *secretum*, vel *secretarium*, dicatur, hæc est: quod olim in foro jus dicebatur sub dio, præsente populo. postea judiciis ad Basilicas translatis, (quod factum refert auctor Dialogi *De causis corruptæ eloquentiæ c.* 38. & 39.) inde *secretum* & *secretarium* appellatum, quia paucis jam præsentibus, litigabatur.

TITULUS. VI.

De juris & facti ignorantia.

Tractatus De juris & facti ignorantia, quem præsens Rubrica pollicetur, superiori, De probationibus & præsumptionibus, quasi ejus pars sit, non male jungitur. quam autem ignorantiam vocat Rubrica, Papinianus in *l.* 7. & 8. errorem appellat: etsi error, rem considerantibus, est credulitas, causam sortita ex veri ignorantia. sed in proposito pro iisdem accipiuntur: comprehenso sub utroque nomine defectu necessariæ in rebus agendis scientiæ. Eam ignorantiam Paulus *l.* 1. facit duplicem, aliam juris, aliam facti. altera est, nescire moribus ac legibus constituta: altera est, nescire rem, ut gesta est, aut contigit. Non arcessam exempla: compluribus & claris a Paulo proditis *d. l.* 1. §. 1. Sed non silebo sequentem Neratii observationem ex *l.* 2. *In omni parte error in jure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debebit.* qua ratione? hanc subjicit, *Cum jus finitum & possit esse & debeat: facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.* Sed ignorantiæ facti (inde enim incipiam) non una conditio est: aut enim est proprii facti, aut alieni. prior reprehensibilis, posterior tolerabilis, censetur *l.* 5. & 1. *D. Pro suo.* nisi summa negligentia objiciatur. quid enim si omnes in civitate sciant quod ille solus ignorat? supina illa dicitur ignorantia; &, ut Ulpianus ait *l.* 6. *b. t.* non ferenda: ut nec scrupulosa inquisitio exigenda. putat igitur, scientiam, ignorantiæ de qua quærimus, adversam, & in rebus agendis necessariam, hoc modo æstimandam esse: ut neque negligentia crassa, aut nimia securitas satis expedita sit, neque delatoria curiositas exigatur. Eodem modo Labeo, & (ut Paulus *l.* 9. §. 2. *d. t.* censet) recte definit, scientiam neque curiosissimi, neque negligentissimi, hominis accipiendam: verum ejus qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit. Breviter refert Pomponius *l.* 3. §. 1. *d. t.* ex Sabini & Cassii sententia, ignorantiam accipiendam non deperditi & nimium securi hominis. Talem facti ignorantiam non nocere, ait Paulus *d. l.* 9. *pr.* usus figura Rhetorica Poëtis familiari, nec tamen nostris insolita. Litotes appellatur: qua aliquando plus, aliquando minus dicitur, quam significatur. posterius hoc loco mavult Paulus. nam cum ait, *regulam esse, facti ignorantiam non nocere:* non solum vult, non obesse cuiquam, sed hoc plus indigitat, omnibus prodesse. Ejus interpretationis causam hanc habeo: quod & damno liberat facti ignorantia, & ad lucrum prodest *l.* 5. *D.* & *l.* 4. *C. b. t.*

Exposita est facti, sequitur juris, ignorantia. de qua sic Paulus *d. l.* 9. *Regula est, juris ignorantiam cuique nocere.* Paulus verbo, *Nocere*, aliter hac parte utitur, quam superiore: quippe illic minus, hic plus dicit, quam intelligit. non opus verbis: cum ait, juris ignorantiam cuique nocere; nihil aliud denunciat, quam non prodesse omnibus. Hoc suadet Pomponius *l.* 4. *b. t.* sic scribens: *Juris ignorantiam in usucapione negatur prodesse.* Mitto Pomponium: ipse Paulus *d. l.* 9. §. 3. in eumdem sensum, *Sed juris*, inquit, *ignorantiam* non prodesse, *Labeo ita accipiendum existimat.* Paulus juris ignorantiam quam initio capitis dixit cuique nocere, nunc dicit, non prodesse. Sit igitur hoc proximum signum, Paulum indigitare, juris ignorantiam magis non prodesse, quam nocere: consequenter non adferre lu-

lucrum, non etiam adferre damnum, at nec damno eximere. Non alio modo accipio hoc Papiniani *l.* 7. *d. t. Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus: suum vero petentibus non nocet:* item in *l.* 8. *Juris error nec fœminis in compendiis prodest. Cæterum omnibus juris error in damnis amittendæ rei suæ non nocet.* Sensus Papiniani est, juris errorem neque mares, neque fœminas commodo afficere; nam in lucris obesse omnibus, tam fœminis, quam maribus: in damnis autem non prodesse omnibus. itane? non nocere non est prodesse: sed est medium inter nocere & prodesse: ut non velle est medium inter velle & nolle, auctore Cujacio *lib.* 5. *Observ. c.* 39. Putemus igitur, Paulum in *d. l.* 9. *pr.* cum ait, juris ignorantiam cuique nocere, non significare, eam cuique damnum adferre: non enim ita est: sed non prodesse cuique; id est, erranti cuique non subvenire adversus damnum quod facit; sive errantem omnem non semper damno quod incurrit, eximere. Quid hæremus? manifesta Pauli sententia in *d. l.* 9. §. *ult.* hoc modo scribentis: *Sciant ignorantiam facti, non juris prodesse: nec stultis solere succurri, sed errantibus.* Paulus errorem juris vocat stultitiam· eaque loquendi forma designat esse errorem, sed crassum, id est, latam culpam, sive supinam & summam negligentiam, nulla dignam venia: ideoque nec ad lucrum prodesse, nec damno liberare: id enim est, non stultis succurri, sed errantibus. Sic Paulus: quamquam non absolute, nec sine moderatione. contra ait *d. l.* 9. §. 3. hanc regulam, *Juris ignorantiam non prodesse*, a Labeone ita accipi, si Jurisconsulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit, ut cui facile sit scire, ei detrimento sit juris ignorantia. Et convenienter his rursus *l.* 10. *D. de bonor. possess.* ait, satis esse, quem habuisse copiam eorum quos consuleret: scientiam enim non hanc accipi quæ Jurisprudentibus sit, sed eam quam quis aut per se habeat, aut consulendo prudentiores adsequi potest. Atque ita est: juris ignorantia, non est ignorantia artis nostræ: sed juris pervulgati, & omnibus noti. eo jure censentur leges publice propositæ. quas omnes sciunt, & intelligunt: sunt enim finitæ aut esse debent. utique publice propositæ, ab omnibus legi possunt. quod si quis eas non legerit, cum posset & deberet legere; sibi imputet earum ignorantiam: ideoque iis perinde teneatur, ac si eas sciret. quod si quæ in legibus videatur ambiguitas: sunt juris periti quos potest consulere, quisquis dubitat. ita facile est, unicuique scire, quo jure eum in civitate uti oporteat. id vero nescire vel negligere est, nescire quod sciunt omnes. quæ inexcusabilis est stultitia, quam culpam latam appellamus.

Plane Paulus in *d. l.* 9. *pr.* & §. 1. excipit personas quasdam quibus permissum sit, jus ignorare: tales esse ait minores viginti quinque annis: suadente lubricitate consilii, huic ætati succurri, atque indistincte, cum in damnis, tum in lucris quoque: quod & supra observatum sub Titulo, *De minoribus.* Idem Paulus concedit fœminis, propter infirmitatem sexus: sed his non in omnibus caussis, sed in quibusdam: puto, in damnis dumtaxat, non etiam in lucris: eoque pertinere, quod in præsenti addit Paulus: *& ideo sicubi non est delictum, sed juris ignorantia, non læduntur.* Ne milites quidem hic præterit Paulus: favente eis simplicitate armatæ militiæ: nam hanc rationem adfert Antoninus *l.* 1. *C. h. t.* Exemplum Paulo *d. l.* 9. §. 1. Si filiusfamilias miles a commilitone heres institutus, nesciat sibi etiam sine patre licere adire; ac præfatur, quod per Constitutiones Principales jus ignorare potest: & ideo ei dies aditionis non cedit. quod est notandum: quia inde apparet, ei juris ignorantiam non in damnis tantum, sed in lucris quoque prodesse. De rusticis *d. l.* 9. silet Paulus. est tamen vel in his caussa benignitatis. Virgilium audi *lib.* 2. *Georgic. vers.* 501.

——— ——— ——— *Nec ferrea jura*
Insanumque forum aut populi tabularia vidit.

Quid ni igitur hac parte etiam rusticitati subveniatur? atque id placet Ulpiano *l.* 1. §. *ult. D. de edendo.* imo hic addit, & aliis subveniri ex alia justa caussa. nec dubito, quin sint enumerati a Paulo *l.* 25. §. 1. *D. de probat.* hi, *vel pupillus, vel minor, vel mulier, vel forte vir quidem perfectæ ætatis, sed miles, vel agricultor & forensium rerum expers, vel alias simplicitate gaudens & desidiæ deditus.* Dicta de pupillo, minore, muliere, milite, vel agricultore, & forensium rerum experte, liquent. sed quis ille, *alias simplicitate gaudens & desidiæ deditus?* Scholiastes Græcus *lib.* 22. *Basilic. tit.* 1. *lit. Q. tom.* 3. *pag.* 41. Monachos dicit. imperite: nam ubi Monachi Pauli tempore? primi in Ægypto orti sub Diocletiano & Maximiano, occasione persecutionum quas illi Principes quam injuste, tam crudeliter, adversus Christianos exercebant. De Monachis igitur, qui tum erant incogniti, cogitare non potuit Paulus. tamen quæ Græci Scholiastæ, ea & Emundi Merillii, fuit sententia *lib.* 8. *Observ. c.* 20. nisi quod hanc adjectionem adscribit Triboniano, de Christiana religione, ut ait, parum recte sentienti. Sed mea ratio est, parcere Triboniano, atque illum *simplicitate gaudentem & desidiæ deditum* Paulo vindicare. Caussa meæ interpretationis: quod hujusmodi homines non cum Monachis esse cœperunt. contra fuerunt illi semper, etiam ante Monachos, & adhuc sunt, præter Monachos ita puto; & hoc hominum genus a Paulo opponi homini diligenti & studioso patrifamilias: quem circa finem principii *d. l.* 25. noluit præsumi, facta solutione sua bona sponte jactasse, cum esset alioquin prudens & ad res suas attentus. longe aliter, ac si sit, id est, si probetur, alias, id est, passim, sive in plerisque a natura, non hoc uno casu, fuisse simplicitate gaudens, & desidiæ deditus. Sic mihi persuadeo; nec dubito, quin talis homo sit idem tutori qui ab Ulpiano *l.* 3. §. *ult. D. de suspect. tut.* ob ingenitam segnitiem, rusticitatem, inertiam, simplicitatem, ineptiam, dicitur a tutela salva existimatione removeri. hujusmodi certe homines, ad res gerendas inidoneos, negligentia, ignavia, & fatuitate censeri, demonstravi *lib.* 1. *Probabil. c. ult.*

Hæc Paulus; (nam huc redeo) si sit mera Juris Civilis ignorantia. sed fac, delictum dici. si veniat ex ignorantia juris naturalis ab hoc nemo excusatur: quia id jus a natura omnibus infusum, a nullo ignorari potest. Sapienter Cato apud Lucanum *lib.* 9. *vers.* 575.

- - - *Dixitque semel nascentibus auctor,*
Quidquid scire licet. - - -

Exempla in *l.* 2. *C. de in jus vocando*, item in *l.* 38. *D. Ad Leg. Jul. de adult. & l. ult. D. de ritu nupt.* Miserationem tamen ætatis aliquando Judicem etiam hic ad mediocrem pœnam producere, Tryphoninus scribit *l.* 37. §. 1. *D. de minorib.*

LIBER VIGESIMUS TERTIUS.

TITULUS I.

De ſponſalibus.

PRÆTER obligationes de quibus fuit hactenus actum, occurrit hic alia dotis nomine. de qua dicturo altius repetenda res fuit a nuptiis: ad quas unice dos reſpicit. & quia in ſponſalibus de dote ac cæteris nuptiarum conditionibus agi ſolet: omnibus præmiſſus fuit tractatus de ſponſalibus. Sunt autem ſponſalia Florentino *l.* 1. *D. h. t.* mentio & repromiſſio nuptiarum futurarum. Janus Gulielmius, præſtabilis Vir eruditionis, *c.* 2. *Quæſtion. in Plauti Aulul.* 2. 2. *verſ.* 26. verba hæc, *mentio & repromiſſio*, interpretatur poſtulationem ſive ſtipulationem & promiſſionem: convenienter, ut ipſe putat, erudito verborum uſui, certe origini: ſponſalibus a ſpondendo dictis; quia ſolent Veteres ſibi ſtipulari uxores futuras: atque inde ſponſi ſponſæque appellatio. conſtat ex *l.* 2. *& l.* 3. *D. d. t.* etiam ex A. Gellio *lib.* 4. *Noct. Attic. c.* 4. præterea compluribus Plauti locis jam ab aliis ſæpe allatis. Hoc olim obtinuit. ſed mutatum poſtea: quamquam re ſublata manſit ſponſaliorum nomen: ut & alibi fieri memini ſub Titulo *Mandati*. Ita adhuc dicimus ſponſalia, licet nudus ad ea ſufficit conſenſus ſine ſponſione, ut docet Ulpianus *l.* 4. *D. h. t.* nec eſt alia cauſa, cur in §. 1. ſubjiciat, conſtare, & abſenti abſentem deſponderi poſſe, & hoc cottidie fieri. modo (quod ex Pomponio ſequitur *l.* 5.) ſcientibus his qui abſint, ſponſalia fiant, aut ſi poſtea ratum habuerint. Ab eadem ratione ait ſic Ulpianus *l.* 18. *In ſponſalibus conſtituendis parvi refert, per ſe & coram, an per internuncium vel per epiſtolam, an per alium hoc factum eſt; & plerumque conditiones interpoſitis perſonis expediuntur.* Sic editur: ſed ſi me audies, expunges verba, *an per alium:* aut immemoriæ Auctoris debita, aut Gloſſatori: exponenti hæc, *an per internuncium.* Interim non improbo, quod in *l.* 7. Paulus, In ſponſalibus, inquit, nihil intereſt, utrum teſtatio interponatur, an aliquis ſine ſcriptura ſpondeat. nam omnibus hiſce modis poteſt conſentiri: ad ſponſalia autem, præter conſenſum nihil deſideratur.

Nunc videamus, quos oporteat in ſponſalibus conſentire. Paulus *d. l.* 7. §. 1. ſic ſcribit: In ſponſalibus etiam conſenſus eorum exigendus eſt quorum in nuptiis deſideratur. Debet igitur primum intervenire conſenſus eorum quorum in poteſtate ſunt, qui contrahunt: nam horum conſenſu in nuptiis opus eſſe, ſequente Titulo oſtendetur. Deinde fiunt ſponſalia, ſicut nuptiæ, conſenſu contrahentium: & ideo ſicut nuptiis, ita ſponſalibus filiamfamilias conſentire oportet. Sed quæ patris voluntati non repugnat, conſentire intelligitur. Tunc autem ſolum diſſentiendi a patre licentia filiæ conceditur, ſi indignum moribus vel turpem ſponſum ei pater eligat. Filiofamilias diſſentiente, ſponſalia nomine ejus fieri non poſſunt. Ita in *l.* 11. *l.* 12. *&* 13. *D. h. t.* ſed uberius Titulo ſequente. Non adderem, quod furor ab initio ſponſalibus eſt impedimento, poſtea interveniens non nocet, niſi id obſervandum putaſſet Gajus *l.* 8. *D. d. t.* Lubentius dicam, quod in ſponſalibus contrahendis definita non eſt contrahentium ætas, ut in matrimoniis; in quibus præſcriptus eſt annus duodecimus. quapropter a primordio ætatis effici poſſunt ſponſalia: modo ſi id fieri ab utraque perſona intelligatur: id eſt, ſi non ſint minores, quam ſeptem annis. ſic traditum *l.* 14. *D. h. t.* Aliquem vexet, quod apud Suetonium *Auguſto c.* 34. legitur, ab Auguſto coarctatum eſſe tempus habendi ſponſas, & quidem, ut ex Gajo *l.* 17. *D. h. t.* videtur, intra biennium a contractis ſponſalibus: præterquam ſi intervenerit juſta & neceſſaria cauſa. Verum quod ad Gajum attinet; facile eſt, ex Inſcriptione loci intelligere, eum reſpicere ad Legem Juliam & Papiam: qua Auguſto non fuit negotium, definire tempus a quo ſponſalia fieri oporteret. magis voluit, occurrere fraudibus quæ immaturitate ſponſarum fiebant ejus Legibus, certa præmia indulgentibus cum maritis, tum ſponſis quoque. & ita eſt: Auguſtus ex recepto jure nihil immutavit circa ætatem qua contrahi poſſint ſponſalia; ſed detectis fraudibus hujuſmodi ex immaturis ſponſalibus, ne deinceps ſimile admitteretur, præcepit, eum qui Legum præmia affectaret, ſponſalia non ultra biennium prorogare; ideoque ea non contrahere ante annum decimum. Iviſſe huc Suetonium, ſequentia evincunt ejus verba: *Cumque etiam immaturitate ſponſarum, & matrimoniorum crebra mutatione vim legis eludi ſentiret, tempus ſponſas habendi coarctavit: divortiis modum impoſuit.* Dion Caſſius *lib.* 54. *pag.* 609. rem ita refert, interprete Lipſio, *Excurſ. C. ad lib.* 3. *Annal.* Taciti: *At cum quidam pueras deſponderent, & præmia nihilominus ferrent maritorum, rem opusque mariti non præſtarent: ſtatuit nullam ſponſionem firmam eſſe, poſt quam, biennio exacto, nuptiæ non ſequerentur. hoc eſt, ut omnino decennem deſpondere opus eſſet, ſi quis ſponſionis ejus vellet fructum. puellis enim duodecimus annus plenus, ad nuptias definita ætas cenſetur.* Poſſunt igitur ab anno ſeptimo iniri ſponſalia: etſi nuptiæ non poſſint contrahi ante annum duodecimum. Illud fuit quæſitum, an nuptiæ, ſi intervenerint ante eum annum, ſaltem valeant jure ſponſaliorum, cum non valeant jure nuptiarum: quemadmodum quæritur, an acceptilatio, ſi non valet jure acceptilationis, ſaltem valeat jure pacti. Eam quæſtionem tractat Ulpianus *l.* 9. *D. h. t.* & *l.* 32. §. 27. *D. de donat. int. vir. & uxor.* ſed non attingam erudite expoſitas a Jacobo Cujacio *lib.* 11. *Obſerv. c.* 15.

Præter hoc annotari dignum, inter quos prohibitum eſt matrimonium, inter eos prohibita cenſeri ſponſalia *l.* 16. *D. h. t.* modo eadem ſit prohibendi ratio. exemplum in hoc Modeſtini *l.* 15. *Tutor factam pupillam ſuam nec filio ſuo in matrimonium collocare poteſt. ſcias tamen quod de nuptiis tractamus, & ad ſponſalia pertinere.* Optime: eſt enim pupillæ ut in nuptiis, ita in ſponſalibus, neceſſaria tutoris auctoritas: quippe cum ſine ea nihil agat. tutor autem in rem ſuam vel filii ſui pupillæ auctor fieri nequit. Ita, ſi in utroque caſu eadem ſit prohibendi ratio. quod ſi non ſit: in utroque aliter atque aliter obſervatur. Exemplum apud Paulum *l.* 38. *D. de rit. nupt.* Verba Pauli: *Si quis officium in aliqua provincia adminiſtrat, inde oriundam, vel ibi domicilium habentem uxorem ducere non poteſt, quamvis ſponſare non prohibeatur.* Et poteſt differentia conjici ex ſequentibus: *Ita ſcilicet, ut ſi poſt officium depoſitum, noluerit mulier nuptias contrahere, liceat ei hoc facere, arrhis tan-*

tantummodo redditis quas acceperat. Simile exemplum est in hoc Pauli *l.* 10. § 1. *D. de his qui notant. infam. Quæ virum eluget, intra id tempus sponsam fuisse non nocet*

Nunc age tractemus de jure sponsaliorum. id olim fuit aliud, aliud postea receptum. olim, si stipulatio de sponsalibus intervenisset, erat ex stipulatu actio: ac si non daretur uxor, aut non duceretur; Judices cognoscebant, quamobrem data acceptave non esset uxor. quod si nihil justæ causæ videbatur, litem pecunia æstimabant, quantique interfuerat, eam uxorem accipi aut dari, eum qui spoponderat, condemnabant. id refert A. Gellius *lib.* 4. *Noct. Attic. c.* 4. addit Varro *lib.* 5. *De ling. Latin. pag.* 41. etiam solere certam pecuniam despondere pœnæ nomine, atque exigi. prudenter: scribit certe Venulejus *l. ult. D. de stipul. prætor.* In ejusmodi stipulationibus, quæ quanti res est, promissionem habent, commodius esse certam summam comprehendere: quoniam plerumque difficilis probatio est, quanti cujusque intersit, & ad exiguam summam deducitur. Hæc: si stipulatio intervenisset quod si nudo pacto convenisset de sponsalibus: non dabatur ex pacto actio: quippe cum inter cives Romanos pro nullo haberetur jure civili. Igitur erat hoc casu liberum alteri, quamvis invita altera parte, sponsalibus renunciare, & cum quovis alio nova inire, aut matrimonium contrahere. immo obtinuit, invalescente repudiorum & divortiorum licentia, quam matrimoniorum libertatem appellabant; ut ne ex stipulatu quidem cum effectu daretur actio, etsi interposita de sponsalibus nuptiisve stipulatione sive simplice, sive pœnali. Non fallo; ne putes. res certa: nam ut ipso jure teneat hoc in casu stipulatio, ex eaque agi possit: instituta tamen ex stipulatu actio, quia putatur esse adversus bonos mores, & libertatem matrimoniorum impedire. doli mali exceptione eliditur: auctore Paulo *l.* 134. *D. de verb. oblig.* ac secundum hæc accipio traditum in *l.* 71. § 1. *D. de condit. & demonstr. l.* 1. *C. h. t. l.* 2. *C. de repud.* & in *l.* 35. §. 1. *D. de verb. oblig.*

Plane, si intervenerint arrhæ sponsalitiæ: placuit, eum qui dedit, si per eum stet, quo minus sponsalia consummentur, arrhas amittere; & e contrario eum qui accepit, duplum, vel si ita conventum, quadruplum restituere *l.* 3 *& l. ult. C. h. t.* nisi habeat justas repudii causas de quibus in *l.* 17. *D. & l.* 2. *& ult. C. h. t.* ad quas Cujacius *lib.* 16. *Observ. c.* 35.

Ne hoc quidem silendum: quod dicentes, licitum in sponsalibus esse repudium; volumus, eum qui a prioribus recedens, mox alia contrahit, non puniri infamia, quasi habeat simul bina *l.* 13. §. 1. *&* 2. *D. de his qui notant. infam.*

TITULUS II.

De ritu nuptiarum.

Vidimus de sponsalibus. Videamus de nuptiis, sive matrimonio. nam hæc verba confundit Imperator §. 1. *Inst. de patria potest.* cum distinguantur *l.* 10. *&* 11. *D. h. t.* item *l.* 66. *pr. &* §. 1. *D. de donat. int. vir. & uxor.* Nimirum aliquando late patet utrumque: aliquando anguste accipitur. nec erravero; arbitratus, nuptias esse vel in specie nuptias, vel matrimonium appellari. illas esse solemniter contractas secundum formam Juris Civilis: hoc esse simplex jure gentium solo consensu, nulla solemnitate constans. Utramque speciem attingit Scævola *d. l.* 66. *pr. &* §. 1. addo, Gajus *lib* 1. *Inst. tit.* 4. Verba Gaji. *Legitimæ sunt nuptiæ, si Romanus Romanam nuptiis intervenientibus, vel consensu ducat uxorem.* Verba, *vel consensu*, damnat Johannes Seldenus, Vir eruditus & diligens, *Uxor. Hebraic. lib.* 2. *c.* 20. fide libri sui manuscripti: in quo desint. sed retineri, res suadet, & sequens Quintiliani locus *Declam.* 247. Gajo non dissimilis: *Fingamus nuptias fecisse nullas: coiisse autem liberorum creandorum gratia: non tamen uxor non erit, quamvis nuptiis non sit collocata?* Quod de nuptiis dixi, licet de matrimonio conjicere: præeunte Quintiliano *lib.* 5. *Inst. Orat. c.* 10. his verbis: *Duæ sunt formæ matrimoniorum.* In eamdem discretionem in *l.* 13. §. 1. *D. Ad leg. Jul de adult.* conspirant Ulpiani verba, *Omnia matrimonia*; plures species significantia. Præterea ab eadem divisione in *Collat. leg. Mosaic. & Rom. tit.* 4. dicitur a Papiniano Civis Romanus *sine connubio* sibi peregrinam *in matrimonio* habuisse. Hactenus de usu verborum.

Nunc rem consideremus. Imp. Justinianus §. 1. *Inst. De patr. pot.* sic definit: *Nuptiæ sive matrimonium est, viri & mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens.* Primum ait, nuptias sive matrimonium esse conjunctionem viri & mulieris: videlicet, quia moribus Populi Romani nemini fas est, binas simul uxores habere *l.* 2. *C. de incest. nupt.* ne Judæis quidem ex eorum legibus *l.* 7. *C. de Judæis.* & si contra fiat, stuprum appellatur *l.* 18. *C. Ad leg. Jul. de adult.* recteque Domitianus in *Corpor. Inscript.* Jani Gruteri, V. CL. *pag.* 574. *num.* 5. quamdam suam indulgentiam ad hunc format modum: *Dimissis honesta missione emeritis stipendiis liberis posterisque eorum civitatem dedit & connubium cum uxoribus quas tunc habuissent cum est civitas iis data aut si qui cælibes essent cum iis quas postea duxissent dumtaxat singuli singulas.* Altera observatio est: quod Imperator nuptias sive matrimonium vocat conjunctionem minus proprie: neutro enim verbo indigitatur conjunctio; sed consensus de inducenda conjunctione. ita consensus est causa conjunctionis: at conjunctio est effectus ex illa causa, seu illo consensu, productus. Sed non est insolitum nostris, effectum ponere pro causa, aut causam pro effectu. Illud est superioribus consequens, conjunctionis appellatione in definitione nuptiarum seu matrimonii, non corporum, sed animorum conjunctionem intelligere, eamque consensu æstimare, non coitu. Etsi hoc forte alicubi receperit dubitationem: eo quod nubere est coïre, & nuptiæ sunt coïtus, apud Plautum *Casina Prologo.* Petronium *Satyric. c.* 25. Martialem *lib.* 12. *Epigr.* 66. Accedebat nuptiarum finis qui est liberorum procreatio, sine corporum conjunctione nulla. Præterea solent qui in matrimonium consentiunt, declarare, se coïre liberorum procreandorum gratia: idque tabulis nuptialibus contineri, refert Augustinus *Serm.* 244. Sed evaluit sententia existimantium, nuptias non perfici concubitu; sed consensu in coitum interposito; easque coitu deinde consummari: exemplo emptionis & venditionis, quam in loco dixi pro fine habere rei venditæ traditionem; sed consensu perfici; traditione consummari. Hoc advertit Ulpianus *l.* 30. *D. de reg. jur.* nisi aliam habuit causam sic scribendi, *Nuptias non concubitus, sed consensus facit.* Quid, si huc ferunt quoque hæc ejus verba *l.* 6. *D. h. t.* Deni-

que Cinna scribit, eum qui absentem (sic editur: sed ex præcedente *l.* 5. esse legendum, *eum qui absens*, bene observavit P. Faber *lib.* 2. *Semestr. c.* 23.) *accepit uxorem, deinde rediens a cæna juxta Tiberim perisset, ab uxore lugendum.* Æque huc redit hoc Pauli *l* 7. *Ideoque potest fieri, ut in hoc casu aliqua virgo & dotem, & de dote habeat actionem.* Restat forma qua ea conjunctio fieri debeat. in ea refert, quid sit actum: nam aut pactum conventum est; ut solemnes sint nuptiæ, & legitime fiant Jure Civili; aut simpliciter ineuntur jure gentium. prioris formæ exemplum repræsentat hoc Juvenalis, *Sat.* 10. *vers.* 333.

- - - Dudum sedet illa parato
Flammeolo, Tyriusque palam genialis in hortis
Sternitur; & decies ritu centena dabuntur
Antiquo; veniet cum signatoribus auspex.
Hæc tu secreta & paucis commissa putabas,
Non nisi legitime vult nubere. - - -

Hujusmodi porro nuptiæ solemnes Jure Civili fiebant tribus modis: usu, farre, & coëmptione. quos exposuerunt Viri Summi, Rævardus, *Ad leg. Duodec. Tab. c.* 21. Sigonius *lib.* 1. *De antiq. jur. civil. c.* 9. Brissonius *De ritu nupt.* alii: nec ipse addam quidquam præter laudem eruditæ diligentiæ. Jure gentium contrahuntur nuptiæ, sive matrimonium, simpliciter, id est, solo consensu, ut ex Gajo dictum: neque interest, quo modo, quave forma, interponatur: dum liqueat propositum coëundi liberorum procreandorum gratia. Sic Quintilianus, *Declam.* 247. *in fin. Serm. Fingamus nuptias fecisse nullas: coiisse autem liberorum creandorum gratia: non tamen uxor non erit, quamvis nuptiis non sit collocata?* Quintilianus significat, virum & uxorem vel solemniter conjungi jure civili; vel simpliciter jure gentium. primum solemniter: id est, factis nuptiis. deinde sine nuptiis, id est, Jure gentium simpliciter, nudo consensu: Quo modo? vel palam, vel tacite. palam, manifesta declaratione coïri liberorum procreandorum gratia: sive interveniant tabulæ nuptiales: sive sine scriptis, fiat ea de re testatio *l.* 4. *D. de pignoribus. & l.* 4. *D. de fid. instr.* Ubi? coram vicinis aliisque. Breviter Ulpianus *l.* 6. *D. de his qui sunt sui vel alien. jur.* dicit, vicinis scientibus: id est, licet matrimonio contracto, adhibitis vicinis testibus, sive facta coram illis testatione, se mulierem domi habere liberorum procreandorum gratia. Plenius Imp. Probus *l.* 9. *C. h. t.* sic exprimit: *Si vicinis vel aliis scientibus uxorem liberorum procreandorum gratia domi habuisti, & ex eo matrimonio filia suscepta, quamvis neque nuptiales tabulæ, neque ad natam filiam pertinentes factæ sint, non ideo minus veritatem matrimonii aut susceptæ filiæ suam habere potestatem.* At vir & uxor non tantum palam sit consensu in matrimonium liberorum creandorum gratia: verum etiam tacite, maritali honore & affectione per cohabitationem inter pares demonstrato: auctore Papiniano *l.* 31. *D. de donat.* etiam Suetonio, *Caligula c.* 24. nam eo spectat de Caligula sic scribens: *Mox Lucio Cassio Longino consulari collocatam abduxit, & in modum justæ uxoris propalam habuit.* Simile cogitat Paulus *l.* 35. *D. de aur. & arg. leg. Titiæ amicæ meæ, cum qua sine mendacio vixi, auri pondo quinque dari volo.* Quod apud Suetonium est, *In modum justæ uxoris propalam habere*, apud Paulum est, *Cum amica sine mendacio vixisse.* id est, sine dissimulatione vixisse publice, tamquam cum uxore liberorum procreandorum gratia: non eam habere domi specie sororis aut alio nomine: ut aliquando factum traditur *l.* 19 *C. de Episcop. & Cleric.* Hæc inter pares. at inter dispares sola cohabitatione sine testibus aut tabulis nuptias intelligi, non siverunt Veteres, & vetat Justinianus *l.* 23. §. 7. *C. h. t.* Modestinus tamen *l.* 24. *D. d. t.* rei claræ affudit tenebras hisce verbis, *In liberæ mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiæ intelligendæ sunt: si non corpore quæstum fecerit.* Eas tenebras observat Scholiastes Græcus, *Basilic. lib.* 28. *tit.* 4. *lit. P. pag.* 264. *tom.* 4. sic scribens: *Nota jus mirabile, præsumi quem eam uxorem habere ad quam consuetudinem habet, si libera sit, nec corpore quæstum fecerit.* Sic Scholiastes, sed nihil expedit. Ipse experiar, an aliqua sit ad lucem via. & puto, est; si credamus, Modestinum voluisse, in liberæ mulieris consuetudine semper intelligi concubinatum, si corpore quæstum fecerit. at si hoc non extet; aliquando concubinatum, aliquando nuptias præsumi: has inter pares; illum inter dispares. Sic conjicio, forte audacter: at superioribus convenienter: in primis etiam Marciano *l.* 3. *D. de concubinis.* de qua infra sub illo Titulo pluribus. Veteres porro ab hujusmodi loquendi formis duris atque asperis non semper abstinuisse, suis exemplis aliquoties demonstravi.

Sed redeo ad definitionem. in ea æstimat Imperator nuptias, sive matrimonium, viri & mulieris conjunctione. quali? individuam vitæ consuetudinem continente. ait individuam: non quod nolit, eam divortio umquam solvi ex postfacto: sed quod velit, hoc voto fieri; ne aliter, quam morte, interrumpatur. Ne deesset exemplum, apposui hoc Tibulli *lib.* 3. *Eleg.* 3. *vers.* 7.

Sed tecum ut longæ sociarem gaudia vitæ,
Inque tuo caderet nostra senecta sinu;
Tunc cum præmensæ defunctus tempora lucis
Nudus Lethea cogerer ire rate.

Similiter meretrix vitæ suæ rationem comparans ei quæ est fœminæ honeste viventis, apud Terentium *Heautont.* 2. 4. *vers.* 12. sic loquitur.

Vobis cum uno semel, ubi ætatem agere decretum 'st viro,
Cujus mos maxime'st consimilis vostrum, hi se ad vos applicant.
Hoc beneficio utrique ab utrisque vero devincimini,
Ut numquam ulla amori vestro incidere possit calamitas.

Intelligis, cur vitæ consuetudo viri & mulieris perpetua appelletur. porro addam, ipsa indigitari non dicam propositum perpetuæ cohabitationis, ut aliquibus videtur; sed solidæ conjugalis benevolentiæ: nec tamen vel illam excipiam; cum ne hæc quidem aliter retineri queat. Sic Lactantius *lib.* 3. *Divin. instit. c.* 21. *Quis aut vir mulierem, aut mulier virum diliget, nisi habitaverint semper una: nisi devota mens & servata invicem fides individuam fecerit charitatem.* Bene ille: sed optime Modestinus *l.* 1. *D. h. t. Nuptiæ*, inquiens, *sunt conjunctio maris & fœminæ, consortium omnis vitæ divini & humani juris communicatio.* Aut mihi blandior, aut Modestinus significat, nuptiis induci speciem amicitiæ viri & mulieris omnibus numeris perfectæ atque absolutæ; eoque non sinentis esse, cujus usus inter eos jure benevolentiæ, semper non sit communis. simplicissimus hic Modestini sensus: atque eo evidentior, quod a Modestino nuptiæ fere iisdem definiuntur verbis, quibus a Cicerone aliisque perfecta describitur amicitia. quare nec mirum, utrique tribui effecta, non dicam peræque omnia: sed quæ patitur utriusque natura. Verum hæc jam olim comparatione satis accurata, demonstravi *lib.* 2. *Probabilium c.* 9.

Intelligis, quid sint nuptiæ. quæris, inter quos illæ contrahantur. Imperator *pr. Inst. h. t.* ait: *Justas nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum præcepta legum coëunt.* Sic Imperator, opi-

opinor, ex Vetere Jurisconsulto qui scripsit ante civitatem omnibus qui in orbe Romano sunt, datam Constitutione Antonini Caracallæ: de qua dixi sub Titulo, *De statu hominum.* ante hanc erat quidem cum peregrinis matrimonium jure gentium: sed justæ nuptiæ non erant jure civili: (ut intelligitur ex Papiniano *Collat. leg. Mosaic. & Rom. tit.* 4.) præterquam si quibus nominatim concessum esset jus connubii: ut refert Ulpianus, in *Fragm. tit.* 5. & sunt exempla ab aliis prodita cum ex Livio, tum ex Inscriptionibus Veteribus. Hac ratione Seneca loco notissimo *lib.* 4. *De benefic. c.* 17. *Promisi tibi filiam in matrimonium: postea peregrinus apparuisti. non est mihi cum extraneo connubium.* Hoc ante Antonini Constitutionem. post hanc aliud observatum esse, indicat Prudentius *lib.* 2. *Advers. Symmachum.* Verba Prudentii.

Distantes regione plagæ. divisaque ponto
Littora conveniunt nunc per vadimonia in unum
Et commune forum, nunc per commercia & artes
Ad cœtum celebrem, nunc per genialia fulcra
Externi ad jus connubii: ita sanguine misto
Texitur alternis ex gentibus una propago.

Ita huc deventum tandem; ut (quod jam annotatum a Doctissimis Viris, Jano a Costa ad *d. pr.* & pluribus ab Ezechiele Spanhemio, *Orbe Romano*, *Exerc.* 2. *c.* 22.) inter homines liberos, sub ditione Romana constitutos, justæ contrahantur nuptiæ. at cum servis nullum esse connubium, Ulpianus refert *d. tit.* 5. & proprie Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 19. §. 6. *Inter servos*, inquit, *& liberos matrimonium contrahi non potest; contubernium potest.* Idemque inter servos & ancillas *l.* 14. § 3. *D. b. t.* qui & inde contubernales *l.* 12 § 3. *l.* 20. §. 1. *D. de instruct. vel instrum. leg. l.* 220. §. 1. *D. de verb. signif.*

Justas igitur nuptias jure civili inter se cives Romani contrahunt: modo (sic temperat Justinianus *d. pr. Inst. b. t.*) coëant secundum præcepta Legum. Illa quæ? Sunt complura: sed licebit omnia reducere ad quatuor capita. primum definiet ætatem nuptiis convenientem. alterum postulabit consensum parentum, quorum in potestate sint nuptias contracturi. tertium spectabit ad ipsorum contrahentium consensum. quartum cavebit, ne propter cognationis affinitatisve propinquitatem, aliamve quam causam, nuptiæ impediantur.

Prima cura erit circa ætatem nuptias contrahentium. eam Imperator *d. pr.* ait esse, si quidem masculi sint puberes, fœminæ autem viri potentes. videlicet, ut amoribus vagis & indecoris occurratur: connubio hominibus concesso eo tempore quo natura eis dat generandi & facultatem & libidinem. optime Claudianus *lib.* 2. *De laudibus Stiliconis.*

- - - *Ut primos in conjuge disceret ignes,*
Ordirique virum non luxuriante juventa.

Est igitur legitima ætas in proposito pubertas: eamque Veteres in fœminis quidem putarunt contingere anno duodecimo completo: sed in masculis variarunt, Proculejanis eam annis quatuordecim expletis, Cassianis ex habitu corporis, aliis quos inter Priscus, sive Javolenus, sive Neratius, ex utrisque æstimantibus: auctore Ulpiano *in Fragm. tit.* XI. §. *ult.* Sed Imp. Justinianus *pr. Inst. Quib. mod. tutel. fin.* se sua Constitutione jussisse ait, pubertatem in masculis statim initium accipere post annum decimum quartum completum; & in fœminis incipere statim post annum duodecimum. quo jure id dixerit Imperator; ipse viderit. nam dudum ante sic obtinuisse, ex Macrobio *Saturnal. lib.* 7. *c.* 7. ac *l.* 5. *D.* & *l.* 4. *C. Qui testam. fac. poss.* evicit pridem hoc Joannes Gotlieb Heineccius V. CL. quem, ut meretur ejus industria adjuvandæ Jurisprudentiæ, honoris caussa appello, *lib.* 1. *Antiq. Rom. Jurisprud. illustrant. tit.* 22. Cæterum minorem annis duodecim nuptam, Pomponius tunc legitimam uxorem fore ait, cum apud virum explesset legitimam ætatem *l.* 4. *D. b. t.* In eumque modum in *l.* 30 *D. Quando dies legator.* Labeo. *Quod pupillæ legatum est*, quandoque nupserit: *si ea minor, quam viripotens nupserit, non ante ei legatum debebitur, quam viripotens esse cœperit: quia non potest videri nupta, quæ virum pati non potest.* Atqui certa est juris regula, quod ab initio vitiosum est, non posse tractu temporis convalescere *l.* 29. *D. de reg. jur.* Sed hunc scrupulum exemit Jacobus Gothofredus ad *d. l.*

Secundum Legum præceptum Imperator *d. pr. Inst. b. t.* esse ait, ut contracturi nuptias filiifamiliarum, aut filiæfamiliarum, habeant consensum parentum quorum in potestate sunt. Et præfatur, quod id fieri debere, & civilis & naturalis ratio suadet. Imperator *suadere* dicit pro præcipere, sive imperare: ut in *l.* 17. §. 1. *D. b. t. l.* 1. §. 6. *D. Ne quid in flum. public.* & apud Apulejum *lib.* 9. *Metamorph.* cum alioquin suasio ab auctoritate distinguatur apud Suetonium, *Tiberio c.* 27. §. 3. *Proœm. Inst.* § 10. *Inst. de testam. ordin. l.* 45. *D. Ad SCt. Trebell.* Ut ut erit: quod Imperator in *d. pr.* dicit, semper procedit in filio & filiafamilias; sed in nepote ac nepte, non æque: nam in nepote uxorem ducente, non tantum avus, sed pater quoque, consentire debet: nepte vero nubente, solius avi voluntas sufficit *l.* 16. §. 1. *D. b. t.* & recte: quia in priore casu poterat metui, ne ex nepote patri invito suus heres agnasceretur: at hic metus in posteriore ex nepte non erat. plane si nepotem ex uno filio & neptem ex altero in potestate habeam, ait Pomponius, nuptias inter eos, me solo auctore, contrahi posse *l.* 3. *d. t.* Est igitur filiis aut filiabus familiarum opus consensu parentum quorum in potestate sint. nec refert, qualis sit, expressus, an tacitus. Itane? ne dubita. clare Alexander *l.* 5. *C. b. t. Si, ut proponis, pater quondam mariti tui in cujus potestate fuit, cognitis nuptiis vestris non contradixit: vereri non debes, ne nepotem suum non agnoscat.* Sic ille in nuptiis. Similiter in sponsalibus Paulus *l.* 7 §. 1. *D. de sponsalibus*, *Intelligi*, inquit, *semper patrem filiæ consentire, nisi evidenter dissentiat.* At enim Justinianus *d. pr. Inst. b. t.* in nuptiis filiorumfamilias desiderat parentum jussum, & hunc eas præcedere. Novi: sed si vere dixere Alexander & Paulus, tacitum sufficere patris consensum, quid reliquum est; nisi, ut putemus, jussum a Justiniano accipi pro voluntate, seu consensu, ut in *l.* 29. §. 3. *D. de inoffic. testam. & l.* 2. §. 1. *D. Solut. matrim.* & tantum dici, jussum præcedere oportere, ut nuptiæ sint ab initio justæ: ac si ex postfacto sequatur, (quo casu ratihabitio appellatur) justæ ex eo demum habeantur tempore, ex quo patris consensus intervenerit *l.* 13. §. 6. *D. Ad leg. Jul. de adult.* Sic fuit ante Imp. Justinianum. verum aliter se res habuit, postquam illi *l. ult. C. Ad Senatusc. Macedon. & l.* 25. *C. de don. int. vir. & uxor.* placuit, ratihabitionem generaliter (id est, sine exceptione, quidquid ab aliis contra jactetur) retrahi, & confirmare ea quæ ab initio subsecuta sint; eoque principali mandato patris aut consensui non esse absimilem.

Sic in filiofamilias, etiam in filiafamilias: non item in filio emancipato: nam is potest uxorem ducere sine patris consensu *l.* 25. *D. b. t.* nec interest, utrum sit major, an minor, annis viginti quinque. Simile in filia emancipata, sed majore

annis viginti quinque: nam minorem non placuit, in nuptias, sive primas, sive secundas, sine patris sententia, convenire. sic in vidua primum fuit constitutum *l.* 18. *C. h. t.* mox etiam in virginibus adultis *l.* 20. *sequente.* atque ibi (quod in Scholio notant Græci) additur quasi pro explicatione *d. l.* 18. etiam ipsius puellæ quæ sui juris sit, adsensum explorari: cum alioquin posset putari, idem in ea obtinere, quod de filia in sacris posita dicitur in *d. l.* 20. Hæc vivo patre. at eo mortuo, si cogitatur de collocanda pupilla, cum erit pubes; visum est Severo & Antonino *l.* 1. *C. h. t.* tutorem & matrem & propinquos de eligendo futuro marito convenire: & si dissentiant, arbitrium Præsidis provinciæ adhiberi. Hoc illi in pupilla: ejusque exemplo deinde Valentinianus, Valens & Gratianus etiam in vidua, intra quintum & vicesimum annum degente, post mortem patris, observari jusserunt *l.* 18. *C. d. t.* Verba legis apposui: quia non carent difficultate. *Quod si in conventionis delectu mulieris voluntas patris repugnat sententiæ, & propinquorum: placet admodum* (*ut in virginum conjunctionibus sancitum est*) *babendo examini auctoritatem quoque judiciariæ cognitionis adjungi: ut si pares sint genere & moribus, is potior existimetur, quem sibi consulens mulier approbaverit.* Locus descriptus ex *l.* 1. *Cod. Theod. h. t.* cujus verba, si quis conferre velit, hæc sunt. *Quod si in conditionis delectu mulieris voluntas certat sententiæ propinquorum, placet admodum, ut in pupillarum conjunctionibus sanctum est, babendo examini auctoritatem quoque judiciariæ cognitionis adjungi, ut si pares sint:* & reliqua. Quid ergo est? vetus Codicis Theodosiani Interpres recte animadvertit, hoc versu tractari casum a præcedente diversum. illo dixerant Imperatores, quid vellent obtinere, si minor vidua sui juris, vivo patre, sustineat convenire in secundas nuptias. hoc dicunt, quid servari debeat, patre mortuo. Ita vero apparet, *patris* mentionem in *d. l.* 18. factam hoc in versu, esse spuriam, & sententiæ Imperatorum gravem. quid, si nec Græci *lib.* 28. *Basilic. tit.* 4. *pag.* 248. *tom.* 4. agnoscunt eam vocem; versum illum ita transferentes, Fabroto interprete: *Puella minor annis viginti quinque, & sui juris constituta, iterum nuptura, ex sententia patris nubat. quod si pater decesserit, ex sententia propinquorum.* Non igitur potest illo in versu tolerari vox, *patris:* pro eaque substituit D. Cujacius *lib.* 3. *Observ. c.* 5. sequentem, *matris*; postulante sensu. interim nec illa extat in *d. l.* 1. *Cod. Theod.* neque apud Veterem ejus Interpretem, neque apud Græcos. proinde quod differt, sit in medio. Illud certum, quod initio dictum, liberis in potestate existentibus necessarium esse patris consensum. Quid, si is recuset consentire? Marcianus *l.* 19. *D. h. t.* sic scribit: *Capite trigesimo quinto Legis Juliæ, Qui liberos quos babent in potestate, injuria probibuerint ducere uxorem vel nubere (vel qui dotem dare non volunt ex Constitutione Divorum Severi & Antonini) per proconsules, Præsidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare & dotare. Probibere autem videtur, & qui conditionem non quærit.* Plane non desunt casus in quibus patris consensu liberis non est opus. tales sunt, si pater sit furiosus, vel in hostium potestate, vel absit: de quibus in *l.* 9. §. 1. *l.* 11. *D. h. t. l.* 22. §. 2. *D. de captiv. pr. Inst. h. t.* ubi potest adiri V. CL. Janus a Costa.

Tertium Legum præceptum spectat ad ipsorum contrahentium consensum: sine dubio, quia nuptiæ sunt viri & mulieris conjunctio, ipsa sine consensu nulla: quippe, cum magis animis, quam coitu, æstimetur. Ab hac causa Paulus *l.* 2. *h. t.* Nuptiæ, inquit, consistere non possunt, nisi consentiant omnes, id est, qui coëunt, quorumque in potestate sunt. Consistit autem consensus ex duobus: nimirum ex intellectu & voluntate. illi contrarius est error, imperitiam detegens *l.* 15. *D. de jurisdict.* huic vis, etiam metus, adversatur: ut demonstratum supra sub Titulo, *Quod metus causa.* In errore, quo de primum agam, est adhibenda hæc distinctio: quod alius putatur cadere in substantiam matrimonii, alius in accidentia. in substantiam cadit error in corpore: nec ambigitur, quin ille consensum excludat. quod si de corpore constet, in nomine dissentiatur; nihil facit error nominis *l.* 9. *pr.* & §. 1. *D. de contrab. empt. l.* 32. *D. de verb. oblig.* Præterea attingit substantiam matrimonii error; si vir aut uxor laboret vitio matrimonii finem impediente. quale vitium est; si mulier tam arcta sit, ut mulier fieri nequeat. item si vir sit castratus, aut alioquin ab initio matrimonii usque ad duos annos continuos (vel jure novissimo intra triennium) cum uxore coire, propter naturalem imbecillitatem, minime valeat. quo casu nullum haberi matrimonium, Justinianus voluit *l.* 10. & *Autbentic. Sed bodie C. de repud.* Non ita est; si quis putaverit, se ducere uxorem divitem, quam reperiat inopem. nam is error subsistit intra accidentia matrimonii; ad substantiam non penetrat: manifesto, id vel sine dote esse posse *l.* 11. *pr.* & §. 1. *C. d. t.* igitur nec solvit matrimonium, si præsertim actum sit bona fide. non admisso dolo, servantibus juris regulas, cur illi in nuptiis magis, quam in cæteris negotiis indulgeatur? potius dicendum, rem sanctissimam, & ad solatium humanæ vitæ comparatam, nulla esse dehonestandam nequitia: ac, si emptionem venditionem, si stipulationem, aliosque contractus, detecto dolo aut civili aut prætorio jure infirmamus: oportere profecto nuptias fraude & dolo contractas, pro infirmis haberi? Superiori quæstioni affinis est sequens, quid juris sit, si quis pro virgine uxorem ducat mulierem ab alio imprægnatam? Sunt qui putent matrimonium valere; ideoque mulierem, ob fornicationem ante admissam, dimitti non posse. Alii distinguunt, utrum res adhuc constet intra sponsalia; an jam perfectum sit matrimonium: arbitrati, priore casu repudio locum fore, posteriore deficere causam rescindendi matrimonii. Qui sic censent, negant, ad vim matrimonii desiderari, eam in quam consentiatur, esse virginem. præterea causantur, si quis viduam ducat, quam putet numquam fuisse nuptam; virum sapientem & rerum intelligentem, sibi numquam imperaturum; ut, ob talem errorem, matrimonium dissolvat. Quid dicimus? leviores esse has causas, quam ut sufficiant demonstrando quod conantur Docti Viri. primum cur sponsalia distinguunt a nuptiis, pari utrimque ratione? deinde ut demus, virginitatem non pertinere ad substantiam matrimonii; eoque tam mulierem, quam virginem, uxorem duci posse: non tamen fuerit hoc rationis: nisi ubi vir vitiatam (quod de Pontiano privigno suo refert Apulejus, *Apologia.*) sibi uxorem esse velit intellecto stupro. Nil mutat, quod dictum de vidua ducta pro muliere innupta. Nam ut taceam, hunc errorem turpitudine vacare: potest dici neganti, se de vidua cogitasse, ei licuisse inquirere, fueritne ante nupta, an non. cæterum, utrum virgo sit, an non sit, qua arte aut industria rescire potuit? est igitur altero in casu quod ei imputetur, in altero non est. Ne resistam quidem ulterius præ se ferenti, hujusmodi errorem, quasi de substantia matrimonii sit, consensum excludere; viro gravi,

vi, & sapiente, ubi deliberat de assumenda vitæ socia, & procreandis liberis, non electuro aliam, quam castam & pudicam: cum qua se honesto amore oblectet; a qua nihil metuat se indignum; multoque minus alienum fœtum pro suo expectet. Quid hæremus, re manifesta? mulier gerens se pro virgine, postquam passa est, se stuprari, non agit bona fide, ut oportuit in re sanctissima. contra dolo malo decipit virum, de ea bene sperantem. quid ni igitur, illi vel hoc argumento sit causa dissolvendi talis matrimonii quantumvis perfecti? pari ratione qua Ulpianus *l.* 11. §. 5. *D. de actionib. empt. Si quis*, inquit, *virginem se emere putasset, cum mulier venisset, & sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verumtamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem, ut pretio restituto mulier reddatur.* Sic lego *lib. sing. De forma emendandi doli mali c.* 9. ibidemque eum locum explico.

Quemadmodum error, ita metus, matrimonio nocet: non quidem omnis, sed qui merito cadat in hominem constantem: de quo supra sub Titulo, *Quod metus causa.* Talem metum, ab extraneo illatum contra bonos mores, habere causam rescindendi matrimonii, nemo dubitat. idem putemus, si veniat a patre, qui filium habet in potestate: nam vel sic fieri adversus bonos mores, ideoque legibus improbari, auctorem habeo Terentium Clementem *l.* 21. *D. h. t.* verbis sequentibus: *Non cogitur filiusfamilias uxorem ducere.* Paulus *l.* 13. *D. de sponsalib.* præterea sic scribit: *Filiofamilias dissentiente sponsalia nomine ejus fieri non possunt.* Recte: nam (ut Donatus refert ad Terentium, *Andria* 1. 5. agens de nuptiis filiifamilias) *Nuptiarum non omnis potestas in patre est.* At enim Celsus *l.* 22. *h. t. Si patre cogente ducit uxorem quam non duceret, si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium, quod inter invitos non contrahitur, maluisse hoc videtur.* Sed videamus; ne Celsus non agat de coactione vi aut verberibus aut qua atrocitate facta, de qua præcipue disputamus: sed de coactione profecta a reverentia patris. ecce: pater jubet, filium uxorem ducere. filius motus pudore patris, ducit uxorem quam non duxisset, si sui arbitrii fuisset. an valet matrimonium? dices, inter invitos non contrahi: in proposito autem coactus est filius. at non vi aut verberibus; sed urgente pietate: quam non improbant boni mores. secundum hos igitur non noluisse, sed maluisse, dicendus est. Hoc in filiofamilias. An in filiafamilias quoque? Cave, putes. nam Veteres (quod intelligitur ex Ambrosio *lib.* 1. *De Abraham*: qui locus extat in *c. Honorantur c.* 23. *q.* 2.) credentes, *non esse virginalis pudoris, eligere maritum*, voluerunt, nuptias filiæfamilias ab unius patris voluntate pendere. Id præter Ambrosium probat quoque hoc Honorii & Theodosii *l.* 20. *C. h. t. In conjunctione filiarum in sacris* (id est, in potestate) *positarum patris expectetur arbitrium.*

Possit quis putare, Imperatores hic jus novum constituere. Sed perinde sunt accipiendi, ac si dicerent, Expectetur deinceps patris arbitrium ita, ut factum hactenus. Atqui Julianus *l.* 11. *D. de sponsalibus, Sponsalia*, inquit, *sicut nuptiæ, consensu contrahentium fiunt: & ideo sicut nuptiis, ita sponsalibus, filiamfamilias consentire oportet.* Verum in promptu est responsio ex Ulpiano in *l.* 12. mox sequente: *Sed quæ patris voluntati non repugnat, consentire intelligitur.* Plus addit Ulpianus §. 1. *Tunc autem solum dissentiendi a patre licentia filiæ conceditur, si indignum moribus aut turpem sponsum ei pater eligat.* Differt igitur filiusfamilias a filiafamilias. illi licet a patre dissentire: huic non licet. hæc potest cogi, nubere: ille non potest cogi, uxorem ducere. Egregie Quintilianus *Declam.* 376. *Uxorem*, inquit, *non ducis quam volo. Quid tum? nescis nostri arbitrii esse matrimonia? affectus nostri vobis non serviunt. non potes efficere imperio, ut vel amem quam velis, vel oderim. matrimonium vero tum perpetuum est, si mutua voluntate jungitur. cum ergo quæratur mihi uxor, socia tori, vitæ consors, in omne seculum mihi eligenda est.*

Ex quatuor Legum præceptis quæ attigi supra, ultimum est, ne propter cognationem aut affinitatem, aliamve causam, nuptiæ prohibeantur. Incipiam a cognatione. Cognati (in *l.* 4. §. 1. *D. de gradibus*) ab eo dici putantur, quod quasi una communiterve nati vel ab eodem orti progenitive sunt. ita cognatio est vinculum descendentium ex eadem stirpe. Intelligitur autem in §. 2. *d. l.* cognationis substantia bifariam: nam quædam cognationes jure civili, quædam naturali connectuntur: nonnumquam utroque jure concurrente, & naturali & civili: naturalis cognatio per se sine civili jure per fœminam descendit quæ vulgo liberos peperit. civilis per se, quæ etiam legitima dicitur, sine jure naturali consistit per adoptionem. utroque jure consistit, cum justis nuptiis contractis copulatur. cognatio, quam descripsi, vulgo dicitur secularis. est vero præter hanc etiam quæ spiritualis appellatur: ea nascitur inter susceptorem & susceptam, itemque inter susceptricem & susceptum, ex sacro baptismate. prohibet autem hæc, nuptias inter illas personas contrahi *l.* 26. *C. h. t.* cognationis secularis (spiritualem enim omitto) Paulo *l.* 9. *D. de gradibus* duæ sunt lineæ: recta & transversa. recta alia est superior adscendentium, alia inferior descendentium. ex adscendentibus nos sumus nati: descendentes ex nobis. præter has lineas Paulo est & tertia, transversa: in qua sunt collaterales, una nobiscum nati ex adscendentibus. Unaquæque porro linea suis dividitur gradibus. hi dicti ad similitudinem scalarum, fere generationibus intelliguntur *l.* 10. §. 10. *D. d. t.* Adeo quoties generatur persona, fit novus gradus: vereque dicimus, tot esse cognationis gradus, quot in ea sunt generationes, vel (quod eodem redit) quot sunt personæ, una dempta, tot esse gradus. hac ratione facilis est in linea recta graduum numeratio. sic, verbi gratia, pater a filio distat gradu uno; avus a nepote secundo: quia inter patrem & filium est una generatio; inter avum & nepotem sunt duæ. Simile quid est in transversa linea, modo in hac, quærentibus duorum propinquitatem, ab uno primum adscendamus ad communem utriusque stipitem; ab eoque rursus descendamus ad alterum; & quot adscendendo & descendendo reperimus generationes, tot esse putemus gradus. sic si quæratur, quoto gradu a me distet frater meus: primum a me adscendendum ad communem stipitem qui est utriusque pater; ab eoque deinde descendendum ad fratrem. quo facto, apparebit, fratrem a me distare duobus gradibus, quia inter nos intercedunt duæ generationes: ubi pater primum me, deinde fratrem, generavit. Sic Paulus *l.* 10. §. 9. *D. de gradib.*

Intellecta ratione cognationis; videamus, quemadmodum illa impediantur nuptiæ. Igitur non omnes nobis uxores ducere licere, sed a quarumdam nuptiis abstinendum esse, ac, si fiant, incestas appellari, Imperator ait §. 1. *Inst. h. t.* Recte: est enim incestus, maris ac fœmi-

næ

næ conjunctio, facta adversus reverentiam sanguini debitam. Is vero incestus ex sententia Veterum Jurisconsultorum (nam de ea sola erit nostra disputatio) est duplex: alius juris gentium, alius juris civilis. alter constat utriusque juris prohibitione: alter sola prohibitione juris civilis. Incestum juris gentium Paulus *l. ult. D. h. t.* ait admitti ab eo qui ex gradu adscendentium vel descendentium uxorem ducit. Pomponius *l.* 8. *d. t.* Hoc jus, inquit, moribus, non legibus, introductum esse. Cum autem mores opponit legibus; procul dubio mores vocat, fas & jus naturæ: ut in illo Ovidii *lib.* 10. *Metamorph. vers.* 354.

Velle puta. res ipsa vetat. pius ille memorque
Moris. - - -

Sic sentio: eaque ratione in *d. l.* 8. porro subjici, nec libertinum posse libertinam matrem uxorem ducere. Paulus *l.* 14. §. 2. *d. t.* aliquanto plenius, serviles quoque cognationes, inquit, in hoc jure observandas esse: igitur manumissum non ducturum suam matrem: itemque e contrario patrem non posse filiam ducere, si ex servitute manumissi sint: etsi dubitetur, patrem eum esse: sed nec vulgo quæsitam filiam naturalem posse uxorem ducere. & hanc apponit causam: quoniam in contrahendis matrimoniis naturale jus & pudor inspiciendus est: contra pudorem est autem, filiam uxorem suam ducere. Ab hoc principio porro infert Justinianus *d.* §. 1. *Inst. h. t.* hujusmodi nuptias esse nefarias, id est, impias; eoque in infinitum prohiberi. quod & Gajus confirmat *l.* 53. & Scævola *l.* 54. *h. t.* præterea addit Imperator *d.* §. 1. hæc esse adeo vera; ut, quamvis per adoptionem parentum liberorumque loco sibi esse cœperint, non possint inter se matrimonio jungi: in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem juris maneat. Sed apparet, Jurisconsultos Veteres consensu existimasse, parentum ac liberorum nuptias fieri adversus pudorem naturalem; ideoque his incestum jure gentium admitti. Causa autem, cur huc decurrerint, nulla adfertur; nec, si sinceri erimus judices, tam facilis est demonstratu quam passim creditur. Quamquam me non præterit, ex Ovidii *d. lib.* 10. *Metamorph. vers.* 346. allegari confusionem nominum & jurium cognationis: qua idem qui est pater, fiat filiæ suæ maritus, & liberorum suorum non modo pater, sed etiam frater & avus: similiter quæ est filia, fiat uxor patris, & liberorum suorum mater, soror quoque & avia. eamque rem ab Oedipo (apud Senecam *Thebaid. vers.* 136.) monstrosam atque inexplicabilem appellari, non minus scio. ne inficior quidem, illam causam improbandæ hujusmodi conjunctionis commendari utilitate tuendæ in familia reverentiæ, ideoque aptam videri ferendæ in republica legi civili: sed ad probandam juris naturalis providentiam quam quærimus, sine præjudicio nihil efficit. Nisi quis possit sibi persuadere, illa nominum & jurium confusione, in quam sponte consentiant parentes & liberi, tolli societatem humanæ conjunctionis: ad quam (ut demonstravi supra sub Titulo, *De justitia & jure*) unice respicit jus naturæ & gentium. Sed ei qui sic censeat, res reclamat manifeste. tum exemplum Persarum; id est, gentis, si quæ alia, egregie cultæ & moratæ: in qua usitatas hujusmodi nuptias fuisse, inter alios memorat Minucius Felix, *Octavio pag.* 35. & Servius ad Virgilium, *lib.* 6. *Aeneid. vers.* 623. Addamne Hieronymum? addam. is *lib.* 2. *Advers. Jovinian.* sic scribit: *Persæ, Medi, Indi, & Aethiopes, regna non modica, & Romano regno paria, cum matribus & aviis, cum filiabus & neptibus copulantur.* Et paulo post: *Pervides igitur, quod non solum in esu, sed & in sepulturis, & in connubiis, & in omni conversatione unaquæque gens suo ritu & proprietatibus vivitet, & hoc eam naturæ legem putare quod didicit.* Præter hæc observandum, quod vel Plato illas nuptias optime quidem, sed non alio, quam civitatis instituto improbari, arbitratur *lib.* 8. *De legibus pag. mihi* 911. eo nomine reprehensus ab Aristotele *lib.* 2. *De republica c.* 4. Idem de Chrysippo ex secta Stoicorum tradit Plutarchus *lib. De Stoicor. repugnant. edit. Paris. pag.* 1044. addens, illum argumentum sumpsisse a cæteris animalibus, ab illa conjunctione non abstinentibus: sic vero testimonium repugnantis naturæ accipi non improbabiliter. Finiam hunc articulum, si subjecero; quod omnia in utramque partem disputata a Philosophis quos consuluisse possunt Veteres Jurisconsulti videri, conjunxit ac repræsentavit Ovidius *d. lib.* 10. *Metamorph.* in causa Myrrhæ. ipsum adducerem locum; nisi prolixior esset, & omnium manibus tereretur eruditissimus Poëta.

Tantum de cognationis linea recta. succedit transversa: in qua similem, sed non tantam, esse observationem, ait Justinianus §. 2. *Inst. h. t.* &, ut videtur, duplice ratione. una est, ut amicitia illa providentia inter homines latius diffundatur: quod in republica fieri, interest civilis societatis. altera ratio est: quod inter propinquos more Romano erat jus osculi. meminit Suetonius, *Claudio c.* 26. & Propertius *lib.* 2. *Eleg.* 5. Id vero jus quid notat; nisi quod libera atque inobservata inter eos erat conversatio, ejusmodi illecebris facile stupris & adulteriis, ne quid gravius dicam, datura occasionem; si possent inter eas sperari nuptiæ. priorem attingit Plutarchus, *Quæstion. Roman.* posterioris documentum in hoc Biblidis apud Ovidium *lib.* 9. *Metamorph. vers.* 557.

Dulcia fraterno sub nomine furta tegemus.
Est mihi libertas tecum secreta loquendi,
Et damus amplexus, & jungimus oscula coram.
Quantum est quod desit? - - -

Est igitur (ut in *d.* §. 2. ait Imperator) inter eas personas quæ ex transversa linea junguntur, observatio similis ei quæ est in recta: non tamen tanta. nimirum, quia nuptiæ in linea recta ex sententia Jurisconsultorum Veterum (de qua sola deliberamus) tam gentium, quam civili jure improbantur: in transversa vero linea saltem civili, non etiam gentium, jure. Fuerit argumentum: quod in linea recta prohibentur nuptiæ inter patrem & filiam, sine distinctione, utrum sit adoptiva, an naturalis: nec minus sublata, quam constante, adoptione §. 1. *Inst. h. t.* sed in transversa non ita est inter fratrem & sororem. nam ut inter eos vetentur nuptiæ, durante adoptione: ea finita, sunt permissæ §. 2. *d. t.* non aliam ob causam, quam quod in linea recta jure gentium damnantur ob impietatem: in transversa jure civili, solo legum arbitrio, ob causam civilem, non utique impiam. Forte ab eadem causa prohibentur nuptiæ in linea recta in infinitum *d.* §. 1. cum in linea transversa saltem prohibeantur usque ad quartum gradum inter eos qui parentum & liberorum locum inter se non obtinent. Missa hæc facio. quod intendo, fortius probaturus auctoritate Pauli *l. ult. D. h. t.* cujus in omnibus editionibus talia extant verba: *Jure gentium incestum committit, qui ex gradu adscendentium vel descendentium uxorem duxerit. Qui vero ex latere eam duxerit quam vetatur vel adfinem quam impeditur: si quidem palam fecerit,*

rit, levius; si vero clam hoc commiserit, gravius punitur. cujus diversitatis illa ratio est circa matrimonium, quod ex latere non bene contrahitur: palam delinquentes, ut errantes, majore pœna excusantur: clam committentes, ut contumaces plectuntur. Ut lucem faciam loco obscuro, atque, ut mihi videtur, etiam affecto, duo præmunienda sunt. primum est; quod instituta a Paulo est disputatio de incestu in cognationis linea recta & transversa: non de incestu in hac aut illa adfinitatis linea. supputemus summam loci: exit tantum ad cognationis, non etiam ad adfinitatis, lineam rectam aut transversam. sic vero puto, hæc verba, *vel adfinem quam impeditur*, esse plane aliena a ratione Pauli; eisque ejectis, scribi oportere, *Qui vero ex latere eam duxerit quam vetatur: si quidem:* & reliqua. quod miror, fugisse hactenus Viros Doctos: præsertim cogitantes nuptias in transversa affinitatis linea, florente Paulo, adhuc nullas fuisse prohibitas: ac de mutatione in ea post insecuta Constitutionibus posteriorum Imperatorum; qua de in loco dicetur, somniare non potuisse eum cui numquam fuerat cognita. Alterum quod præmuniendum existimavi, est quod hic versus, *Jure gentium incestum committit, qui ex gradu adscendentium vel descendentium uxorem duxerit*, videtur otiosus: cum non appareat ejus scopus aut finis ullus: non sequente deinde, ad quod ea spectet præparatio. nam quod mox subjicitur, indicat quidem, quo pacto uxore ducta ex latere, quæ vetatur duci, temperanda sit pœna incestus ex latere admissi: at de pœna incestus adversus jus gentium commissi, uxore ex gradu adscendentium vel descendentium ducta de qua exspectatur tractatus, altum est silentium. Dicatur igitur ille versus cujus nulla utilitas, nulla ratio, a Paulo inconsiderate positus in initio *d. l.* Ostendi nubem Pauli consilium abscondentem. Eam ut discutiam; puta, deficere illo in versu membrum ad complementum sermonis necessarium. genus tale loquendi Anantapodotum appellatur; si rem dicam, est vitiosum, & a Quintiliano merito improbatum *lib.* 8. *Instit. orat. c.* 2. *ad fin.* a Veteribus tamen Auctoribus non usque quaque evitatum. Exempla dedi *lib. sing. Ad Edict. de pact. & transact. c.* 22. & supra sub Titulo *De minoribus.* infra quoque sub Titulo, *De donat. int. vir. & uxor.* Nunc in præsenti sic puta. Paulus incestum facit duplicem: unum esse dicit juris gentium; eumque committi: si quis uxorem duxerit ex gradu adscendentium vel descendentium. alterum ait admitti ab eo qui ex latere duxerit uxorem quam vetatur. quo autem jure is censeatur, non exprimit. esse tamen incestum dubitari nequit *l.* 39. §. 1. *D. h. t.* cæterum Paulus, cum eum distinguit a priore quem vult admitti jure gentium, sequentem juris civilis esse, existimasse credendus est. Sic hæc prima ad dictum versum observatio. Quæ altera? quod uxore ducta ex gradu adscendentium vel descendentium, pœna hujus incestus, quamvis palam admissi contracto matrimonio, nec mari, nec fœminæ indulgetur. nec ad rem pertinet, quod is incestus dicatur per errorem, non dolo malo admissus: quia putatur esse juris gentium; quod omnibus hominibus a natura traditum tam fœminis, quam maribus, a nullo ignorari fas est *l.* 2 *C. de in jus vocando.* Hoc in oculis habuit Paulus in primo legis versu, hic ejus scopus, hic finis. At non est verbis expressus. Esto: sed, ut fit in hujusmodi loquendi genere, ex sequentibus colligendus. Age igitur vel hæc consideremus. Paulus disputans deinde de incestu qui ex latere fiat, id est, ut dixi, jure civili, non peræque idem censet. contra hic distinguit; utrum incestus palam sit admissus contracto matrimonio; an clanculum. priore casu eum levius puniri suadet: posteriore gravius. qua ratione? ait, palam delinquentes videri juris ignorantia lapsos: clam committentes peccasse scienter dolo malo, atque in contumeliam sanguinis. æquitatis igitur esse, hos puniri ut contumaces: illis ignosci errorem qui sit juris civilis, in fœminis plerumque probabilis; in maribus aliquando; præsertim minoribus. Sic feci, ut Paulo constet ratio quam infuscavit Anantapodotum. Est vero hæc mea sententia eo verosimilior: quod etiam Pauli præceptor Papinianus *l.* 38. *pr.* §. 1. 2. 3. *D. Ad leg. Jul. de adult.* idem tenuit iter in utraque cognationis linea, & recta & transversa: ejusque auctoritatem hic secutus videri potest Paulus: monstrante utriusque ratiocinatione. Sed redeo ad Paulum. cum non timuisse, incestum qui ex latere sit, legibus, id est, juri civili, adscribere, manifestum prorsus est ex *l.* 35. §. 1. *D. de verb. oblig.* ubi de nuptiis fratris & sororis ita scribit: *Item quod leges fieri probibent, si perpetuam causam servaturum est, cessat obligatio: veluti si sororem* [*suam*] *nupturam aliquis stipuletur. quamquam etiam si non sit perpetua causa, ut recidit in sorore adoptiva, idem dicendum sit: quia statim contra mores sit.* Paulus in principio hujus legis dixerat, Si stipulor, ut id fiat, quod natura fieri non concedit, non magis obligationem consistere, quam cum stipulor, ut detur, quod dari non potest. nunc in §. 1. subjicit, idem esse in eo quod leges fieri prohibent, etsi natura permittatur: quia vel hoc pro impossibili habetur *l.* 15. *D. de condit. instit.* maxime autem huc it Paulus; si perpetua sit causa prohibitionis, quamvis legibus factæ. ac, ne deesset exemplum, ponit tale: si sororem suam naturalem nupturam sibi aliquis stipuletur. putat igitur Paulus, nuptias fratris & sororis posse fieri permittente natura: sed legibus vetari, atque in perpetuum, sive in patris potestate soror sit, sive sit emancipata. Hoc in naturali. Sed fac: aliquis stipulatus est, sibi nupturam sororem adoptivam. hanc, constante adoptione, ducere non potest: finita potest. est igitur causa hujus prohibitionis non perpetua, sed temporalis. quid dicimus? stipulationem valere hac in specie? Aliquis dicat, quod Præses provinciæ prohibetur, mulierem provincialem, durante administratione, uxorem ducere: finita, non prohibetur; & interim potest eam desponsare *l.* 38. *D. h. t.* quid ni idem vel simile sit in sorore adoptiva? Sed aliter sedet Paulo. quæso, qua causa? quia, inquit, statim contra mores sit: apparet, Paulum, mores legibus terminantem, designare mores civitatis, non communes naturæ mores; exemplo Cornelii Nepotis, *Præfatione*, de fratris & sororis matrimonio ita loquentis: *Id nostris moribus nefas habetur.* Sensus igitur Pauli est, quod stipulatio de ducenda sorore adoptiva statim est turpis moribus, sive legibus, civitatis. ex præsenti autem æstimatur stipulatio, non ex futuro *l.* 137. §. 6. *D. de verb. oblig.* contra est in nuptiis Præsidis cum muliere provinciali: quæ etsi Mandatis Principis sint illicitæ; non idcirco turpes habentur; quin deposito officio fiunt justæ, si in eadem voluntate perseveretur *l.* 65. §. 1. *D. h. t.* Restat igitur, nuptias in transversa linea a Jurisconsultis tantum civili, non etiam gentium, jure incestas videri. At enim Pomponius *l.* 8. *D. h. t. Libertinus*, inquit, *libertinam matrem aut sororem uxorem ducere non potest: quia*

hoc jus moribus, non legibus, introductum est. Quid, si præstet, poni: *Libertinus libertinam matrem uxorem ducere non potest?* sic scripsit Pomponius. quo auctore? Pomponio: nec desideres magis idoneum. is sane caussatur: *quia hoc jus moribus, non legibus, introductum est.* Convenienter his quæ de nuptiis adscendentium & descendentium dixerunt Veteres Jurisconsulti. sed hi idem non dixerunt in nuptiis sororis. contra existimarunt, has esse legibus vetitas, non moribus. Audeamus igitur apud Pomponium delere verba, *aut sororis*, ei nullo jure obtrusa; sed id vidit etiam Dominus Cujacius V. Cl. *lib.* 16. *Observ. c.* 37. Illa levis, frequens tamen & vetus jactatio, experientia magistra disci, fratres & sorores adversus amores illicitos habere aversionem, quasi absterrente vi humanæ naturæ. Meo enim judicio, verius est, hujusmodi aversionem, si quæ sit aliquibus, non venire a natura, sed ab educatione & disciplina locorum in quibus amores illi sint vetiti. Ain' tu? nisi quis ausit negare, Athenienses, Lacedæmonios, Ægyptios, aliosque populos politos, nobiles, magnificos, apud quos fratrum aut sororum nuptiæ, vel omnino vel ex parte, fuerint licitæ, fuisse homines, humanæ naturæ æque participes; ac Romanos & alios apud quos erant vetitæ: illos tamen eam aversionem ab hujusmodi nuptiis non habuisse, unde manifestius est, quam quod eas quotidie contraherent? Commode Cornelius Nepos *in Præfatione. Hi erunt fere qui expertes Græcarum literarum, nihil rectum nisi quod ipsorum moribus conveniat, putabunt. hi si didicerint, non eadem omnibus esse honesta, atque turpia, sed omnia majorum institutis judicari, non admirabuntur, nos in Grajorum virtutibus exponendis mores eorum sequutos. Neque enim Cimoni fuit turpe Atheniensium summo viro, sororem germanam habere in matrimonio, quippe cum cives ejus eodem uterentur instituto. at id quidem nostris moribus nefas habetur.* Nepoti jungamus Platonem *lib.* 8. *De legibus.*

A secundo gradu lineæ transversæ moveamus pedem ad tertium. De quo ita Justinianus §. 3. *Inst. h. t. Fratris vero vel sororis filiam uxorem ducere non licet: sed nec neptem fratris vel sororis quis ducere potest, quamvis quarto gradu sint. cujus enim filiam uxorem ducere non licet, neque ejus neptem permittitur.* Et mox addit §. 5. *Item amitam, licet adoptivam, ducere uxorem non licet, item nec materteram: quia parentum loco habentur. qua ratione verum est, magnam quoque amitam & materteram magnam prohiberi uxorem ducere.* Sic Imperator. qua ratione? eadem, opinor, quæ allata est in gradu secundo. Vetitæ igitur fuerunt nuptiæ etiam in tertio gradu transversæ lineæ, & civili, non naturali, jure: ut est paulo ante monstratum ex Paulo *l. ult. D. h. t.* Nec jam male Papinianus *l.* 38. §. 1. 2. 3. *D. Ad leg. Jul. de adult.* incestum hoc in gradu admissum per errorem excusat quasi sit juris civilis: non excusaturus, si esset juris gentium. Accedit, quod Senatusconsulto Claudiano (de quo Suetonius, *Claudio c.* 26.) nuptiæ inter patruum & fratris filiam palam fuere permissæ: judicante Senatu ex sententia Vitellii, illas natura non prohiberi: auctore Tacito *lib.* 12. *Annal. c.* 6. Obtinuit tamen id Senatusconsultum (ut arbitraria sunt a legibus profecta omnia) intra Urbem tantum; non etiam in provinciis: nec porrectum ad sororis filiam. servatum interim in fratris filia fuit jure Pandectarum, sed deinde mutatum. id diligenter docui *lib.* 2. *Observ. c.* 5. Liceret mihi hinc nunc recedere: nisi metuerem; ne cui absurdum videretur, quod in *d.* §. 3. & 5. *Inst. h. t.* patruus, avunculus, amita, matertera, perhibentur fratrum & sororum liberis esse parentum loco: quod & sit in *l.* 39. *pr. D. h. t.* & tamen dixi, cum his incestum tantum admitti jure civili: quamvis alioquin inter consimiles personas, quales vitricus, noverca, privignus, privigna, socer, socrus, gener, nurus, incestus credatur fieri jure gentium. Ut igitur vel hic eximatur scrupulus, deliberent eruditiores; an ea comparatio, quæ me urit, suos habeat gradus: possitque sine absurditate dici, ex omnibus illis personis alias verius & quodammodo arctius reputari parentum & liberorum loco; alias remotius & laxius. sane vitricus, ut est maritus matris, per eam habet imaginem veri patris, eoque nomine honestius censetur: noverca quoque, cum sit uxor patris, matrem re & nomine imitatur: cum patruus, avunculus, amita, matertera, patris aut matris tantum sint fratres & sorores: licet aliquo respectu accedant ad vicem parentum. Ita apparet discrimen: simul, cur placuerit Veteribus, cum aliquibus incestum jure gentium committi; cum aliquibus jure civili.

Superiori observationi proxima est sequens hæc Theophili; quod Imp. Justinianus in *d.* §. 5. *Inst. h. t.* postquam dixit, *Item amitam, licet adoptivam, ducere uxorem non licet:* deinde verbis hisce, *Item nec materteram*, non apposuit illa, *Licet adoptivam:* & præfatur Theophilus; quod matertera non sit per adoptionem, sicut nec avunculus: videlicet, quod per adoptionem non adquiritur naturalis cognatio, sed dumtaxat agnatio quæ est legitima & civilis. proinde non habetur matris loco soror uterina aut soror uxoris adoptivi patris; nec ejus matertera; nec magis adoptiva matris soror *l.* 12. §. *ult. D. h. t. l.* 23. *D. de adopt.* consequenter possunt omnes uxores duci. Theophilo tamen de veritate litem movet Gajus *l.* 55. §. 1. *D. h. t.* verum ad hanc vide sis D. Cujacium *lib.* 23. *Observ. c.* 36. adderem Contium *lib.* 8. *Subseciv. lect. c.* 9. Hotmanum *De ritu nupt. c.* 4. Bachovium *ad Treutl. part.* 2. *Disp.* 6. *thes.* 2. *lit. C.* alios: nisi omnibus præstaret Cujacius.

Superest transversæ lineæ gradus quartus: de quo ita Justinianus §. 4. *Inst. h. t. Duorum autem fratrum vel sororum liberi vel fratris & sororis conjungi possunt.* Theophilus vertit, *conjungi non possunt.* puto, non ex sententia Justiniani: nam is in gradu quarto lineæ transversæ, nuptias permittit §. 3. præcedente: utique inter eos qui non sint parentum & liberorum loco. tales autem sunt fratrum & sororum liberi. possunt igitur conjungi ex sententia Justiniani. Eodem pertendit Paulus, ut est a Triboniano positus *l.* 3. *D. h. t. Si*, inquiens, *nepotem ex filio & neptem ex altero filio in potestate habeam, nuptias inter eos me solo auctore contrahi posse, Pomponius scribit, & verum est.* Quid, si insuper Arcadius & Honorius *l.* 19. *C. h. t.* indulgent licentiam celebrandis inter consobrinos nuptiis? Res certa: etsi sinceritatem ejus Constitutionis sollicitat Antonius Contius *lib.* 1. *Subseciv. lect. c.* 9. Sed illi respondit Jacobus Gothofredus ad *l.* 3. *Cod. Theod. De incest. nupt.* Variatum aliquoties fuisse hac in parte non ignoro: potestque id videri apud Brissonium *De jur. connub. p.* 219. *& seqq.* Hotmanum *De rit. nupt. c.* 5. *p.* 424. Albericum Gentilem *lib.* 5. *De nupt. c.* XI.

Proximum est, ut de affinitate disputemus. nam vel hanc nuptiis impedimento esse, supra monui. Sunt autem affines (auctore Modestino *l.* 4. §. 1. *D. de gradib.*) viri & uxoris cognati: dicti ab eo quod duæ cognationes quæ diversæ in-

inter se sunt, per nuptias copulantur, & altera ad alterius cognationis finem accedit. Sensus Modestini, cognationem unius conjugis per nuptias accedere ad finem cognationis alterius: eaque copulatione fieri affinitatem. Modestino utriusque cognationis finis est maritus & uxor. Ita vult, mariti cognatos fieri affines uxori, & uxoris cognatos fieri affines marito, utriusque vero cognatos inter se non fieri affines. Quod & Donato visum ad Terentium *Adelph.* 5. 8. ubi, *Uxoris*, inquit, *cognati marito affines sunt.* Adeo affinitas est, necessitudo inter unum conjugem & alterius conjugis cognatos: licetque demonstrandæ rei causa, ejus duas facere lineas: rectam & transversam: exemplo cognationis: cujus simulachrum est. Affinium tamen gradus nullos esse, Modestinus scribit: magis nomina dici *d. l.* 4. §. 4. convenitque Titulus, etiam Inscriptio *l.* 10. *d. t. De gradibus & adfinibus & nominibus eorum.* Paulus contra *d. l.* 10. *Jurisconsultus*, inquit, *cognatorum gradus & adfinium nosse debet.* Nisi quis malit: *Jurisconsultus cognatorum gradus & adfinium nomina nosse debet.* Hoc si minus placet: putemus, non esse affinium gradus proprios; sed esse improprios & quasi gradus; quomodo apud Donatum ad Terentium *d. loc. Multi gradus & veluti rami sunt propinquitatis in affinitate & cognatione dispositi.* Ita prorsus quo gradu quis est marito cognatus, eo gradu uxori est affinis: & vice versa, quo gradu quis uxori est cognatus, eo gradu marito est affinis.

Nunc age affinium nuptias consideremus. Sunt hæ in linea recta prohibitæ, verbi gratia, inter vitricum & privignam, novercam & privignam, socerum & nurum, socrum & generum: ut invicem sunt parentum & liberorum loco *l.* 4. §. 7. *D. de gradibus* §. 6. & 7. *Inst. h. t.* prohibitæ vero eadem ratione qua impediuntur in linea recta cognationis: id est, in infinitum *l.* 40. *D. h. t.* & tam naturæ, quam civili, jure. In hac sententia fuisse Papinianum, mihi persuadet *l. ult.* §. 1. *D. de condict. sin. caus.* modo recte intelligatur. Casus talis: Noverca privigno, aut nurus socero, pecuniam dedit dotis nomine. non nupsit. quæritur, an pecunia repeti possit, quasi data sine causa? dubitatio vertitur, quod hujusmodi matrimoniis jure gentium sit incestus; ideoque turpis est datio acceptioque: porro in pari causa melior est conditio possessoris, quam ejus qui non possidet: hic præsertim, ubi jus gentium, omnibus innatum hominibus, ne mulieres quidem ignorare oportet. ita prima facie videri Papinianus fatetur: ipse tamen aliud respondet: non quod neget, matrimonia inter novercam & privignum, vel nurum & socerum, similesque personas, jure gentium haberi incesta. minime: (nam contrarium docet *l.* 38. *D. Ad leg. Jul. de adult.*) sed quod putat, pecuniam in proposito non esse datam ob causam turpem. & vere: non est enim data ob stuprum: sed ob nuptias. hæ autem non sunt secutæ; ac ne sequi quidem possunt. optime igitur repetitur hic pecunia condictione, quasi data sine causa.

Hoc in affinitatis linea recta. quid in transversa? in ea nullæ fuere nuptiæ aut jure gentium, aut jure civili, prohibitæ: Veteribus memoriam affinitatis quæ fuerit stante matrimonio, eo soluto negligentibus, præterquam inter eos qui eo durante fuerint parentum & liberorum loco *d.* § 6. & 7. *Inst. h. t.* Rem dico: satis noto matrimonio M. Crassi cum uxore defuncti fratris, & (testimonio Plutarchi in *ejus vita c.* 1.) sine reprehensione. Præterea refert Apulejus, *Apolog.* tamquam rem licitam & usitatam, Æmiliam Pudentillam ejus uxorem, post mortem Sicinii Amici, cui ante nupta fuerat, tabulas nuptiales jussu soceri fecisse cum altero ejus filio Sicinio Claro prioris mariti fratre. Apulejus *ibidem* deinde exemplum etiam aliud ex eadem prodit familia hisce verbis: *Mulierem aliquam multo natu majorem, nuperrime uxorem fratris misero puero objicit & obsternit.* Mitto exempla: quando jure civili ante licitas olim fuisse nuptias fratris cum defuncti fratris vidua, palam testatur Imp. Constantinus, vel, si mavis, Constantius, ipse eas prohibens *l.* 2. *C. Theod. de incest. nupt.* verbis sequentibus: *Etsi licitum Veteres crediderunt, nuptiis fratris solutis, ducere fratrem uxorem: licitum etiam post mortem mulieris aut divortium, contrahere cum ejusdem sorore conjugium: abstineant hujusmodi nuptiis universi: nec æstiment, posse legitimos liberos ex hoc consortio procreari: nam spurios esse convenit qui nascentur.* Atque hoc placuit etiam *l.* 5. & 8. *C eod. tit.*

Reliquum est ex quarto Legum præcepto; ut investigemus personas cæteras quas Imp. Justinianus §. 11. *Inst. h. t.* dicit, propter diversas rationes, prohiberi nuptias contrahere, & in libris Digestorum seu Pandectarum ex vetere jure collectarum enumerari. Est vero talis Senator, item filius, nepos, pronepos ve, ex filio. nam hi Lege Julia & Papia libertinam, aut quæ ipsa, cujusve pater, materve, artem ludicram fecerit, uxorem ducere prohibentur. videlicet, ne Senatoria dignitas conjunctione talium personarum evilescat. Eadem ratione noluit ea Lex, hujusmodi personis nubere Senatoris filiam, neptem, aut proneptem ex filio. Verbis Legis quæ extant *l.* 44. *D. h. t.* diligentiam interpretando accommodavit V. Cl. Barnabas Brissonius, *De jure connubiorum pag.* 109. & *seqq.* nec curatiorem quis desideret. Eadem Lege Julia proposita fuit etiam alia causa impediendi matrimonii, ætas maris sexagenarii, & fœminæ quinquagenariæ: præsumente Lege, post hanc ætatem in utroque sexu deficere matrimonii finem, jure civili creditum ad unam respicere liberorum procreationem. Meminit hujus capitis Legis Juliæ Lactantius *lib.* 1. *Divin. instit. c.* 16. & Ulpianus, *Fragm. tit.* 16. etiam Senatusconsulti, post eam facti temporibus Tiberii, & a Claudio rursus abrogati, Suetonius, *vita Claudii c.* 23. sed quomodo; disputant in Notis Casaubonus & Torrentius: tum Jacobus Gothofredus, *ad Leg. Jul. & Pap. c.* 2. *pag.* 316. & *seq.* item Jacobus Perizonius *Dissert. ad Leg. Voconiam pag.* 154. & *seqq.* sed conjecturis agunt omnes, & parum extricant. ipse quoque quod pro certo edam, non habeo: & huic instituto sufficit, Legem Juliam & Papiam Justiniani Constitutione in totum esse sublatam *l.* 27. *C. h. t.* & *l.* 12. *C. de legitim. heredib.* Superioribus personis addendus tutor & curator, eorumque filius: quibus prohibitæ sunt nuptiæ cum pupilla vel adulta, cujus tutelam vel curam gesserint. Quo jure? Oratione Divi Marci & Commodi. hi nominantur in Inscriptione *l.* 60. *D. h. t.* quamvis a Tryphonino *l.* 67. §. 3. solus indicetur D. Marcus pari forma, qua Papinianus *l.* 23. *D. de donat. int. vir. & uxor.* vocat Orationem D. Severi quæ est Severi & Antonini: ut sub illo Titulo ostendam. Sed nunc de præsente agam: quam (hoc quasi in transitu monebo) a Senatu approbatam etiam Senatusconsultum appellari constat *l.* 59. *l.* 64. §. 1. *d. t.* Ideo autem dicitur Oratio hujusmodi nuptias vetuisse, quia erat metus; ne pupillæ fraude, vi, aut reverentia viri aut soceri in re familiari circumscriberentur ab his qui rationes eis gestæ tutelæ reddere compelluntur *l.* 64. §. 1. *D. d. t.* atque hanc causam ipsa conti-

neri Oratione, ex Tryphonino intelligitur *l.* 67. §. 3. *&* 4. *h. t.* Locuta igitur fuit Oratio de prohibendis nuptiis tutoris vel curatoris cum pupilla vel adulta sed de prohibendis nuptiis matris locuta non fuit *l.* 2. *C. de interdict. int. pup. & tutor.* Pupillam etiam cum nominat, de ejus statu aut conditione nihil addit. quare assentior Papiniano *l.* 62. §. *ult. D. h. t.* existimanti, nihil referre, qualis sit; utrum adhuc virgo sit, an jam mater ex alio matrimonio facta. Non magis sollicitus est Papinianus, quando pupilla ducatur uxor, quamdiu non est a tutore reddita tutelæ ratio. imo ne curat quidem; an sit reddita: utique ante constitutum tempus ætatis ejus. sic loquitur *d.* §. *ult.* sine dubio interpolatus ex *l. ult. C. de tempor. in integr. restit.* ubi minoribus, post annum vigesimum quintum, desiderantibus in integrum restitui, constitutum a Justiniano est quadriennium continuum: cum ante a Prætore indulgeretur annus utilis. Paulus *l.* 66. *D. h. t.* cum annum sic exprimit: *Non est matrimonium, si tutor vel curator pupillam suam intra vicensimum & sextum annum ducat uxorem.* Quam Paulus vocat annum vicensimum & sextum, est annus utilis: intra quem, eo florente, poterat pupilla a tutore læsa, post annum quintum & vicesimum adhuc petere in integrum restitutionem. Ita clare Imperatores *l.* 6. *C. de interdict. matrim. int. pupil. & tut.* & Tryphoninus *l.* 28. §. 3. *D. de lib. & postb.* Vetat igitur Oratio, tutorem jungi matrimonio pupillæ, quamdiu est obnoxius rationibus tutelæ. Hoc plus putat Callistratus *l.* 64. §. 1. *D. h. t.* sententia Senatusconsulti apprehendi quoque heredem tutoris non dicam suum, sed etiam extraneum. quam ob rem? quia vel hic defunctum repræsentat: & Senatus hujusmodi nuptias ideo prohibuit; ne pupillæ ab his qui compelluntur eis reddere rationes gestæ tutelæ, in re familiari circumscribantur. Similiter ait Paulus *l.* 60. *d. t.* si quis tutor quidem non sit, (id est, ut ego interpretor, si amplius quidem tutor non sit; vel si jam desierit esse tutor) periculum tamen ad eum pertineat, (id est, adhuc tamen ad eum pertineat periculum) veluti si pupilla ab hostibus capta fuerit, aut ille falsis allegationibus a tutela se excusaverit, ut ex sacris Constitutionibus periculum ad eum pertineat: esse quæsitum, an sententia Orationis contineatur? Et putat, hos quoque ad Senatusconsultum pertinere. Idque etiam sequente fulcit argumento: quia & hujusmodi periculum in numerum trium tutelarum computari, comprobatum est. Ab eadem causa quoque e contrario ait, si propter alterius personam periculum ad eum pervenit: veluti, si Magistratus in tutelæ periculum incidit, vel quis fidejusserit pro tutore vel curatore: magis esse, ut extra sententiam Senatusconsulti sit: & præfatur, quod nec in numerum trium tutelarum hæc imputantur *d. l.* 60. §. 1. Non a me impetro; ne hic moneam quod ab aliis siletur, quamquam est dignum moneri: quod posterior Pauli ratio, petita a numero trium tutelarum, est quidem ab eo allata majoris luminis gratia: sed non est decretoria, sicut prior quæ est ipsius Orationis: quin vult eam, cum hac comparatam, huic cedere. Id non debui hic silere: quia sic liquebit scopus sequentis §. 2. *Quid ergo, si honoris causa tutor datus sit? quatenus nec hujusmodi tutela in numerum comparatur, nunquid idem sit? Sed ratio in contrarium ducit: quod dictum est [&] honorarium tutorem periculum solere pati, si male passus sit administrari tutelam.* Erat dubitatio, an honoris causa datus tutor, pupillam salva Oratione posset ducere uxorem. Et poterat alicui videri: propterea quod honoraria illa tutela in numero trium tutelarum non computatur; eaque ratio in præcedentibus casibus valuit ad exceptionem. Quid Paulus? non putavit hanc esse decretoriam: licet illic fuerit ex adjuvantibus; ideoque ei qui sic censeat, non accedit: causatus, quod ratio in contrarium ducit: id est, quod ratio vera & solida ducit in contrarium. quæ illa? ipsius Orationis: saltem quærentis, an periculo tutelæ teneatur is qui pupillam ducturus sit uxorem. id vero in proposito est certum auctore Ulpiano *l.* 3. §. 2. *D. de admin. tut.* Paulus hanc rationem sic designat, quod dictum est, & honorarium tutorem periculum solere pati; si passus sit, tutelam male administrari. Non igitur potest tutor, utcumque honorarius, pupillam uxorem ducere, salva Oratione. Exposui *d.* §. 2. *l.* 60. Ab eodem fonte sic quoque bene Paulus §. 3. sequente: *Quin autem ille qui cum datus est tutor, cesset in administratione, pertineat ad Orationem, non est dubitandum. quia perinde tenetur ex sacris Constitutionibus, atque si gessisset.* Igitur prohibetur tutor & curator pupillam ducere uxorem. An & curator ventri bonisque datus? De hoc nihil Oratio: sed Tryphoninus *l.* 67. §. 4. *D. h. t.* confirmat, vel hunc inducere prohibitionem Senatusconsulti. Ut vero ille recederet a Senatusconsulti verbis, voluit similitudo rationis: quæ est, quod hic quoque debet rationem reddere. Possit quis putare, esse inter hos differentiam, propter spatium administrationis. Sed Tryphoninus negat, hac moveri nos oportere: eo quod nec in tutore, nec in curatore habitum est discrimen majoris aut minoris temporis quo in hujusmodi munere quis fuerit. Plane, si quis usurpato tutoris vel curatoris nomine, id est, si pro tutore, seu curatore, negotiorumve gestore, res pupillæ administraverit, eamque sibi filiove suo copulaverit: jubent Imperatores, Leo & Anthemius *l.* 8. *C. de interdict. matrim. int. pupil.* tales nuptias stare, & non ad exemplum tutorum infirmari. Sed apparet, Oratione caveri, Ne tutor aut curator pupillam aut adultam ducat uxorem. Quid, si eam sibi despondeat? Verba Orationis solas nuptias prohibent. Verum Paulus *l.* 60. §. 5. *h. t.* quamvis, inquit, verbis Orationis cautum sit, Ne uxorem tutor pupillam suam ducat; tamen intelligendum est, ne desponderi quidem posse: hac adjecta ratione; cum qua nuptiæ contrahi non possunt, hæc plerumque ne quidem desponderi potest: & quæ duci potest, jure despondetur. Huc usque dixi de tutore & curatore ipso. Porro de filio dicam: nam de hoc quoque cautum Senatusconsulto fuit *l.* 59. *D. h. t.* & quia generaliter atque infinite, optime observat Tryphoninus *l.* 67. *d. t.* illum non solum vivo patre, sed & mortuo, prohiberi eam ducere uxorem, cujus tutelæ rationi obstrictus pater fuit. Addit Tryphoninus; *Nec puto interesse, extiterit ei heres filius, an abstinuerit paterna hereditate, an nec heres fuit, forte exheredatus, aut præteritus emancipatus.* Sic editur: sed deest aliquid pleno sensui. suppleo: *forte exheredatus aut præteritus* suus vel *emancipatus.* Hoc mihi incidit. Cur autem velit Tryphoninus, tutoris filium, etiamsi non sit heres patris, ad Orationem pertinere, hæc adfertur ratio: Nam & fieri potest, ut patris bona per fraudem in eum collocata, propter tutelam, revocari oporteat. Nec hoc omittam, quod Paulus *l.* 60. §. 7. *h. t.* Naturales, inquit, liberi, licet in adoptionem dati fuerint, Senatusconsulto continentur. Et tamen, si adoptivus tutoris filius pupillam illicite duxerit, posteaque emancipatus fue-

fuerit, ait in §. 6. Senatum de adoptivis emancipatis non ſenſiſſe: quia poſt emancipationem in totum obliviſcuntur adoptivæ familiæ. Cæterum, quod de filio dixit Senatusconſultum, Paulus latius interpretatur *l.* 59. *b. t.* dicens, filii appellatione in Senatusconſulto etiam nepotem ſignificari. Addamne & filiam? negat Calliſtratus *l.* 64. §. 1. *d. t.* nimirum, quia in propoſito viſa eſt alia filii, alia filiæ, ratio: licet alioquin juſta interpretatione recipi ſcribat Julianus; ut appellatione filii aliquando & nepos & filiafamilias contineatur *l.* 201. *D. de verb. ſignif.* Expoſito hactenus rigore Orationis, nuptias tutoris, ac curatoris, eorumque filii cum pupilla aut adulta prohibentis: ne temperamenta quidem omittere debeo. Primum eſt in *l.* 36. *b. t.* cujus appoſui verba: *Tutor vel curator adultam* [*uxorem*] *ducere non poteſt: niſi a patre deſponſa, deſtinatave, teſtamentove nominata conditione, nuptiis, ſecuta fuerit.* Sic ubique legitur: nullo ſenſu. ſcribe: *nominata conditione, nuptias ſecuta fuerit.* Dixi de patre. An idem in matre? minime: ſi pater quidem voluerit, in ejus arbitrio eſſe cui nuptum collocetur communis filia: nam ne tunc quidem tutorem ab ea eligi, Papinianus patitur *l.* 62. *D. b. t.* Quam ob rem? quia non videtur pater cogitaſſe de perſona tutoris. imo ideo maxime matrem prætulit; ne filiæ nuptias tutori committeret. Altera exceptio eſt: ſi tutor reddiderit rationem geſtæ tutelæ; & elapſum fuerit tempus quo pupilla adverſus læſionem poſſit in integrum reſtitui: ut ex ſuperioribus jam conſtat. Eſt & tertia exceptio, ipſa elegans apud Tryphoninum *l.* 67. §. 1. *b. t.* cujus appoſui verba: quia ſunt luxata, & reſtituenda. *De uno dubitari poteſt: ſi avus tutelam geſſit neptis ex emancipato filio natæ, an nepoti ex altero filio eam collocare poſſit: ſive emancipato, ſive manenti in poteſtate: quia par affectionis cauſa ſuſpicionem fraudis amovet? ſed etſi Senatusconſultum ſtricto jure contra omnes tutores nititur, attamen ſummæ affectionis intuitu; bujusmodi nuptiæ concedendæ ſunt.* Miror, non eſſe animadverſum a Doctiſſimis Viris, non cohærere formam diſputationis: verbis; *quia par affectionis cauſa ſuſpicionem fraudis amovet*, translatis eo quo non oportuit. reducenda hæc inde, ubi extant, ad finem loci hoc modo: *bujusmodi nuptiæ concedendæ ſunt. quia par affectionis cauſa ſuſpicionem fraudis amovet.* Thema: avus qui geſſit tutelam neptis ex filio emancipato natæ, eam collocat nepoti ex altero filio, ſive emancipato, ſive manenti in poteſtate. an poteſt? quæſtio in eo eſt: quod Oratione & Senatusconſulto eam ſecuto, nullus excipitur tutor, ne avus quidem. quid Tryphoninus? etſi, inquit, Senatusconſultum ſtricto jure contra omnes tutores nititur, attamen ſummæ affectionis avitæ intuitu hujusmodi nuptiæ concedendæ ſunt: Qua cauſa? ait, quia par affectionis cauſa ſuſpicionem fraudis amovet. Hæc Tryphonini ratio apta & pulchra in omnibus exemplaribus loco mota incuria Librarii; me conjectore, hoc modo fuit reſtituenda: & jam *lib.* 2. *De fænor. & uſur. c.* 5. obſervavi vitium ſimile in *l.* 10. §. 3. *D. Mandati.* Superioribus temperamentis addam ſequentem ex Tryphonino *l.* 67. §. 5. *b. t.* Ait is, ſi Titius puellæ tutelam adminiſtravit, vel curator negotia geſſit, eaque nondum recepta ratione deceſſit, filia herede relicta: quæſitum fuiſſe; an Titius poſſit eam ſuo filio collocare in matrimonium? Tryphoninus quærenti dixit, poſſe: cauſatus, quia, ratio hereditaria eſſet, & ſimplex debitum. præterea addidit, quod alioquin omnis debitor eam cui obligatus eſſet ex aliqua ratione, prohibetur ſibi filioque conjungere. Senſus Tryphonini: quod ratio ad quam reddendam tutor, poſt pupillæ mortem, heredi tenetur actione tutelæ, non eſt putanda talis, qualis erat pupilla viva: ſed illo habenda modo, ad quem habetur quælibet pupillæ ratio, ſive cætera pupillæ debita. nam pupilla ipſa, cum vivebat, in exercenda tutelæ actione habebat privilegium exactionis ante reliquos creditores *l.* 52. *D. de peculio:* ſed ejus heres, utcumque agat actione tutelæ, ſicut poteſt, idem privilegium non habet: quippe cum ſit perſonæ, non cauſæ, ideoque cum perſona extinguatur *l.* 42. *D. de admin. tutor. l.* 19. §. 1. *D. de reb. auct. judic. poſſid. l.* 1. §. 12. *D. de Leg. Cornel. de ſicar.* Igitur cum reddenda a tutore poſt pupillæ mortem ratio ſit inſtar cujuscumque hereditariæ rationis & ſimplicis debiti, non eſt Oratio in mora, ne filia pupillæ a tutore ejus filio nuptum collocari poſſit. idque eo juſtius eſſe, Tryphoninus putat: quia alioquin omnis debitor eam cui eſſet ex aliqua ratione obligatus, poſſet prohibitus videri, eam ſibi filioque ſuo conjungere.

Simile ei quod de tutore & curatore pupillæ & adultæ dixi, occurrit in Præſide provinciæ, & qui officium in ea adminiſtrat, qualis eſt Præfectus cohortis vel equitum, aut Tribunus. nam hi, propter metum potentatus, (ea ratio adfertur in *l.* 63. *D. b. t.* in *l. unic. C. Si rect. provinc. vel ad eum pertin. ſponſ. deder.* dicitur, ſi poſſit eſſe terribilis) Mandatis Principis prohibentur, mulierem inde oriundam, vel ibi domicilium habentem, durante adminiſtratione, uxorem ducere *l.* 38. *d. t.* aut filio illam ducenti conſentire *l.* 57. *d. t.* quin ea prohibitio *d. l. unic.* porrigitur etiam ad nepotes, ac propinquos & participes, id eſt, conſiliarios, domeſticosque. Hoc in nuptiis. aliud in ſponſalibus: quamquam cum hac moderatione, ut ſi mulier, poſt officium depoſitum, noluerit nuptias contrahere, liceat ei hoc facere, tantummodo redditis arrhis, quas acceperat *d. l.* 38. id tamen non obſtat, quo minus poſſit quis veterem ſponſam in provincia quam adminiſtrat, uxorem ducere *d. l.* §. 1. præterea non prohibetur, filias in matrimonium collocare, & dotem conſtituere *d. l.* §. 2. Adhæc ſcribit Paulus *l.* 65. *D. b. t.* eos qui in patria militant, non videri contra Mandata ex eadem provincia uxorem ducere.

Tempus eſt, cogitare de effectis nuptiarum. fuere autem varia; prout erant nuptiæ vel civili, vel gentium, jure contractæ. id demonſtravi *lib.* 2. *Probabilium c.* 9. ſumma eſt, quod mulier, ſi viro in manum convenerat uſu, farre, aut coëmptione, ſolita fuit materfamilias appellari: ſimpliciter nupta, uxor dici. illa tranſibat in poteſtatem viri; eratque ei filiæfamilias loco, & una cum liberis ex ipſa natis inter ſuos heredes. ita nihil habebat proprium, exemplo filiifamilias. hæc contra, ſi fuerat in patris poteſtate; in ea manebat: ſi fuerat ſui juris, manebat talis; bona etiam ſua retinebat, excepta dote conventa & tradita quæ erat mariti. Sed hæ differentiæ jure Juſtinianeo fere evanuere. ita obliterata priore uxorum ſpecie, tantum ſupereſt poſterior. de qua dicitur: quod ſequitur forum, domicilium, & dignitatem mariti *l.* 65. *D. de judic. l.* 13. *C. de dignit. l.* 8. *D. de Senatorib.* Adde, quod liberi ex ea nati, ſunt in patris poteſtate *pr. Inſt. de patr. pot.* item convaleſcit dos *l.* 3. *D. de jur. dot.* & donatio propter nuptias § 3. *Inſt. de donat.* &, ut initio dictum, eſt conſortium omnis vitæ, ac divini atque humani juris communicatio *l.* 1. *D. b. t.* an igitur bonorum quoque? ſolet quæri. ſed tu de eorum communione vide a me ſcripta *d. lib.* 2. *Probabilium c.* 9. Hæc ſi factæ ſint nuptiæ ſecundum legum præcepta.

At si adversus ea coierint aliqui; ait Justinianus §. 12. *Inst. h. t.* nec virum, nec uxorem, nec nuptias, nec matrimonium, nec dotem donationemve propter nuptias intelligi. porro ait, natos ex eo coitu non esse in patris potestate; sed tales, quantum ad patriam potestatem, quales sunt quos mater vulgo concepit: nam nec hos patrem habere, cum pater incertus sit; atque inde spurios appellari. verbo dicam, nuptias perinde haberi, ac si non essent contractæ. Sit ita: sed de vitæ consuetudine quid dicemus? separandam: nuptiis a filiafamilias contractis, patre invito aut ignorante: ut infra docebo sub Titulo, *De divortiis & repudiis.* Idem puta, si turpis sit consuetudo, ut in incestu *l.* 38. §. 4. *D. Ad Leg. Jul. de adult.* alioquin non æque. Atqui non est matrimonium, quodcumque sit adversus leges initum. Nempe non est justum: sicut nec justus vir, nec justa uxor, quatenus ad jura conjugum legitimorum. sed nihilominus injustum dicitur matrimonium *l. unic. D. Unde vir & uxor.* item injustus vir & injusta uxor *l.* 13. §. 1. & *l.* 24. §. *fin. D. Ad Leg. Jul. de adult.* igitur quid ni duret vitæ societas, etsi nullo jure? Sed id liquet ex hoc Callistrati *l.* 37. §. *ult. D. Ad municipal. Mulieres quæ in matrimonium se dederint non legitimum, non ibi muneribus fungendas, unde mariti earum sunt, sciendum est: sed unde ipsæ ortæ sunt: idque Divi fratres rescripserunt.* Non alio intendit Ulpianus *l.* 27. *D. h. t.* sic scribens: *Si quis in Senatorio ordine agens libertinam habuerit uxorem, quamvis interim uxor non sit, attamen in ea conditione est, ut si amiserit dignitatem, uxor esse incipiat.*

Non est his contentus in *d.* §. 12. *Inst. h. t.* Justinianus: non enim vult tantum, ipso jure nullum esse matrimonium, cum est adversus leges contractum: sed plus docet, eos qui id contraxerint, etiam pati certas pœnas quæ sacris Constitutionibus contineantur: eas vero non exprimit. a me quoque hic nominatim edi, non est opus: cum sint notæ omnibus; eoque nulla egeant ulteriore aut explicatione aut enumeratione.

TITULUS III.

De jure dotium.

Titulus hic, *De jure dotium*, Titulo *De ritu nuptiarum* subjicitur: quia, ut sub eo dictum, inter effectus nuptiarum quæ contractæ sint secundum legum præcepta, etiam hic est; ut dos convalescat, sive promissa, sive tradita. Spectat autem hoc verbum interdum ad rem; interdum ad negotii gestionem. Ad rem spectat; cum dos dicitur dari aut restitui. eo sensu Varro, *lib.* 4. *De Ling. Latina num.* 36. Dos erit, inquit, pecunia, si nuptiarum causa data. Ad negotii gestionem refertur dos: cum ejus formam, modum, vim atque effectum quærimus: id est, ut hic Titulus ait, jus dotis. sic vero dos est, donatio quædam mulieris nomine in virum collata ad sustentanda matrimonii onera. Dotem esse donationem, vix dubitari potest: eo quod matrimonium potest esse sine dote *l.* 22. *C. de nuptiis.* deinde auctor est Justinianus *l. ult. C. de donation. ant. nupt.* dotem donationibus a Veteribus annumerari. Igitur dos est donatio, sed quædam: id est, non mera & propria. nam sub conditione fit, etiam sub conditione resolvitur, quia datur propter matrimonium; ac sine eo nulla est *l.* 3. *D. h. t. l. ult. C. de don. ant. nupt.* datur igitur sub conditione, si nuptiæ sequantur, & ut finitis his restituatur: interim autem maritus habeat fructus pro sustentandis matrimonii oneribus hac ratione dicitur contractus in *l.* 23. *D. de regulis juris. l.* 1. §. 6. *D. de constituta pecun. l.* 65 *D. de judiciis.* & ut cohæret matrimonio, ejusque oneribus servit *l.* 21. *l.* 56. §. 1. *D. h. t. l.* 16. *D. de castrensi peculio.* ita Martiano Capellæ *lib.* 9. *De nupt. Philol. pag.* 304. *repensatrix* appellatur. Tryphonino, nisi matrimonii oneribus serviat, nulla est *l.* 56. *D. h. t.* respectu autem Legis Juliæ & Papiæ Cujacio *lib.* 25 *Observ. c.* 25. magis videtur emptioni, quam causis lucrativis, comparari *l.* 19. *D. de oblig. & act.* Postremo addidi in definitione, quod dos in virum confertur uxoris nomine. nempe, quia non tantum ab ea, sed ab ejus quoque parentibus, & quibusvis aliis, constituitur.

Eam dotem Ulpianus in *Fragm. tit.* 6. facit duplicem: vel profectitiam vel adventitiam. profectitiam vocat quam pater mulieris dedit. addit in *l.* 5. *D. h. t.* esse dotem profectitiam quæ a patre vel parente profecta est de bonis vel facto ejus. nec sic pleno sensu: nisi ex §. 1. *d. t.* 6. intellectu suppleatur: Dos profectitia est quæ a patre vel parente virilis sexus per virilem sexum cognatione juncto profecta est de bonis vel facto ejus. quod bene notavit Cujacius ad *d. tit.* 6. Sufficit igitur dotem, ut profectitia sit, esse profectam a patre aut avo paterno. nec refert; utrum filia sit in potestate, an emancipata. non enim jus potestatis, sed parentis nomen, dotem profectitiam facere, idem definit Ulpianus *d. l.* 5. §. 11. aliter atque in peculio observatur. nam hoc sine patria potestate nullum est: cum illa etiam sine patria potestate intelligatur. Illud non sufficit Ulpiano, profectam esse a patre: amplius vult, de bonis vel facto ejus processisse *d. l.* 5. *D. h. t.* Primum oportet dotem, ut sit profectitia, a patre esse datam de bonis ejus. nam si aliunde dederit, quam de suis bonis, non est profectitia, sed adventitia. fac: pater est heres institutus, substituto filiæ marito. pater repudiat hereditatem sibi delatam, ut veniat ad maritum filiæ, dotis constituendæ causa. non est dos profectitia: quia nihil erogavit de suo pater, sed non adquisivit. idem est, si legatum in hoc repudiavit, ut apud generum heredem remaneat, dotis constituendæ causa. nam nec hic de suis bonis dedit: sed non adquisivit *d. l.* 5. §. 5. Inde nata est quæstio *d. l.* 5. §. 9. cui frustra opponitur §. 2. *d. l.*

Ut igitur profectitia dos sit, oportet esse a patre datam de bonis ejus: sin minus, de ejus facto. Hoc autem factum perinde accipe, ut in *l.* XI. *D. de regulis juris*, pro qualicumque facto ex quo potest fieri conjectura voluntatis; & res, secundum negotii naturam, ad alium transferri. pone: (qui est casus *l.* 6. §. 1. *D. h. t.*) pater pro filia in dotem dedit fundum alienum bona fide emptum. ait Pomponius, a patre profectum intelligi. Finge rursus: pater filiæ nomine in dotem dedit nummos alienos quos mutuos acceperat, aut in causam crediti receperat. consumptis his, dotem profectitiam effici Papinianus putat *l* 81. *D. eod.* Similis observatio est in *d. l.* 5. §. 7.

Adventitia dos est, a quovis alio quam a patre data; ut Ulpianus definit *d. tit* 6. §. 3. imo & si pater dedit, non tamquam pater, sed fidejussor,

juffor, alio dotem promittente; ait Neratius, non effe dotem profectitiam; quamvis pater a reo fervare id quod folvit, non poffit *d. l.* 5. §. 0. idem eft, fi pater dotem dedit tamquam filiæ debitor ex ejus juffu: nam adhuc magis eft, ut adventitia, quam profectitia, dos videatur *d. l.* 5. §. 11. non enim dedit tamquam pater, fed tamquam debitor *d. l.* 5. §. 6. ac fi rem fpectamus, perinde eft, ac fi pecunia non de ejus, fed de filiæ, facto proceffferit. nam fi per ambages actum effet, is foret rei geftæ ordo, ut pecunia a patre ad filiam, deinde a filia ad maritum, perveniret. nunc celeritate conjungendarum inter fe actionum, una actio occultata eft.

Hactenus de dotis definitione, & divifione. fequens locus erit, a quibus dos conftituatur. conftituunt autem plerique volentes: quidam etiam inviti. volens dotem ipfa pro fe conftituit mulier: etiam alius quivis. tantum pater & avus paternus, qui filiam aut neptem habent in poteftate, fi liberos injuria prohibuerint uxores ducere, vel nubere, vel pro his dotem dare nolint; inviti eos in matrimonium collocare, & dotare per Prætorem Urbanum coguntur capite trigefimo quinto legis Juliæ: ut vero in provinciis idem per Proconfules Præfidesve fieret, placuit Conftitutione Severi & Antonini *l.* 19. *D. de rit. nupt.* Sic puto: & eft hoc diligentiffimæ obfervationis: optime pofituræ fundamentum fequentium: fimul monftraturæ, quomodo accipiendum fit quod alibi paternum effe dicitur officium, dotem pro fua dare progenie *l. ult. C. de dot. promiff. l.* 6. *D. de collat. bonor.* Hæc fic obtinent; cum filia aut neptis eft in poteftate. nam fi emancipata fit: de ea nihil Lex Julia; nihil Conftitutio Severi & Antonini. ita quod ad emancipatam attinet, manfit jus antiquum: quo paternæ avitæque voluntatis fuit, filiam & neptem dotare; neceffitatis non fuit.

Ea ratione nec mater tenetur dotem dare pro filia: quia Lex de matre non loquitur. Et fane, cum patrem, poftquam filiam defiit in poteftate habere, ulterius ad dotationem non obligat; quo argumento cogat matrem, dotare filiam quam in poteftate numquam habuit? Non magis poterit pater dotem filiæ conftituere ex bonis maternis, matre infcia aut invita. Vix opus erat, hoc admoneri; cum tamen de eo dubitaretur, ita Bafiliffæ cuidam refcripfere Impp. Diocletianus & Maximianus *l.* 14. *C. b. t.* Additur ibi fequens exceptio: *Nifi ex magna & probabili caufa vel lege fpecialiter expreffa.* Verum hæc non eft illorum Imperatorum: fed Triboniani; & adfcripta ab eo ex *l.* 19. §. 1. *C. de Hæretic. & Manich.* id bene obfervavit Francifcus Hotmanus *lib.* 6. *Obferv. c.* XX. Utinam addidiffet voculam, *vel*, in ea exceptione pro ufu illorum temporum quem pluribus exemplis demonftravi fub Titulo, *De Lege Rhodia*, nihil diftinguere.

Tenetur igitur pater dotare filiam quam habet in poteftate. quid fi locuples fit, ut ipfa pro fe dotem conftituere poffit? Eft hæc quæftio in utramque partem agitata a Doctiffimis Interpretibus: fed minus accommodate ad ufum juris: Veteribus certe Jurifconfultis a quibus argumenta folent utrimque peti, in Pandectis eft incognita. quin illorum tempore, ne incidere quidem potuit: liberis qui erant in patris aut avi poteftate, tum nihil proprium habentibus; & contra patri aut avo omnia adquirentibus. Deinde mutato in Codice jure vetere, fateor, potuit hæc nafci quæftio. non inficior quoque, inde probabilem fieri potuiffe fententiam exiftimantium, patrem non teneri neceffitate dotandi locupletem filiam; ut non tenetur alere eam quæ fe exhibere ipfa poteft *l.* 5. *D. de adgnofc. & alend. liber.* nam ut cogatur dotare, quam non cogitur alere, quæ fuadet ratio? cæterum noftra hæc difputatio non eft de mera æquitate: fed de neceffitate juris. hæc ante obligavit patrem: & nifi remiffa eft, eum adhuc tenet jure novo: etfi non iniquum fit, illa liberari eum. Videamus tamen, ne in præfenti Imp. Juftinianus quid de rigore Juris laxarit *l. ult. C. de dot. promiff.* & puto, laxavit aliquid: nam ea lege, fi pater dotem fimpliciter dedit pro locuplete filia; nec addidit, utrum ex fua, an ex ejus fubftantia: interpretatur Imperator, dotem non ex filiæ, fed ex patris, fubftantia effe datam. idemque effe jubet; fi dixerit, fe eam dare ex rebus tam fuis, quam maternis vel aliis quæ non adquiruntur, vel ex fuis debitis; modo pater idoneam poffideat fubftantiam. quod fi penitus inopia fit tentus: jam contra decernit Imperator, dotem non ex rebus ejus, fed ex rebus filiæ datam intelligi. Sic quidem Juftinianus. id vero quo exit: nifi indicat, quod fi pater pro filia locuplete certam promittit dotem, verbi gratia, mille aureos; & nominatim exprimit, fe eam fummam pro fua filia in dotem dare, non de fuis, fed de filiæ bonis: recte hanc dotem de filiæ bonis promifit: ipfe autem ad ulteriorem dotis conftitutionem non tenetur.

Age nunc de fratre videamus. nam vel de eo eft infignis difficultas in *l.* 12. §. 3. *D. de adminiftratione tutorum:* Paulo fratrem uterinum diftinguente a confanguineo: quafi hic fororem teneatur dotare, ille non teneatur. Sic etiam conjiciunt Interpretes omnes fummi & infimi: meo judicio imprudenter. quod enim fundamentum illa habet diftinctio? nullum. nam cum dotandi neceffitas legibus foli injungatur patri aut avo, filiam aut neptem in poteftate habenti: ab eaque excufetur pater, emancipata ab eo filia, nec minus mater: ullone, quæfo colore frater cogetur vel confanguineam dotare fororem: quam nec collocare cogitur; nec magis ipfe, quam mater, habet in poteftate? At enim Paulus *d.* §. 3. *Sed non dabit dotem forori alio patre natæ.* cur autem ait, *alio patre natæ*, nifi præ fe fert argumento a contrario, aliud fervari in forore eodem patre nata? Sic illi: facto argumento a contrario, id vocantes fortiffimum. Ego, fi mihi liceat meo uti ingenio, non finam, Nobiles juvenes, juris ftudiofos, diutius falli hujusmodi ludibrio: ac jam pridem oftendi, *Julio Paulo, five de partus expofitione & nece c.* VII. argumenta ifta a contrario aut confequentia in Pandectis & Codice plerumque duci præter auctoris mentem. in præfentia vero hoc fieri an poteft aut debet, præfertim adverfus manifefta quæ dixi juris principia? apage. non eft credibile, Paulum hoc loco qui eft unus & fingularis in toto Juris Corpore, tale quid intendiffe, invita Jurisprudentia. magis probabile eft, cogitaffe quod ab ea non abhorreat. potuit vero meminiffe uterinæ fororis, quamquam non propter dotem, fed propter tutelam: ita voluiffe, tutorem non debere dotem dare pro uterina pupilli forore: nihil præterea. Cur tamen nominatim dixit pro uterina; non etiam pro confanguinea? Jam dixi: quia uterina non utique cum fratre eft fub eadem tutela fub qua fit confanguinea: eoque uterina ad fratris fui tutorem non pertinet: confanguinea pertinet. & optime poffit fratris tutor dotem pro forore confanguinea dare non ex fratris, fed ex ipfius, bonis. Sed fignabo refponfum, & plus audebo dicere, ex Pauli fententia fratri non incumbere do-

dotandæ sororis onus; atque id vel ipsius indigitari Pauli verbis: *Nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit: quæ servanda arbitrio pupilli est.* Paulus honestatem distinguit a jure: arbitratus, fratri honestam quidem esse pauperis sororis dotationem: sed jure non esse necessariam. quare si fiat, liberalitate fieri; id est, mera voluntate: si non fiat, nullam esse coactionem; etsi avaritia eam non dotantis apud bonos viros non careat opprobrio. Sic aliquando Plautus *Trinummo* 3. 2. *vers.* 63. Verba Plauti.

Sed ut inops infamis ne sim, ne mihi hanc famam differant,
Me germanam meam sororem in concubinatum tibi
Sic sine dote dedisse magis, quam in matrimonium.
Quis me improbior perhibeatur esse? hæc famigeratio
Te honestet, me autem collutulet, si sine dote duxeris.
Tibi sit emolumentum honoris, mihi quod objectent, siet.

Sed apparet, a Paulo adferri juris præceptum, quod a juris regula distingui solitum, alibi manifeste probavi *Julio Paulo c.* 10. *& seq.*

Ex hactenus dictis intelligitur, solius esse officium patris aut avi, filiam aut neptem habentis in potestate, eam dotare. Non minus tamen esse officium tutoris, pro pupilla dotem constituere pro modo facultatum ejus, & dignitate sponsi, docet Papinianus *l.* 69. §. 5. *D. b. t.* Curatoris meminere Celsus *l.* 60. & Terentius Clemens *l.* 61. *d. t.* Sed verisimile est, Tribonianum his aliisque locis *curatorem* pro *tutore* substituisse: nam ad constituendam dotem jure vetere semper necessarius fuit tutor: curator adhiberi non potuit: auctore Ulpiano *tit.* 12. *in fine.* Cæterum si tutor adhiberetur: adhuc quæsitum fuit; essetne illi Prætoris decreto opus, an non? sed placet distinctio Terentii Clementis *l.* 61. §. 1. *D. b. t.* existimantis, si maritus velit rerum ipsarum corpora accipere in dotem, nihil ulterius esse quærendum: sin malit, vendi, & pecuniam sibi in dotem dari, licere tutori vendere, & pecuniam conficere: sed demum decreto impetrato causa cognita. ac secundum hoc accipienda fortassis est species *l.* 8. *C. de prædiis & aliis reb. min.* est enim ad factum rescripta.

Tempus est, ut consideremus, quæ res possint in dotem dari. possunt autem dari omnes quæ sunt in commercio: sive sint quantitates pondere, numero, aut mensura constantes: sive sint corpora, eaque immobilia, mobilia, aut sese moventia: nec magis refert, utrum sint æstimata, an inæstimata *l.* 10. *& l.* 42. *D. b. t.* quamquam non ignoro, fundum inæstimatum a Justiniano *l. unic.* §. 15. *C. de rei uxoriæ actione* proprie dotalem appellari. Præter superiores res possunt etiam incorporales in dotem dari, nomina verbi gratia. & est observandum, quod Impp. Valerianus & Gallienus *l.* 2. *C. de obligationibus & actionibus* ajunt, sæpe rescriptum esse, nominibus in dotem datis, marito, quamvis nec delegatio præcesserit, nec litis contestatio subsecuta sit, tamen utilem actionem dari oportere, ad similitudinem ejus qui nomen emerit. In rebus incorporalibus est etiam ususfructus. qui si in dotem datus sit, (ut potest *l.* 66. *D. b. t.*) jus ipsum, non fructus qui ex eo percipiuntur, in dote esse putari debent *l.* 7. §. 2. *D. b. t.* Possunt igitur in dotem dari res omnes quæ sunt in commercio, maxime propriæ. an & alienæ? puto; non quidem, ut jus domino intervertatur: hoc enim non patitur naturalis aut civilis ratio: sed ut inter contrahentes servetur de dote conventio. id multa evincunt: primum quid notius est, quam aliena re accipienti bona fide tradita ex causa dotis, esse usucapionem pro dote? ea vero an procederet, nisi aliena res in dotem dari posset? sed aperte Ulpianus *l.* 1. *D. Pro dote,* Titulus, inquit, est usucapionis, & quidem justissimus qui appellatur pro dote: ut qui in dotem rem accipiat, usucapere possit spatio solemni, quo solent qui pro emptore usucapiunt. Superiori argumento accedit sequens: quod si mulier rem alienam sciens in dotem dederit, & divortium sequutum sit, ei reddenda est, quasi suam dedisset *l.* 11. *D. Soluto matrimonio.* Præterea ait Ulpianus *l.* 16. *D. b. t.* quoties res æstimata in dotem datur, virum ea evicta ex empto contra uxorem agere, & quidquid ea actione fuerit consecutus, dotis actione, soluto matrimonio, ei præstare oportere: quare & si duplum forte ad virum pervenerit, id quoque ad mulierem redigi: eamque sententiam habere æquitatem: quia non simpliciter venditio sit, sed dotis causa: nec debet maritus lucrari ex damno mulieris: contra sufficere maritum indemnem præstari, non lucrum sentire. Postremo ait Pomponius *l.* 6. §. 1. *D. b. t.* Si pater alienum fundum bona fide emptum, in dotem dederit, ab ipso profectum intelligi. Igitur sicut potest res aliena vendi, aut pignori dari, eoque nomine inter contrahentes nasci obligatio, cum sit in commercio: sic nil obstat, quo minus re aliena in dotem data, vel eo nomine obligatio inter contrahentes sustineatur. At enim Ulpianus *l.* 13. §. 2. *D. de fundo dotali* exponens legem Juliam de fundo dotali ait, Dotale prædium sic accipi; cum dominium marito quæsitum est: ut tunc demum alienatio prohibeatur. Recte: non enim hoc agit Ulpianus, ne videatur dos esse, nisi translato dominio, quod nobis in proposito negotium est. magis quærit, quando prædium, doti destinatum ab eo cujus in bonis sit, dotale dici possit: ne marito id alienare liceat. & respondet Ulpianus, tum demum fieri dotale: cum quæsitum est marito dominium: id est, tum ubi facta est ejus traditio. nam ea demum dominium adquiritur. clare sic ipse Ulpianus *l.* 5. *D. Soluto matrimonio.*

Non aliena ab hoc loco fuerit inquisitio: an rebus in dotem datis aliæ substitui, & dotales effici possint? mihi videtur ex *l.* 32. *l.* 25. *& l.* 27. *D. b. t.* modo mulieri utile sit, id fieri *l.* 26. *d. t.* & ex ejus consensu fiat, atque in permutando agatur *l.* 21. *D. de pact. dotal.* Cæterum empta a marito res ex dotali pecunia, uxori non adquiritur. tantum competit ei dotis actio *l.* 12. *C. b. t.* Verum Gajus *l.* 54. *D. b. t.* sic scribit: *Res quæ ex dotali pecunia comparatæ sunt, dotales esse videntur.* Sed mihi proclive est, Gaji verbis usum quærere in privilegio quod mulier dotis nomine habet inter mariti creditores, cum non est solvendo. Res exemplo liquebit. Mulier marito dedit dotem: is fisco vel reipublicæ debet. non est solvendo. mulieri competit privilegium ante ejus creditores personales *l.* 74. *D. b. t. l.* 17. §. 1. *l.* 18. *& l.* 19. *D. de reb. auct. judic. possid.* Id explorati juris est in ipsis rebus marito in dotem datis. tantum dubitatur de rebus a marito ex dotali pecunia comparatis. causa dubitandi: quod hæ non sunt dotales. igitur retinentibus juris regulam, non fruetur privilegio mulier. Sed placuit Gajo favore dotis adversus rigorem juris, res ex pecunia dotali comparatas perinde accipere, ac si dotales essent. Sic censeo: secutus Harmenopulum *lib.* 4. *Prompt. tit.* 8. *p.* 258. simile quid observantem in *l.* 22. §. *ult. D. Solut. matrim.* cujus verba hæc sunt *Si mu-*

mulier in conditione mariti erraverit, putaveritque esse liberum, cum servus esset: concedi oportet quasi privilegium in bonis viri mulieri. videlicet ut, si sint & alii creditores, haec praeferatur circa de peculio actionem. & si forte domino aliquid debeat servus, non praeferatur mulier, nisi in his tantum rebus, quae vel in dote sunt, vel ex dote comparatae; quasi & hae dotales sint. Thema tale est: Mulier per errorem nupta servo quem putabat esse liberum, illi tamquam marito dederat dotem. deinde detecta ejus conditione servili, apparuit, nullum fuisse matrimonium. ita, cum dotem repeteret mulier; & quaereretur, an vel ea in specie in qua non poterat vir & uxor dici, ei oporteret concedi privilegium, sexui deteriori dotis nomine ante reliquos mariti creditores dari solitum? errori dedit Ulpianus, ut putaret oportere ei concedi quasi privilegium: & quidem ita, ut circa actionem de peculio praeferatur non modo caeteris mariti creditoribus; sed etiam ipsi domino cui forte aliquid debeat servus. quo usque? in his dumtaxat rebus quae vel in dotem datae sunt, vel ex dote comparatae, quasi & hae dotales sint. Quae est Ulpiani hac in lege, ea in *d. l.* 54. fuit Gaji sententia. tantum interest, quod continxi apud eum speciem in qua maritus se obligavit fisco aut reipublicae; & mulier suo privilegio utitur adversus fiscum vel rempublicam. & est causa hanc confingendi speciem: quod in *d. l.* 54. huc ducit sequens ejus Inscriptio, *Gajus Ad Edictum Praetoris Urbani Titulo De praediatoribus.* Est autem in ea *praediator* sive *praes*, ut inter alios est annotatum a Brissonio *De verb. signif.* in verbis *Praedes* & *Praediator* ille qui fidem suam obligat publico. inde *Lex Praediatoria* apud Suetonium *Claudio c.* 9. quem locum erudite exponit Turnebus *lib.* 27. *Adversar. c.* 19. Hoc mihi succurrit. Longius ivit *d. loc.* Harmenopulus: mulieri etiam utilem in rem actionem concedens: quod & factum a Scholiaste *ad d. l.* 54. Basilic. *lib.* 29. *tit.* 1. *tom.* 3. *pag.* 597. notavit Cujacius *lib.* 5. *Observ. c.* 29. refutat Antonius Faber *lib.* 5. *Conject. c.* 9. ego in medio relinquo.

Non est satis, intelligi qualitatem rerum dotalium. etiam quantitatem sciri oportet. est autem dos aut finita & certa, aut infinita atque incerta. finita & certa dicitur; ubi est partium conventione expressum, quid & quantum dotis nomine constituatur. ita vero finita & certa, quantacumque sit, constitui jus est. adeo ait Alexander *l.* 4. *C. h. t.* foeminam nulla lege prohiberi, universa bona marito dare in dotem. Solum quaesitum fuisse, ait Paulus *l.* 72. *D. h. t.* si mulier bona sua omnia in dotem dedit, an maritus quasi heres oneribus respondere cogatur? ipse negat. contra ait, eum quidem qui tota, id est, omnia, ex repromissione dotis bona mulieris retinuerit, a creditoribus ejus conveniri non posse: sed non plus esse in promissione bonorum, quam quod superest, deducto aere alieno. Plane, etsi jure civili valeat dotis constitutio, omnibus bonis in eam a muliere datis; tamen si minor sit, & se circumscriptam queratur: est causa, cur debeat ei permitti in integrum restitutio: sicut minoribus propter lubricum aetatis etiam alias succurri solet *l. unic. C. Si advers. dot. l.* 9. §. 1. *D. de minorib.* Potest & majori annis viginti quinque in aestimatione laesae subveniri *l.* 6. §. *ult. D. h. t.* sed quatenus, tradidi supra sub Titulo, *De rescindenda venditione, ad finem.* Incerta dos est, ubi neque species ulla, neque quantitas est promissa; sed nuptiali instrumento adscriptum, Quod ea quae nubebat, dotem dare promiserit. Ait vero Alexander *l.* 1. *C. de dot. promiss.* sic frustra promitti dotem: nempe, quia non intellecto, quid aut quantum promittatur, derisoria est promissio: quae minima dote data palam eludi potest. Non ita est; si dos infinite quidem sit promissa, sed arbitratu boni viri. non est enim incerta boni viri arbitratu promissa. idem dicendum, si promissa quidem ab aliquo dos sit, non addita quantitate, sed quodcumque arbitratus fuisset. nam hic perinde certa habetur dos, ac si insertum stipulationi esset boni viri arbitrium *l.* 3. *C. eod. tit.* At enim his scrupulum injicit Papinianus *l.* 69. §. 4. *D. h. t.* Sed non puto. & placet sententia Francisci Duareni, V. CL. *lib.* 1. *Disp. anniversf. c.* 56. patrem qui filiam in potestate habet, & Legibus cogitur dotare, separantis a caeteris dotem sponte, non ex officii necessitate, promittentibus.

Sequitur, quibus modis dos constituatur. Ulpianus *d. tit.* 6. tres indicat: nam aut dari, aut dici, aut promitti. primum ait, dotem dari, seu tradi *l.* 46. *D. h. t.* nec intererat, utrum vera interveniret traditio, an ea quae pro traditione haberetur, nam & acceptilatione constitui dotem, monet Paulus *l.* 41. *D. h. t.* eaque, velut brevi manu, a muliere accipi, & marito tradi interpretatur Ulpianus *l.* 43. §. 1. *D. eod. tit.* Secundus modus constituendae dotis Ulpiano est dictio. *Dicere* Nonius *p.* 643. explicat, promittere. fiebat ea dictio verbis certis & solemnibus: quamquam nulla praecedente interrogatione. hoc docet Gajus *lib.* 2. *Inst. t.* 9. §. 3. idemque intelligitur ex *l. ult. Cod. Theod. de dotibus.* formula videtur fuisse, Tantum tibi erit dotis nomine. ita conjicitur ex *l.* 44. §. 1. *& l.* 46. §. 1, item *l.* 57. *&* 59. *D. h. t.* etsi pro dictione in his substituta a Triboniano sit promissio. caeterum ubi praecesserat dictio a parte mulieris; deinde subsequuta ex parte viri fuit acceptatio his verbis, Accipio conditionem. alioquin non valebat; uti commode Terentius, & ad eum Donatus, in *Andria, act.* 5. *sc.* 4. *vers.* 47. *&* 48. Dotem porro dicere non poterat unusquisque, sed tantum mulier nuptura; item debitor mulieris ejus jussu; & parens mulieris, virilis sexus per virilem sexum cognatione junctus, velut pater & avus paternus: teste Ulpiano *d. tit.* 6. Praeter tres has personas, nemo potuit obligari dotis dictione. igitur in caeteris qui se pro muliere obligarent, opus fuit stipulatione: id est, praecedente interrogatione & sequente responsione: quam tertium feci modum constituendae dotis. adeo Gajus, *In his*, inquit, *communi jure obligari debent, id est, ut & interrogatae respondeant, & stipulatae promittant.* Sic editur, nullo sensu. in aliis libris est, *& stipulationem praemittant.* sensu aliquo. Eodem tendit Paulus *l.* 41. *D. h. t.* Promittendo, inquiens, omnes obligari, cujuscumque sexus, conditionisque sint. Paulus enim promissionem dixit opposite ad dictionem qua tantum personas tres, non indistincte omnes, obligari jam constat. eoque modo etiam Ulpianus *d. t.* 6 §. 2. in fine, ait, Dare, promittere dotem omnes possunt. Potuit igitur dos vel dari, vel dici, vel promitti. pacto nudo non potuit constitui: ne ex pacto actio nascatur. Hoc olim fuit: sed mutarunt Impp. Theodosius & Valentinianus *l. ult. Cod. Theod. h. t.* volentes, ad dotis exactionem qualiacumque sufficere verba, etsi dictio vel stipulatio in pollicitatione nulla subsecuta sit. Ea Theodosii & Valentiniani Constitutio translata a Triboniano in *l.* 6. *C. de dotis promissione.* sed inducta voce, *dictio:* quod & in plerisque Veterum Fragmentis, etiam in *l.* 1. *C. h. t.* accidit. Vi-

Vidimus modos constituendæ dotis. quæris de tempore? nihil addo: quia potest omni tempore constitui; nullo legibus aut moribus præscripto. Martianus Capella *lib.* 9. *De nupt. Philol. pag.* 304. *Dehinc utrum repensatrix, diesque conferendæ dotis prorogari jure publico possit, inquiritur. Quo dicto arcanus ille prisci juris assertor magna nepotum obsecratione consulitur, respondit que regulariter etiam matrimonio copulato dotem dicere fœminam viro nullis legibus prohiberi.* Idem Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 21. §. 1. Verba Pauli. *Dos aut antecedit aut sequitur matrimonium; & ideo vel ante nuptias, vel post nuptias dari potest.* Addit: *Sed ante nuptias earum exspectat adventum.* Sensus Pauli, quod dos, quocumque modo constituatur, semper adjunctam habet conditionem, si nuptiæ sequantur *l.* 21. *l.* 43. *D. h. t.* videlicet, quia unice datur propter nuptias, & fine nuptiis esse non potest *l.* 3. *D. d. t.* verissime ait Paulus *l.* 41. *D. d. t.* magis rem, quam verba intuenda esse. nuptiis igitur non secutis dos non potest peti, & tradita potest repeti, fructus etiam ante percepti non cedunt lucro viri; sed dotem augent *l.* 7. §. 1. *l.* 47. *D. h. t. l.* 38. §. 12. & *ult. D. de usur. l.* 6. *D. Sol. matrim.*

Accepisti modos constituendæ dotis. exspectas effectus constitutæ. sunt varii. præcipuus est, actio pro ea competens: nostra explicatione etiam alios detectura. Igitur poterit dos, si sit dicta, peti condictione; stipulatione promissa, ex stipulatu. sic, Nicephoro cuidam rescripserunt Severus & Antoninus *l.* 1. *C. h. t.* etsi in hac legatur: *si pollicitatio vel promissio fuerit interposita:* nam pro *dictione*, tempore Severi & Antonini usitata, Tribonianus ex usu sui temporis reposuit *pollicitationem*, illis Principibus adhuc incognitam, & a Theodosio demum approbatam receptamque *l.* 6. *C. de dotis promissione.* Qua porro actione dos pollicitatione promissa exigi debeat, a Theodosio in *d. l.* 6. proditum non est. fiet igitur ejus exactio condictione ex lege: solita dari, ubi nova lege introducta est actio; nec cautum, quo genere actionis experiamur. *l. unic. D. de condict. ex leg.* Quas indicavi actiones, omnes sunt in personam, nondum sequuta traditione. ea facta, si quidem a non domino, competit marito Publiciana in rem actio *l.* 3. §. 1. *D. de Public. in rem act.* a domino facta, rei vindicatio: quæ datur domino, sive perpetuo, sive temporali: ut demonstratum *lib.* 6. *tit.* 1. Esse autem maritum dotis dominum, multa probant. nec minus multa ejus dominam esse mulierem suadent. Sed plures ejusdem rei in solidum dominos eodem modo esse, vix ratio patitur: alio atque alio modo dominos esse plures, a ratione alienum non est. igitur e re erit, extricari difficile ænigma. Ad hoc adferam sequentia Justiniani verba ex *l.* 30. *C. h. t.* quibus ait, *Res dotales ab initio uxoris fuisse, & naturaliter in ejus permansisse dominio.* Item hæc: *Non enim quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est.* Aut fallor, aut Imperator significat, maritum in usu juris haberi quidem dotis dominum, at non ex toto: sed dumtaxat ad certos effectus, & maxime respectu constantis matrimonii. cæterum in dote verti causam uxoris, non viri. hoc igitur modo illam, sicut ab initio uxoris fuit, ita naturaliter, id est, re vera, ejus permansisse: & quod legum subtilitate interim transiit aliquatenus in mariti patrimonium, non idcirco rei veritatem deletam vel confusam esse in totum. is est sensus Imperatoris, ac mea opinione verissimus. spectemus finem dotis: is quis est? nisi ut marito suppetat, unde sustentet onera matrimonii *l.* 56. §. 1. *D. h. t.* porro spes contrahentium nuptias quæ est alia, quam perpetuam fore eam conjunctionem? id probavi supra sub Titulo *De ritu nuptiarum.* eaque ratione Paulus *l.* 1. *D. h. t.* quasi per consequentiam quamdam necessariam, *Dotis*, inquit, *causa perpetua est, & cum voto ejus qui dat, ita contrahitur, ut semper apud maritum sit.* Non tamen ignorarunt Veteres, matrimonium divortio sæpe dissolvi; morte semper: & opportune decrevere, dotem demum valere sequuto matrimonio, & soluto restitui. denique, maritum esse dotis dominum: at non absolute atque in universum; sed quatenus pro sublevandis matrimonii oneribus ex re dotali fructus suo arbitratu percipiat; ipsum quoque hoc quod fit hac spe, ut perpetuo apud eum dos sit, dixerunt, dotem esse titulum ex quo dominium traditione in maritum transfertur §. 40. *Inst. de rer. divis. l.* 47. §. *ult. D. de pecul.* sicut emptio & permutatio, quod jus perpetuum transferunt in accipientem, habentur pro causis transferendi dominii. contra locatio, commodatum, & pignus, quod rem tantum tradunt ad tempus, hujusmodi causis non annumerantur. Nec jam improbabile mihi sit, Paulum, cum in *d. l.* 1. *D. h. t.* ait, dotis causam esse perpetuam, indigitare, dotem mariti fieri propriam: pari loquendi forma qua proprium pro perpetuo apud Veteres dici, pluribus ostendit Servius ad Virgilium *Eclog.* 7. *vers.* 31. Ut ut est, maritum traditione fieri dotis dominum, adeo verum est; ut ille solus jure civili habeat rei dotalis vindicationem; uxor non habeat *l.* 11. *C. h. t. l.* 9. *C. de rei vindic.* Ne alio quidem pertinet: quod servus dotalis jussu mariti tamquam domini adit hereditatem ab aliquo institutus heres *l.* 58. *D. Solut. matrim.* Adhæc potest maritus servum dotalem manumittere *l.* 3 *C. h. t.* si solvendo sit *l.* 21. *D. de manumiss.* non manumissurus, nisi dominus esset. Præterea habet maritus alienationem rei dotalis non dicam æstimatæ, sed inæstimatæ, quoque: nisi quod Lege Julia prohibetur alienare fundum dotalem Italicum. quamquam vel hoc præbet argumentum translati in eum dominii: quod absque ea lege esset, alienationem jure dominii haberet: & nisi esset dominus, ea lege ejusque prohibitione non foret opus. *pr. Inst. Quib. alien. lic. vel non.* Sed maritum esse dominum rei dotalis, adeo certum est: ut moriens dominium transferat in heredem: & uxor soluto matrimonio, jure vetere ad recuperationem non rei vindicationem habeat; sed actionem rei uxoriæ, vel ex stipulatu *l.* 1. *D. de fund. dot.* Qualecumque tamen sit hoc mariti dominium, recte monet Justinianus *l.* 30. *C. h. t.* tantum legum subtilitate æstimari; constante præsertim matrimonio, & fere tum quantum ad jus dotem pleniore potestate administrandi, emolumenti percipiendi gratia. at ideo rei veritas deleta vel confusa non est. imo ait, res dotales ab initio uxoris fuisse, & naturaliter, id est, vi ipsa, ejus permansisse. Nec aliud voluere Veteres: dotem dicentes proprium mulieris patrimonium *l.* 3. §. 5. *D. de minoribus.* item esse in bonis ejus *l.* 4. *D. de collat. bonor.* si spectemus ad effectus quibus illi solent res æstimare, neglecta subtilitate inani. Primum constat, servos dotales, quidquid adquirunt, mulieri adquirere, non marito: præterquam ex operis suis, aut ex re mariti *l.* 19. §. 1. *D. de pecul. l.* 65. *D. h. t.* non alia ratione, quam quod maritus habetur servi dotalis dominus, quatenus fructus percipit: ultra mulieris jus est. Ab eadem causa maritus arbores, si quas in fundo dota-

tali cædat, non facit ſuas, niſi ſint in fructu: quales ſunt cæduæ, ſive cremiales. cæteræ non habentur in fructu. magis ſunt acceſſiones fundi; eoque mulieris *l.* 10. §. 1. *D. h. t.* quæ ejus domina fuit ante contractum matrimonium, & hoc ſoluto, rurſus futura erit domina. adeo ſive eas cædat maritus, ſive ultro ceciderint vi tempeſtatis; neutro caſu fiunt ejus. contra debet has mulieri reſtituere, cujus ſunt natæ ex ejus fundo. quemadmodum theſaurus a marito inventus in fundo dotali non eſt in fructu, ideoque totus non pertinet ad maritum tamquam fundi dominum: ſed pro parte dimidia eſt mulieris & ad hunc finem ei reſtituendus tamquam in alieno inventus. Sic Ulpianus in *l.* 7. §. 12. *D. Solut. matrim.* imo amplius ait, ſi maritus arbores ceciderit, tantum abeſſe; ut id fecerit jure dominii in fundo ſuo; ut e contrario intelligatur fundum mulieris hoc modo deteriorem feciſſe, eoque nomine illi teneatur. Atque ita eſt: res dotalis, etſi mariti videatur aliqua ratione eſſe: ejus tamen non huc usque eſt; ut ei tamquam domino, liceat eam perdere, aut mulieri deteriorem facere. non enim id ferat æquitas actionis rei uxoriæ, eum perſequentis ob dolum, culpam latam, & levem, auctore Paulo *l.* 17. *D. h. t.* quin Ulpianus *l.* 24. §. 5. *D. Solut. matrim.* quæſito, an maritus ſi in ſervos dotales fuit ſævus, de hoc conveniri poſſit: opportune ſcribit: *Si quidem tantum in ſervos uxoris ſævus fuit, eum teneri hoc nomine. ſi vero & in ſuos eſt natura talis, adhuc immoderatam ejus ſævitiam hoc judicio coërcendam:* & cauſatur, *Quamvis enim diligentiam uxor eam demum ab eo exigat, quam rebus ſuis exhibet, nec plus poſſit, attamen ſævitiam quæ in propriis culpanda eſt, in alienis coërcendam eſſe, hoc eſt, in dotalibus.* Liceret mihi pluribus oſtendere, dotem, ſi ad initium & exitum reſpicimus, naturaliter, id eſt, re ipſa, uxoris eſſe. Sed res clara. pro cumulo tamen addam, quod eſt omnium inſtar, maritum, cum teneatur omnia ſua bona in cenſum deferre: non teneri in eum dotem deferre *l.* 21. §. 4. *D. Ad municipal.* nimirum, quia naturaliter non eſt ejus, licet forte juris ſubtilitate ejus dicatur, fructuum percipiendorum cauſa. Non minus decretorium fuerit hoc Tryphonini *l.* 75. *D. h. t. Quamvis in bonis mariti dos ſit, mulieris tamen eſt: & merito placuit, ut ſi in dotem fundum inæſtimatum dedit, cujus nomine duplæ ſtipulatione cautum habuit, isque marito evictus ſit, ſtatim eam ex ſtipulatione agere poſſe. porro cujus intereſt non eſſe evictum, quod in dote fuit, quodque ipſa evictionem pati creditur ob id quod eum in dotem habere deſiit, hujus etiam conſtante matrimonio, quamvis apud maritum dominium ſit, emolumenti poteſtatem eſſe creditur; cujus etiam matrimonii onera maritus ſuſtinet.* Ut exponam obſcurum locum, hunc confingam caſum. Mulier empto fundo, in caſum evictionis de more duplam ſtipulata eſt. mox hunc fundum marito dedit in dotem. evicto poſtea fundo, quæritur, quando ex dupla agere poſſit mulier, ſtatim, an ſoluto demum matrimonio? Tryphoninus putat, ſtatim acturam. qua ratione? nempe, quia mulieris intereſt, ei quod in dote fuit, non eſſe evictum. Atqui fundus non eſt mulieri evictus, ſed marito: cujus erat in bonis, ſicut ejus erat emolumentum. Sed contra ait Tryphoninus, quamvis in bonis mariti dos ſit, mulieris tamen eſſe: ita non occurrere, cur non ipſa evictionem pati exiſtimetur. Vere: ſiquidem fundus ab ea eſt profectus; & ad eam erit rediturus. igitur ad rem ſpectanti, omiſſis juris apicibus, non ſine ratione videtur mulier amiſiſſe fundum, quem per evictionem in bonis habere deſiit. nec ad rem pertinet, quantum ad evictionem; quod apud maritum conſtante matrimonio eſt & fundi dominium, & emolumentum. quia enim matrimonii onera ſuſtinet mulieris nomine atque in rem ejus: rationis eſt, eam vel hac cauſa & dominium & emolumenti poteſtatem aliquo intellectu habere. Sic Tryphoninus, forte obſcurius, ſed convenienter his quæ ex Juſtiniano in *d. l.* 30. ſupra attuli. Tametſi non diſſimulo, eum Imperatorem illa in Conſtitutione a vetere Jurisprudentia in hoc receſſiſſe: quod mulieri ſoluto matrimonio concedit vindicationem rerum dotalium: cum ante ad dotis repetitionem tantum haberet actionem rei uxoriæ, aut actionem ex ſtipulatu, ſi ſtipulatio intervenisſet: cauſatus, dominium rerum dotalium apud mulierem manſiſſe, ſive æſtimatæ ſint, ſive inæſtimatæ: cum utique æſtimatione rerum dotalium manifeſta fiat emptio & venditio: & ſicut rerum venditarum periculum eſt emptoris: ſic periculum rerum æſtimatarum eſt mariti *l.* 10. *l.* 14. & 15. *D. h. t.* Sed putemus, quod eſt jam obſervatum a Viris Doctiſſimis, eum *d. l.* 30. tantum voluiſſe, rei vindicationi & juri hypothecæ quod mulieri ante omnes mariti creditores hypothecarios dat, aliquem quærere colorem.

TITULUS IV.

De pactis dotalibus.

Expoſita ratione conſtitutæ dotis, ne omittenda quidem fuere pacta dotalia legem doti dare ſolita. Eſt autem certus auctor Javolenus *l.* 1. *D. h. t.* illa tam poſt, quam ante, nuptias fieri: paciſci, inquiens, poſt nuptias, etiam ſi nihil ante convenit, licet. Utro autem tempore fiant ea pacta: alia ad voluntatem, alia ad jus pertinent. illa ut ſunt libera & voluntaria; poſſunt fieri, poſſunt omitti; facta autem ſervantur ſemper. talia ſunt; ut mulier dote promiſſa ſe alat, & dos ab ea, donec nupta ſit, non petatur; aut certam ſummam viro præſtet, & ab eo alatur, & his ſimilia. iſta reguntur auctoritate juris; adeo non ſunt libera, neque voluntaria; neque ſemper ſervantur, quamvis placeat contrahentibus; veluti, quando dos petatur, quemadmodum reddatur, quæ jure & legibus definita pro publica utilitate, non pendent a privata voluntate, & ut dixi, non ſemper ſervantur. Cæterum, id eſt, alioquin, ſi convenerit, Ne omnino dos petatur, indotata erit mulier. *l.* 12. §. 1. *D. h. t.* quod non eſt permittendum. plura exempla non addo: occurrunt paſſim *l.* 5. *l.* 6. *l.* 2. *l.* 14. & *ſeqq. d. t.*

Fruſtra dixi, quæ ſerventur pacta dotalia: niſi inſuper oſtendam formam ac modum quo confieri, & ſervari debeant. ſed prima cura erit, qua forma confieri debeant. eſt vero hic obſervandum paciſcenti; ut ſibi paciſcatur, non extraneo: hoc enim non ſinunt juris regulæ. quid, ſi conjuncta ſit perſona, cui paciſci velit: an valet? Hæc quæſtio eſt difficillima, tractari quoque digniſſima. ſed a me pridem expedita ſumma diligentia *lib. ſing. Ad Edict. De Pactis c.* 25. nunc novam interpretationem non habet neceſſariam.

Eſt & alia obſervatio minime contemnenda in forma pacti dotalis inter patrem & extraneum, ſi daturi dotem quid excipiant. nam extraneus poteſt

test tum, quidquid vult, tam pacisci, quam stipulari, & ignorante muliere: quippe legem dicens suæ rei. sed in patre plus desideratur: nam is si quid velit, ut potest, excipere; id stipulatione efficere debet, pacto simplice id efficere non potest *l. 6. C. de jur. dot.* Sic ante dotem datam. quid postea? neuter, neque pater, neque extraneus potest sibi de dote quid pacisci aut stipulari, nisi consentiente muliere *l. 20. §. 1. D. h. t.* quasi jure ei quæsito *l. 7. D. d. t.* quod invitæ auferri aut comminui nequit: ideoque eam agentem pactio lædere non debet *l. 7. C. de jur. dot. l. 29. D. Solut. matrim.*

Reliquum est ex forma pacti dotalis, quo modo factum servari debeat. & vel stipulatio illud secuta est, vel traditio. priore casu servatur actione ex stipulatu: posteriore præscriptis verbis *l. unic. § 15. C. de rei uxor. act. l. 6. C. de jur. dot.* illic res certa est. hic metus; ne nulla sit actio, quasi pacto nudo. Sed hunc scrupulum eximit hoc Gaji *l. 48. D. de pactis:* (quam exposui *lib. sing. Ad Edict. De pact. c. 12.*) *In traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere, manifestissimum est.* Putemus igitur secundum hoc Gaji, si extraneus pro muliere dotem det, & paciscatur, eam soluto matrimonio sibi restitui: non esse pactum nudum, magis videri contractum innominatum, do ut reddas: ex quo, ut vidimus, nascitur actio præscriptis verbis: quam utilem condictionem vocant Severus & Antoninus *l. 1. C. de pact. convent. tam sup. dot.* Verba: *Legem quam dixisti, cum dotem pro alumna dares, servari oportet. nec obesse tibi debet, quod dici solet, ex pacto actionem non nasci, tunc enim hoc verum est, cum pactum nudum est: alioquin cum pecunia datur, & aliquid de reddenda ea convenit, utilis est condictio.* Quam illi dicunt utilem condictionem, & profectam ex pacto traditioni adjecto, ipsa est quam dixi actionem præscriptis verbis, & natam ex contractu innominato. ea condictio recte hic appellatur, ut alibi quoque *l. 5. §. 2. D. de præscr. verb.* nec male utilis vocatur: quia omnis actio præscriptis verbis est utilis, data videlicet ad exemplum directæ & civilis.

TITULUS V.

De fundo dotali.

Postquam demonstratum sub Titulo *De jure dotium* fuit, maritum constante matrimonio esse dominum dotis; simul fuit demonstratum, ejus esse rei dotalis alienationem: certo, retinendæ alienandæque rei facultatem, nisi aliter legibus fuerit cautum, in dominii fructu haberi. id vero in proposito factum providentia Legis Juliæ de fundo dotali *l. 1. D. h. t.* quæ auctore Paulo *lib. 2. Sentent. tit. 21. §. 2.* fuit caput Legis Juliæ de adulteriis: ideoque in libris De adulteriis expositam a Veteribus fuisse, liquet ex Inscriptione aliquorum capitum hujus Tituli. Legis summa a Justiniano *l. unic. §. 15. C. de rei uxor. act.* hæc refertur. *Lex Julia fundi dotalis Italici alienationem probibebat fieri a marito, non consentiente muliere: bypotbecam autem, nec si mulier consentiebat.* Utilitas Legis non est obscura. voluit enim succurrere infirmitati sexus muliebris: ne invita aut ignorans a marito lædatur temeraria fundi dotalis alienatione: obligatione vero ne sciens quidem & consentiens. videlicet, quia facilius obligationi consentit, quam alienationi: præsente in hac damno, in illa futuro. porro ad præsens satis prudens est mulier: a futuro non æque cavet. potius autem debet jus aptari ad ea quæ & frequenter & facile accidunt, quam quæ perraro *l. 3. & seqq. D. de legib.*

Sed Legem consideremus. Is cui ea prohibetur fundi dotalis alienatio aut obligatio, est maritus. solum enim hunc Lex nominat: alium non nominat. sed visum Ulpiano, eam plenius interpretari, ut etiam de sponso idem juris sit *l. 4. D. h. t.*

Jam vero quod alienari obligarive Lege prohibetur, est fundus dotalis. A Jurisconsultis sub hoc Titulo aliquoties dotale prædium dicitur: sed Lex fundum scripsit. inde Rubrica De fundo dotali, & in *l. 1. & alibi* nomen Legis Juliæ de fundo dotali. etiam finis & caussa sequentis interpretationis apud Ulpianum *l. 13. h. t. Dotale prædium accipere debemus tam urbanum, quam rusticum. ad omne enim ædificium Lex Julia pertinebit.* Nempe locuta de fundo Lex fuit: de ædibus non fuit locuta. non tamen credita est, eo silentio ædes exclusas voluisse. ac jam simile animadversum in Lege Duodecim Tabularum: in qua, inquit Cicero, *Topicis n. 23. Quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam ædium. at in Lege ædes non appellantur.* Vice versa Prætor in interdicto Uti possidetis tantum ædes nominat *l. 1. D. Uti possidetis:* nec idcirco fundum præteriisse intelligitur *§. 4. Inst. de interdict.* imo quemadmodum Ulpianus *d. l. 1. §. 1.* inspecta, opinor, Edicti mente ait, Hoc interdictum esse de soli possessore scriptum: sic ipse Legem Juliam explicans, non absurde maluit, dotale prædium, quam dotalem fundum dicere: uno verbo & fundum & ædes comprehensurus: id est, prædium tam urbanum, quam rusticum. Non alia ratione Ulpianus *d. l. 13. §. 1.* etsi, inquit, Lex Julia prædium dixit considerata ejus mente, prædii appellatione etiam pars continetur. & addit, proinde sive totum prædium sit in dotem datum, sive pars prædii, alienari nequit, & hoc jure utimur. Similis Ulpiano incidit observatio circa prædii servitutem cum dandam, tum remittendam *l. 3. §. 5. D. de reb. eor. qui sub tut.* licet alioquin servitus magis in jure, quam in parte, habeatur. sed utilius visum Ulpiano, servire Legis sententiæ, quam verbis: manifesta Legis providentia; ne per hoc deterior fiat prædii conditio *l. 5. l. 6. D. h. t.* Vix opus addi, ultro enim apparet, Legem, cum de fundo dotali loquitur, nec res mobiles aut sese moventes ut ut dotales attingit, in his nihil ex antiquo jure mutare: ideoque servum dotalem a marito, modo solvendo sit, recte manumitti *l. 21. D. de manumissionib.* alioquin (quod observat Arnoldus Vinnius V. CL. ad *pr. Inst. Quib. alien. licet.*) manumitti in fraudem uxoris: ab eaque potest is dotis nomine, tamquam debitor, conveniri: ex quo evidentissime apparuerit, ejus facultates ad exactionem dotis non sufficere *l. 24. D. Sol. matrim.* Tandem videndum, quid Lex Julia appellatione dotalis prædii designet. Ulpianus sic accipi censet *l. 13. §. 2. D. h. t.* cum dominium marito quæsitum est, ut tunc demum alienatio prohibeatur. Ulpianus dotale prædium expliciturus ex mente Legis Juliæ, non putat dotale dici, cum est doti promissum; sed cum est traditum. ita ipse *l. 5. D. Solut. matrim.* & ut dixi, ex mente Legis: scientis, dominium marito inde demum adquiri; & ante non esse illi fundi alienationem; ideoque nec ejus prohibitione esse opus.

opus. Quid, si prædium, ut dotale sit, ne traditum quidem esse sufficit; sed inæstimatum esse traditum oportet? sic proprie dotale appellari, Justinianus refert *l. unic.* §. 16. *C. de rei uxor. act.* arbitratus, æstimatum, non esse dotale: sed esse viri; quasi ei vere venditum *l.* 10. §. 4. *D. de jur. dot. l.* 5. *l.* 10. *C. d. t.* præterquam uno casu: qui est, si in æstimatione convenit; ut soluto matrimonio mulieris sit electio, utrum fundum malit, an æstimationem: tum enim adhuc locum habet Lex Julia *l.* 1. *C. b. t.* cessatura; si electio sit relicta arbitrio mariti *l.* 11. *D. b. t.*

Vetat igitur Lex, dotale prædium a marito alienari, at non omne, sed tantum Italicum. nam de hoc solo loquitur: de provinciali non loquitur. potuit igitur provinciale, quia non est prohibitum, alienari. Sed Imp. Justinianus *l. unic.* §. 15. *C. de rei uxor. act.* motus similitudine rationis, quod Lege Julia fuit speciale in fundo Italico, etiam ad provincialem porrexit. de prædio satis.

Nunc reliqua videamus: Lex, ut supra dixi, vetat fundum dotalem alienari, non semper; sed invita muliere. proinde si eum vendat, ea consentiente: cessat Lex Julia. quid, si non mulier, sed socer, consentiat? Papinianus *l.* 12. §. 1. *D. b. t.* sic infit: *Soceri voluntas in distrabendo dotali prædio nulla est.* Nempe Lex, sicut uni consultum voluit uxori, ita ejus solius consensum admittit. Hac quoque ratione, si mulieris intersit non alienari fundum, impedit alienationem sine ejus consensu factam. si non intersit, non impedit quasi jam supervacuo consensu. Ac nescio, an hoc velit Paulus in *l.* 3. §. 1. *D. d. t.* sic scribens: *Totiens non potest alienari fundus, quotiens mulieri actio de dote competit, aut omnimodo competitura est.* Pone, ut rem exemplo illustrem: legatus servo dotali est fundus, sed uxoris, non mariti, contemplatione. is fundus est dotalis; quia testator non voluit, ad maritum, sed ad mulierem, eum pertinere. an maritus potest hunc alienare, invita uxore? negat Pomponius *l.* 65. *D. de jur. dot.* causatus: quod soluto matrimonio reddendus est mulieri. habebit igitur mulier eo nomine actionem rei uxoriæ: & ut ait Paulus *d. l.* 3. §. 1. quoties mulieri actio de dote competit, aut omnimodo competitura est; totiens non potest fundus alienari. videlicet, quia ejus interest, eum non alienari. Longe aliter est: si mulier non est habitura fundi repetitionem: tum enim, cum non intersit ejus, non esse alienatum, confirmatur venditio. Ecce: in *l.* 17. *D. b. t.* cui similis est *l.* 42. *D. de usurp. & usucap.* vir prædium dotale vendidit, muliere non consentiente. nulla est venditio, ex eaque secuta traditio non transfert dominium, neque usucapiendi conditionem, viva muliere. quid si mortua sit? si quidem in matrimonio sit defuncta: & tota dos cessit lucro mariti: (qualis est casus in adventitia dote, si de ea restituenda is qui dedit, nihil est pactus: auctore Ulpiano in *Fragm. tit.* 6.) negat Marcianus, fundum emptori posse avelli: idque confirmat Papinianus *d. l.* 42. sine discrimine, utrum scienti, an ignoranti, sit venditus traditusque. qua ratione? hac optima: quod mulier non fuit habitura repetitionem alienati fundi: ideoque non interest ejus, quo minus alienatio emptori confirmetur adversus maritum, illum vindicantem prætextu dominii postea adquisiti. nam ut directo nulla sit venditio contra Legem facta: tamen oportet venditorem fidem servare emptori cum quo contraxit, sive sciente, sive ignorante. sin minus: æquum est, agentem removeri exceptione doli mali.

Nunc quod restat, dicam, quid alienationis verbo Lex indigitet: dotalem fundum alienari vetans. est autem elegans hæc definitio Severi & Antonini *l.* 1. *C. b. t.* Alienatio est omnis actus per quem dominium transfertur. Exemplum talis actus in venditione: secuta domini traditione §. 40. *Inst. de rer. domin.* ante non est. ita Ulpianus *l.* 67. *D. de verb. signif.* alienatum inquit, non proprie dicitur, quod adhuc in dominio venditoris manet: venditum tamen recte dicitur. Similis observatio in dote, & donatione; nam vel his ex causis dominium traditione transfertur. at nec legatum quidem quamvis militis testamento datum ab alienatione excipitur *l.* 16. *D. de milit. testam.* nec multum facit quod est privilegiatum: quia id privilegium tantum ad militis bona, non ad aliena spectat *l.* 1. *d. t.* Insuper Paulus etiam usucapionem sub alienatione comprehendit *l.* 28. *D. de verb. signif.* & vere: non inchoata usucapione, antequam fundus constitueretur dotalis: enimvero cœptam, antequam dotalis fieret, Lege Julia non interpellari, docet Tryphoninus *l.* 16. *D. b. t.* & clare, quatenus ad præsentem quæstionem. nam quod initio loci dicit, mulierem marito ex causa dotis tradere fundum quem Titius possidebat & usucapiebat, id est, cum non esset ejus vacua possessio: item quod ibidem scribit, virum neglexisse, fundum petere, cum id facere posset, id est, virum potuisse vindicare fundum cujus non erat dominus: est quidem obscurum, & dignum extricari; sed est extra propositam materiam, & explicitum antehac a D. Vinnio ad §. 40. *Inst. de rer. divis. n.* 3. quare dabo eruditæ diligentiæ Viri illius Clarissimi, ut ei adquiescam.

Fere exciderat mihi, quod ignorari non debeat, Legem Juliam, etsi simpliciter vetet alienationem quam maritus faciat, invita uxore: non aliam impedire, quam a mariti voluntate proficiscentem: illam vero quæ non sponte mariti fit, sed originem juris habet necessariam, denique fit ex auctoritate Magistratuum, morari nullam. sic in plerisque alienationibus jure interdictis custodiri, alibi est animadvertere *l.* 3. §. 1. *& seqq. D. de reb. eor. qui sub tutel. & l.* 13. *D. Famil. ercisc.* in præsentia autem observat Paulus *l.* 1. *D. b. t.* in causa damni infecti, si ob id quod maritus non cavebat, vicinus ex primo decreto sit missus in possessionem dotalis prædii, & post deinde ex secundo jussus possidere: non est dubium, quin hoc casu fiat alienatio dotalis fundi: siquidem vicinus sic fit ejus dominus: id est, possessor & tandem usucapione dominus. sed nihilominus hic cessare Legem Juliam, Paulus existimat, subjecta hac causa: quia alienatio non est voluntaria. Similiter fuit quæsitum, si communis fundus sit in dotem datus; an actione communi dividundo possit agi ad divisionem communis fundi: manifesto, per divisionem aliquo modo fieri venditionem *l.* 1. *C. Commun. utr. judic.* Sed est huc deventum; ut putetur interesse, uter provocet ad divisionem, maritus, an socius? hoc casu necessaria, illo voluntaria alienatio censetur. altero igitur divisionem impedit Lex Julia, altero non impedit *l.* 2. *C. b. t.* sed late & plene ea de re *l.* 78. §. 4. *D. de jur. dot.* Cæterum Paulus *d. l.* 1. §. 1. *b. t.* ait, & per universitatem transire prædium, secundum quod possibile est, ad alterum: veluti ad mariti heredem. idque in *l.* 62. *D. de adq. rer. dom.* observat, etiam alibi contingere. plane in §. 1. *d. l.* 1. cum ad heredem transit prædium, notat cum suo jure transire, ut alienari non possit. Similiter si maritus fuerit in servitutem, puta privatam, redactus; (quo casu solvi matrimonium suo loco

 di-

dicetur) & ad servi dominum transierit fundus dotalis: potest quæri, an possit hic dominus alienare dotalem fundum? Ulpianus *l.* 2. *h. t.* verius putat, non posse: eaque ratione mox addit §. 1. & si ad fiscum pervenerit, nihilominus venditionem fundi impediri, quamvis fiscus semper idoneus successor sit, & solvendo.

Satis de alienatione dotalis fundi. de pigneratione videamus. Lex enim Julia, præter alienationem, etiam obligationem vetat: cum hoc tamen discrimine; quod illam prohibet, tantum invita muliere; hanc etiam, consentiente. Verum Imp. Justinianus, quo plenius subveniret fragilitati sexus muliebris, quod Lex Julia de obligatione statuit, ad alienationem porrexit. ita neque invita, neque volente, uxore hodie aut obligari aut alienari a marito fundus dotalis potest.

LIBER VIGESIMUS QUARTUS.

TITULUS I.

De donationibus inter virum & uxorem.

A dote quam appellavi speciem impropriæ donationis, separandæ hoc Titulo sunt donationes veræ: nam illa, ut vidimus, inter virum & uxorem tam post, quam ante matrimonium optimo jure constituitur: hæ deinde inter eos fieri nequeunt: Ulpiano *l.* 1. & *l.* 3. juncta *l.* 32. *h. t.* auctore, Moribus apud nos receptum esse, ne inter virum & uxorem donationes valerent: eosque mores fuisse Oratione Imperatoris Antonini in Senatu habita confirmatos Fulvio Æmiliano & Nummio Albino Consulibus, paulo ante excessum Severi D. Patris sui. si vere, ut fas est credere, recitata fuit communi utriusque nomine: satis explorato, patrem, quamdiu vixit, se Principatu numquam abdicasse: licet hunc cum filio communicaverit. rem vides & inventam rationem, cur ea Oratio modo Antonino adscribatur *d. l.* 3. *D. h. t.* modo Severo *l.* 10. *C. d. t.* modo utrique *l.* 3. *C. d. t.* ac ne cui hoc novum videatur, ei licebit consulere scripta a me supra sub Titulo, *De offic. Præfect. Urbi*: ubi annotavi similia. proxime quoque sub Titulo *De ritu nuptiarum* observavi aliquid ex *l.* 67. §. 3. juncta Inscriptione *l.* 60. *ibidem.* Illud prope supervacuum fuerit moneri, hanc Orationem in *d. l.* 3. vocari Constitutionem generali appellatione Placiti Principalis: item alibi Senatus Decretum *l.* 32. §. 24. *D. h. t.* & Senatusconsultum *l.* 1. §. 3. *D. de dot. præleg.* solitis Principum Orationibus confirmari Decreto Senatus: ut notum; & in præsentia factum fuisse, apparet ex *d. l.* 32.

Sequens fuerit inquisitio, atque ipsa non levis momenti; qua ratione Veteres noluerint, donationes inter virum & uxorem fieri; cum possit durum atque inhumanum putari, inter eos impediri liberalitatem, inter quos necessaria & laudabilis sit benignitas. Fuisse tamen hoc summa utilitate receptum, Ulpianus *l.* 1. *D. h. t.* existimat: causatus, fuisse providendum, ne mutuato amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate. Ad hanc rationem accedit altera Pauli *l.* 2. fuisse cavendum; ut esset eis studium liberos potius educendi. Sic habent manuscripti libri: quomodo etiam *educere* pro *educare* dicitur *l.* 28. §. 1. *D. h. t.* Sextus Cæcilius invenit & tertiam rationem: quæ est, quod sæpe futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is qui posset, atque ita eventurum, ut venalicia essent matrimonia. Hanc rationem ex Sexto Cæcilio servavit nobis Paulus *d. l.* 2. atque ipsam Oratione Imperatoris Antonini esse electam, memorat in *l.* 3. Ulpianus: sic scribens: *Majores nostri inter virum & uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis æstimantes, famæ etiam conjunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.* Videamus nunc, inter quos prohibitæ Oratione sint donationes. Illa nominat virum & uxorem: *Majores*, inquiens, *nostri inter virum & uxorem donationes prohibuerunt.* Sunt autem vir & uxor inter quos contractæ sunt nuptiæ sive matrimonium solemniter jure civili, aut consensu jure gentium. Ante sponsus & sponsa appellantur: de quibus nihil Oratio. Inde Modestinus *l.* 27. *D. h. t. Inter eos*, inquit, *qui matrimonio coituri sunt, ante nuptias donatio facta jure consistit.* & addit, ita jus esse; *etiamsi eodem die nuptiæ fuerint consecutæ.* Proinde si lis sit de donatione, quam aliquando vir uxori fecerit, aut contra uxor viro: una est deliberatio, utrum sponso facta sit a sponsa, an uxori a marito, & vice versa. qua in parte sæpe fuit dubitatum, nuptiis eodem die celebratis: sive quod sponsa, cum donatio fieret, nondum esset deducta in domum viri: sive quod tabulæ nuptiales nondum essent signatæ. creditum autem fuit interesse, quid ageretur: utrum ut nudo consensu constaret matrimonium: an placeret, nuptias solemniter fieri. summa tamen huc redit: utrum jam cum donatio fieret, perfectum fuerit matrimonium, perfectæve nuptiæ. ita utraque in specie Scævola *l.* 66. *pr.* & §. 1. *D. h. t.* magis de jure, quam de facto, respondere solitus. In dubio vero servandum quod in *l.* 6. *C. de donat. ant. nupt.* Aurelianus Donatæ cuidam sic rescribit: *Cum in te simplicem donationem dicas factam esse die nuptiarum, & in ambiguum possit venire, utrum a sponso, an a marito donatum sit, sic distinguendum est, ut si in tua domo donum acceptum est, ante nuptias videatur facta esse donatio: quod si penes se dedit sponsus, retrahi possit: uxor enim fuisti.* Occurrit hic & alia inspectio *l.* 5. *D. h. t.* quæ sequitur: sponsus sponsæ donaturus, tradidit Titio, ut is sponsæ daret. deinde Titius tradidit post nuptias secutas. De jure quæritur? Ulpianus ait, siquidem eum interposuerit maritus, non valere donationem quæ post contractas nuptias perficiatur: si vero mulier eum interposuerit, jam dudum perfectam donationem, hoc est, ante nuptias; atque ideo, quamvis contractis nuptiis Titius tradiderit, donationem valere.

Apparet igitur, donationem post matrimonium prohiberi: ideoque esse contractum oportere secundum legum præcepta: nam tum demum vir & uxor appellantur. quod si intervenerit impedimentum, ne sit omnino matrimonium: Ulpianus

nus *l.* 3. *D. h. t.* putat, donationem valere subtili jure, quasi non sit facta inter virum & uxorem: inter quos Oratione prohibetur. Nec tamen opinor, hoc ab Ulpiano de omni dici impedimento: nam incestis ac nefariis nuptiis, an irrita sit donatio, dubitare vix potuit: qui non ignoravit, hujusmodi nuptias dissolvi, & deportatione, omniumque bonorum publicatione coërceri. Igitur oportet eum accipi de impedimento matrimonii quod solo constet civili jure. exemplum sit hoc Ulpiani; si Senatoris filia libertino contra Senatusconsultum nupserit, vel provincialis mulier ei qui ibi meret, contra Mandata: nam tum, inquit, valebit donatio, quia nuptiæ non sunt. Vides juris subtilitatem. sed quam refutat Ulpianus, argumento ducto ab absurdo, quod est plurimi in jure usus adversus vanitatem subtilitatis parum utilis: ut in *l.* 36. §. 3. *D. de petit. hered. l.* 13. *D. de noxal. act.* & alibi. In præsentia certe Ulpianus, *Fas*, inquit, *non est, eas donationes ratas esse, ne melior sit eorum conditio qui deliquerunt.* Sic Ulpianus. addo: Alexander *l.* 7. *C. h. t.* Verba Alexandri. *Si ex voluntate patris tui filio tutoris nupta es, collata in maritum donatio ipso jure irrita est. sed si matrimonium jure non valuit, licet ipso jure donatio tenuerit; quia tamen indigna persona ejus fuit, qui nec maritus potest dici; utiles actiones super revocandis his tibi competunt.*

Superiori quæstioni affinis est sequens; an Oratio, donationem prohibens inter virum & uxorem, inter concubinos quoque obtineat? erat dubitatio: quod concubinatus matrimonium imitatur; nec est legibus vetitus: imo per leges accepit nomen. Sed placuit stari intra angustiam verborum, viri & uxoris. Papinianum audi: sic scribit *l.* 31. *D. de donat. Donationes in concubinas collatas non posse revocari convenit.* Papinianus indicat, fuisse in Fori disputatione quæsitum, an donationes in concubinas collatæ, per Orationem valerent: sed uno ore respondisse Prudentes, valere: puto, quod Oratio locuta fuit de uxoribus: de concubinis non fuit. Addit Papinianus, *Nec si matrimonium inter eosdem postea fuerit contractum, ad irritum recidere.* Videlicet, quia sufficit, donationem, quo tempore fiebat, non a viro esse collatam in uxorem: & multa subsistunt, etsi incidant in casum, unde non potuerunt incipere. Igitur si quæ talis incidat quæstio; unum perpendi suadet Papinianus, *an maritalis honor & affectio pridem præcesserit:* id est, an concubinatus pridem sit in matrimonium conversus: aut palam confectis tabulis nuptialibus, si quidem impares sint personæ: aut etiam tacite personis comparatis, & vitæ conjunctione considerata: quando consensus quo matrimonium inter pares perficitur, non minus tacite fit, quam palam; & tabulæ nuptiales ad probationem proficiunt, ad substantiam matrimonii non desiderantur. Sic Papinianus. & ei assensit Ulpianus *l.* 3. §. 1. *D. h. t.* confirmans, D. Severum secundum hæc rescripsisse in liberta Pontii Paulini Senatoris: quod non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinæ. Plane Antoninus *l.* 2. *C. h. t.* a concubina excipit militum focarias: negans, disciplinam pati, suos milites ab illis spoliari fictis blanditiis. Focariam autem Adrianus Turnebus *lib.* 8. *Advers. c.* 9. interpretatur quæ focum colit, & est culinaria.

Prohibet igitur Oratio, quatenus ad verba attinet, donationem inter virum & uxorem: sed longius ivit interpretatio: quasi Orationis mente etiam ad hos qui in ejusdem potestate sunt, pertingente. id vidit Ulpianus *d. l.* 3. §. 2. sic scribens: *Qui in ejusdem potestate sunt prohibentur sibi donare.* & pro exemplo subjicit: *ut puta frater mariti, qui est in soceri potestate.* Causa interpretationis hæc videtur: quod qui in alterius potestate est, idem habetur illi: ac proinde si alteri donaretur, cum prohibitum esset donari alteri: nihil quidem fieret contra verba Orationis; sed fraus fieret ejus sententiæ: donationis lucro aut commodo, quod nolebat Oratio, utique perventuro ad alterum, aut qui idem ei habeatur. Ulpianus §. 4. addit; quod secundum hæc, si mater donet filio qui in patris potestate sit, nullius momenti erit donatio: & hanc adjicit rationem; quod patri quæritur: nisi si in castra eunti dederit: tum enim, inquit, videtur valere donatio: quia filio quæritur, & est castrensis peculii. Eadem ratione ait, & si filius, vel privignus, vel quivis alius, potestati subjectus, de castrensi suo peculio donavit, non esse irritam donationem. Porro prohibetur & uxori & nurui donare etiam is qui est in soceri potestate §. 5. *d. l.* 4. Hæc a parte mariti. ab uxoris vero nurusve parte ait, prohibitum esse donari viro vel genero. hoc plus addit §. 5. quod si fuerit donatum his qui sunt in eorum potestate, vel quorum sunt in potestate; non valebit donatio, si modo vir & socer sunt in ejusdem potestate, vel vir in soceri. cæterum, si in alia familia est maritus, neque socero, neque ei qui est in ejus potestate, neque ei in cujus est, donatione interdictum est §. 6. Similiter socrui a nuru, vel contra, donari non est prohibitum, quia hic jus potestatis non vertitur *d. l.* 3. §. 7. Prohibita igitur est donatio inter virum & uxorem; si verba Orationis spectamus: sin mentem; etiam inter eos qui in ejusdem potestate sunt. Verbum autem potestatis Ulpianus *d. l.* 3. §. 3. non solum ad liberos trahi ait, verum etiam ad servos: nam magis esse, ut hi qui aliquo jure subjecti sunt marito, donare non possint. Plus observavit Ulpianus *l.* 3. §. 9. *D. h. t.* verbis sequentibus: *Non tantum autem per se maritus & uxor cæteræque personæ dare non possunt.* Sic extat Florentiæ & apud Haloandrum: sed aliquid deest pleno sensui: quod in aliis editionibus ita suppletur: *Non tantum autem per se maritus & uxor, cæteræque personæ dare non possunt, sed nec per interpositam personam.* Sane non male. nec tamen ausim, omnino negare, lectionem Haloandrinam & Florentinam esse ipsius Ulpiani: bene gnarus, hujusmodi locutiones ut ut absurdas, Veteribus non esse insolitas. notavi tales *lib. sing. Ad Edict. De pactis & transactionibus, c.* 22. item supra sub Titulo, *De minoribus*, & *De ritu nuptiarum*, & alibi. Quidquid est, constat, maritum & uxorem cæterasque personas neque per se dare, nec per interpositam personam. & sunt exempla pulchra ac clara satis in *d. l.* 3. §. 12. & 13. nec opus interpretatione. potius generaliter tenendum, (cum Ulpiano *l.* 5. §. 2. *D. h. t.*) quod inter ipsos, aut qui ad eos pertinent, aut interpositas personas donationis causa agatur, non valere. quod si aliarum extrinsecus rerum personarumve causa commixta sit; si separari non potest, nec donationem impediri: si separari possit, cætera valere; id quod donatum sit, non valere.

Paris fuerit utilitatis, admonere, quod Oratio de viro & uxore loquens, credita fuit hac fuisse mente: ut inter eos prohiberet donationes demum in casum constantis matrimonii: at in casum soluti non prohiberet. nam priore casu sunt vir & uxor, inter quos opus fuit providentia prohibitæ donationis: posteriore non sunt; ideoque con-

consimili providentia inter eos opus non fuit. nescio, an hoc indigitet Ulpianus *l.* 9. §. *ult. D. b. t.* ab hac causa confessus, quantum conjicio, quod inter virum & uxorem mortis causa donationes receptæ sunt: id est, interpretatione Jurisconsultorum sunt receptæ ex mente Orationis: videlicet, quia (in *l.* 10. sic commode subjicit Gajus) in hoc tempus excurrit quo vir & uxor esse desinunt. At nil opus argumento; palam huc eunte Ulpiano *l.* 32. §. 16. *b. t.* atque ex auctoritate Papiniani: ut in loco dicetur. Interim (sic pergit Ulpianus *l.* 11.) res non statim fiunt ejus, sed tunc demum cum mors insecuta est. addit; quod medio igitur tempore demum remanet apud eum qui donavit. Vel hoc recte, & potestate Orationis, donationes inter virum & uxorem improbantis: inter alias certe personas inter quas licita est donatio, non est ita: quin potest inter has dominium statim transire: nisi sic fiat mortis causa donatio; ut dominium demum morte donatoris transferatur *l.* 2. *D. de mort. caus. donat.*

Eadem ratione placuit, inter virum & uxorem valere donationem divortii causa factam *l.* 11. §. *ult. D. b. t.* nam vel sic desinunt esse tales. maxime autem usum talis donatio invenit in divortio bona gratia *l.* 60. §. 1. *& seqq. D. d. t.* atque in hac quoque tum demum; si fiat sub ipso divortii tempore: non ex cogitatione quandoque futuri divortii *l.* 12. *D. d. t.* Et tamen vel sic, morte secuta putat Ulpianus *l.* 13. non videri factas res mulieris: quia donatio facta est in alium casum.

Præter hæc ait Paulus *l.* 43. *D. d. t.* etiam posse inter virum & uxorem donationem fieri exilii causa: & quidem quemadmodum in causam divortii: hoc notat Ulpianus *d. l.* 13. §. 1. procul dubio significans eam donationem solum valere, si fiat sub ipsum exilii tempus: quia sic demum valet donatio divortii causa. Alicui videatur tale jus esse subnixum humanitate & fide conjugibus semper honesta & decora: nec ipse hanc rationem omnino improbo. malim tamen id petere inde, quod deportatione, sive exilio conjugis nuptiæ subtilitate juris solvuntur, tamquam inter personas impares connubio juris subtilitate sublato: licet mulieri eo casu permittatur, si velit, animum uxoris retinere jure gentium.

Utilis & apta Orationi fuit superior Veterum observatio: sed non minus apta erit sequens Neratii apud Paulum *l.* 26. §. 1. *D. b. t.* Ex quibus causis inter virum & uxorem concessæ sunt donationes, ex iisdem & inter socerum, & generum, nurumve concessas esse. Quid inde? ipse Paulus, Ergo, inquit, socer genero mortis causa vel divortii donabit: sed & gener socero mortis suæ vel divortii causa.

Sequens locus est, quidnam inter virum & uxorem Oratione prohibeatur. ait: *Majores nostri inter virum & uxorem donationes probibuerunt.* Oratio nominat donationes. alia negotia non nominat. Licita igitur inter virum & uxorem erit emptio venditio, verbi gratia: quia non est prohibita: nec retractabitur facta bona fide. quod si palam actum sit, ut esset emptio venditio; exitus autem ad donationem spectet, tum etsi nihil factum sit contra verba Orationis, tamen quæsito colore circumventa est mens ejus, proinde non valet emptio venditio quæ est imaginaria: eoque detracto, re vera donatio contra Orationem facta. Ita fere Ulpianus *l.* 7. §. 6. *D. b. t.* & ante eum Julianus: sed (quod idem observat Ulpianus ex sententia Neratii & Pomponii *l.* 5. §. 5. *D. b. t.*) cum aliquo accipiendus temperamento: ait enim, venditionem inter virum & uxorem factam donationis causa, nullius esse momenti: si modo maritus, cum non haberet animum vendendi, venditionem idcirco commentus sit, ut donaret. enimvero si cum animum vendendi haberet, ex pretio ei remisit, venditionem quidem valere, remissionem autem hactenus non valere, quatenus facta est locupletior. itaque addit, si res quindecim venit quinque, nunc autem sit decem, quinque tantum præstanda esse: quia in hoc locupletior videtur facta. Sic Ulpianus, atque ex sententia Neratii, atque a Pomponio, ut puto *l.* 31. §. 3. *&* 4. *D. b. t.* Locus is quia est obscurior, obiter explicandus: cum ex eo etiam appareat ratio superioris distinctionis. Ecce: duo vendita sunt mancipia unis quinque, cum singula essent quinis digna. ea æstimatio inter virum & uxorem facta donationis causa. certum est, hujusmodi donationem Oratione improbari, sed quatenus, quæritur? finis loci indicat, referre ex sententia Pomponii; utrum, cum animus vendendi non esset, idcirco facta sit venditio, ut sub ea lateret donatio; an cum principaliter cogitaretur venditio, solum actum fuerit, ut ea minoris fieret. priore casu putat Pomponius, venditionem totam nullius esse momenti: quia principaliter actum est, ut donetur, idque ad se trahit quod ei est consequens. posteriore putat, eam valere: & causatur, non esse tum spectandum, quanti mancipia sint, sed quantum ex pretio sit donationis causa remissum. itaque melius dici, ea pro portione esse communia. nempe, quia principalis contrahendi causa fuit venditio, & sine dubio licet a viro & uxore emere, si non sit donandi animus. Valet igitur venditio, quatenus est talis: sed quatenus inest ei donatio, non valet. Inde infert §. 4. Si vir uxori vel contra quid vendiderit vero pretio, & donationis causa paciscantur, Ne quid venditor ob eam rem præstet: verius esse, valere venditionem, sed dumtaxat pactum esse irritum: quia id solum ad donationem spectat, non etiam venditio principaliter celebrata. Idem §. 5. dicimus, inquit, Si donationis causa pacti sint, Ne fugitivum aut erronem præstent; nam integras esse Ædilitias actiones & ex empto: quia in his sola apparet donatio Oratione vetita.

Hactenus liquet, donationem inter virum & uxorem Oratione prohiberi. nondum, quid illa appellatione intelligatur. Hanc vero curam suam esse voluit Julianus *l.* 1. *D. de donationib.* Sic mihi persuadeo argumento Inscriptionis præferentis Juliani librum XVII. Digestorum: in quo eum ad Orationem scripsisse didici ex Ulpiano *l.* 3. §. *ult.* & ipso Juliano *l.* 4. *D. b. t.* Res clareret; si integrum Juliani Commentarium haberemus: nunc, ut in Fragmentis, conjectura agam, sed probabili. Igitur ut finiret Julianus, quam Oratio designet donationem, Veterum more (quo de egi *lib. sing. Ad Edict. De pact. & transact. c.* 6.) attulit complures donationum formas: *Donationes*, inquiens, *complures sunt. dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti; & propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem & munificentiam exerceat: bæc proprie donatio appellatur. Dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid sequutum fuerit: non proprie donatio appellabitur, sed totum boc donatio sub conditione est. Item, cum quis ea mente dat, ut statim quidem faciat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit, aut non fuerit, velit ad se reverti: non proprie donatio dicitur: sed to-*

tum

tum hoc donatio est quæ sub conditione solvatur: qualis est mortis causa donatio. Hæc Julianus in expositione Orationis, quid proprie, quid improprie, sit donatio, definiens: non æque, quam Oratio exaudiat. Mihi tamen crede, voluisse, donationis appellatione in Oratione venire liberalitatem veram & propriam: improprias non venire. Quæris argumentum? Ecce egregium: quod ipse eodem libro XVII. mortis causa donationem quæ est impropria, ab Orationis prohibitione excipit *l.* 11. §. 1. *D. h. t.* idemque circa donationem divortii causa observasse, accipio ex Ulpiano *d. l.* 11. §. 10. *&* 11. Simili ratione video a Marciano *l.* 214. *D. de verb. signif.* donum a munere distingui. Munus enim dici proprie, quod necessarie obimus lege, more, imperiove ejus qui jubendi habet potestatem. Dona autem proprie esse quæ nulla necessitate juris, officii, sed sponte, præstantur: quæ si non præstentur, nullam esse reprehensionem; &, si præstentur, plerumque laudem inesse. Munus igitur est donatio cum causa. utputa, natalicium, nuptialicium *l.* 194. *D. d. t.* quale Oratione non prohiberi, auctor est Pomponius *l.* 31. §. 8. *D. h. t.* Idemque esse ait, si vir uxori Kalendis Martiis dedisset. Dies Kalendarum Martii erat festus matronis. eo illis dabantur ab amicis munera solemnia: de quibus Budæus *p.* 380. & allegati infra sub Titulo, *De admin. tutor.* Brissonius & Rævardus. Hoc exemplo fuit marito licitum, uxori dare hujusmodi munus: quia donatio Oratione prohibetur; munus non prohibetur. Excipit Pomponius, *Nisi forte immodicum sit:* arbitratus, illo prætextu donum fieri in fraudem Orationis: ut est jam dudum observatum a Brummero, *Comm. ad Leg. Cinc. c.* 2. Cujacio *lib.* 6. *Observ. c.* 18.

Prohibet igitur Oratio inter virum & uxorem donationes veras ac proprias: & quidem omnes, si serviamus verbis late patentibus: sed amplitudinem coarctavit usus, severitatem nimiam aliqua molliens humanitate, non invita Oratione: credentibus Veteribus, illi non fuisse propositum, damnare aut tollere conjugalem benignitatem: sed cavere, ne eo prætextu abutentibus, (ipsa adfero Orationis verba) *melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.* Sint igitur infinita priora Orationis verba: at sequentia evincunt, ejus mentem fuisse, solam prohibere donationem quæ donantem pauperiorem, & accipientem ditiorem faciat. proinde si quæ donatio donantem faciat pauperiorem, accipientem vero non faciat locupletiorem, aut contra: nihil improbatur, cessante ratione prohibitionis. Ne res sine exemplo esset, Ulpianus *l.* 5. §. 8. *D. h. t.* sepulturæ, inquit, locum marito ab uxore, vel contra, posse donari constat. & si quidem intulerit, faciet locum religiosum. Ne quoque obscura esset ratio concessi juris: causatur, hoc venire ex eo quod solet definiri, eam demum impediri donationem quæ donantem pauperiorem, & accipientem locupletiorem facit. Porro non videri locupletiorem fieri ea in re, quam religioni dicavit; cum sit nullius. Atqui emeret, nisi a marito accepisset. Sed Ulpianus nolens hoc moveri quemquam, contra ait, uxorem, etsi pauperior fieret, nisi maritus dedisset, non tamen idcirco fieri locupletiorem, quod non expendit. Plus ait Ulpianus §. 9. *d. l.* 5. hanc rem & illud suadere, si maritus uxori sepulturæ causa donaverit, locum ita demum mulieris fieri, cum corpus humatur: cæterum, antequam fiat religiosus, donantis manere: proinde si distraxerit mulier, locum donatoris manere. Similiter ait §. 10. secundum hæc, si maritus uxori suæ donaverit monumentum purum magni pretii, valere donationem: sic tamen; ut valeat, cum sit religiosum. Addit §. 11. etsi ipsa fuerit illo illata, favorabiliter tamen dici, locum religiosum fieri. Ait, *favorabiliter.* Recte: quia stricto Jure non convalescit donatio, muliere defuncta, adhuc vivo marito qui donavit *l.* 18. *C. h. t.* Pergit: Proinde, & si maritus ad oblationem Dei uxori donavit, vel locum in quo opus publicum quod promiserat facere, vel ut ædem publicam dedicaret; fieri locum sacrum. sed & si quid ei det, ut donum Deo detur, vel consecretur, dubium non esse, quin debeat valere. quare & si oleum pro ea in æde sacra posuerit, valere donationem *d. l.* 5. §. 12. Superioribus exemplis jungam sequens ex *l.* 22. *C. h. t. Maritus manumissionis causa servum mulieri, constante matrimonio, donare potest.* Rationem hujus exempli esse eamdem superiori, censet Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 23. §. 2. quamvis causatur quoque favorem libertatis: sed ut videatur priorem malle. Similiter si apiscendæ dignitatis gratia ab uxore quid in maritum est collatum, eatenus ratum esse, quatenus dignitati supplendæ opus est, Ulpianus auctor est *l.* 40. *D. d. t.* Gajus *l.* 42. dicit, hanc donationem fieri honoris causa, & receptam esse nuper ex indulgentia Principis Antonini. exemplum Gajo; si uxor viro donet laticlavii petendi gratia, vel ut equestris ordinis fiat. Quid sit clavus latus, & angustus, alter senatoriæ, alter equestris, dignitatis insigne, optime describit Albertus Rubenius *lib.* 1. *De re vestiaria*, & Jacobus Cujacius *lib.* 12. *Observ. c.* 39. Commode autem observat Rubenius *c.* 14. vestem laticlaviam etsi proprie sit Senatoria, tamen Principum indulgentia etiam concedi Equitibus, præsertim splendidis, & justum censum habentibus: atque hoc innuere Ulpianum in *d. l.* 40. cum dicit, *quod uxor in maritum confert apiscendæ dignitatis gratia, eatenus ratum esse, quatenus supplendæ dignitati opus est.* Eodem spectat hoc Licinii Rufini *l.* 41. *Nam & Imp. Antoninus constituit, ut ad processus viri uxor ei donare possit.* Rem attingit Jacobus Rævardus *lib.* 2. *Conjectan. c.* 9. Non alium in finem ait Gajus *d. l.* 42. posse & ludorum gratia donationem fieri: id est, in sumptum ludorum quos initio Magistratus populo exhibiturus sit maritus. qua de re idem Rævardus *lib.* 1. *Conjectan. c.* 6. Aliquis dicet, uxorem in omnibus hisce casibus donatione fieri pauperiorem. Nec hoc negari debet. Sed Orationi sufficit, maritum idcirco non fieri locupletiorem: usque adeo, ut in *l.* 21. *C. h. t.* placeat, Diocletiano & Maximiano, mulierem, si quam pecuniam pro marito erogaverit in ejus dignitatem, eam licet mutuam acceperit, a marito non posse repetere. Ab eodem fonte est hoc Ulpiani *l.* 5. §. 17. *D. h. t. Marcellus lib.* 7. *Digestorum quærit, Si mulier acceptam a marito pecuniam in sportulas pro cognato suo Ordini erogaverit, an donatio valeat? Et ait, valere: nec videri locupletiorem mulierem factam, quamvis mutuam pecuniam esset acceptura, & pro adsine erogatura.* Quæ hic sint sportulæ Ordini pro cognato erogatæ a muliere, accipe a Budæo V. CL. *Annot. in Pandect. pag.* 379. *& seq.* dicente, sportulas esse honorarium decurionatus, pro introitu in bulen a Decurionibus dari solitum. quod probo, & apparet ex Plinio *lib.* 10. *Epist.* 48. *& alibi*, etiam ex Papiniano *l.* 5. §. 1. *D. de Decurionib.* Aliud exemplum in *l.* 7. §. 1. *D. h. t.* verba: *Si maritus pecuniam uxori in unguenta dederit, eaque eam [pecuniam] creditori suo solverit, mox ea de sua pecu-*

nia unguenta emerit: non videri locupletiorem factam, Marcellus lib. 7. Digestorum scribit. Idemque & si lancem ob eamdem causam ei dederit, eaque lancem retinuerit, de sua autem pecunia unguenta emerit, vindicationem cessare. quia non est locupletior quæ tantumdem in re mortua impendit. Budæus *p.* 325. ait, unguenta proprie vocari quæ sunt voluptaria, & ad suaveolentiam & delicias inventa. ea unguenta Ulpianus dicit rem mortuam, cum vult dicere inutilem & tantum spectantem ad perditionem: ut erudite observat Jacobus Cujacius *lib.* 9. *Observ. c.* 30. De cætero poterit res confirmari sequente Pauli loco ex *l.* 28. §. 6. *D. d. t. Si, antequam a viro annuum acciperet mulier, ipsa de suo, aut etiam mutuata impenderit: videri tantum jam ex annuo consumptum.* Injecta a Paulo mentio annui non sinit, me silere, vel ejus dationem Oratione prohiberi: nam hanc speciem donationis esse, Julianus scribit *l.* 22. *D. de pact. dotal.* puto, si sit immodicum: nam hoc casu posse donationem, tamquam inutilem, revocari, Ulpianus censet *l.* 15. *D. h. t. Ex annuo vel menstruo*, inquiens, *quod uxori maritus præstat, tunc quod superest, revocabitur, si satis immodicum est.* nempe, ne hoc prætextu maritus fiat pauperior; & uxor ditior. Immodicum autem esse dicit, *si sit supra vires dotis.*

Ab annui & menstrui donatione transit Ulpianus ad usuras *d. l.* 15. §. 1. & sunt verba: *Si maritus uxori pecuniam donaverit, eaque usuras ex donata pecunia perceperit: lucrabitur. Hæc ita Julianus in marito lib.* 18. *Digestorum scribit.* Ulpianus non quærit de donata pecunia; (certo, maritum tali donatione fieri pauperiorem, & uxorem ditiorem: quod non vult Oratio) sed de usuris, ex donata pecunia perceptis. docet vero, has cedere uxoris lucro: ut videtur, quia uxor hoc incremento quidem fit locupletior; at maritus non fit pauperior. Itane? usura numquam fuit pars donatæ pecuniæ; nec est ex ea nata: quin venit ex alia causa, id est, ex nova obligatione: ut pulchre Pomponius *l.* 121. *D. de verb. signific.* recte igitur cedit uxoris lucro, tamquam profecta ab ejus industria, & sine hac nulla futura, ne apud maritum quidem, non facta donatione. Inde quæsitum ulterius apud Tryphoninum *l.* 16. *h. t.* quid juris sit; *Si ex centum quæ vir uxori donavit, quinquaginta perierint, & alia quinquaginta duplicata ex usuris uxor habet?* poterat alicui videri, quinquaginta quæ mulieri perierint per inopiam debitoris, ab ea marito esse supplenda ex perceptis usuris: nam sic obtineri, ne illa sit locupletior, & ille pauperior. Sed contra Tryphoninus; *Non plus quinquaginta ejus donationis nomine maritus consequetur.* Tryphoninus vult, usuras a muliere perceptas ex donata pecunia, apud eam remanere integras: ut ut centum a marito acceperit donationis nomine. Videlicet, quia usuræ ei non sponte obvenere ex corpore donatæ pecuniæ, sed diligentia stipulationis propriæ; ideoque ipsa quidem fit ex usuris locupletior; sed maritus propterea non est pauperior. nil enim ei decedit: & si retinuisset pecuniam nulla facta donatione; nec esset simili usus industria, non habuisset usuras. Tamen mulier accepit centum, & tantum restituit quinquaginta, quantumvis improbata donatione. Sit ita: sed quinquaginta quæ perierunt, marito perierunt tamquam domino: mulieri non perierunt, quæ neque domina fuit donatione facta, neque his litis contestatæ tempore locupletior apparet.

Tenori *d. l.* 15. jungenda est *l.* 17 ut cohæserunt olim. in ea sic scribit Ulpianus: *De fructibus quoque videamus, si ex fructibus prædiorum quæ donata sunt, locupletata sit, an in causam donationis cadant? Et Julianus significat, fructus quoque, ut usuras, licitam habere donationem.* Non est quæstio de fructibus uxori a marito principaliter donatis, ne putes. quemadmodum enim valeat inter eos donatio: qua donans palam fiat pauperior, & accipiens locupletior? illud quæritur, quid juris sit: si uxori donata a marito sint prædia; & ex his percepti ab ea fructus. Hoc vero casu visum Juliano esse, Ulpianus ait, fructus licitam habere donationem: &, quod notandum, ut usurarum. sic enim locutus videtur Julianus; eaque adjectione significasse, uxoris lucro cedere fructus solos industriales, non etiam naturales: quia soli industriales habent imaginem usurarum, non a natura, sed ab industria, venientium. consequenter si fructus naturales lucraretur mulier, ipsa fieret locupletior; maritus contra pauperior: quod in industrialibus non est ita. sane naturales quos natura sponte producit sine hominis facto, etiam nati essent, si prædium apud maritum mansisset, nulla facta donatione: industriales non utique; quippe qui non sponte nascuntur, solius naturæ beneficio, sed demum humana opera & diligentia proveniunt. atque ita clare Pomponius *l.* 45. *D. de usuris.* Plane ait Ulpianus *d. l.* 17. §. 1. *h. t.* si quid servus donatus adquisiit, ad eum qui donavit, pertinere. hac forte ratione, quod servi operæ non minus fuissent, etsi donatus non fuisset: licet alioquin pro ejus fructu habeantur. Ab eodem fonte procedit, quod in §. *ult. l.* 21. *D. h. t.* sic scribit Ulpianus: Si uxor viro dotem promiserit, & dotis usuras: sine dubio dicendum est, peti usuras posse: præfatus, non esse istam donationem, cum pro oneribus matrimonii petantur. Quid si maritus uxori remiserit petitionem earum? Ulpiano eadem videtur quæstio, an donatio sit illicita. ait vero, hoc dictum Julianum, & esse verum. plane, si convenerat, uti se mulier pasceret, suosque homines, (id est, servos) idcirco passus est, eam dote sua frui, ut se suosque aleret, hoc fore putat expeditum: non enim posse ab ea peti, quasi donatum, quod compensatum est.

Satis, ut opinor, demonstratum est, inter virum & uxorem prohiberi donationem veram & propriam: quamquam non omnem; sed eam quæ donantem pauperiorem, & accipientem locupletiorem, facit. restat, quando donans intelligatur pauperior fieri: utrum tum tantum, cum de patrimonio suo quid dimittit: an tum quoque, cum non adquirit. prius affirmat Ulpianus, posterius negat *l.* 5. §. 13. *D. h. t.* sequente usus exemplo: Maritus ab aliquo heres institutus, uxore substituta, aut herede ab intestato futura: repudiat hereditatem sibi testamento delatam: hoc consilio; ut uxor vel ex substitutione, vel ex lege fiat heres. non est dubium, factam inter virum & uxorem esse donationem: hereditatis commodo ad mulierem perveniente: quod absque repudiatione foret, ad eam non venisset. Illud quæritur, an valeat donatio? Ulpianus ait. Atqui mulier, adquisita hereditate vel ex lege, vel ex substitutione, facta est locupletior. Non ignorat hoc Ulpianus: sed putat, Orationi sufficere, quod maritus non est factus pauperior. Itane? non dubitat Ulpianus: cum sic subjicit: Neque enim pauperior fit qui non adquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit. Ab eadem ratione Ulpianus §. 14. & si, inquit, legatum repudiet; placet, nobis, donationem valere, si mulier substituta sit in legato, vel etiam si proponas eam heredem institutam. Jam age Pom-

ponius *l.* 31. §. 7. *D. h. t.* censet, quod legaturus mihi, aut hereditatis nomine relicturus es: posse te rogatum a me, uxori meæ relinquere: & non videri eam esse donationem, id est, non eam esse donationem quæ Oratione impediatur: & hanc subjicit rationem: quia nihil ex bonis meis imminuitur. addit præterea, Proculum existimasse, (quod est notandum) majores donanti in eo maxime succurrisse, Ne amore alterius alter dispoliaretur, non quasi malivolos, ne alter locupletior fieret. Eodem redit hoc Ulpiani *d. l.* 5. §. 15. Si quis rogatus sit, præcepta certa quantitate, uxori suæ hereditatem restituere, & is sine deductione restituerit, magis pleniore officio fidei præstandæ functum maritum, quam donasse videri. Sic ille ex Celso: additque, eum rectam rationem huic sententiæ adjecisse: quod plerique magis fidem exolvunt in hunc casum, quam donant: nec putant, de suo proficisci, quod de alieno plenius restituunt, voluntatem defuncti sequuti. imo non immerito, inquit, sæpe credimus, aliquid defunctum voluisse, & tamen non rogasse. præterea subjungit: quod hæc sententia habet rationem magis in eo qui non erat deducta quarta rogatus restituere, & tamen integram fidem præstitit, omisso Senatusconsulti commodo. ac causatur, quod hic vere fidem exolvit, voluntatem testatoris obsecutus: utique, si non per errorem calculi fecit: cæterum indebiti fideicommissi est repetitio. Sic fere ex Celso Ulpianus: & tandem §. 16. *d. l.* 5. hoc modo concludit: *Ubicumque igitur non deminuit de facultatibus suis qui donavit, vel etiam, si deminuat, locupletior tamen non fit qui accepit, donatio valet*

Possent hæc sufficere. addam tamen, quod ab eadem causa valet donatio rei alienæ uxori a marito facta bona fide: quia ea nihil decedit de bonis ejus. Ita alias Papinianus *l.* 83. *D. de regulis juris*, *Non videntur*, inquit, *rem amittere quorum propria non fuit.* Sed in re præsente Terentius Clemens *l.* 25. *D. h. t.* Modum tamen adjicit Pomponius *l.* 3. *D. Pro donato* his verbis: *Si vir uxori, vel uxor viro donaverit; verum est, quod Trebatius putabat, si pauperior is qui donasset, non fieret, usucapionem possidenti procedere.* Sic Pomponius, ut dixi, modum hunc, sive conditionem, apponens: *Si pauperior is qui donasset, non fieret.* Et licet casus petere ex *l.* 36. *pr.* & §. 1. *D. de usurp. & usucap.*

Exposui rigorem Orationis, ejusque temperamentum, quod est unum saltem. ex uno tamen collegerunt Veteres, fas esse, non invita Oratione, etiam alia admitti; si quæ suadeat probabilis ratio; assuetis Veteribus, articulo uno aut altero Lege, Edicto, Senatusve consulto, expresso, argumentando ad similia procedere, quamquam non expressa. Hoc modo Paulus *l.* 28. §. 2. *D. h. t. Si quas*, inquit, *servi operas viri uxori præstiterint, vel contra: magis placuit, nullam habendam earum rationem.* Paulus verbo, *placuit*, significat, hoc temperamentum non venire ex verbis Orationis; sed ex similitudine ejus quod Oratione est comprehensum: explorato, donationem ea non prohiberi, ut pereat aut minuatur conjugalis benevolentia; sed retineatur. Ipse sic Paulus *d. loc. Et sane non amare, nec tamquam inter infestos jus probibitæ donationis tractandum est; sed ut inter conjunctos maximo affectu, & solam inopiam timentes.* Ab eadem aut simili interpretatione venit, quod idem Paulus *l.* 14. *D. h. t.* scribit, si vir uxori, cujus ædes incendio consumptæ sint, ad refectionem earum pecuniam donaverit, valet donatio in tantum, in quantum ædificii exstructio postulat. Id eo certius dixerim: quia longe aliter arbitratur Ulpianus *l.* 13. §. *ult. d. t.* si quid datum sit non ad solatium consimilis calamitatis, sed ad villam extruendam vel agrum serendum: quod alioquin facturus non erat is qui accepit. nam ait, id incidere in speciem donationis inter virum & uxorem prohibitæ. Licebit mihi forte etiam huc referre, quod in *l.* 18. *D. h. t.* ita scribit Pomponius: Si vir uxoris, aut uxor viri servis aut vestimentis usus, vel usa fuerit, vel in ædibus ejus gratis habitaverit, valet donatio. Non minus possit huc referri hoc Alexandri *l.* 13. *C. de negot. gest.* Quod in uxorem tuam ægram erogasti, non a socero repetere, sed actioni tuæ debes expendere. Idemque dicendum quoque de aliis impensis, si quæ ex officio a marito aut uxore dicantur factæ. Nec tamen in his negligendum quod in *l.* 47. *D. h. t.* in hunc modum monet Celsus: *Utrum negotium uxoris gerens, an officio mariti ductus, in rem ejus impenderit vir, facti, non juris est quæstio. conjectura ejus rei ex modo & ex genere impensæ non difficilis est.*

Prohibitas inter virum & uxorem vidimus donationes. videamus effectum prohibitionis. Ait Oratio: *Majores nostri inter virum & uxorem donationes probibuerunt.* Notanda sunt hæc verba; nam habent formam Legis imperfectæ: id est, ut Ulpianus *Tit.* 1. §. 1. interpretatur, saltem prohibentis, non etiam rescindentis. tantum enim ajunt, Majores prohibuisse donationes: non addunt, infirmasse aut rescidisse. opinor tamen, legem haberi oportere perfectam: ac donationes inter virum & uxorem cum a Majoribus, tum hac Oratione non prohibitas tantum, sed infirmatas quoque & rescissas fuisse. Id ex Oratione liqueret ipsa procul dubio, si integrum haberemus Caput. nunc quod licet, colligo ex his verbis Capitis secundi in *l.* 32. §. 2. *D. h. t. Fas esse eum quidem qui donavit pœnitere, heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejus qui donaverit durum & avarum esse.* Mitto ea verba: clare Ulpianus *l.* 3. § 10. *D. d. t. Sciendum est*, inquit, *ita interdictam inter virum & uxorem esse donationem, ut ipso jure nibil valeat quod actum est.* Si vere: probanda est sequens ejus illatio: *Proinde, si corpus sit quod donatur*, (id est, ut ego interpretor quod traditur ex causa donationis) *nec traditio quidquam valet; & si stipulanti promissum sit vel accepto latum, nibil valet.* Qua ratione? hanc adfert: *Ipso enim jure quæ inter virum & uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt.* Quid igitur est? *Si quis*, inquit, *nummos uxori dederit*, id est, ipse per se dederit, *non fieri ejus apparet, quia nibil corporis ejus fieri, palam est d. l.* 3. §. 11. Quid si per interpositam dederit personam? fac: jussit, debitorem suum ei solvere: an ejus fient nummi, debitorque liberatur? Hanc quæstionem tractavit Celsus: & Ulpianus §. 12. ait, eum scribere, & debitorem liberatum & nummos mariti, non uxoris factos: idque sic demonstrat: *Nam & si donatio jure civili non impediretur, eum rei gestæ ordinem futurum, ut pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret: nam celeritate conjungendarum inter se actionum unam actionem occultari. cæterum debitorem creditori dare, creditorem uxori: nec novum aut mirum esse, quod per alium accipias, te accipere. Nam & si is qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit, a debitore tuo, jubente te, pecuniam acceperit, & furti actionem te habere constat, & ipsam pecuniam tuam esse.* Addit Ulpianus §. 13. *Huic sententiæ consequens est, quod Julianus libro septimo decimo Digestorum scri-*

psit, si donaturum mihi jussero uxori meæ dare. ait enim Julianus, nullius esse momenti: perinde enim habendum, atque si ego acceptam, [&] rem meam factam, uxori meæ dedissem. Quæ sententia vera est. Sic editur: sed dubito; an præstet, scribi transpositis verbis: *Huic sententiæ consequens est, quod Julianus libro septimo decimo Digestorum scripsit, si donaturum mihi jussero uxori meæ dare, nullius esse momenti: ait enim Julianus, perinde habendum. atque si ego acceptam & rem meam factam, uxori meæ dedissem. quæ sententia vera est.* Nunc quæ consequentia inde sint, tractandum est. Primum, si donatio intra stipulationem consistat: erit hic exitus, ut promissum non possit peti actione ex stipulatu. Deinde si stipulatione debitum sit accepto latum: possit perinde peti, ac si nulla acceptilatio intervenisset: per traditionem autem veram, vel quasi consummata donatione, nec traditio valeat. Ita verissime ait Ulpianus *l.* 3. §. 10. *D. h. t.* ea quæ inter virum & uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti esse ipso jure. Nec dubium, quin res donata a donatore, dominio apud eum remanente, si exstet, vindicari possit *l.* 5. §. 18. *D. d. t* usque adeo, ut Celsus *l.* 48. *d. t.* ne referre quidem putet; utrum relicta ei a conjuge sint legata ampla. Sic: si datum sit corpus, idemque exstet. quod si data sit pecunia, ex eaque empta sit res mobilis aut immobilis: Paulo visum, cessante actione directa, donanti utilem competere in rem actionem *l.* 55. *D. h. t.* ejusque etiam meminit Justinianus *l. unic.* §. 5. *C. de rei uxor. act.* Sic: si res exstet. Quod si consumpta sit: ait Ulpianus *d. l.* 5. §. 18. condici hactenus, quatenus quis locupletior factus est. Quapropter? quia (sic ex Gajo subjicitur *l.* 6.) quod ex donatione non concessa retinetur, id aut sine causa, aut ex injusta causa retineri intelligitur: soletque ex his condictio nasci. Aliquem conturbet: quod nemo rem suam condicit, præterquam a fure §. 14. *Inst. de action. l. ult. D. Quemadm. ususfr. amit.* At qui condictione in proposito utitur, is ea non sic agit, tamquam rem suam condicat, sed tamquam alienam & sibi debitam ex contractu vero vel quasi: ut sit in aliis in personam actionibus, commodati, pignoris, depositi, verbi gratia, quibus res nostras condicimus: quamquam & vindicare eas possimus. Postremo sic infit Ulpianus *l.* 6. *D. de condict. ob turp. caus. Perpetuo Sabinus probavit Veterum opinionem, existimantium, id quod ex injusta causa apud aliquem sit, posse condici. in qua sententia etiam Celsus est.* Plane Paulus *l.* 28. *D. h. t.* ait: *Si id quod donatum sit, perierit, vel consumptum sit, ejus qui dedit, esse detrimentum. Merito, quia manet res ejus qui dedit, suamque rem perdit.* Teneamus igitur quod dixi, rei viro aut uxori ab altero donatæ, si consumpta sit, condictionem esse: non in solidum, sed quatenus locupletior ea re factus sit qui accepit. Quo tempore? apud Ulpianum *l.* 7. *D. h. t.* sic quæritur. *Quod autem spectetur tempus, an locupletiores sint facti: utrum tempus litis contestatæ, an rei judicatæ?* respondetur autem: *Et verum est,* (*verum* dixit Ulpianus pro æquo: ut alias sæpius a me aliisque observatum) *litis contestatæ tempus spectari oportere, idque Imperator Noster cum Patre rescripsit.*

Ut redeamus in viam: apparet, dominium rei donatæ uxoris traditione in maritum non transire. De possessione nondum diximus. ait Paulus *l.* 1. §. 4. *D. de adq. possess. Si vir uxori cedat possessione, plerique putant, possidere eam.* Et duplice ratione: prior est, quod possessio est facti; quippe detentione constans. res autem facti non potest jure civili infirmari, sive infecta fieri. altera ratio est: quod jus civile non studet subtilitati vanæ atque inani: tantum sequitur simplicitatem publice utilem. in proposito autem quid attinet dicere: non possidere mulierem; cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem. Ut igitur dominium rei ex causa donationis traditæ maneat apud virum: at possessio transit ad uxorem. Quæ? naturalis ipsa vera, eoque pertinens ad interdictum Unde vi: auctore Ulpiano *l.* 1. §. 9. & 10. *D. De vi & vi arm.* an & civilis? Ulpiano non videtur *l.* 3. §. 10. *D. h. t.* his verbis: *Si corpus sit quod donatur, nec traditio quidquam valet.* Ulpianus loquitur de possessione civili qua tradita transferri solet dominium. huic vero fini negat sufficere traditionem: Oratione eum inter virum & uxorem prohibente. Ita manifeste Paulus *l.* 26. *D. d. t.* nec alia causa idem *l.* 1. §. 2. *D. Pro donato.* Si, inquit, inter virum & uxorem donatio facta sit, cessat usucapio; etsi mulier possideat rem a viro donatam ex Juliani sententia. Igitur Ulpianus *l.* 16. *D. de adq. possess.* ait, eam possidere tantum pro possessore: id est, naturaliter, & injuste: Orationem considerantibus: qua hujusmodi donatio & improbatur, & prohibetur. quamquam si ad voluntatem donatoris spectamus; eo vindicante longe abest, ut malæ fidei possessori peræque comparari debeat. annumeratur certe in *l.* 45. *D. de usuris* bonæ fidei possessoribus, rem alienam sine justo titulo possidentibus; & horum exemplo fructus jure fundi nullos suos facit, neque naturales, neque industriales: sed id non obstat, quo minus hos ex voluntate uxoris adhuc jure donationis suos faciat: eo quod accipiens his quidem fit locupletior, sed donans non fit pauperior: ut supra sub Titulo *De rei vindicatione* latius probavi. Ab eadem ratione putat Paulus *l.* 36. *D. h. t.* Si donatæ res extant, & a marito vindicentur: mulierem posse eas, si velit, marito reddere: si nolit, non cogi. & præfatur: quia causam possidendi præstitit donatio, id est, voluntas donatoris; sufficere, æstimationem justo pretio fieri. ne quis locum faciat jurijurando in litem: ubi is est exitus, ut ipsa non fiat pauperior, nec ille locupletior. Præter hæc vult *d. l.* Paulus, possidenti etiam caveri de evictione simpli, quanti ea res sit. quod in cæteris malæ fidei possessoribus contrarium esse, intelligitur ex *l.* 68. *D. de rei vindic. l.* 1. *l.* 8. *D. de in litem jurand. l* 8. §. 1. *l.* 9. & 10. *D. Rer. amotar.* Postremo ita scribit Pomponius *l.* 31. §. 2. *D. h. t.* sine dubio ab eadem causa: *Si vir uxori aream donaverit, & uxor in ea insulam ædificaverit, ea insula sine dubio mariti est: sed eam impensam mulierem servaturam placet: nam si maritus vindicet insulam, retentionem impensæ* (id est, impensæ nomine) *mulierem facturam.* Sic Pomponius: mulierem comparans cum possessore bonæ fidei: cui retentionem ob impensas in rem alienam factas, adversus vindicationem concedi constat: cum malæ fidei possessori, nisi ob impensas necessarias non concedatur *l.* 7. §. 12. *D. de adq. rer. dom. l.* 5. *C. de rei vindic. l.* 1. & 2. *Cod. Gregor. eod. tit. lib.* 3. *tit.* 3.

Exposito, quantum instituto sufficit, Fragmento prioris capitis quod est in *l.* 3. *D. h. t.* age transeamus ad posterius: de quo ita Ulpianus *l.* 32. *d. t. Cum hic status esset donationum inter virum & uxorem, quem antea retulimus; Imperator noster, Antoninus Augustus, ante excessum Divi Severi, patris sui, Oratione in Senatu habita, auctor fuit Senatui censendi, Fulvio Æmiliano & Nummio Albino Consulibus, ut aliquid laxaret ex juris*

juris rigore. Ante quam veniam ad Orationem, notabo, *Juris rigorem* ab Ulpiano hic dici pro juris regula: quam eo verbo etiam alibi designari, ostendi *lib.* I. *Probabil. c.* I & *De usufructu lib.* 2. *c.* II. Hoc obiter. Nunc Orationem videamus. ait, *Fas esse, eum quidem qui donavit, pœnitere: heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejus qui donavit, durum & avarum esse.* Hanc partem prodit Ulpianus *d. l.* 32. §. 2. adfert & pauca alia Orationis verba §. 9. & §. 14. Apparet autem ex illis, donationem inter virum & uxorem factam, donatoris silentio confirmari: *si is prior vita decesserit.* nec de hoc quisquam dubitat, traditione a vivo facta. an idem dicendum sit, si tantum stipulatione sit perfecta, non est una eruditorum sententia. causam dissidio unus præbuit Ulpianus: alio loquens ore in *l.* 23. alio in *l.* 32. § 2. & §. 23. item in *l.* 33. *pr.* & § *ult. D. b. t.* Pacem multi tentarunt frustra. Ipse vix dubito, quin reducturus secum in gratiam sim Ulpianum, Orationis verbis ab ejus mente & sententia distinctis. Igitur quod ad verba attinet: est mihi probabile, his confirmari quidem donationes traditione consummatas: intra stipulationem vero subsistentes, non æque. si vacat, & lubet, vertamus Orationis verba. ajunt, *Fas esse, eum qui donavit, pœnitere.* intelligitur autem (quod post ostendam) pœnituisse non modo is, qui donationem a se factam palam revocat; verum is quoque qui promisit tradere; sed dum vixit, non tradidit, quasi tacita pœnitentia. Deinde putat Oratio, durum atque avarum esse, quod donatum sit, donatario eripi ab herede donatoris forsitan adversus ejus voluntatem. Eripi porro quid potest; nisi ante traditum? Id sic recte animadvertisse Papinianum, mihi persuadeo, & ab Ulpiano indigitari verbis quæ appolui ex *d. l.* 23. *Papinianus recte putabat, Orationem Divi Severi ad rerum donationem pertinere: denique si stipulanti spopondisset uxori suæ, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit.* Aut omnia me fallunt, aut hic sermo hæret circa verba Orationis: eaque si evolvamus, ait Ulpianus, Papinianum putasse & recte, Orationem Divi Severi, quæ fuit communis patris & filii, ut supra monui, tantum confirmare rerum donationes, id est, donationes traditione consummatas: nam de his Orationem loqui dumtaxat: ideoque eas donatario per heredem donatoris vindicatione auferri nulla ratione oportere: sed aliter esse, si maritus uxori stipulanti aliquid promisit, nec tradidit: nam talem donationem Oratione non confirmari: quia de ea non est locuta: ideoque heredem mariti eo casu ad rei promissæ traditionem ab uxore urgeri actione ex stipulatu minime posse: licet maritus, non revocata donatione, decesserit. Cæterum, quod recte putabat Papinianus ex Orationis verbis, id non putavit Ulpianus observandum, considerata Orationis mente. contra is, quod erat benignius, sic accepit Orationem, quasi minus dicat, & plus significet. quod & alibi evenire, in loco memini. Recessit igitur a Papiniano Ulpianus: arbitratus, Orationem voluisse, donatoris morte confirmari donationes, non modo traditione impletas, quod conveniebat ejus verbis strictius acceptis: sed universas, etsi tantum stipulatione perfectas: æquitate in omnibus idem suadente. Huc ivit ille *d. l.* 32. §. 1. sic scribens: *Oratio autem Imperatoris nostri de confirmandis donationibus non solum ad ea pertinet quæ nomine uxoris a viro comparata sunt: sed ad omnes donationes inter virum & uxorem factas: ut & ipso jure res fiant ejus cui donatæ sunt: & obligatio sit civilis.* Sic ille: & vere. Tamen, ut certior esset hæc ejus sententia atque evidentior: idem iterat §. 23. *d. l.* Nec quis mihi objiciat, ab Ulpiano hic non agi de promissione stipulatione facta, qua de præsens lis sit: sed de remissione per acceptilationem facta: in eaque esse speciem quamdam traditionis per brevem manum. id enim etsi nolim inficiari monstrante ratione, & *l.* 43. §. 1. *D. de jur. dot.* item *l.* 10. *D. de condiction. caus. dat. caus. non secut.* tamen me non conturbat: Ulpiano in fine *d.* § 23. sic manifeste proclamante: *Et generaliter universæ donationes quas impediri diximus, ex Oratione valebunt.* Si recte & vere: (ut fas est credi) tam valebunt promissiones ex causa donationis, quam traditiones: quia non magis hæ, quam illæ, Oratione sunt prohibitæ. *l.* 3. §. 10. *D. b. t.* Eodem modo disputat Ulpianus *l.* 33. *pr.* & §. *ult. D. d. t.* priore loco proponitur mulier stipulata esse annuum: posteriore dicitur maritus simile annuum stipulatus. certum Ulpiano est, id a neutro posse peti, constante matrimonio, prohibita inter eos donatione. sed si maritus, manente matrimonio, decesserit, jam ait, posse dici, id est, posse defendi, sine dubio contra Papinianum, stipulationem confirmari ex Senatusconsulto: id est, eam donationem, quamvis sola constantem stipulatione, ex sententia Orationis, decreto Senatus approbatæ. Qua ratione? ait, quia in annuo quoque vertitur donatio; ea vero ut prohibeatur priore Orationis sive Senatusconsulti capite: donatoris morte & silentio ex secundo confirmatur. Quod ex Ulpiano dixi de donatione stipulatione facta, hoc Justinianus Novella 162. *c.* I. observari jubet in donatione nudo pacto facta: in quam similis incidebat dubitatio, non sequuta traditione: postquam ei placuit, donationem posse etiam nudo pacto fieri.

Prolixior fuit superior disputatio: sed ubi hærebat deprehensa subtilitas; curatius demonstrandum fuit, donationes qualescumque Oratione prohibitas, donatoris morte & silentio confirmari. Obtinere autem id demum voluit Oratio, si donator prior decesserit: nam si ei cui donatum sit, ante mors contigerit, contra voluit Oratio, donationem nullius momenti esse. id observat Ulpianus *d. l.* 32. §. 14. & traditum a Diocletiano & Maximiano *l.* 18. *C. b. t.* Inde quæsitum, si ambo decesserint naufragio forte, vel ruina, vel incendio, quid dicamus? & si quidem possit apparere, quis ante spiritum posuit; expedita est quæstio: sin vero non appareat; difficilis est. magis autem putat Ulpianus *d. l.* 32. §. 14. donationem valuisse; & his ex verbis Orationis defendit, *Si prior vita decesserit, qui donatum accepit:* non videtur autem, inquit, prior vita decessisse, qui donatum accepit, cum simul decesserint. Proinde ulterius infert, rectissime dici, utrasque donationes valere, si forte invicem, donationibus factis, simul decesserint: quia neuter alteri supervixerit; licet de commorientibus Oratio non senserit. Sed cum neuter alteri supervixerit, donationes mutuæ valebunt. id ulterius sic probat. nam & circa mortis causa donationes mutuas, id erat consequens dicere, neutri datam condictionem: locupletes igitur heredes donationibus relinquent.

Morte igitur donatoris firmatur inter conjuges donatio: si eum non pœnituerit factæ donationis, conjuge cui donatum sit, adhuc superstite. cum autem duplex mors sit, alia naturalis, alia civilis, ut servitus, & deportatio: utram intelligimus? naturalem. sane, *si donator servus fuerit*

 ef-

effectus privati; ait Ulpianus *d. l.* 32. §. 6. *dicendum esse, non impletam, sed peremptam donationem: quamvis morti servitus comparetur.* Addit: *Proinde & si ipsa in servitutem redigatur, cui donatum est, exstincta erit donatio.* Illud videamus, quid juris sit; si damnatus ac mortuus ex pœna sit maritus vel in servilem conditionem ex pœnæ qualitate sit deductus? jure Pandectarum non confirmabatur donatio. idemque erat; si maritus uxori donaverit, & mortem sibi ob sceleris conscientiam consciverit, vel etiam post mortem memoria ejus damnata sit: revocabitur enim (ut Ulpianus refert *d. l.* 32. §. 7.) donatio: quamvis ea quæ aliis donaverit, (extra uxorem) valeant, si non mortis causa donavit. Et tamen (quod subjicitur §. 8.) si miles uxori donaverit de castrensibus bonis, & fuerit damnatus, quia permissum est ei de his testari, si modo impetravit, ut testetur, cum damnaretur, donatio valebit. nam & mortis causa donare poterit, cui testari permissum. Sic Jure Pandectarum: sed id mutavit Constantinus *l.* 24. *C. h. t.* præcipiens, donationes in hujusmodi casibus esse illibatas: nec alieni criminis infortunio adstringi uxorem: præfatus, quod paternis, maternisve, ac propriis, bonis frui eam, integro legum statuto religiosum sit: & donatio maritalis ante tempus criminis ac reatus in uxorem collata, quia pudicitiæ præmio cessit, observanda sit, tamquam si maritum ejus natura, non pœna subduxerit. Quid, si ei aqua & igne erit interdictum, vel deportatio illata, non tamen mors ex pœna subsecuta? jam vult Constantinus, donationes a viro in uxorem collatas, adhuc in pendente manere: (quia nec matrimonium in hujusmodi casibus dissolvitur) quo modo? ait, ita ut si maritus eas usque ad vitæ suæ tempus non revocarit, ex ejus morte confirmentur: fisco nostro ad easdem res nullam in posterum communionem habituro.

Convalescit igitur morte donatoris inter conjuges donatio; si ante vita non decessit qui donatum accepit. nec tamen vel sic semper, sed si donatorem non pœnituerit donationis: id enim postulat Oratio *d. l.* 32. §. 2. *Fas esse,* inquiens, *eum quidem qui donaverit pœnitere.* Pœnitentiam autem, inquit Ulpianus, §. 3. *d. l.* 3. accipere debemus supremam: id est, eam post quam alia non est. ac proinde si uxori donavit maritus, deinde eum pœnituit, mox desiit pœnitere; dicendum esse putat Ulpianus, donationem valere, ut supremum ejus spectemus judicium: quemadmodum circa fideicommissa solemus, vel in legatis, cum de doli exceptione opposita tractamus, ut sit ambulatoria voluntas ejus usque ad vitæ supremum exitum. Sed ubi donatorem semel pœnituit, revocandi potestatem etiam heredi tribuimus; si appareat, defunctum evidenter revocasse voluntatem. quod si in obscuro sit, proclivior esse debet Judex ad comprobandam donationem. §. 4. *d. l.* Potest autem evidenter revocata videri voluntas, non modo palam verbis, sed tacite quoque rebus & factis: si modo vel ex illis voluntas conjiciatur. potest enim sic, ut in quæstione facti, multiplex incidere deliberatio. Ita in §. 5. *d. l.* Si maritus ea quæ donaverit, pignori dederit: ait Ulpianus, utique eum pœnituisse, licet dominium retinuit. Quid tamen, si hoc animo fuit, ut vellet adhuc donatum? contra ait, donationem valere: & esse talem casum, si fingamus, mulierem in possessionem precariam remansisse, paratamque esse satisfacere creditori. id ulterius sic confirmat. nam si ab initio [ei] rem obligatam hoc animo donasset, dicerem, vim habere donationem, ut parata satisfacere mulier haberet doli exceptionem. quinimo & si satisfecisset, potuisse eam per doli exceptionem consequi, ut sibi mandentur actiones. Superiori exemplo addam aliud, non minus aptum ex §. 10. *d. l.* 32. Ecce: divortium post donationem intercessit. mortuus deinde est donator; aut qui donum accepit, prior decessit. quid dicimus? Ulpianus, *Veteri*, inquit, *juri statur.* id vero sic interpretor; quasi dicat, veteri juri stari potest. primum, quia similiter locutos alibi fuisse Veteres in *l.* 41. *D. de pign. act. & l.* 13. §. *ult. D. de his qui not. infam.* notavi supra ad eum *Tit.* & *lib. sing. De form. emendand. dol. mal. c.* 12. Deinde convenit ea interpretatio sequentibus Ulpiani verbis alium sensum non admittentibus in *d.* §. 10. *Hoc est, si maritus uxori donatum vult, valeat donatio. quod si non vult, exstinguitur. plerique enim cum bona gratia discedunt, plerique cum ira sui animi & offensa.* Sensus est: si post donationem a marito factam, secutum est divortium, aut prior decesserit maritus: potest fieri; ut donatio donatoris morte confirmata, etiam ut revocata intelligatur: est enim facti quæstio. in qua refert, utrum bona gratia factum sit divortium; an cum ira animi & offensa, id est, per indignationem. hoc casu non præsumitur perseverasse voluntas: illo contra. Quid ergo, si divortium factum est, deinde matrimonium restauratur, & in divortio vel mutata est voluntas, vel eadem duravit, restaurato tamen matrimonio, & voluntate donatoris reconciliata: an donatio duret? hæc quæstio tractatur *d. l.* 32. §. 11. & ait Ulpianus, defendi posse valere *d. l.* 32. §. 11. quid, si non divortium intercesserit, sed fribusculum. Isidorus *lib.* 9. *c.* 8. Fribolum, inquit, est, cum eo animo separantur, ut rursum ad se invicem revertantur. Papinianus *l.* 31. *D. de jur. dot.* jurgium vocat, idemque similiter distinguit a divortio. quid ergo, si non divortium intercesserit, sed fribusculum: an valebit donatio secuta morte donatoris? Ulpianus profecto, inquit, valebit, si fribusculum quievit *d. l.* 32. §. 12. Videamus, si mulier & maritus diu seorsum habitaverint, sed invicem habuerint honorem matrimonii. quod esse interdum & inter Consulares personas subsecutum, constat. Duplex quæstio est: una, an vivo donatore substiterit donatio inter eos facta: altera, an ex postfacto convalescat, si donator prior decesserit? prius negat Ulpianus: præfatus, quod duraverunt nuptiæ; ac manserunt vir & uxor, durante maritali affectione; etsi interim non coïerint corpore. posterius affirmat nulla addita ratione: sed mihi visum est, benigne præsumpsisse Ulpianum, perseverante honore & affectione maritali etiam donandi voluntatem perseverasse *d. l.* 32. §. 13.

Hactenus dixi de viro & uxore. Sed Oratio (quod in *d. l.* 32. §. 16. observat Ulpianus) non solum illos complectitur, sed etiam cæteros qui propter matrimonium donare prohibentur: ut puta, socer donat nurui, vel contra; vel socer genero vel contra; vel consocer consocero qui copulatos matrimonio in potestate habent: nam ex mente Orationis his quoque omnibus permissum esse in eundem casum donare, Ulpianus ait, & ita Papinianum sensisse: sic enim scribere; Socer nurui vel genero donavit: postea filius ejus vel filia, constante matrimonio, vita decessit. quanquam vitium donationis perseveret, tamen si socer nullam quæstionem donationibus intulit, post mortem ejus contra heredes Orationis sententia videtur intervenire. nam quæ ratio dona-tio-

tionem prohibuit, eadem beneficium datum imploravit. Ut igitur valeat donatio ista, ait Ulpianus, Papinianum exigere, ut & filius ejus qui donavit, ante decesserit, & socer postea, durante voluntate.

Inde quæritur in *d. l.* 32. §. 18. *& seqq.* quid juris sit, si nurus socero donaverit? primum ait Ulpianus, quod est consequens Orationi, mortem nurus & perseverantem in supremam diem voluntatem ejus spectare nos oportere. deinde hinc infert, si socer decesserit ante nurum, extinctam donationem esse, quasi Oratione non confirmatam. Illud difficilius Ulpiano accidit, quid dicamus, si socero mortuo, maritus uxori supervixisse dicatur. quærit enim; an, quia maritus vixit post uxorem, admittamus, donationem vim habere? causa dubitandi, quod finita est donatio socero a nuru facta, postquam est mortuus socer, licet ei supervixit maritus. nec repugno, si ad rigorem Orationis deflectamus. Sed hunc infringit Ulpianus: arbitratus, si quidem maritus solus socero heres extitit, posse defendi, quasi morte soceri finita quidem sit vetus donatio ei a nuru facta: sed ea, si revocata non est, marito possit servari tamquam nova, in eum ab uxore denuo collata. Ita Ulpianus, si quidem filius patri solus heres sit. at si non sit: magis putat, finitam esse donationem; & nova ratione. sic loquitur: eam vero, mea opinione non ad posteriorem istius distinctionis partem; sed ad utramque referri oportet. Ita putemus, nova illa ratione obtineri: ut si filius solus sit patri heres; intelligatur consequens esse conjugali affectui, voluisse mulierem, donationem socero factam, eo mortuo apud maritum remanere: sin extraneus socero sit heres, quasi deficiente causa talis affectionis, ad se reverti. Hoc in §. 18. Ulpianus. Porro in §. 19. silere noluit, si socer, accepta a nuru donatione, ei nuncium miserit mariti nomine, etiam sic irritam fieri donationem, quasi ex causa missi nuncii nurus pœnitentia revocatam. Aliquis dicat, matrimonium concordantibus viro & uxore, ut ut maxime diremptum velit pater, nihilominus comprobatum esse, id est, subsistere Rescripto Imperatoris Antonini & D. Patris ejus, ut demonstrabo alibi. & hoc fatetur Ulpianus; quatenus ad virum & uxorem attinet. sed quod ad ipsos inter quos donatio facta est, finitum, inquit, est matrimonium, & quidem per indignationem: ut merito revocata inter eos habeatur donatio: quamvis matrimonium inter virum & uxorem retineatur eorum consensu. Sic censeo, & emendationem quam tentat Jacobus Cujacius *lib.* 25. *Observ. c.* 9. parum esse necessariam.

Satis de Oratione qua donatio inter virum & uxorem morte donatoris confirmatur: nisi illum pœnituerit donationis; aut persona cui donatum sit, ante donatorem decesserit. Saltem addam, Justinianum præter hæc noviter constituisse *l.* 25. *C. h. t.* hanc donationem, si excedat summam quingentorum solidorum, tum demum convalescere donatoris morte & silentio, si actis sit insinuata, aut alioquin testamento donatoris confirmata.

Titulus II.

De divortiis & repudiis.

Expositis modis quibus contrahatur matrimonium, tempestivum est cogitare, quibus solvatur. Duos enumerat Quintilianus *Declam.* 347. *Matrimonium*, inquiens, *duobus generibus solvitur, aut repudio aut morte alterius.* Plures adducit Paulus *l.* 1. *D. h. t.* sic scribens: *Dirimitur matrimonium divortio, morte, captivitate, vel alia contingente servitute utrius eorum.* Sed nulla pugna erit: si putemus, a Quintiliano sub morte etiam servitutem, sive captivitate, sive aliter contingat, contineri. nam & deportatio eo verbo comprehendi potest *l.* 63. §. 10. *D. Pro socio.* primum solvitur matrimonium morte: & sit inde marito, mortua uxore, statim jus transire ad secundas nuptias. Similiter licet uxori, mortuo marito, alii nubere: non tamen statim, sed demum post annum luctus. alioquin infamis est: ut supra traditum sub Titulo *De his qui notant. infam.* sunt & aliæ pœnæ *l.* 1. *C. de secund. nupt.* quæ possunt ibi videri. post annum luctus integra etiam mulieri est libertas ad secunda vota venire. tantum, si superstites ei ex priore viro sint liberi, est officium legis, providere; ne his noceatur odio, avaritia, stultitiave novorum conjugum. sæpe id evenire, experiundo compertum est: eoque plenam æquitatis esse hanc cautionem, negari nequit. exempla sunt nota ex *l.* 3. *& seqq. C. de secund. nupt.*

Altera causa solvendi matrimonii Paulo est captivitas *d. l.* 1. ita nil mirum, Tryphonino *l.* 12. §. 4. *D. de captiv.* captivi uxorem, tametsi maxime velit, & in domo ejus sit, non tamen videri in matrimonio esse. quin puto, etiam fuisse ei jus nubendi alii. atque in hanc sententiam me ducit Ulpianus *l.* 45. §. *ult. D. de rit. nupt.* qui secutus auctoritatem Juliani ait, in persona libertæ esse jure singulari receptum; ne ipsa patrono capto, haberet connubium. Verba Ulpiani in omnibus editionibus corrupta circumferuntur: sed ea emendavi *lib.* 2. *Observ. c.* 6. nec dubito, quin vere. Atqui *l.* 6. *D. h. t.* quæ ipsius Juliani est, generaliter ait, uxores eorum qui in hostium potestatem pervenerunt, quamdiu certum est, maritum vivere, videri nuptarum locum retinere; nec posse migrare ad aliud matrimonium; nisi ipsæ malint causam repudii præstare: quod si in incerto est, an vivus apud hostes teneatur, vel morte præventus, tunc si quinquennium a tempore captivitatis excesserit, licentiam habere mulierem ad alias migrare nuptias. Sed putemus, numquam fuisse Juliani sententiam: quam hodie indicant *d. l.* 6. verba: sed esse Justiniani ex *Novell.* 22. *c.* 7. inflexa a Triboniano. prorsus ita est: quod Julianus dixerat singulare esse in liberta, id a Triboniano generaliter traditur de omnibus mulieribus. Ac simile evenit Paulo in *l.* 8. *D. de captivis:* in qua adjecta a Triboniano ex *eadem Novella* sunt verba, *post constitutum tempus.* quod est quinquennii in *d. c.* 7. & inde quoque in *d. l.* 6.

Tertia causa solvendi matrimonii est servitus alterutri conjugi ob aliam causam, quam captivitatem obveniens *d. l.* 1. *h. t.* fac: libertus a patrono in servitutem revocatur tamquam ingratus. fac: servus pœnæ efficitur atrocitate sententiæ §. 1. *Inst. de cap. minut.* sed servitute pœnæ novo jure sublata, hodie matrimonium hac dirimi desiit *l.* 24. *& Auth. Sed hodie C. de don. int. vir. & uxor.* Servituti jungamus deportationem. nam & hæc tollit civilem libertatem: sicut servitus tollit naturalem. nuptiæ autem justæ tantum contrahuntur inter cives Romanos: inter cives &

& peregrinos non æque: quia inter eos non est jus connubii: ut demonstravi sub Titulo *De ritu nuptiarum.* Tolluntur igitur justæ nuptiæ deportatione, sicut tolluntur servitute. ita sine dubio exponendus Paulus *l.* 56. *D. Solut. matrim.* alia ratione exponi nequit. est autem ita jus: nisi mulier post viri deportationem retineat animum uxoris: ut observatur in matrimonio quod est contractum jure gentium: cujus capax est deportatus *l.* 17. §. 1. *D. de pœnis. l.* 15. *D. de interdict. & releg.* Non longe petam argumenta. Sic palam Constantinus *l.* 24. *C. de donat. int. vir. & ux.* & ante Ulpianus *l.* 5. §. 1. *D. de bon. damn.* optima ratione, (quæ & Alexandro placet *l.* 1. *C. h. t.*) ea ratio est: quod cum libera mulier remaneat, nihil prohibet, & virum mariti affectionem, & mulierem uxoris animum, retinere.

Quarta causa solvendi matrimonii est divortium: dictum (ut in *l.* 2. *h. t.* ait Gajus) vel a diversitate mentium, vel quia in diversas partes eunt qui distrahunt matrimonium. id divortium alias vocatur repudium: quamquam accurate loquentibus, inter utrumque est differentia; forte observata in Rubrica, *De divortiis & repudiis.* ea differentia est; quod divortium inter virum & uxorem fieri dicitur; repudium vero sponsæ remitti videtur: quod & in personam uxoris non absurde cadit *l.* 101. *D. de verb. signif.* non recte autem sponsa divortisse dicitur *l.* 191. *D. eod. tit.* Potest porro divortium definiri, legitima viri & mulieris separatio, facta hoc animo; ut numquam redintegretur matrimonium. Ea definitio intelligitur his Pauli verbis *l.* 3. *D. h. t. Divortium non est, nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem fit.* Nisi legendum, quod quosdam malle, ait Albericus Gentilis *lib.* 6. *De nuptiis c.* 1. *Divortium verum non est.* Sed assentior existimanti, eos errare; nec esse Jure Civili divortium, nisi verum: ut optime Paulus *d. l.* 3. servata communi lectione: quam & confirmant Imperatores *l.* 3. *C. h. t.* Scio; Juris Canonici Interpretes, quos inter Didacus Couvarruvias *tom.* 1. *p.* 2. *c.* 7. §. 4. *De divort. & matrim. dissol. p.* 191. duplex fingunt divortium: unum separat conjugum consuetudinem: id est, ut ajunt, thorum & mensam sub perpetua spe conciliationis: alterum abrumpit matrimonii vinculum. Sed hæc distinctio Veteribus Jureconsultis est incognita. æstimant illi nuptias individua consuetudine: divortium perpetua dissensione. & (quod observat Gentilis) passim dicunt, matrimonium divortio dirimi, distrahi, dissolvi *l.* 1. *l.* 2. *l.* 6. *l. ult. D. & l.* 8. *C. h. t.* Ipse addam, hoc adeo verum esse, ut lege Papia Poppæa conjuges, facto divortio, non modo non jubeantur abstinere a secundis nuptiis: verum e contrario cogantur, alias contrahere. Id annotavit Justus Lipsius, ad Tacitum *lib.* 3. *Annal. Excurs. lit. C. p.* 514. Et in jure exemplum iterati post divortium matrimonii *l.* 64. *D. de don. int. vir. & uxor.* Etiam apud Juvenalem *Satir.* 6. *vers.* 146. est,

——— ——— ——— ——— *Exi*
Ocyus, & propera: sicco venit altera naso.

Similiter Apulejus *lib.* 5. *Metamorph.* in fabula de divortio Cupidinis & Psyches. *Tu quidem*, inquit, *ob istud tam dirum facinus confestim thoro meo divorte, tibique res tuas habeto. ego vero sororem tuam & nomen quo tu censeris ajebat, jam mihi confarreatis nuptiis conjugabo. & statim Zephyro præcipit, ultra terminos me domus ejus afflaret.* Mitto hæc, audi Senecam *lib.* 3. *De benefic. c.* 16. *Numquid jam ulla repudio erubescit, postquam illustres quædam ac nobiles fœminæ, non Consulum numero, sed maritorum annos suos computant, & exeunt matrimonii causa, nubunt repudii.* Aliquis dicat interdum secubuisse aut separatim habitasse conjuges etiam illustres. Non ignoro, imo scio, Suetonium de Tiberio sic scribere *in ejus vita c.* 8. *Cum Julia primo concorditer & amore mutuo vixit: mox dissedit & aliquanto gravius, ut etiam perpetuo secubaret, intercepto communis filii pignore.* Verum hoc cum fieret, non idcirco repudium aut divortium dicebatur, sed frigusculum, & nihilominus ratus erat maritalis affectus & honor matrimonii. Huic rei argumentum: quod Suetonius Juliæ repudium demum ex auctoritate Augusti remissum deinde esse, memorat *c.* XI. Simile in *Nerone c.* 35. *Octaviæ consuetudinem cito aspernatus, corripientibus amicis, sufficere illi debere respondit uxoria ornamenta. Eamdem mox sæpe frustra strangulare meditatus dimisit ut sterilem.* Sic Suetonius; & consentientem habet Ulpianum *l.* 32. §. 12. *&* 13. *D. de donat. int. vir. & uxor.* Interim non inficior, fuisse aliquando, ubi divortium intervenit; nec ob id diremptum fuit matrimonium. incurrit talis casus *l. unic. D. Unde vir. & uxor.* in liberta quæ divortit ab invito patrono. quo in casu non observato modo quem in divortiis observari oportet, non habetur divortium: utique favore patroni, non consentientis: quamquam habeatur in pœnam libertæ lege prohibente agentis, ut matrimonium solveret. hac ratione negat *d. l.* Ulpianus illi esse successionem ex Edicto Unde vir & uxor; etsi non habeat jus connubii cum alio: & in *l.* 11. *D. h. t.* negat, eam, ut ut solutum sit matrimonium, habere de dote actionem: quasi adhuc nupta esse videatur *l. pen. D. Ad Leg. Jul. de adult.* Simile quid in *l.* 32. §. 19. *D. de donat. int. vir. & uxor.* Sed de hoc loco dictum sub eo Titulo.

Nunc attingam modum in divortiis observandum. aliquem fuisse ab Augusto positum, indicat Suetonius *in ejus vita c.* 34. eumque esse traditum Lege Julia de adulteriis, auctor est Ulpianus *d. l. unic.* §. 1. & confirmat Paulus Inscriptione *l.* 9. *D. h. t.* quamquam hunc forte attigerit quoque Lex Julia & Papia: ut in *Notis ad caput* XX. *Leg. Jul. & Pap. De marit. ordin. p.* 334. *& seq.* observavit ex *l.* 11. *D. h. t* Jacobus Gothofredus. Sed qualiscumque fuerit illa Lex; desiderat inter alia libellum repudii. hunc enim mitti oportere, constat ex *l.* 7. *D. h. t.* ac fuerunt, quod ex Gajo intelligitur, recepta in eo solemnia verba, Tuas res tibi habeto, tuas res tibi agito. illa in divortio: in sponsalibus ista, Conditione tua non utor *l.* 2. § 1. *&* 2. *D. h. t.* Debuit porro is libellus mitti, adhibitis septem testibus civibus Romanis puberibus, præter libertum ejus qui erat divortium facturus, sive ab ipso esset manumissus, sive a patre, avo, proavo, & cæteris sursum versum. Hoc modo divortium fieri oportere, & nullum aliter ratum esse, observat Paulus *l.* 9 *D. h. t.* nec omittendum esse, putavit Gajus *l* 2. §. 3. *D. h. t.* nihil interesse, utrum ipsi præsenti renuncietur, an absenti per eum qui in potestate ejus sit, cujusve is, eave sit in potestate. Ita Phæbo cuidam non male rescriptum a Diocletiano & Maximiano *l.* 6. *C. d. t. Licet repudii libellus non fuerit traditus vel cognitus marito, dissolvitur matrimonium.* Videlicet, quia sufficit, contestationem de solvendo per divortium matrimonio esse factam coram testibus de quibus dixi, & inde libellum repudii per libertum esse missum ad domum conjugis.

Postremo debuisse divortium etiam in acta publi-

blica referri, annotavit Justus Lipsius ad Tacitum *lib. 5. Annal. Excurs. Lit. A.* & jussu Caligulæ factum hoc esse, memorat Suetonius *in ejus vita c.* 36.

Quod attinet ad personas a quibus mittantur repudia; cautum fuit Lege Julia de maritandis ordinibus (ut est apud Ulpianum *l. unic. D. Unde vir & uxor*) ne divortii faciendi causa libertæ sit potestas a patrono invito discedere: & si contra faciat, ne sit ei jus connubii cum alio: modo patronus & uxorem esse, velit, & patronus duret: nam si aut patronus esse, aut velle, desierit; finita est Legis auctoritas *l. 11. pr. & §. 1. D. h. t. d. l. unic. §. 1.* plane, si ex causa fideicommissi manumissa sit liberta: tunc potest ab eo discedere, licet ejus liberta sit *l 10. D. h. t.* Mitto libertam: simul Legem Juliam expositam plene a Barnaba Brissonio *De jure connubiorum pag.* 161. *& seqq.*

De parentibus videamus; & primum de matre; de hac Pisoni cuidam sic rescribunt Diocletianus & Maximianus *l. 4. C. h. t.* Filiæ divortium in potestate matris non est. Idem in *l. 5.* affirmant illi Principes de patre, si filia sit emancipata: nam eum ne hujus quidem divortium in potestate sua habere. Quid, si liberi sint in ejus potestate? Jam divortii arbitrium patris jure civili esse, negari nequit, quamvis ignorantibus aut invitis liberis. exemplum tale apud Suetonium, *Tiberio c. 11. Comperit deinde Juliam uxorem ob libidines atque adulteria damnatam, repudiumque ei suo nomine, ex auctoritate Augusti, remissum: & quamquam lætus animo, tamen officii duxit, quantum in se esset, exorare filiæ patrem frequentibus literis, & vel utcumque meritæ, quidquid umquam dono dedisset, concedere.* In hoc exemplo patri fuit causa, cur dissolutum vellet matrimonium. Sed quid, si nulla esset, matrimonio forte concordante & liberis subnixo? adhuc potuit hoc, quantumvis ejus voluntate contractum, jure patriæ potestatis dissolvere. Duram rem & iniquam narro. verissimam tamen fuisse, testantur ex Comicis adductæ a Cujacio *ad Nov.* 22. querelæ filiarum, se ab optimis & concordantibus maritis sine causa avelli sola spurcitia, id est, crudelitate, patrum quorum in potestate sint. His exemplis addam ego sequens ex Apuleji *Apologia p.* 308. *Ni ita faciat, injicit scrupulum amanti adulescentulo veterator, minatur se filiam abducturum.* Duravit porro is rigor patriæ potestatis usque ad D. Pium: qui primus ei injecit modum; vetans (quod nos docet Paulus *lib. 5. Sentent. tit. 6. §. 15.*) matrimonium bene concordans a patre separari. Sed huic temperamento non cessere prævalidi mores. igitur quod inchoavit D. Pius, absolvit D. Marcus. Meminere Diocletianus & Maximianus *l. 5. C. h. t.* Schyroni cuidam ita rescribentes: *Dissentientis patris qui initio consensit matrimonio, cum marito concordante uxore filiafamilias, ratam non haberi voluntatem Divus Marcus pater noster, religiosissimus Imperator constituit: nisi magna & justa causa interveniente hoc pater fecerit. Invitam autem ad maritum redire, nulla juris præcipit constitutio. Emancipatæ vero filiæ pater divortium in arbitrio suo non habet.* Huic Rescripto Diocletiani & Maximiani si jungatur Justiniani *Novella 22. c. 19.* (nam eo respicit) nimis apparet, in primis D. Marco deberi: quod obtinuit; ne pater, volens matrimonium suæ filiæ, prætextu patriæ potestatis turbare, audiatur, nisi justa & probabili ex causa, cur faciat: etsi jure civili posset vel sine causa facere sola spurcitia; ut Afranius ait apud Nonium *c. 4. in verbo, Spurcum.* Mea opinione, huc quoque intendit Ulpianus *l. 1. §. ult. D. de liber. exhib. Certo*, inquiens, *jure utimur, ne bene concordantia matrimonia jure patriæ potestatis turbentur.* Ante D. Marcum erat adhuc incertum hoc juris temperamentum, non peræque recepta D. Pii Constitutione. sed post Constitutionem D. Marci ait Ulpianus, certo jam jure nos uti, non esse indulgendum patri, volenti bene concordantia matrimonia turbare; prætextu patriæ potestatis: cum præsertim etiam sic rescripserint Severus & Antoninus *l. 32. §. 19. D. de donat. int. vir. & uxor.* Subjicit Ulpianus *d. l. 1. §. ult.* pulchre ac commode: *Quod tamen sic erit adhibendum, ut patri persuadeatur, ne acerbe patriam potestatem exerceat.* Ulpianus hac parte indigitat, D. Marcum pro sua humanitate voluisse, rigorem juris inflecti non directo, sed adhibito schemate persuasionis: quo potius sponte, quam coactus, videretur pater desistere de suo jure: quod alioquin legibus poterat etiam acerbe exercere. Hunc morem D. Marci, mollientis veterem rigorem in præsente specie, & alias, indicavi jam *lib. 1. D. usufruct. c. 8. ad fin.*

Cæterum præteriri non oportet, inquiri facto divortio solere, essetne justa ex causa, an sine justa causa factum. ac si nulla liqueret causa; locum fuisse pœnis injusti repudii. has attingit Paulus *l. 8. D. de captivis.* enumerat Ulpianus *tit. 6. §. 12.* verbis sequentibus: *Morum nomine graviorum quidem sexta retinetur: leviorum autem octava. graviores mores sunt adulteria tantum, leviores omnes reliqui. Mariti mores puniuntur in ea quidem dote quæ annua, bima, trima die reddi debet, ita, propter majores mores præsentem dotem reddit: propter minores senum mensum die. in ea autem quæ præsens reddi solet, tantum ex fructibus jubetur reddere, quantum in illa dote quadriennio redditur. quod repræsentatio facit.*

Hæ pœnæ petebantur judicio de moribus. sic vocatur in *Rubrica C. h. t.* Quintiliano *lib. 4. Instit. orat. c. 2.* item *lib. 7. c. 3. & 4.* dicitur actio malæ tractationis. ejus vestigia extant in *l. 5. D. de pact. dotalib. l. 15. §. 1. l. 39. l. 47. D. Solut. matrim.* Solet vero alter hac actione alterius mores accusare: divortii culpam a se avertens. exitus erat nocentis condemnatio ad præstandam innocenti pœnam. quod si uterque videretur repudii causam dedisse: ait Papinianus *l. 39. D. Solut. matrim.* vel hoc solitum pronunciari; itaque accipi debere: ut ea lege quam ambo contempserunt, neuter vindicetur: paria enim delicta mutua pensatione tolli. sed hoc exposui supra sub Titulo, *De compensationibus.* Quæ dixi, obtinuere usque ad Principatum Constantini: qui in *l. 1. Cod. Theod. h. t.* primus divortii causas ex incertis atque arbitrariis, quales omnes erant, fecit certas & definitas: rejectis aliquot levioribus: quales erant, si mulier marito repudium mittat ebrioso aut aleatori aut mulierculario. solum jussit inquiri, an homicidam, vel medicamentarium, id est, veneficum, vel sepulchrorum dissolutorem, maritum suum esse probaverit. & si ob alia crimina præter hæc tria, marito miserit repudium; vult, eam usque ad acuculam capitis in domo mariti deponere, & in insulam deportari. Similiter vetat, maritos per quascumque occasiones uxores dimittere. tantum hæc tria admittit crimina: si sit mœcha, vel medicamentaria, vel conciliatrix, id est lena: & si ab his liberam ejecerit; jussit, eum omnem dotem illi restituere, & aliam non ducere. quod si contra fecerit; dat priori conjugi facultatem ejus domum invadere, & omnem dotem posterioris uxoris ad semetipsam transferre pro injuria sibi

illata. Hanc Constantini Legem, procedente tempore, excepit Constitutio Honorii, Theodosii, & Constantii *l.* 2. *Cod. Theod. d. t.* quæ potest videri: plura enim habet, quam ut ejus summa hic inseri possit. Potius dicam: quod a superioribus postea recessere Theodosius & Valentinianus *l.* 8. *C. h. t.* positis novis causis, & novis pœnis. causas a parte mulieris signarunt in §. 2. & a parte mariti in §. 3. quibus in *l.* 10. Justinianus unam adjecit a parte mulieris: & a parte mariti tres in *l.* 11. §. 2. quamvis postea omnes contraxit, abscissis, ut ait, nonnullis quæ ad solvendas nuptias indignæ videbantur *Novell.* 117. *c.* 8. *&* 9. Quod attinet ad pœnas novas: Theodosius & Valentinianus *d. l.* 8. §. 4. has ponunt mulieri; ut ipsa dans divortio causam, amittat dotem & donationem propter nuptias; ac ne alteri nubat intra quinquennium sub pœna infamiæ, si contra faciat. viro autem, si ejus culpa arguatur, in §. 5. eamdem ponunt pœnam: præterquam quod huic relinquunt jus, statim alteram ducere uxorem. Sic quidem illi. At Justinianus *d. l.* 11. addidit; ut, si neque dos esset, neque donatio propter nuptias; tum is qui causam divortio præbuisset, alteri persolveret quartam bonorum partem; modo ne egrediatur ultra centum auri libras. quamquam vel hoc rursus ab eo mutatum jure posteriore: mira inconstantia: quam licet animadvertere *Novell.* 22. *c.* 15. §. 3. *& c.* 16. idem *Novell.* 117. *c.* 13. *& Novell.* 134. *c.* XI.

Repudii pœnis & causis ita definitis, deinceps supervacuum erat judicium de moribus, ideoque ut parum frequentabatur, ita sublatum a Justiniano *d. l.* 11. *in fin. C. h. t. & l. unic.* §. 5. *C. de rei uxor. act.*

Præter divortium ex indignatione de quo egi hactenus, fuit aliud quod dicebatur fieri bona gratia. cum enim consensu contraheretur matrimonium, non putabatur esse a ratione alienum, id contrario consensu solvi; si non commode posset retineri. Utriusque divortii meminit Ulpianus *l.* 32. §. 10. *D. de donat. int. vir. & uxor.* his verbis: *Plerique enim cum bona gratia discedunt. plerique cum ira sui animi & offensa.* At non ut in divortio per indignationem, ita in divortio quod bona gratia fit, necessaria fuit allegatio justæ causæ: contra suffecit consensus conjugum a matrimonio discedentium. quamquam licuit volentibus causam allegare aliquam: uti propter sacerdotium, vel sterilitatem, vel senectutem, aut valetudinem, aut militiam. hæ enumerantur in *l.* 60. §. 1. *l.* 61. *& l.* 62. *D. de donat. int. vir. & uxor.* ac ne omnium dem exempla: petam sacerdotio aliquod a Tertulliano *lib.* 6. *De monogamia c. ult.* Verba Tertulliani: *Ceteris sacerdotes viventibus etiam viris & consentientibus, amica separatione viduantur.* Quod vero propter militiam bona gratia fieret divortium, ejus forte hæc erat ratio: quod militibus ex disciplina militari adhuc non licebat uxores jure Pandectarum habere: ut suo more erudite ad præsentem locum tradit Vir CL. Justus Lipsius, ad Tacitum *lib.* 14. *Annal. c.* 16. *n.* 79.

Sic tenes jus quod fuit usque ad Principatum Theodosii & Valentiniani. sed ab his mutatum *l.* 8. *C. h. t.* abrogato in favorem liberorum divortio bona gratia, id est, mutuo consensu fieri solito. altera divortii species, quod fiebat misso repudio, sive per indignationem, adhuc permissum: quamquam non sine causa, atque ipsa demum certa & definita *d. l.* 8. §. 1. *& seqq.* Sed divortium communi consensu viri & mulieris factum quo nulla continetur causa ex his quas in *d. l.* 8. posuerunt Theodosius & Valentinianus, deinde approbatum rursus ab Anastasio *l.* 9. *& seq.* Justinianus tamen id indulsit tantum ex certis causis *Novell.* 22. *c.* 4. *& seqq.* idem, rursus, præterquam ob castitatem, improbans *Novell.* 117. *c.* 10. & penitus *Novell.* 134. *c.* 11. Justinus vero Justiniani ex sorore nepos id reduxit *Novell.* 140.

Satis de divortiis & repudiis ex forensi usu. De Christiana religione quæritur: an debuerit hunc Titulum a republica amovere, reverentia præceptorum Domini apud Matthæum *c.* 19. & Marcum *c.* 10. quibus possit, Judice Ecclesia, prohibitum videri divortium quod solvat matrimonii vinculum. Sed jam olim sedit V. CL. Andreæ Alciato *lib.* 6. *Parerg. c.* 20. defendere Justinianum: quod dicit, Ecclesiam illo tempore & aliquanto postea putasse, divortia verbis Euangelii non prohiberi, dum fiant justa ex causa; etsi in Euangelio dicatur, quod Deus conjunxit, homo ne separet: nam ab hominibus justa ex causa factum, a Deo fieri intelligi *c. quos Deus* 33. *q.* 1. Sic Alciatus, & verissime. Cæterum, quæ sit talis justa causa, adulterii sola, an etiam qualiscumque alia æque gravis; non est una Eruditorum sententia. tu, si sapis, vide sis Viros Eximios, Johannem Seldenum *uxor. Hebraic. lib.* 3. *c.* 22. *& seqq.* Hugonem Grotium Notis *ad Matthæum c.* 5. §. 32. & Johannem Barbeyracum *Notis Gallicis ad Opus De jure belli & pacis lib.* 2. *c.* 5. §. 9. *pag.* 283. *& seqq.*

TITULUS III.

Soluto matrimonio dos quemadmodum repetatur.

In Actione rei uxoriæ per quam hoc Titulo fit dotis repetitio, primum quæritur, quando ea repetatur: deinde per quem: tum a quo: post quarum rerum fiat repetitio: denique quando cesset, aut minuatur. Primam deliberationem expedit Rubrica, *Soluto matrimonio dos quemadmodum repetatur.* Indicat ea, dotem repeti soluto matrimonio. & recte: nam eo constante tantum abest, ut possit repeti: ut ne ultro quidem solvi possit: solutione habitura speciem donationis inter conjuges vetitæ *l. unic. C. Si dos constante matrim. sol. fuer.* Non tamen est hoc sine exceptione. Paulus certe *l.* 73. §. 1. *D. de jur. dot.* sic scribit: Manente matrimonio, non perdituræ uxori ob has causas dos reddi potest: ut se suosque alat; ut fundum idoneum emat; ut in exilium, ut in insulam relegato parenti præstet alimonia; aut ut egentem virum, fratrem, sororemve sustineat. præter has causas est & alia apud Scævolam *l. ult. D. eod. tit.* Dotis igitur repetitio solutioque regulariter fit soluto matrimonio. Sed quemadmodum? accipe ab Ulpiano in *Fragm. tit.* 6. §. 8. ita scribit: *Dos si pondere, numero, mensura contineatur, annua, bima, trima die reddetur; nisi si, ut præsens reddatur, convenerit. reliquæ dotes statim redduntur.* Hoc ille ex usu sui temporis. sed mutatum a Justiniano *l. unic.* §. 7. *C. de rei uxor. act.* ex eaque interpolatus a Triboniano est Ulpianus *l.* 1. §. 2. *D. de dot. prælegat.* pro *annua, bima, trima die* posita *annua die.*

Sequens inspectio erit, per quem fiat dotis repe-

petitio. Hic vero refert, utrum profectitia, an adventitia dos sit: præterea utrum matrimonium solvatur morte mulieris, an divortio. primum si matrimonium mulieris morte solvatur: placuit, dotem profectitiam, etsi de eo nihil sit conventum, ipso jure ad patrem a quo profecta est, reverti: quintis in singulos liberos in infinitum relictis penes virum. Sic Ulpianus *d. tit.* 6. §. 4. & optime, ut videtur, Pomponio *l.* 6. *D. de jure dotium:* præfato, jure esse patri succursum, ut filia amissa solatii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta: ne & filiæ amissæ, & pecuniæ damnum sentiret. Aliquis hoc concedat, muliere in patris potestate existente: non item, si fuerit emancipata. & fundamentum ei, quod Apollonio cuidam sic rescripsit Alexander *l.* 4. *C. h. t. Dos a patre profecta, si in matrimonio decesserit mulier filiafamilias, ad patrem redire debet.* Sed ego huic qui sic censeat, non assentior: cum ratio patrem consolandi restitutione dotis tam justa sit amissa filia emancipata, quam in potestate existente. Sed generalis sermo cum Ulpiani, tum Pomponii *dd. locc.* hanc distinctionem non agnoscit: imo hanc refutat Ulpianus *l.* 5. *D. de divort. & repud.* Pomponius *l.* 10. *D. h. t.* & Paulus *l.* 71. *D. de evict.* Nec resistit *d. l.* 4. Alexander: quia in ea non constituit generale jus, facile admissurum a contrario argumentum: sed rescribit ad factum in quo mulier proponebatur in matrimonio mortua esse filiafamilias: idem rescripturus, si eum Consultor de filia emancipata rogasset. hujusmodi vero casu non esse argumento a contrario locum, jam sæpius animadversum est. idque vel eo monendum fuit: ut liqueret, non esse opus emendatione Antonii Goveani V. CL. *lib.* 2. *Var. lect. c.* 4. existimantis, verbum, *filiafamilias*, in *d. l.* 4. pro spurio esse expungendum. Sed apparet, quod dixi, muliere in matrimonio mortua, dotem profectitiam ad patrem reverti sine discrimine, utrum sit filiafamilias, an emancipata. Nisi forte aliter convenerit: ut sunt tales casus *l.* 26. & *l.* 12. *D. de pact. dot.* ipsi non sine ratione: nam cum in honorem patris, & pro solatio ejus placeat, ei restitui dotem profectitiam: quid ni renunciet, si velit, favori pro se introducto pater? Superiori exceptioni addo sequentem apud Marcianum *l.* 8. §. *ult. D. de bonis damnat.* in his verbis: *Si pater qui pro filia dotem dedit, damnetur: nihil competit fisco, etiamsi in matrimonio postea filia decesserit. quo casu alias dos profectitia rediret ad patrem. manebit ergo penes virum. Nisi* (quod ex Callistrato subjicitur *l.* 9.) *probetur, patrem metu condemnationis in fraudem fisci filiis prospexisse.* Mortua igitur in matrimonio muliere, dos profectitia ad patrem a quo profecta est, revertitur: utique nullis liberis relictis. imo & his superstitibus. nil enim mutat Ulpianus: nisi quod dicit, tum quintas in singulos liberos in infinitum relinqui penes virum. Scio: dissentiunt multi: arbitrati, dotem profectitiam liberis superstitibus apud maritum manere. & movent eos multa: primum quod Paulus *l.* 17. *D. de Senatusc. Maced.* ait, patri mortua in matrimonio puella, dotis repetitionem dari. puellam autem Antonius Faber *lib.* 1. *Conject. c.* 16. interpretatur mulierem quæ nullos edidit liberos. Temere: puella est ætatis nomen: sicut puer. nec abs re fuerit, puellam a Paulo dici respectu temporis initi matrimonii quo tempore mulier erat puella. quamvis nec insolitum, puellam appellari mulierem gravidam, & parturientem, etiam matrem factam. Res certa: & sufficit hoc A. Gellii *lib.* 12. *Noct. Attic. c.* 1. *Percunctatus est, quam diutinum puerperium & quam laboriosi nixus fuissent, puellamque defessam labore ac vigilia somnum capere intellexit.* Et post: *Sed cum mater puellæ parcendum esse ei diceret, adhibendosque puero nutrices.* Sed levis hæc objectio. majoris moliminis est sequens ex Paulo *l.* 56. §. 1. *D. de jur. dot. Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt.* at liberi sunt onera matrimonii *l.* 46. *D. Famil. ercisc.* & matrimonio morte mulieris soluto manent apud maritum. Debet igitur dos manere apud maritum, apud quem matrimonio morte mulieris soluto manent liberi. Quid dicimus? hanc objectionem habere colorem adjuvandi maritum, matrimonio liberis superstitibus morte uxoris soluto. sed privato mariti commodo prælatam aliquo modo esse utilitatem publicam: credito interesse reipublicæ, a patre dotari filiam quo facilius inveniat virum, & civibus augeat rempublicam *l.* 1. *D. h. t.* ad hoc autem procliviorem fore patrem dotem ea mortua recepturum, quamvis superstitibus liberis. Accedebat: quod non soli liberi constante matrimonio erant matrimonii onera: sed uxor quoque. Hoc sensu Paulus *d. l.* 46. *D. Fam. ercisc. Mortuo patre quædam filios sequuntur, etiam antequam fiant heredes: ut matrimonium, ut liberi, ut tutela. igitur & dotem præcipere debet qui onus matrimonii post mortem patris sustinet.* Paulus onus matrimonii constantis vocat alimenta non liberorum tantum, sed uxoris quoque: nam hanc matrimonii appellatione designat: pari forma qua apud Florum & Justinum matrimonia pro uxoribus dici, commode est a Freinshemio observatum *Indice ad Florum.* cui pro cumulo addam hoc Minucii Felicis *Octavio c.* 31. *At nos pudorem non facie, sed mente præstamus, unius matrimonii vinculo libenter inhærentes.* Dicamus igitur, propter matrimonii onera quæ eo constante apud maritum sunt in solidum, apud eum esse dotem solidam: sed eo soluto, quia ejus esse desiit onus alendæ uxoris, quamvis liberi adhuc sint ejus oneri, utique apud eum non esse solida matrimonii onera; ideoque nec solidam dotem apud eum esse: sed sufficere, quintas esse: ut supra dictum. Præter superiores difficultates movetur & tertia ex hoc Papiniani *l.* 40. *D. h. t. Post dotem datam & nuptias contractas stipulatus est pater filiæ voluntate, divortio facto dotem dari: si conditio stipulationis impleatur, & postea filia sine liberis decesserit, non erit impediendus pater, quo minus ex stipulatu agat: viva autem filia si agere vult, exceptione summovendus erit.* Pater post dotem datam, & contractas filiæ nuptias, ejus voluntate (sic passim legitur) stipulatus erat, facto divortio, dotem sibi reddi. ait Papinianus, si conditio stipulationis existat, id est, si divortium sit sequutum, patrem dotem exacturum; si postea filia sine liberis sit mortua. proinde si sit superstitibus liberis mortua: videtur consequens esse, ut cesset dotis exactio. Ut extricetur difficultas, recedendum est a recepta lectione, auctoritate Græcorum, *Basilic. lib.* 28. *tit.* 8. secundum quam Jacobus Cujacius *lib.* 4. *Observat. c.* 21. ita legit: *stipulatus est pater sine filiæ voluntate.* Nisi quis malit: *stipulatus est pater præter filiæ voluntatem:* quomodo reperisse se in libro manuscripto, refert Ludovicus Charondas *Not. margin.* Sed utraque placet lectio, sicut utrique convenit peræque ratio juris certi demonstrata ab Ulpiano *l.* 29. *D. d. t.* Inde sensus: Si pater post dotem datam & nuptias sequutas sine filiæ voluntate ex intervallo stipulatus est, divortio facto dotem dari: non jure eam stipulatus est *d. l.* 29. ideoque non potest ex ea stipulatione agere viva filia; & si vult agere, summovendus est exceptione, Si non

non post contractas nuptias male stipulatus es: quod bene observavit Scholiastes Græcus *ad d. l.* 40. *lit.* 1. *pag.* 397. *tom.* 4. Si tamen filia post divortium decesserit sine liberis: ultro convalescit stipulatio: nec impedietur pater ex ea petere dotem solidam: liberis autem superstitibus non petet solidam; quia marito ante Justinianum jus fuit, quintas in singulos liberos retinere. Ita mortua filia, retro valet stipulatio quæ ea viva non valebat.

Mortua igitur in matrimonio muliere, revertebatur dos profectitia ad patrem filiæ superstitem. sed quid, si non esset superstes? Ulpianus *d. tit.* 6. §. 4. sic scribit: *Quod si pater non sit, apud maritum remanet.* Ita jus fuit usque ad principatum Justiniani. sed ab eo mutatum *l. unic.* §. 6. *C. de rei uxor. act.*

Hæc de dote profectitia. quid de adventitia? Ulpianus *d. tit.* 6. §. 5. ait, *Adventitia dos semper penes maritum remanet, præterquam si is qui dedit, ut sibi redderetur, stipulatus fuit: quæ dos specialiter receptitia dicitur.* Interest igitur inter dotem profectitiam & adventitiam: quod illa, nisi aliter sit conventum, semper ad patrem revertitur: hæc contra, nisi aliter placuit, semper manet apud maritum. non obscura ratione differentiæ: quod pater invitus cogitur dotem dare pro filia: extraneus dat, si vult, dotem: si non vult, non cogitur dare. hic igitur, cum dos manet apud maritum mortua muliere, non habet queri, nisi de sua liberalitate plane voluntaria. at illi, cui necesse fuit, dotem dare pro filia, merito est succursum, ut filia amissa, solatii loco cederet dos ei restituta: ne & filiæ amissæ & pecuniæ damnum sentiret *l.* 6. *D. de jur. dot.*

Ostendi, quid juris fuerit, matrimonio morte soluto. videamus, quid sit, sequuto divortio? Ulpianus, *d. tit.* 6. §. 6. *Divortio*, inquit, *facto, si quidem sui juris sit mulier, ipsa habet actionem, id est, dotis repetitionem. quod si in potestate patris sit, pater adjuncta filiæ persona habet actionem re vera.* Sic editur; sed pro *actionem re vera*, esse legendum, *actionem rei uxoriæ*, ingeniose more suo conjecit Cujacius. Præter hæc notandum, quod Ulpianus ait, patrem *adjuncta filiæ persona* habere rei uxoriæ actionem, fere hac niti ratione: quod filia obligationis particeps & quasi socia est in causam dotis *l.* 34. §. 6. *D. de solution.* Paulus *l.* 3. *D. h. t.* sic exprimit: Non solum in exigenda, sed etiam in solvenda, dote quæ communis est patris & filiæ, utriusque voluntas exquiritur: nec alter alterius deteriorem conditionem facere potest. Illud quale, quod mox in *d.* §. 6. subjicit Ulpianus *Nec interest, adventitia sit dos, an profectitia.* Forte hoc dubium fiat comparatione *l.* 2. §. 1. *D. h. t.* qui locus est ejusdem Ulpiani. nam in *d.* §. 6. vult, matrimonio per divortium soluto, cum in patris potestate est mulier, communem patris & filiæ esse dotis repetitionem; sive profectitia dos sit, sive adventitia. at in *d. l.* 2. §. 1. sic loquitur: *Quod si in patris potestate est, & dos ab eo profecta sit, ipsius & filiæ dos est: denique pater non aliter, quam ex voluntate filiæ petere dotem neque per se, neque per procuratorem potest.* Ulpianus hic patri quidem ex voluntate filiæ concedit repetitionem dotis, sed profectitiæ, non adventitiæ. An igitur a se dissentit Ulpianus? Veretur Goveanus *lib.* 1. *Var. lect. c.* 44. nisi pro deletis habeantur verba, *Et dos ab eo profecta sit*, tamquam adscripta a Triboniano ex *l.* 6. *& l.* 8. *C. de bon. quæ liber.* Non damno emendationem: qua potest sublata intelligi difficultas. sed non erit necessaria: si in *d. l.* 2. §. 1. abstineatur argumento a contrario aut a consequentia: ut non debet hujusmodi argumento, si præsertim fiat adversus clarum testimonium, aut rationem juris, indulgeri in Fragmentis Pandectarum: quæ ut habeant vim legum talia argumenta patientium, tamen non sunt leges: sed doctrinæ Jurisconsultorum. quibus unam speciem in sermone attingentibus, non statim est consilium, eas quas non attingant, excludere: ideoque nec sic, quasi excluserint, accipienda. Ita cum apud Paulum *l.* 31. §. 1. *D. de usurp. & usucap.* reperitur: *In usucapionibus mobilium continuum tempus numeratur:* noli putare, fuisse Pauli mentem, in immobilium usucapionibus non numerari tempus continuum: contrarium enim liquet partim ex definitione usucapionis apud Modestinum *l.* 3. *D. d. t.* partim ex disputatione Gaji *l.* 5. *D. eod. tit.* Similiter, cum apud Paulum *l.* 12. §. 3. *D. de admin. tutor.* legitur de tutore: *Non dabit dotem sorori alio patre natæ:* cavebis, si sapis, ab argumento hoc a contrario: ergo dotem dabit sorori eodem patre natæ. non enim hoc sedit Paulo, nec verum est: ut demonstravi supra sub Titulo, *de jure dotium.*

Transgrediamur nunc ad hunc articulum, adversus quem competat de dote actio. palam autem est, adversus maritum competere, sive ipsi dos data sit, sive alii ex voluntate mariti, vel subjecto juri ejus vel non subjecto. sed si filiusfamilias sit maritus, & socero data sit dos, adversus socerum agetur. plane si filio data sit, sed jussu soceri, adhuc tenebitur socer. quod si filio data sit non jussu patris, Sabinus & Cassius responderunt, nihilominus cum patre agi oportere: videri enim dotem ad eum pervenisse, penes quem est peculium. sufficit autem, ad id damnari quod est in peculio, vel si quid in rem patris versum est. sin autem socero dederit, cum marito non poterit experiri, nisi patri heres extiterit. Ita Ulpianus *l.* 22. §. 12. *D. h. t.* & Imperatores *l.* 10. *& ult. C. eod. tit.* Quod si mulier ignorans statum servi, ei per errorem nupserit, & dotem dederit, tamquam libero: placet Antonino, eam ex peculio dotem recipere *l.* 3. *C. eod.*

Proxima inspectio erit, ad quid detur de dote actio. datur autem ad restitutionem dotis datæ: sive rem propriam, sive alienam, in dotem dederit mulier: nec refert quidem, utrum ignorans dederit, an sciens: nam vel tum ei reddendum esse, quasi suam dedisset, Pomponius bene arbitratus est *l.* 11. *D. h. t.* obligatione hac nata ex conventione: quam inter contrahentes servari, bonæ fidei consequens est.

Non minus observandum: quod oportet virum in rebus quas, præter numeratam pecuniam, doti habet, quales res sunt corpora, præstare dolum malum & culpam: nihil præterea. ita Servium scribere, eamque sententiam Publii Mucii esse, testis est Javolenus *l.* 66. *D. h. t.* nam in Licinia Gracchi uxore statuisse, quod res dotales in ea seditione qua Gracchus occisus erat, periissent, quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, Liciniæ præstari oportere. Et est his consequens hoc Pomponii *l.* 18. §. 1. *in fin. Si circa interitum rei dotalis dolus malus & culpa mariti absit, actiones solas quas eo nomine quasi maritus habet, præstandas mulieri: veluti furti, vel damni injuriæ.* Præstat igitur maritus in corporibus dotalibus, præter dolum, & culpam latam ac levem: ut fit in cæteris contractibus, ad utilitatem utriusque & dantis & accipientis pertinentibus *l.* 5. §. 2. *D. Commod.* Paulus *l.* 17. *D. de jur. dot.* sic loquitur: *In rebus dotalibus virum præstare oportet tam dolum, quam culpam.* Debuit di-

dicere, *tam culpam*, *quam dolum*. Sed est Hysterologia Veteribus frequens, & alibi a me notata. Addit: *Etiam diligentiam præstabit, sed quam in suis rebus exhibet.* Pauli sensus est: quod maritus, præter dolum, præstat culpam levem, sive consistat in committendo, sive in omittendo. quam ob rem? quia causa *sua dotem accipit.* id est, quia etiam causa sua, vel quia non tantum uxoris, sed sua quoque, causa dotem accipit: ut docui *lib.* 4. *Probabil. c.* 3. Hoc: nisi mora per mulierem fuit, quo minus dotem reciperet. nam si ea fuit: ait Pomponius *l.* 9. *D. h. t.* maritum dumtaxat dolum malum, non etiam culpam præstare: nempe, ne facto mulieris in perpetuum ejus agrum colere cogatur. At dos non semper constat corporibus: sæpe constat quantitatibus, quæ pondere, numero, aut mensura, æstimantur. tum vero mariti periculo dos est: quia illæ in hoc dantur; ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat, & quandoque soluto matrimonio, ejusdem generis & qualitatis alias restituat vel ipse vel heres ejus *l.* 42. *D. de jur. dot.* idem est, si in dotem data sint corpora æstimata: nam tum quoque, quasi venditio intervenerit, periculum ad maritum pertinet: si pura fuerit æstimatio; aut, si conditionalis, conditio extiterit *l.* 10. §. 4. & 5. *D. de jur. dot.* Adeo plerumque interest viri, res non esse æstimatas, idcirco ne periculum rerum ad eum pertineat: maxime si animalia in dotem acceperit, vel vestem qua mulier utitur: eveniet enim, si æstimata sint, & ea mulier attrivit, ut nihilominus maritus æstimationem eorum præstet *l.* 51. *D. h. t.* Quid igitur est? quotiens res non æstimatæ in dotem dantur, & meliores & deteriores mulieri fiunt *d. l.* 10. *pr.* amplius, si prædiis inæstimatis aliquid accessit, hoc ad compendium mulieris pertinet: si aliquid decessit, mulieris damnum est *d. l.* 10. §. 1. Putemus igitur, in actionem rei uxoriæ venire res in dotem datas: etiam accessiones *d. l.* 10. §. 1. si quidem sint extra fructus: ut sunt partus ancillarum quæ æstimatæ non sunt: & quæ servi dotales ex quacumque causa, nisi ex re mariti vel operis suis adquisierunt: fructus autem in quibus sunt fœtus pecorum, ad lucrum mariti pertinere, Justinianus refert *l. unic.* §. 9. *C. de rei uxor. act.* & ante sic distinxit Ulpianus *d. l.* 10. §. 1. 2. & 3. nec dubitavit hic Jurisconsultus *l.* 7. *D. de jur. dot.* quod de fructibus dictum, ab ipsa æquitate derivare: causatus, marito onera matrimonii sustinente, æquum esse, eum etiam fructus percipere. æque probo, quod porro subjicit §. 1. fructus constante matrimonio perceptos non fore dotis: ante nuptias perceptos in dotem converti. quod & Paulo placet *l.* 38. §. 12. *D. de usur.* & Juliano *l.* 47. *D. de jur. dot.* Eadem ratione, matrimonio morte vel divortio soluto, non patitur æquitas, a marito retineri integros ejus anni fructus: quippe cum non sustentarit onera totius anni: istis fructibus repensanda. idem est; si matrimonium constitit pluribus annis, & est finitum, antequam exspiravit annus postremus: nam vel tum fructus inter virum & uxorem pro rata temporis portione dividi, rationis est *l. unic.* § 9. *C. de rei uxor. act.* Hæc: si eodem tempore & matrimonium est perfectum, & dos data. alioquin de divisione anni quo divortium factum est, quæri ait Ulpianus *l.* 5. *D. h. t.* utrum maritus sibi computet tempus ex die contracti matrimonii, an ex die fundi traditi? putat autem, in fructibus a viro retinendis, neque diem constitutæ dotis, neque nuptiarum, observari; sed quo primum dotale prædium est, id est, tradita possessione. Similiter ait Paulus *l.* 6. *D. h. t.* fundo ante nuptias tradito, annum computari ex die nuptiarum ad eumdem diem sequentis anni: idemque in cæteris annis servari, donec fiat divortium: nam, si fundus traditus sit ante nuptias, & fructus inde sint percepti, divortio quandoque facto, esse restituendos, quasi dotis factos *d. l.* 6.

Injecta fructuum mentio, non sinit me silere hoc loco, quid sit fructus. ait autem Pomponius, eo nomine venire omnem utilitatem ex corpore rei natam *l.* 121. *D. de verb. signific.* idem Varro *lib.* 4. *De ling. Latin.* Ulpianus quoque de fundi usufructu agens *l.* 9. *D. de Usufruct.* Quidquid, inquit, in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est, si tamen boni viri arbitratu percipiatur. quod & hic locum habere potest: cum vel maritus, ne deteriorem dotem faciat, curare debeat *l.* 7. §. 12. *D. h. t.* id vero si observatur, non refert, utrum ex facto hominis proveniat fructus, puta serendo; an sponte, ut silva cædua cujus arbores cremiales appellantur: nam Ulpianus *d. l.* 7. §. 12. & §. 7. testatur, tales in fructu cedere, & pro anni parte restitui: grandes arbores in fructu haberi non putat: ideoque his cæsis, maritum teneri, quasi deteriorem fundum fecerit. sed & si vi tempestatis ceciderint, dici oportere, pretium mulieri restituendum, nec magis in fructum cedere, quam si thesaurus fuerit inventus: hunc enim in fructum non computari; sed partem ejus dimidiam restitui, quasi in alieno inventi. Quod de fundo dictum, etiam de pecore existimandum: nam & lana ovium, & fœtus pecorum in fructu haberi apud Gajum *l.* 28. *D. de usur.* nec alio pergit hoc Manilii *lib.* 4. *Astronomic. vers.* 128.

In jugulumque dabit fructus, & mille per artes
Vellera, diversos ex se parientia quæstus.

Non tamen hoc sine temperamento. certe Ulpianus *l.* 10. §. 3. *D. de jur. dot.* *Fœtus*, inquit, *dotalium pecorum ad maritum pertinent: quia fructibus computantur. sic tamen, ut suppleri proprietatem prius oporteat, & summissis in locum mortuorum capitum [ex] agnatis, residuum in fructum habeat: quia fructus dotis ad eum pertineat.* Ex hisce porro sic infert Ulpianus *l.* 7. §. 9. *D. h. t.* si maritus oves doti acceperit prope partum, item proximas tonsuræ, post partum, & tonsas oves, protinus divortio facto, non esse causam, cur nihil reddat: & hanc optimam adjungit rationem: quod & hic fructus toto tempore quo curantur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus. Restant pensiones prædiorum cum urbanorum, tum rusticorum. hæ proprie non sunt in fructu: non enim nascuntur ex prædiis; sed veniunt ex nova causa, id est, ex nova obligatione *l.* 121. *D. de verb. signif.* interim præstant utilitatem eamdem fructibus: & cum natura fructus non sint, adhuc civili interpretatione pro fructibus habentur *l.* 36. *D. de usur.* & ita in præsentia Ulpianus *d. l.* 7. §. 1. 2. 3. 8. & 11. Cæterum qui sunt fructus, non ante habentur tales, quam deducta impensa, sive a marito, sive a muliere in eum facta sit *d. l.* 7. *pr.* quæ autem sit talis impensa, & quomodo æstimanda, tractat Ulpianus *d. l.* 7. §. *ult. l.* 8. §. 1. *D. h. t.*

Vidimus, ad quid detur rei uxoriæ actio. videamus, quatenus detur. Ulpianus *l.* 12. *D. h. t.* exploratum esse ait, maritum non condemnari in solidum; sed in id quod facere potest. convenienter reverentiæ societatis vitæ quæ inter conjuges fuit. Inde quæsitum, si maritus paciscatur, ne condemnetur in id quod facere possit, sed in solidum; an servandum sit pactum. Pom-

ponius negat; idque & sibi verum videri, Ulpianus ait: præfatus, contra bonos mores esse; quippe cum appareat, esse contra receptam reverentiam quæ maritis exhibenda est *l* 14. §. 1. *D. b. t.* De cætero cum dicimus, maritum tantum condemnari in id quod facere potest, demum placet Pomponio, nisi dolo egerit: ipsumque quemadmodum accipiendum sit, diligenter tractat *l.* 18. *D. d. t.* Plane personale esse hoc mariti beneficium, Paulus refert *l.* 13. *d. t.* eaque ratione heredi præstandum esse, negat Ulpianus *l.* 12. *d. t.* putans, cum persona extingui: potestque huc forsan referri *l.* 68. *D. de reg. jur.* indicio Inscriptionis, *Paulus lib. singulari De dotis repetitione.* Excipiuntur filii mulieris qui patri heredes extiterunt: nam & hos in id quod facere possunt, condemnandos, Pomponius auctor est *d. l.* 18. idemque est in defensore *l.* 14. *D. b. t.* Illud prætermitti, noluit Paulus *l.* 15. §. 1. *D. d. t.* quod heredi mariti, licet in solidum condemnetur, compensationes tamen quæ ad pecuniariam causam respiciunt, proderunt: ut hoc minus sit obligatus. & sequentia ponit exempla: veluti ob res donatas, & amotas, & impensas. an etiam ob mores? Paulus morum, inquit, coërcitionem non habet. Ut vero hoc intelligatur; subjiciam, quod postulat ordo mihi propositus, causas quibus dotis repetitio minuatur. eas enumerat Ulpianus *tit.* 6. §. 9. verbis sequentibus: *Retentiones ex dote fiunt, aut propter liberos, aut propter mores, aut propter impensas, aut propter res donatas, aut propter res amotas.* Ulpianus significat, uxori a marito restituendam fuisse dotem integram: nisi marito ex his causis esset retentio: eamdemque (quod a Paulo traditum *d. l.* 15. §. 1.) etiam ejus heredi in solidum condemnato fuisse; præterquam quod hic eam non habet ob mores mulieris. videlicet, quia judicium de moribus pecuniariam causam non respicit, ut illæ superiores *d. l.* 15. §. 1. sed habet publicam utilitatem coërcendi malos mores *l.* 5. *D. de pact. dot.* ita continet vindictam, nec competit heredi vel mariti vel uxoris. optime Constantius *l.* 1. *Cod. Theod. de dotibus. De moribus actio ultra personam extendi non potest: nec in heredem dabitur, nec tribuetur heredi.*

Dicto, quantum satis, de rei uxoriæ actione, ne debeo quidem oblivisci actionis ex stipulatu: solitæ, præter superiorem, pro dotis restitutione jure civili competere, quamquam non aliter, quam ante de ea facta stipulatione. Sed jus vetus mutavit Imp. Justinianus *l. unic. C. de rei uxor. act.* jubens, sublata rei uxoriæ actione, mulieri pro restituenda dote solam deinceps indulgeri ex stipulatu actionem, sive interposita sit a muliere stipulatio, sive non sit. prorsus ut, si omissa palam sit, in ejus honorem Imperatoria providentia adhuc tacite intervenisse intelligatur. Est & alia observatio; quod hæc ex stipulatu actio, cum sua natura sit stricti juris, in proposito quoque ab Imperatore est facta bonæ fidei: qualis olim vel Cicerone teste, *lib.* 3. *De officiis cap.* 17. erat actio rei uxoriæ. Nec hoc omittendum, quod Imp. Justinianus ei insuper dedit jus tacitæ hpyothecæ; & (ut est in §. 29. *Inst. de action.*) etiam voluit eam aliis creditoribus præferri, cum de dote sua experitur. Vides summam novi juris, eoque plura inducta Veteribus aliter observata, & hic explicanda; nisi ex lectione *d. l. unicæ* possent intelligi melius.

LIBER VIGESIMUS QUINTUS.

TITULUS I.

De impensis in res dotales factis.

Hic Titulus pendet a superiore: in quo dictum fuit, muliere dotem repetente, esse marito variis ex causis & retentionem & petitionem. una locum habet propter impensas: in quibus Ulpiano *l.* 3. §. 1. *b. t.* duplex est inspectio. nam ait multum interesse, utrum ad perpetuam utilitatem agri, vel ad eam quæ non ad præsentis temporis pertineat; an vero ad præsentis anni fructum. si in præsentis; putat, cum fructibus hoc compensandum. idemque docet Paulus *l.* 13. observari in stipendio & tributo ob dotalem fundum præstito: præfatus, hæc impendia onus fructuum esse. Non ita esse, inquit Ulpianus *d.* §. 1. *l.* 3. si non fuit ad præsens tantum apta erogatio. tum enim necessariis impensis computandum: modo si, ut dixi, fiant in ipsas res dotales, & perpetui usus causa *l.* 1. §. 2. *b. t.*

Interim triplices esse impensas, nempe necessarias, utiles, & voluptarias, intelligitur ex *d. l.* 1. *&* *l.* 79. *D. de verb. signif.* necessariæ definiuntur *d. l.* 1. §. 1. *d. l.* 79. *l. ult. b. t.* exempla petere licet ex *d. l.* 1. §. 3. *l.* 2. *&* 3. *l.* 14. *b. t.* Utiles quæ sint, exponitur *l.* 5. §. *ult.* exempla exhibet *l.* 6. *d. l.* 14. §. 1. *d. l.* 79. §. 1. voluptarias describit *l.* 7. *b. t.* exempla sunt in *d. l.* 14. §. 2. *d. l.* 79. §. *ult.* Jus mariti quodnam sit in impensis necessariis, disces ex *l.* 5. *&* *l.* 15. *b. t.* de utilibus ejus jus tradet *d. l.* 7. §. 1. *&* 8. in voluptariis quale obtineat, exponit Ulpianus *l.* 11. eique adde *l.* 9. *& seq. D. b. t.*

Hæc fuere vetere jure. novo quid constituerit Justinianus, accipe ex *l. unic.* §. 5. *C. de rei uxor. act.*

TITULUS II.

De actione rerum amotarum.

Titulus hic, De actione rerum amotarum, superioribus commode subjicitur: nam ut ob mores & impensas, sic ob res amotas, erat retentio adversus dotis repetitionem. in Edicto perpetuo eo nomine etiam promittebatur a Prætore actio, ut apparet ex *l.* 2. *C. b. t.* Hæc mansit, retentione per Justinianum sublata *l. unic.* §. 5. *C. de rei uxor. act.* Igitur Edictum consideremus. ejus duo fuere capita. prius sic concipio. *Rerum amotarum si agetur, quod uxor res mariti, aut maritus res uxoris, divortii causa, amovisse dicetur, & divortium secutum erit, judicium dabo.*

Ra-

Rationem propositi Edicti Paulus dat egregiam his verbis *l.* 1. Rerum amotarum judicium singulare introductum est adversus eam quæ uxor fuit; quia non placuit, cum ea furti agere posse; quibusdam existimantibus, ne quidem furtum eam facere, ut Nerva, Cassio, quia societas vitæ quodammodo dominam eam faceret: aliis, ut Sabino & Proculo, furto quidem eam facere, sicuti filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto jure: in qua sententia & Julianus rectissime est.

Igitur actio quam proponit Prætor, in Rubrica & passim vocatur rerum amotarum: desumpto nomine a primis Edicti verbis. Hanc promittit Prætor, rebus mariti ab uxore, aut rebus uxoris a marito, amotis: *l.* 2. *C. l.* 6. §. 2. *l.* 11. *D. h. t.* Dicuntur autem maritus & uxor, constante matrimonio: soluto, non æque. & ideo mulier, si post divortium res mariti contrectet, etiam furti tenetur *l.* 3. *D. h. t.* Loquitur igitur Prætor de uxore & marito: & quia in his nihil desiderat: sufficit, a viro aut uxore amotas esse res alterius: sive simul, sive separatim habitent *l.* 15. *D. h. t.* nam vel hoc casu, si invicem habent honorem matrimonii, nuptiæ durant, & maritus & uxor intelliguntur *l.* 32. §. 13. *D. de donat. int. vir. & uxor.* ita vere Ulpianus *d. l.* 15. ait, rerum amotarum actionem etiam adversus eam competere, quæ subtraxit ex ea domo in qua non simul cum viro habitavit. De concubina videamus. de ea nihil Prætor. proinde si hæc amovit, cessat rerum amotarum actio: magisque est, ut furti agatur, atque hoc jure utimur, inquit Ulpianus *l.* 17. *D. h. t.* Idemque putat, ubicumque cessat matrimonium; puta in ea quæ tutori suo nupsit, vel contra Mandata convenit, vel sicubi alibi cessat matrimonium: ut enim cohabitent, (quod eis licere, quoties non est turpis aut nefaria consuetudo, dictum sub Titulo *De ritu nuptiarum*) tamen neque vir, neque uxor, neque matrimonium, neque divortium, intelligitur: ut autem sit rerum amotarum actio, oportet rem mariti ab uxore, aut rem uxoris a marito, amotam esse divortii causa. Cæterum etsi Prætor tantum de uxore & marito loquitur; ajunt tamen Atilicinus & Fulcinius apud Paulum *l.* 6. *D. h. t.* socero contra nurum quoque dandum hoc judicium esse. etsi, ut mihi videtur, non indistincte adversus omnem: sed adversus eam quæ filiofamilias nupsit, & ex rebus soceri, vel ex peculio mariti quid divortii causa amoverit. nam ea quæ filio emancipato nupsit, socero furtum facere potest, & furti tenetur actione furti & condictione furtiva *l.* 15. §. *ult. D. d. t.* contra, quæ filiofamilias nupsit, potest quidem socero facere furtum, sed ei furti non tenetur: sicut in §. 12. *Inst. de oblig. quæ ex delict. nasc.* dicitur de liberis in patris potestate existentibus. & hoc modo accipio Paulum *l.* 6. *D. h. t.* arbitratus, ejus principium esse junctim cum §. 1. explicandum hoc fere modo: *Contra nurum quoque socero hoc judicium dandum, Atilicinus & Fulcinius ajunt.* quando? *quotiens filiofamilias dos data est.* qua ratione? tum enim *socerum ob res divortii causa amotas, furti agere non posse.*

Igitur promittit Prætor actionem rerum amotarum; si uxor res mariti, aut maritus res uxoris, amovisse dicatur. Est autem Prætor usus amovendi verbo, ob pudorem matrimonii; cum posset furti mentionem facere. re vera enim admittitur amotione furtum *l.* 21. §. *ult. l.* 29. *D. h. t.* sed res lenitur honestiore vocabulo in honorem matrimonii *l.* 1. & 2. *D. h. t.* pari forma qua conjuges, facto divortio, in judicio de moribus dicuntur invicem accusare mores, etiamsi invicem accusent crimina. Porro amovere est proprie de loco movere; nihil aliud. vidit Donatus ad hoc Terentii *Adelph.* 4. 2. 14. *Age, ego tamen hunc amovebo*, sic scribens: *Mire amovebo, dixit: non* deterrebo: *nam proprie amovetur saxum de loco.* Sed amovere hic plenius accipitur: ut etiam contineat res quas mulier divortii tempore comederit, vendiderit, donaverit, aut qualibet ratione consumpserit *l.* 3. §. 3. *D. h. t.* consequenter veniunt in actionem rerum amotarum non solum res extantes, verum etiam eæ quæ in rerum natura esse desierunt *l.* 17. §. 2. *d. t.* Tenetur porro mulier hac actione; si res mariti amoverit sive per se ipsa, sive per alium. fac: opem furi tulit *l.* 20. *d. t.* aut fures induxit in mariti domum, perque eos amovit: tenetur, etsi res ad eam non pervenit *l.* 19. *d. t.* Quid, si servus, cum mulier iniret divortii consilium, ejus jussu amovit res mariti? Paulus *l.* 21. §. 1. sic scribit: *Si servus mulieris, jussu dominæ divortii causa res amoverit, Pedius putat, nec furtum eum facere; quoniam nihil lucri sui causa contrectet: nec videri furtum facienti opem ferre. cum mulier furtum non faciat; quamvis servus in facinoribus domino dicto audiens esse non debeat. sed rerum amotarum actio erit.* Sit thema. Mulier per se nihil amovit divortii causa: sed ejus servus dominæ jussu aliquid divortii causa amovit. an marito adversus uxorem competit rerum amotarum actio? Pedius negabat, hac ratione; quod, ut mulier rerum amotarum teneatur, revera furtum factum esse debet; in proposito autem servus non fecit furtum: quia nihil sponte contrectavit dolo malo sui lucri causa: contra, quod contrectavit, jussu dominæ contrectavit, cui parere necesse erat. jam vero sine dolo malo & proposito faciendi lucri non fit furtum. Atqui opem tulit facienti furtum. Id quoque negabat Pedius; & movebat eum: quod mulier ipsa nihil contrectavit, etsi jussit quid a servo contrectari: verbis autem sine contrectatione non fit furtum. Igitur non admisso a muliere furto, non putabat Pedius, servum furanti tulisse opem. Poterat scrupulum injicere juris regula: prohibens, servum domino in facinoribus esse dicto audientem. At nec illa confudit Pedium: quod non putabat, admissum a servo esse facinus: nam si quod esset; id foret furtum. sed non est furtum. præterea constat, servum domino parentem in leviore facinore, parendi necessitate excusari *l.* 157. *D. de regul. jur.* Igitur rebus mariti jussu mulieris ab ejus servo divortii consilio amotis sine vitio furti, Pedius marito non dabat actionem rerum amotarum; utique directam quæ re vera est de furto, nec alia quam condictio furtiva, quamquam in honorem matrimonii temperatur honestiore vocabulo. Sed nihilominus Paulus intellecto, utique res mariti a servo mulieris esse ejus jussu amotas divortii consilio, & hoc esse sequutum, non iniquum fore arbitratus est, cessante subtili jure directa rerum amotarum actione, adhuc utilem marito dari his verbis: *Sed rerum amotarum actio erit.* sensus Pauli: Quidquid sedeat Pedio; mea opinione erit utilis rerum amotarum actio, etsi deficiat directa. quod & evenit in *pr. d. l.* 21.

Igitur, ut locum habeat rerum amotarum actio, oportet uxorem res mariti, aut maritum res uxoris, constante matrimonio amovisse: at non qualiter qualiter; sed divortii causa, & hoc secutum esse: hac enim forma conceptum supra fuit Edictum ex *l.* 25. *D. & l.* 2. *C. h. t.* Voluit igi-

tur

tur Prætor, res amotas esse non simpliciter, sed cogitatione divortii, sive ob causam divortii quod animo volvit, & rebus amotis fecit. Hac ratione dicitur hæc actio oriri ex divortio tantum *l. ult. D. de divort. & repud.* etiam competere divortii causa *l.* 17. *D. h. t.* Ut tamen latius serpit interpretatio provocante æquitate, datur hæc actio etiam ob res a nupta amotas, si eas, cum discederet, celavit *d. l.* 17. §. 1. quasi videatur has etiam, cum celavit, contrectasse, & divortii causa amovisse, quas marito divortii tempore non reddidit. nihilominus, quia ab initio aliam habuit amovendi causam, magis est hac in specie, ut sit utilis quam directa rerum amotarum actio *arg. d. l.* 21. Oportet igitur res constante matrimonio esse amotas, sed divortii causa. Quid, si mulier mortis causa res amoverit, deinde mortuus sit maritus? Julianus *l.* 22. §. 1. *D. h. t.* non indulget hanc actionem: sed hereditatis, inquit, petitione vel actione ad exhibendum consequi poterit heres id quod amotum est. Similiter, inquit Paulus *l.* 6. §. *ult. D. d. t.* si mortuo viro mulier res amoverit; aut vindicari poterunt, aut in hereditatis petitionem venient. Ita plurimum interest, utrum mulier quid amoveat divortii, an mortis causa: nam si divortii causa quid aufert, voluit marito furtum facere, spolians eum inimico animo: at si mortis causa quid amovit, non fecit marito furtum: quia hoc non fit, nisi fraudulosa contrectatione: quæ non est, nisi sit qui velit fraudem facere, & sit cui fraus fiat. in proposito autem non voluit mulier marito furtum facere; si non fuisset moriturus. imo, si putasset victurum, non amovisset ei quidquam. at nec fecit hereditati furtum, quia nulla erat: ac si fuisset aliqua, hereditati non fit furtum. At enim Paulus *l.* 21. *D. h. t. Si*, inquit, *mulier, cum de viri vita desperasset, subreptis quibusdam rebus divortisset: si convaluerit vir, utilis rerum amotarum actio ei danda est.* Sed est species alia, quam in superioribus: nam in *d. l.* 6. §. *ult* proponitur mulier quid amovisse viro mortuo: & in *d. l.* 22. §. *ult.* amovit quidem viro vivo mortis causa, sed ei qui deinde fuit mortuus. at in *d. l.* 21. neutrum incidit: contra dicitur convaluisse vir de quo desperaverat mulier, & deinde divortium esse factum: recteque ait Paulus, *si convaluerit vir, utilis rerum amotarum actio ei danda est.* utilis, inquam, quia etsi eas ab initio non amovit divortii causa: tamen eas tempore divortii marito non restituit.

Datur igitur actio rerum amotarum, si uxor res mariti, aut maritus res uxoris divortii causa amovit, & divortium post est secutum. Res autem mariti aut uxoris vocat Prætor, quarum dominium maritus aut uxor habet: hæ enim vere sunt ipsius. idem tamen, si quas bona fide possidet: nam vel hæ ejus habentur *l.* 20. *D. h. t.* si non jure civili, at jure Prætorio. plus dicam, si uxor amoveat res marito pignori datas, hoc judicio teneri *l.* 17. §. 3. *D. d. t.* Qua ratione? optima hac, quam habet Ulpianus *l.* 49. *D. de verb. signif.* Naturaliter, inquiens, bona ex eo dicuntur: quod beant, hoc est, beatos faciunt: beare est prodesse. in bonis autem nostris computari sciendum est, non solum quæ dominii nostri sunt, sed & si bona fide a nobis possideantur, vel superficiaria sint. æque bonis annumerabitur, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus: nam hæc omnia in bonis esse videntur. Plane, si uxor rem viri ei cui eam vir commodaverat, subripuerit, isque conventus sit: ait Paulus, habiturum eum furti actionem, quamvis vir habere non possit. *l.* 28. *D. h. t.* nec est hæc Pauli definitio a Justiniano mutata *l. ult.* §. *ult. C. de furtis.* sunt enim diversæ utriusque species, & diversæ rationes: ut bene animadvertit Franciscus Raguellus, *ad Constit. & Decis. Justiniani* in expositione *d. l. ult.* an mutari ab Imperatore debuerit, quod visum Francisco Balduino, *Justiniano pag.* 188. alia quæstio est.

Promittitur igitur a Prætore actio rerum amotarum, si uxor res mariti, aut maritus res uxoris, constante matrimonio divortii causa amoverit; nec tamen aliter, quam secuto divortio: nam id postulare Prætorem, tantum quod demonstratum est ex *l.* 25. *D. h. t.* idque, opinor, indigitavit Ulpianus *l.* 11. *d. t. Marcellus*, inquiens, *lib.* 8. *Digestorum scribit, Sive vir uxorem, sive uxor virum domo expulit, & res amoverunt; rerum amotarum teneri.* Nam cum ait, *domo expulit*, significat divortium, expulsione de domo fieri solitum. Tertullianus *Apologetic. c.* 3. *p.* 40. *Uxorem jam pudicam maritus, jam non Zelotypus ejecit.* Apulejus *lib.* 9. *Metamorph. Pistor nuncium remisit uxori, eamque protinus de sua proturbavit domo.* Et *lib.* 5. in divortio Cupidinis & Psyches, *Et statim Zephyro præcipit, ultra terminos me domus ejus afflaret.* Libertus de more faciens divortium, sic ait apud Juvenalem *sat.* 6. *vers.* 146.

—— *Exi*
Ocyus, & propera. ——

Igitur ut obtineat rerum amotarum actio, non fuit contentus Prætor desiderasse, rem mariti constante matrimonio ab uxore amotam esse divortii causa: sed hoc amplius vult, deinde secutum esse divortium. alioquin si in matrimonio res subtraxerit: negat Marcianus marito adversus uxorem competere rerum amotarum actionem. tantum patitur, eum ipsas res condicere: causatus, jure gentium condici posse res ab his qui non ex justa causa possident *l.* 25. *D. h. t.* Ita constante matrimonio rerum amotarum actio in condictionem sine causa, vel quod eodem redit, in actionem in factum convertitur, propter rationem adductam in *l.* 2. *C. d. t.* de qua paulo post. Interim secundum hæc accipienda est nova Justiniani decisio *l. ult.* §. *ult. C. de furtis:* ut ibi bene observavit Accursius.

Porro ait Prætor, *Actionem dabo.* Hæc actio rerum amotarum vocatur a primis Edicti verbis, estque in personam: pendens quippe a furto, id est, ab obligatione ex delicto: eadem actio in *l.* 26. *D. h. t.* appellatur condictio; & est in simplum: licet alioquin fur in quadruplum, adde, vel in duplum, condemnetur, secundum regulas furti manifesti aut nec manifesti: quomodo Russardus Notis marginalibus accepit *l* 16. *D. d. t.* Sic est: rebus divortii causa constante matrimonio amotis, divortio secuto datur a Prætore actio in simplum ejus quod amotum sit: igitur ad rei persecutionem: licet ex delicto nascatur *l.* 21. §. 5. *D. eod. tit.* Habet certe & damni rationem & commodi, si quod vir rebus amotis amisit *d. l.* 21. §. 3. & 4. quin si mulier res quas amoverit, contumacia sua non reddat; ait Pomponius, æstimari debere, quanti vir in litem jurasset *l.* 8. §. 1. *d. t.* ea ratione, quam adfert Paulus *l.* 9. quod non æquum est, invitum suo pretio, id est, vero pretio, res suas vendere. & in *l.* 10. addit Pomponius, ideo nec debere eum pro evictione promittere; quod ex contumacia mulieris id ita acciderit. Sed ut agamus cætera, hæc actio datur, sequuto divortio *l.* 2. *C. h. t.* & quidem statim, etiam ubi actio rei uxoriæ ad restitutionem dotis non datur statim; sed demum annua, bima, trima, die. hoc vult Paulus *d. l.* 21. §. 3. cum ait, eam damnum repræsentare, etiamsi

etiamsi postea dotis exactio competat. repræsentare enim est, præsente die solvere, ut apud Suetonium *Claudio c.* 34. notavit Casaubonus. inde repræsentatio, solutio statim facienda sine dilatione §. 14. *Inst. de legatis.* Datur igitur hæc actio statim soluto matrimonio; constante non datur. tum enim agitur leviore actione, id est, actione in factum *l.* 2. *C. h. t.* vel condictione sine causa *l.* 25. *D. eod. tit.* videlicet, quia matrimonio constante neque pœnalis, neque famosa, actio in uxorem vel maritum competit *d. l.* 2. Ergone actionem rerum amotarum dicemus famosam vel pœnalem? absit: nam nec condictio furtiva famosa est, licet ex famosa causa pendeat *l.* 36. *D. de oblig. & act.* multo minus pœnalis habenda est actio rerum amotarum: cum rei persecutoria dicatur *l.* 21. §. *pen. D. h. t.* Quid ergo indigitat *d. l.* 2? mihi jam visum *Julio Paulo c.* 7. solum velle; quod cum rebus amotis fiat verum furtum, etsi pudoris causa alio nomine utimur; ac furti actio & pœnalis & famosa adversus uxorem constante matrimonio negatur *l.* 2. *D. h. t. l.* 52. *D. de furtis:* ideo adversus eam vel hæc denegatur, quæ ut non sit famosa, nec pœnalis, tamen famosam & pœnalem imitatur: nam in quem non datur famosa actio, adversus eum ne quasi famosa quidem ulla permittitur *l.* 5. *l.* 7. *pr. &* §. 1. *cum seqq. D. de obseq. par. & patron.*

Exposita natura & ratione actionis rerum amotarum, ultro apparet, cui detur & adversus quem. cum autem jam constet, pendere ab obligatione ex furto: consequens est, inter eas personas habere locum, inter quas illa obligatio est nata; ideoque dari marito aut uxori cujus res amotæ sint, ejusque heredi defunctum post mortem repræsentanti *l.* 21. §. 5. *D. h. t.* ita Paulus *l.* 6. §. 3. *D. eod.* Si, inquit, maritus post divortium decesserit, heres ejus rerum amotarum judicio uti potest.

Eadem ratione datur illa actio adversus eum qui amovit, sive maritus, sive uxor, cum esset sui juris. imo, & si filiafamilias res amoverit, ait Paulus *l.* 3. §. 4. *D. h. t.* Melam & Fulcinium existimasse, vel in ipsam ob res amotas actionem dari. idemque de filiofamilias censet *l.* 6. §. 2. certa ratione; siquidem filiusfamilias, ex omnibus causis tamquam paterfamilias obligatur; & ob id agi cum eo tamquam cum patrefamilias potest *l.* 39. *D. de oblig. & act.* Sed de patre quæritur, qui filiam in potestate habet: an vel ille de peculio actione teneatur. quærendi causa est: quod pater actione de peculio tenetur ex contractu filiæ aut filii, ex delicto non tenetur: rebus autem amotis veritate furtum fit *l. pen. D. h. t.* In ea quæstione Paulus *l.* 3. §. 4. *d. t.* sic scribit: *Si filiafamilias res amoverit, Mela, Fulcinius ajunt, de peculio dandam actionem: quia displicuit, eam furti obligari, vel in ipsam ob res amotas dari actionem.* Sensus est, si filiafamilias res amoverit, Melam & Fulcinium voluisse, vel in ipsam ob res amotas dari actionem, vel adversus patrem de peculio: sed, ut post ostendetur, tantum utilem & quatenus pervenit. nec obstare, quod actio rerum amotarum pendet a furto; cum actio de peculio spectet ad contractus: nam displicuisse, filiamfamilias, propter res amotas, furti obligari. hac igitur ratione rem perinde acceperunt, ac si actio rerum amotarum magis sit ex negotio gesto, quam ex delicto, eoque in peculium condictionem admittat, quatenus ad patrem pervenit: in eaque sententia etiam Julianum fuisse, idem Paulus attestatur *l. pen. D. de condict. furtiv.* Proxima fuit Melæ & Fulcinii deliberatio in *d. l.* 3. §. 4. quid juris sit, si pater adjuncta filia de dote agat, quomodo oportere patrem a marito dotem profectitiam repetere, supra demonstratum est. ajunt autem, dandam ei actionem ad dotis repetitionem: quamquam non aliter, quam ut filiam, si reconveniatur rerum amotarum judicio, in solidum & cum satisdatione defendat. Sic, si vivat filia. quid, si mortua sit? constat, peculium ejus morte extingui, deindeque actionem de peculio tantum intra annum dari. Ait igitur Proculus apud Paulum *d. l.* 3. §. 4. filia mortua, non oportere in patrem rerum amotarum actionem dari, nisi quatenus ex ea re pater locupletior sit, dolove malo (hoc ex Pomponio subjicitur *l.* 4.) fecerit, quo minus ad eum perveniret. imo Papinianus *l.* 5. viva quoque, inquit, filia, quod ad patrem ex rebus amotis pervenit, utili judicio petendum est. Papinianus non dicit, patrem ob res a filia amotas teneri actione directa de peculio: quia actio rerum amotarum venit ex delicto; cum actio de peculio veniat ex contractu. præterea actio directa non datur, quatenus ad patrem pervenit, sed quatenus est in peculio, etsi ad patrem nihil pervenit ex rebus amotis. placuit tamen Papiniano, patrem utili actione teneri, quatenus perveniet: quia rerum amotarum actio, etsi nascatur ex delicto, non tamen spectat ad pœnam, sed ad rei persecutionem: ideoque hactenus quatenus pervenit. quod & probat Ulpianus *l.* 3. §. 12. *D. de peculio.*

Utcumque erit: apparet, actionem rerum amotarum adversus uxorem dari, si amovit res mariti, aut adversus maritum, si amovit res uxoris: & quidem, quod nunc addendum, in solidum; nec prodesse ei, si facere non possit. ita Paulus *l.* 21. §. *ult. D. h. t.* & præfatur, id ex furto pendere. Plenius Tryphoninus *l.* 52. *D. de re judic.* Verbis sequentibus: *Si rerum amotarum cum viro agatur, quamquam videatur ea quoque actio præcedentis societatis vitæ causam habuisse, in solidum condemnari debet: quoniam ex male contractu & delicto oritur.* Hac igitur actione is qui amovit, tenetur.

An & heres ejus? nemo dubitat. solum quæstioni est, quo modo teneatur. Ulpianus *l.* 6. §. 4. *D. h. t.* sic scribit: *Item heres mulieris ex hac causa tenebitur, sicut condictionis nomine ex causa furtiva.* An recte? nam in *l.* 9. *D. de condict. furtiv.* Idem, *In condictione ex causa furtiva*, inquit, *non pro parte quæ pervenit, sed in solidum tenemur, dum soli heredes sumus: pro parte autem heres, pro ea parte pro qua heres est, tenetur.* De condictione autem rerum amotarum Diocletianus & Maximianus *l. ult. C. h. t.* contra rescripserunt. *De rebus quas divortii causa quondam uxorem tuam abstulisse proponis, rerum amotarum actione contra successores ejus non in solidum, sed in quantum ad eos pervenit; quod si res extent, dominii vindicatione uti probiberis.* Sic vulgo editur. res postulat, *uti non probiberis.* quomodo est in quibusdam libris. Quid dicimus? Ulpianum in *d. l.* 6. §. 4. inter utramque condictionem facere comparationem, sed aliqualem, non omnimodam: & esse sensum, Quemadmodum condictio furtiva, sic condictio rerum amotarum, in heredes competit: certa ratione. illa ratio est, quod utraque est rei persecutoria, neutra pœnalis. Hoc fine stat utriusque comparatio: ultra non procedit. Igitur si quæratur, quatenus utraque competat adversus heredem? Jam est altera deliberatio: in qua sequens ponendum est discrimen: quod condictio furtiva adversus heredes datur in solidum: condictio rerum amotarum non in solidum datur adver-

versus heredes; sed in hoc tantum, quod ad eos pervenit.

Vidimus prius Edicti caput. quod alterum? non exstant verba. sensum talem fecit Ulpianus *l.* 11. §. 1. *D. h. t. Qui rerum amotarum instituit actionem, si velit magis jusjurandum deferre, cogitur adversarius jurare, nihil divortii causa amotum esse, dum prius de calumnia juret qui jusjurandum defert.* Sic Ulpianus. at Paulus? ait, actori fuisse permissum, de quibusdam rebus probare, de quibusdam jusjurandum deferre *l.* 14. *D. h. t.* Ego ne illud quidem omitto, quod Ulpianus *d. l.* 11. §. 2. Jurare, inquit, tam vir, quam uxor cogetur. pater autem amoventis jurare non cogitur: cum iniquum sit, de alieno facto alium jurare. Secundum hæc jurare cogitur is qui amovisse dicitur; sed heres ejus qui quæve amovisse dicetur, jurare non cogitur. quid si quis velit delatum sibi jusjurandum referre? Ulpianus *d. l.* 11. §. *ult.* non videtur, inquit, Prætor permisisse. & in *l.* 12. subjicitur ex Paulo, non magis, quam si quis ei qui furti agat, jusjurandum deferat, an ipse fur sit. *Deferat* autem, ait Paulus pro *referat:* quomodo in *l.* 24. *D. de jurejurando* Paulus *deferentes* dicit pro *referentes.*

TITULUS III.

De agnoscendis & alendis liberis, vel parentibus, vel patronis, vel libertis.

Ad primam Tituli partem, *De agnoscendis & alendis liberis*, in *l.* 4. spectat notabile Pauli Fragmentum ex *lib.* 2. *Sententiarum*, per multa secula ab Interpretibus Doctis & Claris male intellectum, a me cum locis aliis obscuris ac difficilibus ante annos tres & viginti novo plane modo illustratum libro singulari quem inscripsi *Julium Paulum, sive de partus expositione & nece apud Veteres:* & verissime, ut creditum a Viris Eximiis. Sed quia Amplissimo Senatori, Cornelio van Bynkershoek, *Opusculo De jure occidendi, vendendi, & exponendi liberos apud Romanos*, pridem visum hujus seculi anno decimo nono, meam sententiam vocare in dubium; nolui, occasione præsentis Operum meorum editionis, a me desiderari quidquam quo Jurisprudentia bona fide adjuvari queat. Amica certe responsione (id feci libro nomen) serio, ut oportet, contuli utriusque argumenta: relicto aliis judicio, utrius sententia plus minusve ad probabile accedat. & poterant huic fini sufficere hinc inde dicta. sed postquam placuit Viro Clarissimo, mihi denuo occurrere novo libro quem *Secundas curas* appellat; habui necesse, eum legere. legi autem obiter: non comperiens operæ pretium, ei diu inhærere: minus, aliquid reponere adferenti saltem confusam prioris Opusculi repetitionem: de cætero nihil novi, præter cavillationes, maledicta, conviciaque ad rem minime facientia. an Viro Docto atque Honorato convenientia, ipse viderit. ego sponte sectanti vana atque inania non invideo integram se talibus oblectandi exsatiandique libertatem: ipse adversus contumeliam securus: ac malens, animo meo imitandum proponere hoc Pythagoræ dictum apud Ælianum *lib.* 12. *Var. histor. c.* 59. Hominibus duo hæc divinitus data esse pulcherrima, veritatem amplecti, & aliis bene facere.

Hæc de priore Rubricæ parte. quod ad cæteras attinet: suffecerit inspectio *l.* 5. *cum sequentibus* omnium sensu sponte manifesto. Nisi de liberis ex incesto, nefario, & damnato complexu natis adhuc notanda sunt in *Novella* 89. *c. ult.* sequentia verba: *Primum quidem omnis qui ex complexibus (non enim hoc vocamus nuptias) aut nefariis, aut incestis aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur, neque alendus est a parentibus, neque habebit quoddam ad præsentem legem participium.* Verba hæc esse iniqua & crudelia, nedum impia, quis non putat? nam si est peccatum nefario, incesto, & damnato coitu, ut negari nequit: non est liberorum, sed parentum peccatum. parentes igitur puniantur noxii: at ne puniantur liberi, infelices quidem, sed insontes. interim quam putamus Imperatori fuisse rationem aliter statuendi? nulla adfertur, ne color quidem: etsi aliquem habuisse, credibile est. Cogitent Eruditiores; an voluerit Imperator uno hoc in casu rursus permittere jam abrogatum morem exponendi infantes sanguinolentos: hoc prætextu, quasi e re publica esset, hoc modo expungi memoriam fœdissimi sceleris, & aliis quotidiano occursu talium liberorum ad peccandum facile daturi exemplum. Mihi hoc incidit. possum errare, & cupio discere. tu si quid noris rectius: doce. habebo gratias, & habebunt alii.

TITULUS. IV.

De inspiciendo ventre, custodiendoque partu.

In hac Rubrica quæ est de inspiciendo custodiendoque ventre, duplex est observatio: una ex Rescripto Divorum Fratrum *l.* 1. *pr. h. t.* altera ex Edicto Prætoris. §. 10. *d. l.* prior permittit marito, si mulier, facto divortio, dissimulet vel neget, se prægnatem esse, eam evocare ad Prætorem, & postulare: ut eligatur domus honestissimæ fœminæ, in quam mulier veniat; & ibi tres obstetrices probatæ & artis & fidei, eam inspiciant: & si quidem omnes vel duæ renuncient, prægnatem videri; ei persuadeatur, ut perinde custodiam admittat, ac si ipsa hoc desideraffet. Si autem omnes vel plures, non esse gravidam renunciaverint; placet, nullam esse custodiendi causam. Hæc est Rescripti summa *l.* 1. Ejus interpretatio satis diligens subjicitur ex Ulpiano §. 1. *& sequentibus.*

Altera Tituli sollicitudo est, quemadmodum venter inspici & custodiri debeat; si mulier, marito mortuo, se prægnatem esse denunciaverit his quorum interest propter successionem. publice quippe utile est, partus non subjici, ut ordinum dignitas familiarumque salva sit *d. l.* 1. §. 13. Arbitratus igitur Prætor ad suam curam pertinere, etiam huic rei prospicere, Edicto proposuit formam qua ventrem inspici & custodiri oporteat: addita pœna, causa cognita, si ea forma observata non sit. Edictum extat in §. 10. *d. l.* interpretatio vero §. 11 *& sequentibus.*

TITULUS V.

Si ventris nomine muliere in possessionem missa, eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur.

Soluto matrimonio vel morte vel divortio, cum intelligeretur, prægnatem esse mulierem, & æquissimum videretur, interim ventris curam geri: placuit Prætori, partum etsi nondum natum, propter spem nascendi, in possessionem mittere *l.* 1. *D. de ventr. in possess. mittend.* sed non eo minus cavere; ne mulier in possessionem missa ventris nomine, ejus providentia abutatur, possessionem in alium transferens dolo malo. qua de re quæ fuit Edicti forma, videtur ex *Rubrica* & *l.* 1. ita non male repræsentari: *Si ventris nomine muliere in possessionem missa, eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicetur, adversus eam, eumve in cujus potestate ea fuerit, quanti actoris interfuerit, actionem dabo. Nec minus eum qui per dolum in possessionem venit, ab ea discedere cogam.* Hæc Edicti forma: intellectum datura interpretatio *l.* 1. *&* 2. *h. t.*

TITULUS VI.

Si mulier ventris nomine in possessione calumniæ causa esse dicatur.

Non contentus fuit Prætor superiori occurrisse fraudi mulieris in possessionem missæ ventris nomine: hic etiam remedium dedit alteri. Verba Edicti, prout licuit ex *Rubrica*, & subjecta lege §. 2. 3. *&* 4. conjicere, fere talia fuere: *Si mulier ventris nomine in possessione calumniæ causa esse dicetur, adversus eam, quanti agentis interest, intra annum quo primum agendi potestas erit, actionem dabo. etiam adversus parentem, si per eum factum sit, ut in possessionem veniret, actionem dabo.* Ulpianus §. 1. Et hoc, inquit, Edictum ex eadem causa proficiscitur, qua superius: debet enim Prætor, quemadmodum facilis est circa bonorum possessionem dandam mulieri ventris nomine, ita calumniam ejus impunitam non relinquere. Quando autem locum habeat hæc actio; prima indicant Edicti verba: *Si mulier ventris nomine in possessione calumniæ causa esse dicetur.* Per calumniam autem in possessione fuisse videtur quæ sciens prudensque se prægnatem non esse, voluit in possessionem venire §. 2.

Igitur apparet, hanc actionem a Prætore adversus mulierem dari. sed Prætor eam pollicetur quoque adversus parentem; si modo per eum factum sit, ut mulier in possessionem per calumniam veniret *d. l.* §. 5. *&* 12.

Competit porro hæc actio ei cujus interfuit, mulierem in possessionem non esse missam: utputa, vel coheredi speranti partum, vel qui substitutus fuit, vel qui ab intestato, si partus non fuisset, succedere potuit *d. l.* §. 6.

His consequens est, hanc actionem dari, quanti actoris interfuit. *d. l.* §. 4. Interesse autem quomodo accipiatur, traditur §. 7. *&* 8. *d. l.*

Nec omittendum fuit, Prætorem hanc actionem dumtaxat intra annum polliceri; ultra non; videlicet, quasi pœnalem §. 3. *d. l.*

TITULUS VII.

De concubinis.

Postquam de nuptiis & matrimonio dictum, non debuit silentio præteriri concubinatus. nam is matrimonio adeo similis habitus: ut in *l.* 3. *C. de naturalib. liber.* inæquale matrimonium appelletur: & concubina definiatur mulier cum qua vir sine forma matrimonii consuetudinem quasi cum uxore habeat. Ita concubina non est uxor, quippe quæ non habetur honore & affectione maritali *l.* 31. *D. de donat. l.* 3. §. 1. *D. de donat. int. vir. & uxor.* sed in domo nihilominus instar uxoris est, ab eaque sola animi destinatione distinguitur *l.* 4. *D. h. t.* Sed hoc ut plenius intelligatur; sciendum est, duplicem esse concubinam: vel enim est concubina in specie, vel pellex. hæc corpus miscet cum viro uxorem habente. illa apud cœlibem uxoris loco in domo est sine nuptiis *l.* 144. *D. de verb. signif.* De pellice ita Paulus *lib.* 2. *Sentent. tit.* 20. §. 1. *Eo tempore quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest.* Idem deinde statuit Constantinus: moribus seculi, nimis aucta illa, ut videtur, mollitie, occurrens Lege scripta ad Populum quæ est *l. unica C. h. t.* Cæterum hominis liberi sive cœlibis consuetudo cum concubina, a Justiniano licita appellatur *l.* 5. *C. Ad Senatusc. Orphit.* non quasi laudetur: sed (quod ab Ulpiano observatum *l.* 3. §. 1. *D. h. t.*) magis extra pœnam Legis Juliæ relinquatur: ut multa alia, majoris mali evitandi gratia, in republica permitti, notavi supra sub Titulo, *De legibus.* Aliquos torquet hoc Marcelli *l.* 41. §. 1. *D. de ritu nupt. Et si qua se in concubinatu alterius, quam patroni tradidisset, matrisfamilias honestatem non habuisse dico.* Sed hos scire oportet, *honestatem* a Marcello sumi pro dignitate, nec cum infamia committi, sed cum humilitate: quomodo in §. 4. *Inst. de public. judic.* & *l.* 38. §. 3. *D. de pœnis.* honestiores opponuntur humilibus, & in *l.* 1. §. 1. *D. de effractorib.* plebejis. Esset mihi copia, etiam a Petronio aliisque petere testimonia, nisi hæc sufficerent. tamen non omittam Plinium *lib.* 35. *Nat. hist. c.* 10. de pictura ita pulcre scribentem: *Semper quidem*, inquit, *honos ei fuit, ut ingenui eam exercerent, mox ut honesti: perpetuo interdicto, ne servitia docerentur.* Secundum hæc igitur Marcello (quod præclare animadvertit Collega meus, Petrus Burmannus V. CL. quem honoris causa appello, *Notis ad Petronium c.* 55. *pag.* 266.) infamis non est concubina, quantumvis illi neget dignitatem matrisfamilias: ac juvat Marcellum Ulpianus *l.* 49. §. 4. *D. de legat. lib.* 3. arbitratus, inter concubinam & uxorem, nisi dignitate, nihil interesse. quid, si hoc Marcello *d. l.* 41. §. 1. placet demum, si liberta se in alterius, quam patroni, concubinatum tradidisset: alioquin per causam officii excusari ab imminutione matronalis honestatis. Estque ejus observationis notabilis hic effectus, quem indicant sequentia Ulpiani verba

ba *l.* 13. *D. Ad Leg. Jul. de adult. Si uxor non fuerit in adulterio, concubina tamen fuit: jure quidem mariti accusare eam non poterit quæ uxor non fuit; jure tamen extranei accusationem instituere non probibebitur: si modo ea sit, quæ in concubinatu se dando, matronæ nomen non amisit: ut puta quæ patroni concubina fuit.*

Est igitur concubinatus (ut redeam ad propositum) licita consuetudo: præterquam si legibus aut moribus justa ex causa prohibeatur. exemplum in Clericis: quibus concubinatum interdicit Justinianus *Novell.* 5. *c.* 8. cum cæteris indulgeat: modo una sint contenti concubina. multitudinem non probat: quin eum qui plures habet, odibilem appellat *Novell.* 18. *c.* 5. Sed non a Justiniano cœpit temperamentum circa concubinas. etiam ante obtinuit: & sunt exempla sub hoc Titulo complura. Initium sumam a *l.* 1. §. 3. *b. t.* in qua hæc extant Ulpiani verba: *Si qua in patroni fuit concubinatu, deinde in filii esse cœpit, vel in nepotis, vel contra: non puto eam recte facere: quia prope nefaria est bujusmodi conjunctio, & ideo bujusmodi facinus probibendum est.* Aliud exemplum accipe ex sequentibus verbis Ulpiani in *d. l.* 1. §. *ult. Cujuscumque ætatis concubinam babere posse palam est: nisi minor annis duodecim sit.* Nimirum, quia ante annum duodecimum mulier non est matura viro: nec ei ante permittitur matrimonium. cur ante permittatur concubinatus? Sed cum quæritur, an in concubinatu esse possit mulier: una est inspectio, an esse prohibeatur. talis venit in hoc Ulpiani *d. l.* 1. §. 2. *b. t. Qui autem damnatam adulterii in concubinatu babuit, non puto Lege Julia de adulteriis teneri; quamvis si uxorem eam duxisset, teneretur.* Quæstio est, an in concubinatu haberi possit adulterii damnata Lege Julia? causa quærendi, quod ea Lege prohibetur duci uxor; & qui duxit, pro adultero punitur: ut traditum *l.* 37. §. 1. *D. de minorib.* & *l.* 9. *C. Ad Leg. Jul. de adult.* quam emendavi & explicui *Dioclet. & Maxim. c.* 16. Quid Ulpianus? putat, adulterii damnatam Lege Julia posse in concubinatu haberi: quia Lex quidem prohibet, eam uxorem duci: sed de concubinatu silet. potest igitur damnata adulterii in concubinatu haberi sine metu Legis, sed in matrimonio haberi non potest. Similis est dubitatio in hoc Pauli *l. ult. D. b. t. Concubinam ex ea provincia in qua quis aliquid administrat, babere potest.* Non opus interpretatione: quando Mandatis Principis prohibitum quidem hac in specie reperitur matrimonium: at prohibitus non reperitur concubinatus. Quas dedi species, fuere mulierum quarum prohibitum erat matrimonium. videamus reliquas. Et quidem Modestinus *l.* 34. *D. Ad Leg. Jul. de adult. Stuprum*, inquit, *committit qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii, continet: excepta videlicet concubina.* Modestinus non est accipiendus de omni libera muliere. ne puta. Clare Ulpianus *l.* 1. §. 1. *D. b. t. Cum Atilicino sentio & puto, solas eas in concubinatu babere posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur.* Attingit tales Ovidius *lib.* 1. *De arte amandi vers.* 30.

Este procul vittæ tenues, insigne pudoris;
Quæque tegis medios instita longa pedes.
Nos Venerem tutam, concessaque furta canemus:
Inque meo nullum carmine crimen erit.

Sed quæ illæ? Marcianus *l.* 3. *d. t.* sic tradit: *In concubinatu potest esse & aliena liberta & ingenua, & maxime ea quæ obscuro loco nata est, vel quæstum corpore fecit: alioquin si bonestæ vitæ & ingenuam mulierem in concubinatum babere maluerit, sine testatione boc manifestum faciente non conceditur; sed necesse est ei, vel uxorem eam babere, vel boc recusantem stuprum cum ea committere.* Locus est impeditissimus. sed dicam, quid mihi inciderit, omissis quæ ab aliis adferuntur. Primum pro certo ponit Marcianus, libertam propriam a patrono jure sumi in concubinatum; & ipse in antecessum dixi, eam non amittere dignitatem matrisfamilias. Deinde ait Marcianus, & alienam libertam posse in concubinatu haberi; sed puta cum hoc discrimine, quod ista non retinet honestatem matrisfamilias. Postremo refert, & ingenuam mulierem jure licito accipi in concubinatum: non quidem omnem, sed obscuro loco natam, vel quæ quæstum corpore fecit. Qua ratione? quia tam huic, quam libertæ, licuit apud Ædiles profiteri artem meretriciam, evitandæ pœnæ adulterii aut stupri gratia. quid ni igitur in concubinatu utraque habeatur sine metu criminis: facile obtinente ratione, ei cui plus indulgetur, etiam quod minus est, concedi. Sed in muliere honestæ vitæ & ingenua aliter, opinor, fuit propter Senatusconsultum quo etiam honestioribus fœminis impudicitiam palam profitentibus, inter cætera cautum fuisse, (præter Suetonium *Tiberio c.* 35. & Papinianum *l.* 10. §. 2. *D. Ad Leg. Jul. de adult.*) memorat Tacitus *lib.* 2. *Annal. c.* 85. *Ne quæstum corpore faceret cui avus, aut pater, aut maritus, eques Romanus fuisset.* Secundum hoc igitur Marcianus. *Si*, inquit, *bonestæ vitæ & ingenuam mulierem in concubinatu babere maluerit, sine testatione boc manifestum faciente non conceditur.* Marcianus significat, nemini concedi, puto, Senatusconsulto quo de monui, mulierem ingenuam honestæ vitæ, id est, mulierem non humilem, sed cujus avus, aut pater, aut maritus, eques Romanus fuit, domi continere consuetudinis causa, sine testatione hoc manifestum faciente, id est, sine matrimonio; sive palam coram vicinis aut aliis testibus non declarato, se illam domi habere liberorum procreandorum gratia: id enim hac loquendi forma indigitari, & inter impares personas observari, demonstravi jam supra sub Titulo, *De ritu nuptiarum.* idemque sequente versu fortissime evincit hæc Marciani sive illatio sive conclusio: *Sed necesse est ei, vel uxorem eam babere, vel boc recusantem stuprum cum ea committere.*



LIBER

LIBER VIGESIMUS SEXTUS.

TITULUS. I.

De tutelis.

TUTELA qua de acturus sum hoc & sequente libro, a tuendo dicta est. Tueri autem Varro (*lib. 6. De ling. Latin.*) ait, duo significare: unum ab adspectu: alterum a curando ac tutela: ut cum dicimus, bellum tueor, & tueri villam: a quo etiam quidam, sic pergit, dicunt illum qui curat ædes sacras, Æditumum, non Æditimum. sed tamen hoc ipsum ab eadem profectum est origine: quod quem volumus domum curare, dicimus, tu domi videbis, ut Plautus, cum ait, Intus para, cura, vide, quod opus fiat. Tueri ergo est videre, item servare, curare, custodire, defendere: ut & Nonius probat. Inde tutores quasi tuitores, seu defensores appellantur. tutela vero defensionem, curam, conservationemque notat. Hoc sensu sumitur in illo Horatii *lib. 2. Sat. 2.*

—— *Interdicto huic omne adimat jus*
Prætor, & ad sanos abeat tutela propinquos.

Hæc lata & naturalis tutelæ significatio est. at strictius sumitur in Jure Civili: ibi definitur a Servio apud Paulum *l. 1. D. h. t. Vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui, propter ætatem, se defendere nequit, jure civili data ac permissa.* Primum ait Servius, quod tutela est *vis ac potestas.* & est frequens hæc conjunctio verborum idem significantium. Apud Tacitum *lib. 2. Histor. c. 29. Honor imperii penes Titianum fratrem: vis ac potestas penes Proculum Præfectum.* A. Gellius *lib. 5. Noct. Attic. c. 19.* ait, Tutoribus in pupillum esse *auctoritatem potestatemque.* Deinde ait Servius, *In capite libero:* id est, in pupillo. Vidit Cornutus, aut quisquis fuit Vetus Persii Interpres, ad illum versum, *Magni pupille Pericli:* sic scribens, *Tutores dicunt pupillos suos, quorum tutelam gerunt: quod tutela sit potestas in pupillos, auctore Servio Sulpitio.* Nec resistit loquendi forma, *In capite libero.* est enim par hæc Legis XII. Tabularum apud Ciceronem *lib. 2. De inventione c. 50. Si furiosus est, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto.* Apud Gellium quoque *d. c. 19. Uti vitæ necisque potestas in eo siet, uti patri endo filio est.* Est igitur tutela vis ac potestas in capite libero, id est, pupillo. Dicitur autem *caput liberum* apud Veteres pro homine libero: ut in hoc Gellii *d. loc. Tutoribus in pupillos tantam esse auctoritatem potestatemque, fas non est, ut caput liberum fidei suæ commissum alienæ potestati subjiciant.* Nec aliter Ulpianus *tit. XI. §. 5. Qui,* inquit, *liberum caput mancipatum sibi vel a patre, vel a coëmptore manumisit, per similitudinem patroni tutor efficitur.* Ait porro Servius, *Ad tuendum eum.* Grammatice dicendum erat, *ad tuendum id.* Sed non est insolens Veteribus, in sermone facere relationem ad verborum sensum, non ad verba quibus is sensus continetur. id suis exemplis ostendi *lib. 1. Observ. c. 4. in fin.* Sensus igitur Servii est: Tutela est vis ac potestas in homine libero, ad tuendum eum qui per ætatem se defendere non potest. Ita censeo, & explicandum Servium ex usu sui temporis: quo tutela pupillorum a tutela muliebri per ætatem distinguebatur: ut in hoc Ulpiani, *Tit. XI. §. 1. Tutores constituuntur tam masculis, quam feminis. sed masculis quidem impuberibus dumtaxat propter ætatis infirmitatem: feminis autem tam impuberibus, quam puberibus & propter sexus infirmitatem, & propter forensium rerum ignorantiam.* Ab eadem causa etiam Servius simpliciter dixit, *propter ætatem:* nec addidit *impuberem:* quia quo tempore florebat Servius, nemo, præter pupillum, id est, impuberem patremfamilias, propter ætatem defensorem accipiebat: ne minor quidem pro tuendis ejus bonis: minoris cura propter ætatem tum adhuc incognita, & diu post inventa demum a Divo Marco: ut suo loco dicetur. Nec tamen nego, esse differentiam inter tutelam & curam. nam curator in primis datur puberi, sed minori viginti quinque annis, datur etiam majori, sed animi aut corporis vitio laboranti. tutor autem impuberi tantum datur *l. 3. D. h. t.* præterea datur curator bonis præsertim: tutor personæ præficitur §. 4. *Inst. Qui testam. tutor. dari poss.* §. 2. *Inst. de curatorib.* Inde libera est minoris persona *l. 20. D. de ritu nupt. l. 8. C. de nuptiis.* pupilli non est. Ab hac causa Poppæa (ut refert Tacitus *lib. 14. Annal. c. 1.*) Neronem vocat pupillum: qui jussis alienis obnoxius, non modo imperii, sed libertatis etiam, indigeret. Sic quantum ad minoris personam attinet: nam ad bonorum administrationem respicientibus post Constitutionem D. Marci, de qua postea, sub curatore constitutus, non absimilis habetur prodigo cui curatore dato a Prætore bonis interdictum est *l. 3. C. de in integrum restit. minor.* quum sine curatore agens, dicatur paterfamilias pubes suæ potestatis *l. 43. D. de oblig. & act.* vel sui juris *l. 20. D. de novation.* Postrema definitionis verba, *Jure civili data ac permissa,* indicant, tutelam, cum originem habeat a jure naturali volente, eum qui non sit perfectæ ætatis, alterius tutela regi §. *pen. Inst. de Atiliano tutore.* formam certam jure civili, id est, Prudentum disputatione *l. 2. §. 5. D. de origine juris,* accepisse. Sic mihi videtur; & meminit formæ antiquitus constitutæ Ulpianus *l. 5. §. 7. D. de administratione tutorum.*

Hæc tutela Justiniano *l. 52. C. de Episcopis & Clericis* est triplex: testamentaria, legitima, & dativa. eo quod tutela aut testamento, aut lege, aut a Magistratu defertur. Potest tamen tutela etiam scindi in partes duas: ut altera sit legitima, altera dativa *l. ult. C. de legitim. tut.* Sed dativa hoc modo est rursus vel testamentaria, vel Atiliana. nimirum legitimos tutores nemo dat, sed Lex XII. Tabularum eos fecit tutores *l. 5. D. de legitim. tutor.* at testamentarii tutores, (ut Ulpianus scribit *tit. XI. §. testamento quoque 14.*) dativi sunt: nec minus a Prætore dati eo nomine veniunt *d. l. 52. d. l. ult. l. 7. D. Rem pupilli salv. for.* quamquam & Atiliani vocentur in *pr. Inst. de Atilian. tutor.*

TITULUS II.

De testamentaria tutela.

Prima causa est tutelæ testamentariæ, quam ex Duodecim Tabulis ad hunc modum repræsentat Ulpianus *tit.* XI. §. 14. *Uti legassit super pecunia tutelave rei suæ, ita jus esto.* Mihi vero proclive est, credere verba, *suæ rei*, non esse Legis, neque Ulpiani: sed alicujus Studiosi juris: qui ad marginem sui libri annotaverat, partem Legis alibi (ut apud Pomponium *l.* 120. *D. de verborum significatione*, & Justinianum in *pr. Inst. de lege Falcidia*) hac prodi forma: *Uti legassit suæ rei.* eaque deinde errore Librarii irrepsisse in contextum. est enim certus auctor Paulus *l.* 53. *D. de verbor. signific.* Legem dixisse, *Uti legassit super pecunia tutelave sua.* ausim igitur Legem sic restituere. *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave sua, ita jus esto.* Sic conjeci *lib.* 2. *Observ. c.* 19. & optimo Pauli testimonio, simul argumentis ad probationem indubitatis; quæ hic repetere, nihil attinet.

Igitur veniam ad interpretationem Legis: secutus partitionem Modestini in *l.* 1. §. 1. *D. de confirmando tutore*: dicentis, esse tutores, qui in testamento recte dantur: hoc est, a quibus oportet, & quibus oportet, & quo modo oportet, & ubi oportet. Primum dicam, a quibus, & quibus tutorem dari oporteat. Is qui tutorem dat, est paterfamilias. sic enim sonant Legis verba, *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave sua.* Pater autem familias, ut Ulpianus ait *l.* 195. §. 2. *D. de verborum significatione*, est qui in domo dominium habet; recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habet. non enim solum personam ejus, sed & jus demonstramus.

Is paterfamilias ex permissu Legis tutorem dat liberis suis; non indistincte quidem omnibus; sed demum his qui ei sint sui heredes tempore mortis. sic definivit Q. Mucius *libro singulari* ὅρων; & convenienter Legi XII. Tabularum. verba Q. Mucii in *l* 73. §. 1. *D. de regulis juris* hæc sunt. *Nemo potest tutorem dare cuiquam, nisi ei quem in suis heredibus, cum moritur habuit, habiturusve esset, si vixisset.* Hoc qua ratione factum sit, hactenus nemo demonstravit; & Lex simpliciter ait, *Uti legassit super pecunia tutelave sua.* Mihi in rationem inquirenti hæc succurrit *d. c.* 19. *lib.* 2. *Observ.* quod pater & filius in ejus domo & potestate existens, pro una persona habentur jure civili: usque adeo, ut filius, vivo patre, cum eo quodammodo dominus intelligatur, & post ejus mortem non tam hereditatem percipere, quam jam liberam bonorum administrationem consequi. id docet Pomponius *l.* 11. *D. de liberis & posthumis*: nec minus Lactantius, *lib.* 4. *Divin. Inst. c.* 29. *Cum quis*, inquiens, *habet filium quem unice diligit, qui tamen sit in domo & manu patris, licet ei nomen domini potestatemque concedat, civili tamen jure & domus una & unus dominus nominatur.* Hanc patris & filii, qui in ejus familia & potestate sit, unitatem Lex indigitat; cum ait, *Uti legassit super pecunia tutelave sua.* eaque, opinor, fit: ut possit quidem pater liberis suis impuberibus, sed non aliis, quam qui ei sint sui heredes, testamento tutorem dare: eo quod Lex ei permisit, de pecunia tutelave sua legare.

Ex hoc fonte Gajus *l.* 1. *pr.* & §. 2. *D. h. t.* ait, parentibus Lege XII. Tabularum permissum esse liberis suis, sive feminini, sive masculini sexus, si modo in potestate sint, tutores testamento dare: idque verum esse in filiis & filiabus omnimodo: in nepotibus vero & neptibus ita demum, si post mortem avi in potestatem patris sui recasuri non sunt. Et recte: nam ubi filius gradu præcedit, solus habet jura sui heredis, quamvis nepos quoque in eadem potestate sit. sed si filius vivo avo moriatur, aut alia qualibet ratione de potestate ejus exeat, incipit nepos in ejus locum succedere, & eo modo jura suorum heredum quasi adgnascendo nancisci.

Igitur effectum est, patri competere tutoris dandi facultatem: modo eum det eis quos, ut monui ex Q. Mucio, in suis heredibus, cum moreretur, habuit; aut habiturus esset, si vixisset. nec est dubium, quin postremis Q. Mucii verbis posthumi designentur. alioquin poterat ambigi, an nondum natis jure tutor a patre daretur: quia poterat quæri, an qui nondum essent nati, patri, cum moreretur, essent sui heredes. Sed placuit Q. Mucio, posthumo tutorem dari: modo, ut Gajus ait, in ea causa sit, ut natus vivo patre, in ejus potestate futurus, neque testamentum rupturus esset *d. l.* 1. § 1. id est, si vel heres esset institutus, vel rite exheredatus: tum enim non rumpi testamentum, constat. Cæterum cur æque posthumo, ac jam nato, tutor dari possit, ratio hæc est: quod tutela ad pupilli utilitatem spectat §. 4. *Inst. de tutelis.* in eo autem qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodo ipsius partus quæritur; quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prodest *l.* 7. *D. de statu hominum. l.* 231. & *l.* 161. *D. de verbor. signif.* Datur igitur posthumo tutor; non tamen ut pupillo jam nato, sed ut posthumo nasciturо. & est ejus distinctionis effectus: ut tutela pendeat usque ad nativitatem posthumi: tamdiu incerto, utrum futura sit e re posthumi. ita, si incolumis nascatur posthumus, locum habet tutelæ actio; sin mortuus prodeat, tantum negotiorum gestorum, non tutelæ, actio competit *l.* 19. §. 2. *D. h. t. l.* 29. *D. de negotiis gestis.*

Hoc loco & illa occurrit quæstio: utrum tutor testamento detur filio tantum heredi instituto, an etiam exheredato. ea autem quæstio huc exit: an filius exheredatione desinat patri esse suus heres? quod non puto: sive ad definitionem sui heredis, sive ad ejus jus, specto. Primum quod ad definitionem attinet: constat, eum qui in domo & familia patris est gradu proximus, suum heredem appellari §. 2. *Inst. de hered. qualit. & differ.* quin autem in patris potestate, eo vivo, sit filius exheredatus, vix dubitari potest: siquidem exheredatio non est modus solvendæ patriæ potestatis. imo ne vim quidem habet, vivo patre. sit enim testamento: quod demum morte, & subsecuta aditione, confirmatur. Igitur quamdiu vivit pater, tamdiu filius, quamvis exheredatus, in ejus potestate est: nec minus in familia gradu proximus habetur: quia in ea nemo eum antecedit; & hoc ut suus heres sit, sufficit. Satis de definitione. Venio ad effecta. Primum verum est, exheredatum filium tempore paternæ mortis obstare nepoti ex se nato, quo minus ad avi hereditatem admittatur, & ejus testamentum rumpat veluti adgnatione *l.* 6. *pr. D. de injusto, rupto, irrito facto testam. l.* 9 §. 2. *D. de liberis & posthum. l.* 4. §. 2. *D. de bonor. possess. cont. tabul.* quid autem certius, quam fuisse nepotem in locum patris sui venturum, si propter

pter exheredationem, suus esse desiisset? Deinde constat, filio exheredato, perinde ut instituto, pupillariter substitui §. 4. *Inst. de pupill. subst.* nec tamen potest aliis pupillariter substitui, quam suis heredibus. Aliquis contra moveat, exheredati jus abscissum esse, ipsum pro mortuo haberi, & cum heres non sit, ne suum quidem heredem existere *l.* 1. §. 10. *D. de suis & legitim. hered. l.* 1. §. 5. *D. de conjungend. cum emancip. liber. ejus. l.* 9. §. 2. *D. de liber. & posthum. hered.* Sed videamus: ne hæc contingant a morte patris, atque adita hereditate. ut autem filius patris testamento accipiat tutorem; sufficit, eum patri suum heredem tempore mortis fuisse: ut supra probatum. Mitto argumenta; quid enim his opus? clare Papinianus *l.* 26. §. 2. *D. h. t.* Ecce: pater filio exheredato dedit tutorem, patre mortuo, & hereditate ex testamento adita, quæsitum est, quo auctore debeat filius experiri, moturus querelam de inofficioso; utrum legitimo tutore, an testamentario? non enim videbatur testamentario esse locus, quamdiu rescindi poterat testamentum: nec magis legitimo, quamdiu spes erat, testamentarium fore tutorem, confirmato testamento. ita quia poterat fieri, ut rescinderetur testamentum; etiam, ut non rescinderetur: in hoc incerto fuit optimum factu, tutorem testamento datum a Prætore confirmari: ut auctoritatem de ordinanda lite interim interponat, tamquam si esset tutor justus: & deinde eventus finiat, utrum ex patris testamento, an ex Prætoris decreto auctoritatem interposuerit. prius eveniet, si pro testamento pronuncietur adversus filium: posterius, si pro filio pronuncietur adversus testamentum. quod si est: apparet, confirmato testamento, supervacuum esse Prætoris decretum, & tutorem vel exheredato filio patris testamento recte datum fuisse. Sed incurrit duplex difficultas: una a *l.* 4. *h. t.* altera a *l.* 53. *D. de verborum significatione.* De posteriore in sequentibus agam suo loco. quod vero ad priorem attinet: in ea tenendum est, desumptam esse ex Modestini *lib.* 7. *Differentiarum:* ab eoque duplicem indicari differentiam inter tutorem a patre & tutorem a matre datum. una est: quod pater tutorem dat filio tam exheredato, quam instituto. mater contra tutorem dat filio tantum heredi instituto, non etiam exheredato. & rationem addit Modestinus: quod mater filio dat tutorem magis in rem, quam in personam. pater magis in personam, quam in rem. altera differentia est: quod oportet inquiri in tutorem a matre datum: nempe, quod a matre datus, non jure datus est. & tamen conceditur pietati matris tutorem dantis filio instituto; ut tutor datus a Prætore confirmetur: etsi non sine inquisitione in ejus mores & facultates. quod non ita esse in tutore a patre dato, quamvis minus jure, bene observat Modestinus. dicit autem, tutorem non jure a patre datum: non, si sit exheredato datus: (nam contrarium est demonstratum) sed si datus sit non justo, id est, non solemni, testamento, aut non ut Lege præcipiebatur *l.* 3. *D. de confirmando tutore*, cujus complura exempla idem dat Modestinus *l.* 1. §. 1. *D. eod. tit.* igitur a patre datus tutor non jure, sine inquisitione confirmatur: nisi si causa propter quam datus videbatur, in eo mutata sit, veluti si ex amico inimicus, vel ex divite pauperior effectus sit. Cæterum si apparet, durasse voluntatem patris; nihil ultra inquiritur.

Vult ergo Lex, patremfamilias demum liberis impuberibus, qui ei sui heredes sint, vel si vixisset, futuri essent, tempore mortis, in testamento tutorem dare. quod si est; apparet, in patre qui velit filio emancipato tutorem dare, itemque in matre, patruo, patrono, & extraneo quolibet, aliter observari *l.* 69. §. 2. *D. de legatis lib.* 2. Illud non omittam; quod Lex permittens, tutorem testamento dari suis heredibus, tantum ipsis dari permittit, non ipsorum bonis, sive rebus aut causis: propterea quod dixit, *Uti legassit super pecunia tutelave sua:* non, *super pecunia tutelave suæ rei:* ut in antecessum demonstravi. Atque hoc adeo placuit: ut tradita sit quasi per manus regula *l.* 12. 13. 14. & 15. *D. h. t. Certarum rerum vel causarum testamento tutor dari non potest.* Et additur. *Nec deductis rebus:* per interpretationem nempe, quasi adscriptæ non essent. Ergo sequitur: *Et si datus fuerit, tota datio non valebit: quia personæ, non rei vel causæ datur.* Sed observandum, quod subjicitur: *Si tamen tutor detur rei Africanæ vel rei Syriaticæ: utilis datio est.* Qua ratione: *Hoc enim jure utimur.* Notanda hæc loquendi forma elegans & frequens apud Veteres: cum significant, aliquid placuisse quidem certa juris regula: sed post multas variationes usu tandem contrarium obtinuisse. animadverti hoc cum *lib.* 1. *Probabil. c.* 2. & 3. tum alibi sæpe.

Dixi a quibus & quibus debeat tutor dari. porro dicam, quo modo eum dari oporteat. Ait Lex, *Uti legassit.* Est autem *Legatum*, ut Ulpianus interpretatur in *Fragm. tit.* 24. quod legis modo, id est, imperative testamento relinquitur: & addit Ulpianus, ea quæ precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocari. Secundum hoc debet tutor a patre verbis directis & imperativis dari hoc modo, Tutor esto, vel Tutorem do. Quod si precariis verbis usus sit, non valet: quia Lex dixit, Uti legassit; non, uti rogassit. *Uti* porro verbum late patet: uti enim est, quocumque modo. Vidit Pomponius *l.* 120. *D. de verb. signif.* sic scribens: *Verbis Legis* XII. *Tabularum his*, Uti legassit suæ rei, ita jus esto, *latissima potestas tributa videtur & heredes instituendi & legata & libertates dandi, tutelas quoque constituendi. sed* (quod addit Pomponius) *id interpretatione coangustatum est vel legum, vel auctoritate jura constituentium.* De utraque re pauca quæ occurrunt, attingam. Quod ad Legis latitudinem attinet: hanc animadverti partim in personis quæ tutores dantur, partim in constituendi forma & modo. De personis Paulus *l.* 20. §. 1. *D. h. t.* Testamento, inquit, quemlibet possumus tutorem dare, id est, non modo agnatos, aut gentiles, sed etiam cognatos: imo alium quemlibet extraneum: sive privatæ conditionis, sive Prætor, sive Consul sit: & rationem hanc addit, quia Lex XII. Tabularum id confirmat, id est, quia sine distinctione jubet, uti legassit, ita jus esse. Similiter quæsitum fuit, an non ejusdem civitatis cives testamento quis tutores dare possit? & respondit Paulus, posse *l.* 32. *D. h. t.* nempe quia & hoc sinunt lata Legis verba, *Uti legassit.* Præterea ait Justinianus, quod tutor dari potest non solum paterfamilias, sed etiam filiusfamilias *pr. Inst. Qui test. tut. dar. poss.* tam enim hic, quam ille, latitudine Legis continetur. Eadem ratione placet, quod Ulpianus *l.* 10. §. 3. *D. h. t.* scribit, Si testamento tutor detur furiosus, si quidem, Cum furere desierit; tutorem esse recte datum, Proculum, existimare. quod si pure datus sit: negare Proculum, valere dationem. Sed esse verius, quod & Pomponius ait, recte datum videri, & tunc fore tutorem, cum sapere cœperit. quid si furor sit tantus, ut tolli nequeat? adhuc jure datus est tutor:

sed

sed quia in morbum sonticum abit furor; æquum est, remittere officii qualiscumque necessitatem *l.* 39. §. 1. *& l.* 46. *D. de judiciis.* Non minus observatur latitudo verborum, *Uti legassit*, circa modum & formam dandi tutoris. nam ne hic quidem distinguit Lex: ab hac igitur causa Ulpianus in *l.* 8. §. 2. *D. h. t.* Tutorem, inquit, & a certo tempore dare, & usque ad certum tempus licet; & sub conditione, & usque ad conditionem. Justinianus §. 3. *Inst. h. t.* addit, etiam ante heredis institutionem dari: & de eo, inquit, non dubitari; ac forte possit pro ratione cedere; quod in hunc modum scribit Paulus *l.* 7. *D. h. t. Tutores non ab herede, sed a testatore potius proficiscuntur, simul atque aliquis heres extitisset. nam & ipse heres tutor dari potest; & post mortem heredis tutor recte dari potest.*

Indicavi, quantum proposito sufficit, latitudinem Legis. nunc paucis agam, quemadmodum sit coangustata. igitur etsi amplissima sint Legis verba, *Uti legassit:* placet tamen, solos dari tutores, cum quibus est testamenti factio *l.* 21. *D. h. t.* imo vel ab his excipitur Latinus Junianus. nam is habet quidem testamenti factionem: sed tamen tutor dari non potest; quia Lex Junia prohibet: auctore Ulpiano in *Fragm. tit.* XI. §. 16. Possit quoque huc trahi quod ex *lib.* 3. *Regularum* Neratii ita legitur in *l. ult. D. de tutelis*, Fœminæ tutores dari non possunt: quia id munus masculorum est: nisi a Principe filiorum tutelas specialiter postulent. Præter hæc visum Veteribus, ea verba, *uti legassit*, sic accipere, quasi dixisset Lex, uti certo consilio legassit. & est causa interpretationis: quod æquum creditum est, quem certo judicio pro tutela suæ posteritati cavere §. 27. *Inst. de legatis.* inde obtinuit, certum tutorem dari, incertum non dari. *l.* 20. *D. h. t.* Ulpianus *d. tit.* XI. §. 14. ait, tutorem nominatim testamento datum, Lege XII. Tabularum confirmari. igitur fac: duo sunt Titii, pater & filius: tutor datus est Titius, nec apparet de quo sensit testator. uter datus est? ait Paulus *l.* 30. *D. h. t.* eum datum esse, quem dare se testator sensit: si id non apparet, non jus deficere, sed probationem. igitur neutrum esse tutorem. Aliquis dicat, obstare *l.* 8. §. 3. *D. de legatis lib.* 2. Sed non obstat: nam est in hac casus alius, quam in *d. l.* 30. Id apparebit proposito casu: qui est talis. Titio relictum est legatum. duo sunt Titii: uterque amicus testatori. dubitatur, utri debeatur. heres ultro paratus est, solvere legatum ad cujus solutionem jure non poterat cogi, propter incertum. unum postulat: ut conveniat inter eos, utri potius solvere debeat. Hic ait Paulus, si uterque velit heredem defendere adversus alterum: esse heredis electionem, a quo potius defendi velit. Fuit & alia ratio coërcendæ Legis amplitudini quam observat Marcianus *l.* 112. §. 3. *D. de legatis lib.* 1. *Si quis*, inquiens, *scripserit testamento fieri quod contra jus est, vel bonos mores: non valet: veluti, si quis scripserit contra leges aliquid, vel contra Edictum Prætoris, vel etiam turpe aliquid.* Idem est, si quid pupilli utilitate refutetur. & sunt exempla in *l.* 5. §. 7. §. 8. *&* §. 9. *D. de administratione tutorum.* Plus notandum est, patri a Lege quidem permitti, tutorem dare suis heredibus: sed ad quod tempus permittat, non dici. est igitur, quod ad verba attinet, infinita patri potestas hac in parte: nullo in Lege vestigio ætatis qua tutelæ datio circumscribatur, aliquis dicat, hoc intelligi ipso tutelæ sono. Sed jam supra monstravi, illo verbo quamcumque indigitari defensionem non modo impuberum, sed furiosorum quoque & prodigorum, malim igitur, vel hac parte a Jurisconsultis esse Fori disputatione coangustatam dandæ tutelæ amplitudinem; quasi ex Legis sententia: eo quod sobriis severisque moribus in illa seculi paupertate, crederentur homines suæ tutelæ post pubertatem sufficere. quamquam ne pubertas quidem quando masculis contingeret, nisi sero, convenit: nota ex Ulpiano *tit.* XI. §. 28. de hac Sabinianorum & Proculejanorum pugna: donec cum ab aliis, tum ab Ulpiano *l.* 5. *D. Qui testam. fac. poss.* itum fuit in sententiam Proculi, pubertatem solis annis æstimantis. Imputemus igitur interpretationi Juris Civilis, quod Imp. Justinianus §. 3. *Inst. de tutelis* scribit, Permissum esse parentibus, liberis impuberibus quos in potestate habent, testamento tutores dare.

Dixi de modo dandi tutoris. sequitur, ubi detur. ait Lex: *Super pecunia tutelave sua.* Lex pecuniam dixit pro hereditate. quomodo in *Topicis c.* 8. Cicero, *Hereditas*, inquit, *est pecunia.* Porro non simpliciter ait Lex, *Super pecunia sua:* sed *super pecunia tutelave sua.* At hoc quomodo accipimus? nam sæpe ita comparatum est: ut conjuncta pro disjunctis, & disjuncta pro conjunctis accipiantur. sed visum Paulo *l.* 53. *D. de verborum significatione* Legis verba conjunctim exaudire: hoc addito, quod cum dicitur, *Super pecunia tutelave*, tutor separatim sine pecunia dari non potest. Sed id quoque quid significet, in quæstione est: putante Hotmano V. CL. *lib.* 6. *Observ. c.* 5, esse Pauli sensum, tantum tutorem dari filio heredi instituto, non etiam exheredato. Sed fallitur Hotmanus. nam res aliter se habet: & Paulus, cum negat, tutorem separatim dari sine pecunia: voluit, tutorem non alibi dari, quam ubi datur hereditas, quam Lex pecuniæ appellatione indigitavit. atque hoc si est: apparet, quod Lex XII. Tabularum noluit, tutelam alibi dari, quam in testamento: in quo solo hereditas datur. Utique indubitati juris est, neque per epistolam, neque ex imperfecto testamento, tutorem recte dari *l.* 2. *C. de confirmando tutore.* Huc igitur redit Pauli sensus; ne valeat tutelæ datio, nisi si testator simul de tutela, & de pecunia, id est, de hereditate, sua disponat: hoc est, non alias, quam si tutorem det in justo testamento; ubi hereditatem dari oportet. idque jam probat Gajus *l.* 1. *D. h. t.* & Modestinus *l.* 1. §. 1. *D. de confirm. tutor.* Plane ut tutores codicillis dati, pro non jure datis habeantur *l.* 3. *D. d. t.* dati tamen in codicillis, testamento confirmatis, perinde accipientur, ac si testamento dati sint *l.* 1. §. 1. *D. d. t.* Sic ex vetere rigore. qui an sublatus sit a Justiniano in *l.* 21. §. 1. *C. de testamentis*, forte aliquis dubitet. Sed ego illi qui sic censeat, non assentiar: animadverso, parentum voluntatem ea lege ex imperfecto testamento inter liberos servari quidem circa bona, de quibus nominatim loquitur; sed non etiam circa tutelas liberorum aliis a parentibus datas: nam de his altum in ea silentium. proinde quod de illis dictum, id quomodo ad has porrigatur, non intelligo: cum præsertim solent leges novæ, jus vetus emendantes, etiam stricte accipi.

Nunc videamus, quid sibi velit Lex, cum ait, *Ita jus esto*; vel, ut Justinianus *Novell.* 22. *c.* 2. vertit, *Lex sit.* puto autem, respicere ad effectum tutoris testamento dati: eumque effectum esse: ut voluntas patris pro lege observetur. modo sit jure datus tutor: qui demum testamento datus intelligitur *l.* 3. §. 1. *D. h. t.* nisi hoc quoque desideratur: ut adita ex testamento sit here-

di-

ditas *l.* 9. *&* 10. *D. h. t.* Ut ut erit: placet, quod Modestinus *l.* 1. §. 1. *D. de confirmando tutore* scribit, recte datos tutores secundum testamenta, nulla indigere Prætoris confirmatione. Nec minus, quod Paulus *l.* 7. *D. h. t.* Tutores, inquit, non ab herede, sed a testatore protinus proficiscuntur, simul atque aliquis heres extitisset. Ita pro lege habetur testatoris voluntas. Etiam præ lege est. auctor Ulpianus *l.* 11. *D. h. t.* Est & tertius effectus: ne tutores testamento dati cogantur satisdare, rem pupilli salvam fore *l.* 17. *D. h. t.* Atqui, inquies, pupillus neglecta satisdatione gravatur. Sed qui est nobis, is non est Legi metus: postquam apparet, tutoris fidem ac diligentiam ab ipso approbatam esse testatore *pr. Inst. de satisd. tutor.* solito, (ut Paulus ait *l.* 36. *D. de excusat.*) amicissimos & fidelissimos liberis tutores eligere, & eos ad onus tutelæ suscipiendum etiam honore legati persequi. Atque esse id certo certius, Ulpianus refert *l.* 17. *D. h. t.* sed addit, nihilominus pluribus datis tutoribus, si unus satisdationem offerat; ea lege, ut solus administret: non esse iniquum, eum audiri, causa cognita; idque Edicto caveri: recte tamen Prætorem etiam cæteris hanc conditionem detulisse, si & ipsi velint satisdare. nam & si ipsi parati sint satisdare, non debere alterius oblatione excludi. igitur quid est? Ulpianus §. 1. *d. l.* 17. duplicem esse causæ cognitionem ait: unam ex persona ejus qui obtulerit satisdationem, quis & qualis est: aliam contutorum, quales sunt: num forte ejus existimationis, vel ejus honestatis sint, ut non debeant hanc contumeliam satisdationis subire. Sic Ulpianus. & subjicitur mox ex Callistrato *l.* 18. *D. h. t.* quod si plures satisdare parati sint: tunc idoneior præferendus erit: ut & tutorum personæ inter se, & fidejussorum comparentur. Quid, si nemo tutorum provocet ad satisdationem, sed existat quidam qui tutor non est, desideretque, ut aut satisdent tutores, aut si non satisdent, parato sibi satisdare committant tutelam? non placet Ulpiano, esse audiendum: neque enim aut extero committendam esse tutelam, aut testamento datos tutores contra jus satisdationi subjiciendos esse *l.* 19. *D. h. t.* Illud negligendum non est: quod Ulpianus *d. l.* 19. §. 1. notat, Hoc Edictum de satisdatione tutorum, quatenus ad verba attinet, tantum ad tutores testamentarios pertinere: non etiam ad datos ex inquisitione. cæterum etsi verba deficiant, visum tamen Marcello esse similitudine rationis, hoc Edictum & ad hos pertinere: & id Oratione etiam DD. Fratrum significari.

Vult igitur Lex, quod paterfamilias in testamento circa tutelam jusserit verbis imperativis, pro lege observari, clara & certa ejus voluntate. nam obscura aut dubia, interpretatione investiganda est. Sit exemplum in pluribus testamenti clausulis, in quibus varie tutorem dederit pater: quam sequemur? nempe novissimam *l.* 10. §. 1. Rursus fac: pater filiis dedit tutores, omissa mentione filiarum: an vel his tutorem dedisse dicendus erit? Atqui masculino tantum genere, non etiam fœminino usus est. Sed pronunciatio sermonis in sexu masculino, ad utrumque sexum plerumque porrigitur *l.* 195. *D. de verb. signif.* Igitur Ulpianus *l.* 16. *D. h. t. Si quis*, inquiens, *ita dederit*, Filiis meis tutorem do: *in ea conditione est, ut tam filiis, quam filiabus dedisse videatur. filiorum enim appellatione & filiæ continentur.* Non dubito; quin Ulpiano fuerit propositum, scribere, *tam filiabus, quam filiis.* Nihil tamen mutandum: est enim Hysterologia ipsi & aliis frequens, ut memini, me alibi sæpius observare.

Sic: si filiis dedit tutores. quid, si e diverso dederit filiabus; non facta filiorum mentione? Aliquis putet, etiam filiis dedisse. Sed negat Pomponius *l.* 45. *D. de legat. lib.* 2. & præfatur, *Exemplo pessimum esse, fœminino vocabulo etiam masculos contineri.* Sensum huc redire, sibi persuadet V. Cl. Andreas Alciatus *lib.* 2. *Parerg. c.* 48. quod Veteres aliquem carpentes tamquam mollem & effœminatum, eum irrisionis causa fœminino indicabant vocabulo: & ad hoc probandum utitur loco quodam ex Aristophanis *Nubibus.* sed est & alius Justini *lib.* 1. *c.* 3. Sardanapalum appellantis *fœminam:* quod erat vir omni muliere corruptior. Eodem modo Cæsar apud Suetonium, *in ejus vita c.* 22. & Philotas apud Curtium *lib.* 6. *c.* xi. dicitur *fœmina.* Præter hæc quæsitum fuit, Si quis tutorem dederit filio, & habeat plures, an dederit omnibus? ait Ulpianus *d. l.* 16. §. 1. *h. t.* Pomponium quidem dubitare: magis autem esse, ut omnibus dederit. Idem Ulpianus tractat, si quis filiabus suis vel filiis dederit tutores: an etiam posthumæ dederit. & putat, id verius esse: addens, filiæ appellatione etiam posthumam contineri.

Superioribus subjicienda est & illa dubitatio, si filiis dederit tutores: an & nepotibus dederit? Ait Ulpianus *l.* 6. *h. t.* ipsis quoque datos videri; si modo liberos dixit. cæterum, si filios; non contineri. & causatur: quod aliter filii, aliter nepotes, appellantur. Sic ex verbi proprietate semper retinenda, ubi potest sine interpretatione habere exitum. at si alio pergit testatoris sensus: quid ni, omissa vocabuli proprietate, sub filio nepotem complectamur, ut voluntas servetur *l.* 84. *D. de verb. signif.* quasi nepotem avus dulciore nomine appellaverit *l.* 220. §. 3. *d. t.* Sed commode Julianus *l.* 201. *d. t.* justa, inquit, interpretatione (id est, si aliqua urgeat justa interpretandi ratio) recipiendum est, ut appellatione filii, sicut filiamfamilias contineri sæpe respondebimus, ita & nepos videatur comprehendi: & patris nomine avus quoque demonstrari intelligatur. Res hoc exemplo liquebit. Avus tantum habens nepotes, nullos filios, dixit: Filiis meis do tutores. is avus si sanæ mentis fuit: an potest alia esse præsumptio, quam voluisse, dulciore nomine filios appellare qui sunt nepotes? mihi non videtur: si sapiam ipse.

Titulus III.

De confirmando tutore.

Tantum de Lege xii. Tabularum. proximum est, inquit Modestinus *l.* 1. *pr. &* §. 1. *D. h. t.* ne quid de confirmandis tutoribus indiscussum relinquamus. sive enim talis sit persona quæ non potest tutorem dare, velut mater, aut patronus, aut extraneus quis, aut persona cui non potest dari, veluti si pater filio non existenti in potestate aut filiæ (sic habet vulgaris versio. commodius Antonius Augustinus, *lib. singul. ad Modestinum*, ponit, *ut a patre filio aut filiæ qui non sunt in potestate*) aut verbis directis non sit usus, aut in codicillis testamento non confirma-

tis tutores dederit: non subsistit ipso jure tutela: Lege XII. Tabularum hanc dationem non confirmante. nam & patremfamilias desiderat, & liberos qui ipsi tempore mortis sui heredes sint, vel fictione juris esse intelligantur. plus postulat; ut his tutores in testamento dentur, & quidem verbis imperativis ac directis. Cæterum si quid deficit; ait Modestinus *d. l.* 1. §. 1. placuisse Principum Constitutionibus, hoc Consulari potestate, id est, jurisdictione atque imperio, suppleri, & secundum mentem confirmari.

Ita patet, confirmari tutorem qui non jure datus testamento, decreto Consulis, Prætoris, aut similis Magistratus cui jus dandi tutoris competit, datur secundum testatoris voluntatem. Ea vero confirmatio fit non uno modo. nam cum justus pater liberis tutorem dat minus legitime, nihil tum amplius ut plurimum requirit Prætor: sed simpliciter tutorem confirmat, perinde ac si testamento datus esset *d. l.* 1. §. 2. *l.* 3. *D. h. t.* Hoc: si apparet, durasse patris voluntatem: quod si mutata videri potest; in hoc inquirendum est: nec utique sequetur Prætor primam voluntatem a qua discessit pater *l.* 8. 9. & 10. *D. h. t. l.* 4. *D. de testam. tutel.* Ita in justo patre. In naturali vero sic Hermogenianus *l.* 7. *D. h. t. Filio naturali cui nihil relictum est, tutor frustra datur a patre, nec sine inquisitione confirmatur.* Obscurus est Hermogeniani sensus: sed si quid intelligo; significat, Si pater naturalis tutorem dederit filio naturali, frustra dedisse: nisi si aliquid filio reliquit in testamento: tum enim datum confirmari, nec tamen sine inquisitione. quod si ei nihil reliquit pater: putat Hermogenianus, frustra dedisse tutorem; nec confirmari datum; ne ex inquisitione quidem. Is sensus horum verborum, nec vereor, ne omnia non sint Hermogeniani. etsi esse scio, qui putent a Triboniano esse interpolata ex *l. ult. C. h. t.* Satis de patre.

In matre quoque desideramus: ut liberos, cum eis tutorem dat, heredes instituat: quamquam justus pater possit tutorem dare etiam exheredatis. interest enim, quod pater magis in personam, mater magis in rem, tutorem dat. *l.* 4. *D. de testam. tutel.* At obstat Alexander *l.* 4. *C. eod. tit.* Nisi probabilis est conjectura D. Cujacii; legentis, *Quando autem eos heredes instituerit*: expuncta negatione. Sensus, Tutorem filiis a matre non dari aliter, quam institutis heredibus: sic autem datos non esse ipso jure tutores, sed a Prætore confirmari ex mente defunctæ. Verum repugnant sequentia verba, *Nullo vero ex his*, & reliqua. Sed parcamus captationi verborum. non enim vult Alexander, alterutrum sufficere; id est, ut vel heres instituatur, vel confirmetur: sed utrumque requiri conjunctim; hoc est, ut & filium heredem instituat, & tutor datus confirmetur. primum ergo exigit Imperator, ut mater filium, cui tutorem dat, heredem instituat: deinde, ut is tutor prævia inquisitione confirmetur. Utrumque in patre secus est, quamquam filius nec sit in ejus potestate. Hoc tam varie: quia in patre hæret vestigium pristinæ potestatis cui etiam sublata patria potestate multum tribuerunt Veteres. nam & post emancipationem est jus successionis jure Prætorio per bonorum possessionem, etsi desiit esse jus sui heredis.

Potest hic & circa patronum, aliumve quemvis extraneum esse deliberatio: si audimus Paulum *l.* 4. *D. h. t.* dicentem, vel in his esse sequendum judicium tutorem dantis pupillo heredi a se instituto, cum is præterea nihil haberet in bonis. nam a tali viro non aliam fieri conjecturam, quam quod pupillo, quem nihil habentem ita dilexit, ut eum heredem institueret, præfecit personam ejus opinione idoneam. igitur putat Paulus, non male dici, imo esse æquitatis, ut in eo, quamvis Lex deficiat, tamen voluntas servetur.

Nunc de effectu confirmati tutoris dispiciamus. est autem insignis: ut ex illo tempore quo sit confirmatus, demum fiat tutor; & si nolit esse, inde habeat excusatione opus *l.* 1. *C. h. t. l.* 13. §. 12. *D. de excusationib.* Hoc certum.

Illud quæritur, qualis habendus sit confirmatus tutor, testamentarius, an dativus. sunt enim qui putant, eum magis testamentarium, quam Atilianum videri. & movet eos Julianus *l.* 3. *D. h. t.* a quo dicitur perinde confirmari tutor, ac si ex testamento tutor esset. accedit quod Prætor qui tutorem confirmat, dicitur sequi defuncti judicium *l.* 32. *D. de excusationibus.* Non alio ducit, quod in *l.* 3. *C. h. t.* tutor creditur habere judicium defuncti. Sic quidam. Aliis sedet, tutorem confirmatum magis pro Atiliano, seu dativo, quam pro testamentario, accipere. hi pro se adferunt *l.* 130. *D. de verb. signific.* arbitrati, *dare* dici etiam eum qui confirmat: eoque effici, tutorem a Prætore confirmatum potius dativum, quam testamentarium esse. quamquam qui a diversa parte stant, reponunt, hoc in *d. l.* 130. obtinere in confirmatione voluntaria; in necessaria non æque. Ut ut erit: negari nequit, eum qui a Prætore confirmatur, ab eo dari secundum voluntatem testatoris: ac nisi ab eo detur, non esse tutorem. quid ergo est? non sequar partes. imo stabo ab utraque; atque ut non negem, confirmatum tutorem quædam mutuari a tutore dativo: non tamen hoc me terret; ne eum in caussis aliis potius testamentario, quam Atiliano, assimilem. sane cum ex utrisque participet; nil vetat, cum aliquando ad testamentarium, aliquando ad Atilianum accedere: ut in cæteris mixtis caussis observavi *lib.* 1. *Probabilium c.* XI. ita quædam habere a dativo, apparet ex *l.* 1. & 2. *C. h. t.* cæterum quia tutor testamentarius præcedit tutorem legitimum & Atilianum, non male dicetur, tutorem confirmatum hactenus esse habendum pro testamentario: ne alioquin pereat vis & scopus confirmationis per regulam Juris Civilis, qua habenti tutorem alius dari non potest *l.* 27. *D. de testam. tutel.* Sed hac quoque in parte est casus valde singularis in *l.* 3. *C. h. t.* ubi pro, *cujus interest*, jam dudum *lib.* 1. *De jurisdict. & imperio c.* 1. suasi restitui, *cujus jurisdictio est.*

Sunt qui putent, esse etiam superiori comparationi consequens; quod confirmatus tutor non cogitur satisdare: uti est responsum in eo qui est a patre minus legitime datus *l.* 3. *D. h. t.* Item in eo qui a matre datus *l.* 2. *D. h. t.* item qui ab avia *l. ult.* §. 1. *D. eod.* Sed cum idem jus sit in omnibus qui a majoribus Magistratibus ex inquisitione dantur, etiam non facto testamento *pr. Inst. De satisd. tut.* est forsan verius, id non oportere ad propositam definitionem trahi. quod & suadet sequens Papiniani locus *l.* 5. *D. h. t.* species talis. Patruus testamento tutores dedit non jure. Prætor jussit, hos confirmari a Magistratibus municipalibus. potest enim Prætor hoc præcipere: quia Magistratibus lege concessa ejus jussu est tutelæ datio, si non magnæ sint pupilli facultates: ut alibi veniet dicendi locus. Dedit, inquam, patruus tutores: eosque a Magistratibus confirmari mandavit Prætor. Magistratus sequuti Prætoris jussum, tutores confirmarunt, non exacta satisdatione. Quæritur, an in subsidium conveniri possint Magistra-

ſtratus, ſi tutores dati non ſint ſolvendo? cauſa quærendi duplex. Una, quod dati ſunt in teſtamento; ad quos non pertinet ſatisdatio. altera quod a Magiſtratibus ſunt confirmati juſſu Prætoris, ideoque ab ipſo prope Prætore. Quid Papinianus? putat, conveniri poſſe Magiſtratus qui cautionem cum deberent exigere, non exegere. Nec eos juvare: quod tutores ſunt teſtamento dati; quia ſunt dati ab eo qui non habuit jus dandi tutores. Similiter ait Papinianus, non prodeſſe Magiſtratibus: quod tutores ab eis ſunt juſſu Prætoris confirmati: quia adhuc verum eſt, non a Prætore confirmatos eſſe. ut enim juſſerit eos confirmari; non tamen ipſe per ſua miniſteria inquiſivit in mores & facultates tutorum; neque ex inquiſitione ante decretum interpoſuit. quo modo proprie Prætoris confirmatio cenſetur. quod ſi eſt: apparet, ſatisdationem confirmato tutori non tam eo remitti, quia pro teſtamentario habetur; quam quod ex inquiſitione datur a majore Magiſtratu: ideoque, ceſſante inquiſitione, confirmatum a Magiſtratibus munipalibus, ſatisdationi eſſe obnoxium.

Abſolvi priorem Rubricæ partem de confirmando tutore. ſequitur poſterior de confirmando curatore. De eo agit *l.* 1. §. *ult. l.* 2. §. 1. *D. h. t.* nec minus hoc Papiniani *l.* 6. *D. h. t.* *Si filio puberi pater tutorem, aut impuberi curatorem dederit, citra inquiſitionem Prætor eos confirmare debebit.* Tranſpoſita ſunt verba, & ſic reſtituenda: *Si filio puberi pater curatorem dederit, aut impuberi tutorem.* Senſus: confirmationem a Prætore fieri: ſi pater filio impuberi tutorem dedit, non ut Lege præcipiebatur; aut ſi puberi curatorem dedit nullo jure. videlicet, ut hoc exponam, Lex XII. Tabularum tantum fuit loquuta de dando tutore; non etiam de dando curatore. jus autem dandi curatoris eſt demum introductum a D. Marco: ex quo voluit, omnes adoleſcentes minores annis viginti quinque ab iiſdem Magiſtratibus a quibus tutores dantur, curatores accipere, non redditis cauſis: ut dicetur ſub *Tit.* 5. & 6. poſtquam vero hoc obtinuit, deinde non fuit patri invidendum; quo minus is etiam puberis, ſed adhuc minoris, imbecillitati teſtamento ſuccurreret; eoque curatorem illi præficeret, ſua opinione, ſibi & amiciſſimum & fidiſſimum. Si igitur curatorem filio in teſtamento daret pater; non jure dabat: quia de eo locuta non fuit aut D. Marci Conſtitutio, aut Lex XII. Tabularum; tamen rationis fuit, curatorem a patre datum, ſecundum ejus voluntatem, a Prætore confirmari §. 1. *Inſt. de curatoribus.*

TITULUS IV.

De legitimis tutoribus.

Tantum de tutoribus teſtamentariis. ſequuntur legitimi. Hos Ulpianus *Tit.* XI. §. 3. ait, ex Lege aliqua deſcendere: per eminentiam autem dici legitimos qui ex Lege XII. Tabularum introducuntur, ſeu propalam, quales ſunt adgnati, ſeu per conſequentiam, quales ſunt patroni. Scio, & teſtamentariam tutelam non improprie legitimam appellari *l.* 130. *D. de verb. ſignif.* Sed aliud eſt, legitimam dici per eminentiam: aliud, non improprie. hoc enim quaſi medium venit inter proprium & improprium *l.* 1. *D. de ſuis & legitimis:* ut non nolle eſt medium inter velle & nolle. Igitur agnatorum tutela per eminentiam appellatur legitima: quia hos legitimos tutores nemo dat: ſed Lex XII. Tabularum fecit tutores *l.* 5. *D. h. t.* at teſtamentarii dantur a patre: deinde datos Lex XII. Tabularum confirmat, ut ait Ulpianus *d. tit.* XI. §. 14. Quidquid eſt: ait idem Ulpianus *d. tit.* §. 3. legitimam tutelam deſcendere ex Lege XII. Tabularum modo propalam, id eſt, ex verbis Legis; ut agnatos: modo per conſequentiam, id eſt, ex mente & ſententia: ut patronos. quod & ſic traditum *l.* 3. *D. h. t.*

Interim verba Legis, quantum ſcio, nuſquam exſtant. ſummam hanc ponit Paulus *l.* 6. *h. t.* Inteſtato parente mortuo, adgnatis (addo & gentilibus) defertur tutela. Inteſtatus autem illi videtur non tantum is qui teſtamentum non fecit, ſed & is qui teſtamento liberis ſuis tutores non dedit. quantum enim ad tutelam pertinet, inteſtatus eſt: licet de hereditate ſit teſtatus. id vero accidit, non ſublato tantum, ſed etiam ſubſiſtente teſtamento: ut, ſi teſtator de tutela non diſpoſuit, aut diſpoſuit quidem, ſed tutor datus, vivo vel mortuo teſtatore, deſinat ipſo jure eſſe tutor. nec intereſt: utrum cœperit tutelam gerere, an non cœperit. nam tutela ad agnatum, id eſt, legitimum, revertitur, ſi tutor teſtamento datus, adhuc filio impubere manente, deceſſerit *d. l.* 6. *l* 11. §. 3. & 4. *D. de teſtam. tutel.* nempe, quia ſic ipſo jure deficit. Aliud eſt, ſi tutor teſtamento datus ſit ſub conditione, vel ex die certo. hic enim non deficit tutor, ſed futurus ſperatur ex teſtamento: & ideo alius a Magiſtratu interim dandus eſt *d. l.* 11. *pr.* idem eſt: ſi teſtamentarius tutor a tutela excuſetur, aut ſuſpectus a tutela removeatur *d. l.* 11. §. 1. & 2. nam ex his cauſis non deſinit eſſe tutor ipſo jure, etſi facto Magiſtratus a tutela removeatur: & ideo Senatum cenſuiſſe, ut in locum ejus alius tutor detur, Ulpianus ait *Tit.* XI. §. 23.

Deinde ait Lex, *Agnatorum gentiliumque.* Legem XII. Tabularum his tutelam dediſſe admodum veriſimile eſt: quia eis ab inteſtato quoque hereditatem addixit: ut ex Cicerone *lib.* 1. *Ad Herennium cap.* 13. & Ulpiano *tit.* 16. *Collat. leg. Moſ. & Rom.* §. 4. intelligitur. tutela autem pari paſſu it cum hereditate: auctore Quinto Mucio *l.* 73. *D. de regulis juris.* præterea Cicero *Pro domo cap.* 13. differens de adoptione P. Clodii, ejuſque capitis deminutione, *Perturbatis*, inquit, *ſacris, contaminatis gentibus, & quam deſeruiſti, & quam polluiſti, jure Quiritium legitimo tutelarum & hereditatum relicto, factus es filius.* Gentilium tamen non meminit Ulpianus *l.* 1. *D. h. t.* nec *d. tit.* XI: ſine dubio, quod gentilium jura jam tum ab uſu receſſerant: ſed hoc ex ipſo Ulpiano, & Gajo *d. tit.* 16. §. 2. & 4. diſcimus. eſtque hoc vel eo veriſimilius, quia idem Ulpianus in *Fragm. Tit.* 26. §. 1. eorum mentionem quoque non fecit in hereditate legitima; neque in *Tit.* 12. §. 1. in cura furioſi: etſi certum ſit, Legem in utroque caſu æque de gentilibus ac de agnatis fuiſſe locutam. Ulpianus *l.* 1. *pr.* & §. 1. *D. h. t.* etiam nominat *conſanguineos.* Sed id verbum non eſſe ex XII. Tabulis, bene animadvertit Rævardus, ad *Leg.* XII. *Tabb. c.* 12. & *lib.* 5. *var. c.* 1. Interim *Conſanguineos* dici pro fratribus & ſororibus agnatis, nimis conſtat ex *d. tit.* 16. *Collat. leg. Moſaic. & Rom.*

Ut ad rem veniam; primum ad tutelam Lex vocat agnatos: non cognatos. Sunt autem agnati,

ti, cognati per virilis sexus conjunctionem conjuncti, quasi a patre cognati: veluti frater ex eodem patre natus, fratris filius, neposve ex eo; item patruus, & patrui filius, neposve ex eo. At qui per fœminini sexus personas cognatione junguntur, adgnati non sunt, sed alias naturali jure cognati. itaque amitæ tuæ filius non est tibi adgnatus, sed cognatus: & invicem tu illi eodem jure conjungeris: quia qui ex ea nascuntur, patris, non matris familiam sequuntur §. 1. *Inst. h. t.* Illud addendum est, quod ne per patrem quidem conjuncti alias pro agnatis habentur, quam si in eadem familia maneant. adeo emancipati agnati esse desinunt §. *ult. Inst. d. t. l.* 2. *C. h. t. l.* 10. §. 1. *D. de gradib.* Ulpianus *d. tit.* XI. §. 4. Non idem in his qui, propter mortem patris, sui juris efficiuntur *l.* 195. §. 2. *D. de verb. signif.* nec hoc omittit Gajus *l.* 9. *D. h. t.* Quod, si plures sunt agnati; proximus tutelam nanciscitur: & si eodem gradu plures sint, omnes tutelam nanciscuntur. scilicet: quia proximus dicitur, cui nemo antecedit. *l.* 92. *D. de verb. signif.* igitur ille qui solus est *l.* 155. *&* *l.* 162. *d. t.* talisque fuit ordo intestatæ successionis. quo autem tutela redit, eo plerumque & hereditas pervenit *l.* 73. *D. de regulis juris:* summa (ut ait Ulpianus *l.* 1. *D. h. t.*) providentia: ut qui sperarent successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur. Justinianus *tit. Inst. de legitim. patron. tut.* hanc dat rationem: quod ubi successionis est emolumentum, ibi & tutelæ onus esse, æquum est. Plane etsi tutela plerumque sequatur hereditatem: interdum tamen alibi est tutela, alibi hereditas. Hoc fieri, ait Ulpianus *l.* 1. §. 1. *D. h. t* si sit consanguinea pupillo: id est, soror. nam hereditas quidem ad adgnatam pertinet, tutela autem ad agnatum, quod pluribus exemplis firmat Hermogenianus *l.* 10. *D. h. t.* & in §. 1. addit, quod surdus & mutus nec legitimi tutores esse possunt. quibus adde sis minorem ex Constitutione Justiniani *l. ult. C. h. t.* in quo tamen aliter observatum fuisse jure vetere, putat D. Cujacius *l.* 17. *Obs. c.* 28.

Lex igitur XII. Tabularum sicut ad legitimam hereditatem, ita ad legitimam tutelam, non vocavit cognatos, sed agnatos. at hoc mutavit Justinianus *Novell.* 118. *c.* 4. *&* 5. omni differentia agnationis utraque in specie sublata. inde quisquis pupillo est proximus sanguine, is proximus est ad ejus tutelam atque hereditatem. præterea placuit Justiniano, etiam matrem & aviam admittere ad filii aut nepotis tutelam, easque omnibus tam agnatis, quam cognatis ab intestato præferre: abstinentes tamen a secundis nuptiis, & Senatusconsulto Vellejano apud acta renuntiantes. quod ante aliquatenus erat introductum *l.* 2. *&* 3. *C. Quand. mul. tutel. offic.* sed jure Pandectarum non obtinuit: nisi specialiter esset a Principe indultum *l. ult. D. de tutelis.*

Ut supra dixi, Lex XII. Tabularum non tantum agnatis defert tutelam: sed etiam gentilibus. qui vero sint gentiles & quomodo ab agnatis distinguantur, latius tractarunt, quibus hoc propositum fuit, Alciatus, *lib.* 1. *Parerg. c.* 12. *&* 13. Revardus, *lib.* 5. *Var. c.* 1. Brechæus, Fornerius, alii, ad *l.* 53. *D. de verb. signif.* Mihi satis erit, velut in transitu dixisse: quod ut familia a gente, sic agnati a gentilibus discernuntur. adeo qui ejusdem familiæ, agnati: qui ejusdem gentis, gentiles dicuntur. continet porro gens plures familias. familia contra gentis pars est. Inde Suetonius, *Nerone c.* 1. *Ex gente Domitia duæ familiæ claruerunt.* Et in *Julio c.* 6. *A Venere Julii, cujus gentis familia est nostra.* Similiter Livius *lib.* 38. *c.* 58. *P. Scipio Nasica orationem habuit plenam veris decoribus non communiter Corneliæ genti, sed proprie familiæ suæ.* Voluit igitur Lex, tutelam pupilli cujus pater sit intestatus mortuus, esse agnatorum & gentilium. Utrum simul, an successive? possit dubitari: quia Lex dixit, Agnatorum gentiliumque. Sed Paulo *l.* 53. *D. de verb. signific.* placuit, hoc, *Agnatorum gentiliumque*, pro separatione accipere. non igitur simul venient, sed suo ordine.

Hactenus de legitima agnatorum tutela quæ nominatim descendit ex Lege Duodecim Tabularum. sequitur tutela patronorum: quæ similiter legitima vocatur: non quia nominatim venit ex verbis Legis; sed quia venit ex ejus mente. solet enim verbum, *Ex legibus*, sic accipi, tam ex Legis sententia, quam ex Legis verbis *l.* 6. §. 1. *D. de verb signif.* cum scire Leges sit, non verba earum tenere, sed vim ac potestatem *l.* 17. *D. de legibus.* Atque ita est: patronorum tutela non debetur verbis Legis: loquentis quidem de agnatorum tutela, sed de patronorum tutela non loquentis. interim per consequentiam hereditatis verbis Legis nominatim patronis exemplo agnatorum delatæ, perinde accepta interpretatione est patronorum tutela, ac si verbis Legis introducta esset. Cæterum quod in patrono placuit, non æque in patrona placuit: quia tutela est munus publicum: a quo fœminæ removentur *l.* 2. *D. de reg. jur.* proinde erit quidem patrona liberti heres ab intestato; sed ad ejus tutelam ex Lege non venit. *t. tit. Inst. de legit. patron. tutel. l.* 1. §. 1. *D. h. t.*

Exemplo patronorum recepta est & alia tutela: quæ & ipsa legitima a Justiniano vocatur. nam si quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio & deinceps emancipaverit; ait Imperator; eum legitimum eorum tutorem fore *tit. Inst. de legit. parent. tut.* Ulpianus *l.* 3. §. *ult. D. h. t.* ait, eum vicem legitimi tutoris sustinere. in Fragmentis *tit.* XI. §. 5. fiduciarium appellat. Nempe, postquam pater exemplo patroni fuit admissus ad successionem filii emancipati contracta fiducia, teste Justiniano in §. *ult. Inst. de legit. agnat. success.* & Gajo *lib.* 1. *Inst. tit.* 6. deinde ut patronus venit ad tutelam liberti exemplo agnatorum: sic est pater ad tutelam filii admissus exemplo patroni: tamen cum hoc discrimine: quod liberti hereditas patrono lege Duodecim Tabularum directo defertur: parenti non item. inde patroni tutela, ut profecta ex mente Legis, legitima appellata *l.* 1. *D. h. t.* at parentis tutela, sicut magis venit ex contracta fiducia; ita pater proprie dicitur sustinere vicem legitimæ tutelæ, & fiduciarius tutor. eoque nomine patre mortuo etiam designatos fuisse ejus filios, Modestinus docet *l.* 4. *D. h. t.* quamquam id nomen tandem constitit fere in liberis, id est, filii emancipati fratribus: cum pater jam legitimus appellaretur: ut latius & disertius observat Janus a Costa *ad Tit. Inst. de fiduc. tutel.*

TITU-

TITULUS V.

De tutoribus & curatoribus datis ab his qui jus dandi habent: & qui, & in quibus causis specialiter dari possunt.

Exposita tutela testamentaria & legitima, ex ordine sequitur Atiliana. est hæc species tutelæ dativæ: ideo Atiliana appellata, ut Ulpianus ait in *Fragm. tit.* XI. §. 18. quia Lex Atilia jubet, mulieribus, pupillisque tutores non habentibus, tutores dari a Prætore & majore parte Tribunorum Plebis. hoc de nomine. Ut res intelligatur, Rubricam dividam in tres partes. prima ostendit, qui habeant jus dandi tutores curatoresve: altera, qui possint tutores aut curatores dari: tertia, in quibus causis tutores aut curatores specialiter dentur.

In prima quæstione notanda hæc Ulpiani regula in *l.* 6. §. 2. *D. de tutelis. Tutoris datio neque imperii est, neque jurisdictionis, sed ei soli competit cui nominatim hoc dedit vel Lex, vel Senatusconsultum, vel Princeps.* Finem regulæ indicat loci Inscriptio: quæ est ex Ulpiani lib. 38. aut 39. Ad Edictum. extant enim utroque libro complura ad tutelam dativam pertinentia. Expositurus igitur alterutro libro Ulpianus, quibus Magistratibus in Urbe atque in Provinciis sit jus dandi tutoris: ante omnia dixit, nullius esse Magistratus jure sui Magistratus: id est, idcirco quod sunt Magistratus, & habent imperium, aut jurisdictionem. & hanc addit causam: quod tutoris datio non est imperii, neque jurisdictionis eorum: sed est ex his quæ sunt specialis delegationis. competit igitur ei soli cui hoc nominatim dedit vel Lex, vel Senatusconsultum, vel Princeps. Sic vero non negat, tutoris dationem, postquam est alicui data Lege, vel Senatusconsulto, vel Constitutione, esse imperii aut jurisdictionis. (contrarium enim verum est) sed negat, eam esse ordinarii imperii aut ordinariæ jurisdictionis; id est, negat, vi imperii aut jurisdictionis pertinere ad Magistratus quibus non sit extra ordinem concessa vel Lege vel Senatusconsulto, vel Principis Constitutione. Sed hoc olim docui *lib.* I. *De jurisdict. & imper. c.* I.

Nunc tradam Leges quibus tutoris datio Magistratibus sit delata. prima fuit Atilia: jubens, tutores in Urbe dari a Prætore Urbano & majore parte Tribunorum Plebis. & est exemplum apud Livium *lib.* 39. *c.* 9. Sed quia Lex Atilia tantum Romæ habebat locum, deinde Lege Julia & Titia prospectum est: ut in Provinciis similiter tutores a Præsidibus earum darentur. auctor Ulpianus *d. tit.* XI. §. 18. & Justinianus *pr. Inst. de Atilian. tut.* qui in §. 3. addit: quod ex his Legibus tutores desierunt dari: postquam Consules cœperunt pupillis utriusque sexus tutores dare ex inquisitione. factum id Constitutione Claudii, refert Suetonius *Claudio c.* 23. & est exemplum apud Plinium *lib.* 9. *Epist.* 13. Postea D. Marcus, Oratione in Senatu habita, ut diligentius de tutoribus tractaretur, Prætorem tutelarem primus instituit. testis Capitolinus, in *ejus vita c.* X. Orationis meminit Ulpianus *l.* I. §. I. *D. h. t.* Movit vero D. Marcum: quod supra dictis Legibus neque de exigenda a tutore cautione, rem pupilli salvam fore, neque de compellendis tutoribus ad tutelæ administrationem cavebatur. Id observat Justinianus §. 3. *Inst. h. t.* sed in §. 4. subjicit, fuisse deinde obrogatum Orationi D. Marci: utrum moribus, an aliqua Constitutione, non exprimit. tantum, Hoc jure, inquit, utimur, ut Romæ quidem Prætor aut Præfectus Urbi tutores dent: in Provinciis autem Præsides: Ulpianus etiam Proconsules nominat *l.* I. *pr. D. h. t.* & in §. I. addit, Legatum Proconsulis ex Oratione D. Marci tutorem dare: utique mandata a Proconsule jurisdictione; ut ex Pomponio intelligitur *l.* 13. *D. de officio Proconsulis.* amplius scribit Ulpianus *l.* 3. *D. h. t.* jus dandi tutores esse datum omnibus Magistratibus municipalibus: etsi non alias, quam ex præcepto Præsidum *l.* 46. §. 6. *D. de admin. tutor.* vel, ut Justinianus *d.* §. 4. ait, jussu Præsidum, si non sint magnæ pupilli facultates: id est, si Præsidibus non videantur magnæ: ut exposui *lib.* 2. *De jurisdict. & imp. c.* 8. Ubi autem absunt hi qui tutores dare possunt; ait Paulus *l.* 19. *D. h. t.* Decuriones juberi, (puta, a Præsidibus) dare tutores: dummodo major pars conveniat. Sic usque ad Justinianum: nam is hoc ex parte mutavit §. 5. *h. t. Inst.* jubens, si pupilli facultates valeant usque ad quingentos solidos, non exspectata jussione Præsidum, Defensores civitatum una cum ejusdem civitatis religiosissimo Antistite, vel alios Magistratus, vel Juridicum Alexandrinæ civitatis, tutores vel curatores creare: legitima cautela præstanda eorum periculo qui eam accipiunt.

Apparet, qui possint tutorem dare. solum dubitatur, an his jus sit, tutoris dationem mandare aliis? Et negat Ulpianus *l.* 8. *D. h. t.* certa ratione in *l.* I. *D. de officio ejus cui mand. est jurisd.* quamquam recipit difficultatem, propter Legatum Proconsulis, & Magistratus municipales: de quibus dixi paulo ante. Sed difficultatem sustuli *d. lib.* 2. *De jurisd. & imper. c.* 8.

Competit igitur tutelæ datio Magistratui, non omni, sed cui sit speciali Lege concessa: utique, si jure sit creatus a Populo aut Principe, cum esset liber & civis Romanus. sed finge, servum esse. non potest negari, esse vitio creatum, errante Populo aut Principe. de eo dubitatum fuit, an tamen valeat ab eo gestum? notabilis quæstio: ad quam spectat Ulpianus *l.* 3. *D. de officio Prætorum:* est enim desumpta ex libro 38. ejus ad Sabinum: nisi hic quoque malis legere, lib. 39. ut supra observavi ad *l.* 6. §. 2. *D. de tutelis:* ut ut erit: potest ad *d. l.* 3. consuli V. CL. Jacobus Gothofredus, *lib. sing. De elect. Magistrat. inhabil. pag.* 14.

Non adderem, non valere tutelæ dationem, si in furore aut dementia constitutus Prætor aut Præses, tutorem dederit; nisi præiret Ulpianus *l.* 8. §. I. *D. h. t.* Aliquem movere posset, quod utique est Prætor vel Præses; nec furor ei Magistratum abrogat. attamen, ait Ulpianus, datio nullius erit momenti.

Dixi, qui habeant jus dandi tutoris. dicam de modo quo debeant dare. primum poterit omni die dari. *l.* 8. §. 2. *D. h. t.* sed quo modo? *l.* 6. §. I. *D. de tutelis* ait, pure; non sub conditione, neque in diem: & si aliter datus sit nullius momenti esse dationem: certa ratione, (quam suggerit Papinianus *l.* 77. *D. de regulis juris*) quod tutoris datio, cum a Magistratu exercetur, est ex actibus legitimis: quorum proprium est, ut si recipiant diem vel conditionem, in totum vitientur per temporis vel conditionis adjectionem. utique, si palam apponatur. nam nonnumquam tacite recipere quæ aperte comprehensa, vitium ad-

adferrent, non inficiatur Papinianus; & exemplis in loco demonstrabitur. Possit aliquem morari: quod Præsides provinciarum, cum tutorem dant, hanc solent facere adjectionem: Tutorem do, si satisdederit. Sed non difficilis est responsio: quod supervacua ea adjectio est. nam ut expressa non sit, æque forma juris continetur. ita inest dationi *l.* 1. *&* 2. *C. de tut. vel cur. qui sat. non ded.* deinde ait Ulpianus *d. l.* 6. § 1. jam animadvertisse Pomponium, hanc adjectionem in se non habere conditionem, sed admonitionem, non aliter ei committi tutelam, quam si satisdederit, hoc est, non aliter ei permittendum gerere, quam si rem salvam fore caverit. Proculus *l.* 69. *D. de heredibus instituendis* dicit, tales adjectiones figuram conditionis, non vim continere.

Præterea refert Justinianus §. 4. *Inst. h. t.* ad modum dandi tutoris, quod Prætor, aut Præfectus Urbi, debet tutorem dare secundum suam jurisdictionem. Imperator *Jurisdictionem* dicit pro loco intra quem ea exercetur: quo modo accipitur jurisdictio in sequente Prætoris Edicto apud A. Gellium *lib.* 10. *Noct. Attic. c.* 15. *Sacerdotem. Vestalem. & Flaminem. Dialem. in. omni. mea.* jurisdictione. *jurare. non. cogam.* Quod de Prætore & Præfecto Urbi dixit Imperator, etiam de Præside provinciæ, & de Magistratu municipali ait Ulpianus *l.* 1. §. *ult. & l.* 3. *D. h. t.* Nec obstat hoc *l.* 10. *D. de tutelis. Etiam non municeps tutor dari potest, dummodo municipi detur.* Nam sensus est, Magistratum municipalem non tantum municipem posse tutorem dare; sed etiam non municipem: modo sit incola vel advena vel ex municipio natus; licet non sit muneris publici particeps, id est, non vere municeps *l.* 239. §. 2. *D. de verb. signif.* & habet hoc rationem: quia incola tam debet parere Magistratibus his apud quos incola est; quam illis apud quos civis est *l.* 29. *D. Ad municipalem.* Quod cum *d. l.* 1. §. *ult. & l.* 13. *in fin. D. de excusationibus* est consentaneum. Ita: si idonei homines sint intra territorium Magistratus municipalis. at si non sint: Divi, Marcus & Verus, ita Cornelio Proculo rescripsere, apud Paulum *l.* 24. *D. h. t. Si quando desint in civitate, ex qua pupilli oriundi sunt, qui idonei videantur esse tutores; officium sit Magistratuum, inquirere ex vicinis civitatibus honestissimum quemque, & nomina Præsidi provinciæ mittere, non ipsos arbitrium dandi sibi vindicare.*

Insuper ait Justinianus *d.* §. 4. *Inst. h. t.* spectare ad modum dandi tutoris: quod is debet creari ex inquisitione: utique a Prætore, Præfecto Urbi, aut Præside: nam de his & similibus loquitur. Ex inquisitione autem ut sit recte datus, monet Hermogenianus, esse quatuor consideranda: primum, an hic dederit qui dare potuit: deinde, an acceperit ille cui fuerat dandus, quo pertinet *l.* 26. *h. t.* tertio, an detur is cujus dandi facultas erat: postremo, an decretum pro tribunali sit interpositum *l.* 7. §. 1. *D. de confirm. tutor.* Bene ait, *pro tribunali.* nam ubi necessarium est decretum; non potest hoc Prætor per libellum, sive de plano, expedire: nimirum quia omnia quæcumque causæ cognitionem desiderant, non possunt alibi fieri, quam pro tribunali: ut dudum ostendi *lib.* 1. *De jurisdict. & imper.* Possem videri absolvisse primam Rubricæ partem; nisi ab inquisitione quoque penderet altera, qui possint tutores dari: cum enim Prætoris cognitione constet; an dubium est, oportere eum cum reliquis & mores creandorum investigare? at neque facultates, neque dignitas, adeo sufficiens est ad fidem, ut bona electio, vel voluntas & benigni mores *l.* 21. §. 5. *D. h. t.* In primis igitur oportet Prætorem ante oculos habere hæc Modestini *l.* 21. §. *ult. D. h. t.* ne creet eos qui se ipsos volunt ingerere, ut creentur: quos & pœnæ obnoxios esse, promulgatum est. aitque Marcianus *l.* 9. *D. de tutelis*, in hos & similes animadverti extra ordinem. Sed & si quis a parentibus prohibitus fuerit tutor esse; hunc neque creari oportet; & si creatus sit, nec recusaverit, eum prohiberi, esse tutorem, manente epitimia, Modestinus scribit *d. l.* 21. §. 2. Similiter est officium Magistratus: ut ex his qui non prohibentur dari, tutorem det maxime idoneum: & hoc inquirit non modo in cæteris, sed etiam in eo qui Senator est *l.* 18. *D. h. t.* Ab eadem causa est forte: (quod Ulpianus *l.* 4. *D. d. t.* ait) ut Prætor se ipse non possit tutorem dare: cogere certe se ad suscipiendam tutelam non potest. eaque ratione nec pedaneus judex, nec compromissarius, ex sua sententia fieri potest. quia & recepta, & judicia, & tutelæ, publicis accensentur muneribus: ad quæ suscipienda aut exequenda unusquisque debet cogi. De eo quæritur, an Prætor suum Collegam tutorem dare possit? sicut Decuriones recte unum dant ex suo Corpore. item Magistratus municipales possunt Collegam suum tutorem dare *l.* 19. *pr. &* §. 1. *D. h. t.* Sed non videtur argumentum a Collega Magistratus municipalis procedere ad Collegam Prætoris: eo quod non tam ipse Magistratus municipalis creditur Collegam dare tutorem, quam Præses cujus jussu ab eo datus tutor, & ad suscipiendam tutelam cogi potest. at hoc quem usum habet in Prætore Collegam suum tutorem dante? frustra is det tutorem quem non potest cogere, ut tutelam suscipiat. Prætori enim in Prætorem, quasi pari in parem, quod est imperium? *l.* 3. §. *ult. & l.* 4. *D. de recept. l.* 13. §. 4. *D. Ad Senatusc. Trebell.*

Illud semper constitit, Præsidem posse tutorem dare tam absentem, quam præsentem *l.* 5. *D. h. t.* & est ratio: quod tutela invito defertur pro munere publico; nec est opus præsentia ejus cujus consensus non desideratur. ita quia judicandi munus publicum habetur: negat Papinianus, *l.* 39. *D. de judiciis*, in addicendo Judice præsentiam vel scientiam Judicis esse necessariam.

Adhuc monendum est, quod Ulpianus *l.* 3. *D. de tutelis* in hunc scribit modum: Qui habet tutorem pupillus vel pupilla, si furere cœperint, in ea causa sunt, ut in tutela nihilominus durent: quæ sententia Q. Mucii quoque fuit, & a Juliano probatur: eoque jure utimur: ut cesset cura, si tutelæ ætas indigeat. Quare si tutores habent: per furorem in curam non rediguntur: sive non habent, & furor eis accesserit, nihilominus tutores accipere poterunt: quia Lex XII. Tabularum ita accepta est, ut ad pupillos vel pupillas non pertineant. Inde porro subjicit Ulpianus §. 1. *d. l.* 3. Quia autem in pupillorum persona agnatos curatores non admittimus, idcirco putavi, etsi minor viginti quinque annis furiosus sit, curatorem ei non ut furioso, sed ut adulescenti dari, quasi ætatis esset impedimentum.

Exposui modum dandæ tutelæ passim receptum. nam quod ad illustres pupillos attinet: de his placuit specialis forma *Titulo C. de tutor. vel curat. Illustr. vel Clariss. pers.*

Venio ad tertiam Rubricæ partem, In quibus causis tutores & curatores dentur. In tutoribus duo notabo: primum dari personæ, non rei certæ. & tamen hoc fallit ex Lege Julia de maritandis

dis ordinibus & SCto in specie, quæ exstat apud Ulpianum, *Tit.* XI. §. 20: quo referri debet *l.* 7. *D. h. t.* in qua pro *curatorem* Ulpianus procul dubio scripsit *tutorem.* Est & alius casus apud Ulpianum *d. tit.* XI. §. 22. cujus etiam meminit Marcianus *l.* 9. *D. h. t.* Rursus alius ex Rescripto Divi Pii *l.* 2. *D. eod. tit.*

Deinde notandum est, placuisse Regulam, (sic enim vocatur *l.* 20. §. 1. *D. h. t.*) Habenti tutorem non dari tutorem alium §. 5. *Inst. de curator. l.* 27. *D. de testam. tutel. l.* 9. *C. Qui pet. tut.* Et est causa Regulæ: quod Lex Atilia videtur locuta fuisse nominatim de tutore a Prætore dando ei, qui tutorem non habet. & recte: nam tutela est potestas in pupillum: quæ non potest esse ejusdem penes plures in solidum. Possunt tamen plures tutores simul dari *l.* 23. *D. h. t.* Esto: sed hoc casu plures unius vice funguntur. At plures non possunt dari separatim. adeo tutor si petitus fuerit habenti, sed absente eo quasi non habenti datus sit: datio nulla est. Sic Marcianus *l* 10. *D. h. t.* & respiciens ad regulam juris: cum is locus sit ex ejus libro 5. Regularum.

Petendus igitur est fons regulæ ab interpretatione Legis Atiliæ: de qua ita Justinianus *pr. Inst. de Atil. tut. Si cui nullus omnino tutor fuerat: ei dabatur tutor ex Lege Atilia.* Ait, *Si cui nullus omnino fuerat tutor:* id est, nullus, nec testamentarius, nec legitimus. Quid, si testamento datus sit tutor: sed sub conditione, aut ex die? poterat dici, non esse nullum: & est sic in legitimo responsum, propter spem testamentariæ tutelæ. Sed hic placuit, medio tempore alium esse dandum: quasi adhuc nullo in testamento constituto: propter manifestam testatoris voluntatem pro Lege haberi solitam. *l.* 11. *pr. D. de testam. tut.* Obstat, inquies, quod tutoris datio est actus legitimus; isque vitiatur apposita conditione aut die *l.* 77. *D. de reg. jur.* Sed jam monui, eum vitiari conditione palam adjecta; non æque, si adjiciatur tacite; ut fit in præsente specie: in qua pure datus tutor, esse definit tutor, existente conditione aut die §. 1. *Inst. de Atil. tutor.* nam & ab hostibus tutore capto, ex his legibus, id est, Lege Atilia, item Lege Julia & Titia, tutor petebatur: qui desinebat esse tutor, si is qui captus in civitatem reversus fuerat: eo quod reversus tutelam jure postliminii recipiebat §. 2. *d. t.*

Illud quale quod in *l.* 15. *D. de tutelis* ita scribit Ulpianus: *Si quis tutor non sit captus ab hostibus, sed missus ad eos quasi legatus, aut etiam receptus ab eis, aut transfugerit: quia servus non efficitur, tutor manet: sed interim a Præsidibus alius tutor dabitur.* Hæc lectio caret sensu, vitiata non uno modo. tu petis remedium: conabor dare a specie apta. in qua tutor quo de agitur non sit captus ab hostibus: sed ad hostes missus: ita ut potuerit hostium servus fieri. factus tamen servus non sit: eoque tutela ex die missionis suspensa sit, extincta non sit. Talem speciem habebis: ponentibus, tutorem ob pacem cum hostibus injussu Populi factam, verbi gratia, a Populo aut Senatu (utrumque obtinuisse, docuit me Cicero *lib.* 3. *De officiis cap.* 30. & *lib.* 1. *De Oratore c.* 40.) ad hostes fuisse missum illis dedendum, sed ab eis non receptum. nam receptus potuit hostium servus fieri. non receptus, etsi missus; non potuit: deditione sine effectu relicta. manet igitur tutor qui & civis & liber manet. Cæterum, quamdiu incertum est, utrum sint recepturi hostes missum, an non sint, Ulpiano pendere videtur tutela: & ne mora deterior fiat pupilli causa; necesse esse, ei interim a Præsidibus alium tutorem dari. Hanc speciem confinxi admodum juvenis: & cum aptanda erat turbulentis Ulpiani verbis; ne timui quidem, Ulpianum ad hunc modum reformare. *Si quis tutor non sit captus ab hostibus, sed missus ad eos quasi lege, haut etiam receptus ab eis, quia servus non efficitur, tutor manet, sed interim alius tutor dabitur.* Magnum vides ausum hominis admodum juvenis: sed me ejus nondum piget jam senem. Primum quis potest hic esse usus verborum, *quasi legatus*? plane nullus. nam ad hostes missus quasi legatus, numquam fit hostium servus: contra est apud hostes liber jure gentium, sanctus, & tutus. Igitur liceat mihi apud Ulpianum mutare verba tam falsa, quam insulsa: ac pro, *quasi legatus*, reponere, *quasi lege* vel *qua lege*, id est aliqua lege: juvantibus præsertim conjecturam Siglis, Q. L. tam *qua lege*, vel *quasi lege*, quam *quasi legatus*, significantibus. fuit autem Librario proclivius scribere *quasi legatus*; existimanti, hoc magis convenire his, *sed missus ad eos.* Verum quæ fuit Librarii, hæc non est mea suspicio: non ferentibus eam, præter superiora, cæteris Ulpiani verbis. Ain' tu? retineamus, quando lubet, hæc, *quasi legatus:* & dic, quid designet proxima adjectio, *aut etiam receptus ab iis, aut transfugerit?* non ostendes bona fide. at mihi ne sana quidem videtur: eoque pro *aut etiam receptus*, lego, *haut etiam receptus:* atque eo probabilius, quia frequentem in scriptis Veterum esse permutationem particularum *aut* & *haut*, observatum olim est inter alios a Jano Rutgersio, *Venusin. lect. c.* 14. & Gulielmo Fornerio *lib.* 3. *Select. c. ult.* Nondum dixi omnia: præterea delevi hæc, *aut transfugerit;* spuria esse arbitratus. primum, quia transfuga sit quidem suæ hostis patriæ, in eaque desinit esse civis, mediam passus capitis deminutionem *l.* 5. §. 1. *D. de capite minutis:* sed non idcirco fit servus eorum a quibus recipitur. quid, si addam, ad suos reversum non habere postliminium *l.* 14. *D. Quib. ex caus. major. l.* 19. §. 4. *D. de captiv.* contra pro hoste haberi, & morte puniri. Id vero si est, (ut est verissimum ex *l.* 3. §. 10. & *l.* 7. *D. de re militar.*) quæso, quo colore potuit ab Ulpiano dici *d. l.* 15. *D. de tutelis*, transfugam, quia servus non efficitur, tutorem manere, & interim alium tutorem dandum? nam ut maneat liber, & non fiat servus, tamen quia non manet civis, passus mediam capitis deminutionem, non manet tutor. §. 4. *Inst. Quib. mod. tutel. fin.* Emendationem & sensum Ulpiani vides. Firmamentum petis. Vix est opus. accipe tamen a Cicerone *Pro Cæcina*, de re sic loquente *c.* 34. *Quid? quem pater patratus dedidit, aut suus pater populusve vendidit, quo is jure amittit civitatem? ut religione solvatur civitas, civis Romanus traditur. qui cum est acceptus, est eorum quibus est deditus; si non accipiunt, ut Mancinum Numantini, retinet integram causam & jus civitatis.* Idem similiter in *Topicis cap.* 8. *Quo*, inquit, *in genere etiam Mancini causa defendi potest, postliminio rediisse, deditum non esse; quoniam non sit receptus: nam neque donationem, neque deditionem sine acceptione intelligi posse.*

Possent hæc ad verum accedere: nisi moram objiceret Modestinus *l.* 4. *D. de captivis* & Pomponius *l. ult. D. de legationibus.* Modestini verba ex lib. 3. Regularum talia sunt: *Eos qui ab hostibus capiuntur, vel hostibus deduntur, jure postliminii reverti antiquitus placuit. An qui hostibus deditus reversus, nec a nobis receptus, civis Romanus sit, inter Brutum & Scævolam varie tractatum est?*

est? & consequens est, ut civitatem non adipiscatur. Ita editur Florentiæ. sed præstat conjectura V. Cl. Francisci Balduini *De jurisprud. Muciana pag.* 43. emendantis: *Eos qui ab hostibus capiuntur, nec hostibus deduntur, jure postliminii reverti, antiquitus placuit.* Optimo sensu: Ab hostibus captos, cum revertuntur, habere postliminium; modo victi armis, se privata pactione non dediderunt. qua ratione? nempe, quia pacta inter hostes valent, & facta servanda sunt jure gentium. Juvat hoc Pauli *l.* 17. *d. t. Postliminio carent, qui armis victi hostibus se dederunt.* Tantum de priore Modestini versu. Quid posterior? sic sonat; *An qui hostibus deditus reversus, nec a nobis receptus, civis Romanus sit, inter Brutum & Scævolam varie tractatum est? & consequens est, ut civitatem non adipiscatur.* Vel huic scripturæ, etsi Florentinæ, controversiam movit Balduinus *pag.* 48. pro *nec a nobis receptus*, substituens, *nec ab eis receptus.* Et in hoc multi Balduino suffragantur. Sed mihi lubet experiri; an Modestino servari possit vetus lectio, *nec a nobis receptus?* Et poterit: dum, *a nobis*, valeat, quatenus ad nos attinet. Hanc loquendi formam, quantum scio, nemo hic animadvertit. Sed similem alibi pulchre observavit Andreas Alciatus *lib.* 6. *Parerg. c.* 21. & Fridericus Taubmannus ad Plautum *Epidic.* 1. 2. 26. Secundum hæc, me interprete, talis erit Modestini sensus: An qui hostibus deditus, postea domum reversus, nec in civitatem, quatenus ad nos attinet, receptus, ipso jure civis Romanus sit? Res evidens; sed ut evidentior fiat, addam: quod a Modestino indigitatur Fori disputatio in re obscura & difficili apud Veteres solita adhiberi. de ea egi sæpe, & in primis *lib.* 1. *tit.* 1. *De justitia & jure ad fin.* Ex hoc more in ea quæsito; an qui hostibus deditus, ob pacem injussu Populi factam, domum reversus, quatenus ad nos attinet, in civitatem publice non receptus nova lege, ipso jure civis Romanus sit? Bruto placuit, esse civem: Quinto Mucio (is Modestino Scævola dicitur) contra, non esse. Et, ut intelligo ex Pomponio *l. ult. D. de legationibus*, Modestino assentit Quintus Mucius his verbis: *Et consequens est, ut civitatem non adipiscatur:* id est, consequens est, ut eam ipso jure, ultro non adipiscatur. Ita est: fuit hæc secundum Pomponium clara Quinti Mucii sententia: sed non sola hæc fuit; ne putes. amplius voluit Pomponius, quod prævaluit illa Quinti Mucii sententia: subnixa quippe suffragiis plurium Jurisconsultorum: eoque, ut moris erat, fuit recepta pro Juris regula; & pro tali a Modestino (indicio Inscriptionis *d. l.* 4. præferentis ejus lib. 3. Regularum) inter juris regulas relata. Forte possit ab ea quoque causa profectum fuisse, quod de P. Rutilio M. F. Tribuno Plebis in hunc modum memoriæ prodidit Cicero *De Oratore lib.* 1. *c.* 40. *Etenim sic C. Mancinum, nobilissimum atque optimum virum ac consularem, cum eum propter invidiam Numantini fœderis pater patratus ex S. C. Numantinis dedidisset, eumque illi non recepissent, posteaque Mancinus domum revenisset, neque in Senatum introire dubitasset; P. Rutilius M. F. Tribunus Plebis de Senatu jussit educi: quod eum civem negaret esse: quia memoria sic esset proditum, quem pater suus aut Populus vendidisset, aut pater patratus dedidisset, ei nullum esse postliminium.*

Dixi, quid in Fori disputatione obtinuerit ex auctoritate Quinti Mucii. Nondum, quid postea insecutum sit. Ad hoc Pomponium tibi delegabo *l. ult. D. de legationibus* ex lib. 37. Ad Quintum Mucium ita loquentem: *Si quis legatum hostium pulsasset, contra jus gentium id commissum esse existimatur: quia sancti habentur legati: & ideo si cum legati apud nos essent gentis alicujus, bellum cum eis indictum sit? responsum est, liberos eos manere: id enim juri gentium conveniens esse: itaque eum qui legatum pulsasset, Quintus Mucius dedi hostibus, quorum erant legati, solitus est respondere. quem hostes si non recepissent, quæsitum est, an civis Romanus maneret? quibusdam existimantibus manere, aliis contra: quia quem semel populus jussisset dedi, ex civitate expulsisse videretur: sicut faceret, cum aqua & igni interdiceret. in qua sententia videtur Publius Mucius fuisse. id autem maxime quæsitum est in Hostilio Mancino quem Numantini sibi deditum non acceperunt: de quo tamen lex postea lata est, ut esset civis Romanus, & præturam quoque gessisse dicitur.* Summa hæc est: quod cum Hostilius Mancinus, ob invidiam Numantini fœderis, Numantinis esset jussu Populi Romani deditus, non tamen ab illis receptus, & postea domum reverso, dubitaretur; an civis Romanus mansisset: institutam inter Jurisconsultos fuisse Fori disputationem. in qua cum esset de jure quæsitum, fuisse variatum: aliis, inter quos Bruto, existimantibus, civem mansisse: aliis contra, non mansisse; & ab his stetisse Quintum Mucium; ejusque sententiam plurium suffragiis prævaluisse, proque regula receptam: sicut a Modestino quoque inter regulas relatam fuisse indicio Inscriptionis *l.* 4. *D. de captivis*, paulo ante observatum est. Cæterum Populo Romano postea aliter sedisse: nam lege lata jussisse, ut quæ Bruti sententia fuit, Mancinus esset civis Romanus: & pro tali habitum fuisse; ac Præturam quoque gessisse. Quid inde? putemus, sic evanuisse regulam Quinti Mucii, & Bruti sententiam obtinuisse, tamquam benigniorem, eaque ratione etiam retentam a Cicerone *Pro Cæcina*, & *in Topicis*, ut supra demonstratum.

Diu me moratus est hic tractatus. liceat tamen illi duo adjicere. Unum est, quod Pomponius, *De quo tamen*, inquiens, *lex postea lata est, ut esset civis Romanus, & præturam quoque gessisse dicitur*, ejus hanc habet rationem: quod motis e Senatu Viris Consularibus aut Prætoriis, ut Mancino contigerat, in Senatum redeundi via erat per Præturam. Ejus viæ meminit Paulus Manutius, *De Civitate Romana pag.* 35. & est exemplum apud Dionem *lib.* 37. *pag.* 49. verba sunt: *Et Publium Lentulum qui post gestum consulatum Senatu exciderat: ac Senatoriæ dignitatis recuperandæ causa Præturam tunc gerebat.* Item *lib.* 42. *pag.* 236. in sequentibus verbis: *Ab his Sallustius (qui ut Senatoriam dignitatem recuperaret, tum Prætor factus erat) propemodum occisus.* Altera observatio versabitur circa hæc Pomponii verba, *In qua sententia videtur Publius Mucius fuisse.* In his suspectus mihi est *Publius Mucius.* Scio, fuisse Jurisconsultum celebrem, ac laudatum, etiam allegatum in *l.* 66. *D. Solut. matrim.* sed metuo, ne hic debeatur incogitantiæ Pomponii: & pro eo ponendus sit *Quintus Mucius.* observavi complura ejus generis vitia apud Veteres *lib.* 1. *Probabilium c.* 9. *& seqq.* in præsenti vero mihi tale persuadet, quod Pomponius paulo ante, & quidem bis, non Publii Mucii meminit, sed Quinti Mucii. præterea est mihi argumento loci Inscriptio, *Pomponius lib.* 37. *Ad Quintum Mucium*, eo libro contineri Pomponii Notas ad Quintum Mucium: inque his tractatam ex illo inter alias præsentem esse quæstionem: simul, eum qui hic Quintus vocatur, in *d. l.* 4. *D. de captivis* appellari Scævolam, licet alioquin

quin ille Publius æque Mucius Scævola nominatus fuerit.

Tantum de tutoribus. transeamus ad curatores: nam & horum meminit Rubrica. ait vero Modestinus *l.* 20. §. 1. *h. t.* quæ est ex lib. 7. Differentiarum, cum enarraret differentias tutoris & curatoris, Regulam juris non esse impedimento, quo minus curatorem habenti alius curator detur. Et tamen hoc difficultatem recipit, propter Rubricam Codicis, *In quibus casibus tutorem vel curatorem habenti tutor vel curator detur.* Nam ea supponit, Regulam tam in curatore procedere, quam in tutore: sub eaque Rubrica proponi Regulæ exceptiones, ac casus in quibus detur tutor tutorem habenti, vel curator detur curatorem habenti. Sed corrupta est Rubrica, & sic restituenda, *In quibus casibus tutorem habenti tutor, vel curator detur.* Præterea movet hic scrupulum *l.* 10. *C. Qui dar. tut. poss.* Sed in hac quoque lege pro *Curatorem* oportet scribi, *Tutorem:* quomodo in quibusdam libris exstare, suo tempore annotavit Accursius: & sic legi, sequentia suadent legis verba, *Negotiis pupillaribus:* ex quibus liquet ibi agi de pupillo: non de minore. est forte etiam vitiosa ejus loci Inscriptio: in eaque expungenda vox *Militi.* add. Cujac. *lib.* 17. *Observ. c.* 6.

Cæterum ut intelligatur, in quibus causis minoribus dentur curatores: sciendum est, masculos jure vetere pubertate sic liberatos esse tutela; ut iis deinde nulli darentur curatores: quando Lege XII. Tabularum nihil erat de puberum curatoribus cautum, propter seculi paupertatem & severitatem: qua fiebat, ut integri essent adolescentium mores, & honesta videretur sobrietas. sed paulatim labente disciplina, quod increscerent æque privatæ opes, ac publicæ, lata est Lex Lætoria: quæ præcepit, adolescentibus lascivis & dementibus a Prætore dari curatores. Inde qui minori viginti quinque annis curatorem dari postulabat: is necesse habebat, alteram harum causarum exprimere. Sed hoc cum esset a publica utilitate remotum: visum D. Marco, abolito pristino jure, omnes minores deinceps accipere curatores, etiamsi non probarentur esse furiosi aut lascivi, seu prodigi. Auctor Capitolinus, *Marco Antonino c.* 10. sic scribens. *De curatoribus vero, cum ante non nisi ex Lege Lætoria vel propter lasciviam, vel propter dementiam, darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis causis.* Et Capitolino consentit Gajus, *lib.* 1. *Inst. tit. ult.* Verba Gaji. *Peractis pupillaribus annis quibus tutores absolvuntur, ad curatores ratio minorum incipit pertinere. sub curatore sunt minores ætate, majores eversores, insani.* Gajus vult, a minoribus, a furiosis, & eversoribus seu prodigis non pendere, an curatores habeant. imo ait, sicut eversores & furiosi de jure sunt, sive esse debent, sub curatoribus: ita sub curatoribus esse minores, id est, debere esse minores. Eodem modo Ulpianus *l.* 1. §. 3. *D. de minoribus. Et ideo hodie in hanc usque ætatem adolescentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei suæ administratio eis committi debebit, quamvis bene rem suam gerentibus.* Sensus Ulpiani est: quia virilis vigor in adolescentibus demum completur post annum vigesimum quintum; ideo ex Constitutione Divi Marci hodie omnes adolescentes in hanc usque ætatem curatorum auxilio reguntur; id est, debent regi, sive jubentur regi: quamvis aliqui rem suam bene seu prudenter gerant: ac si eo prætextu petant veniam ætatis, idcirco non debebit eis rei suæ administratio concedi: sive jam acceperint curatores, sive nondum acceperint. Sic mihi videtur: & verbum hoc, *reguntur*, non esse facti, sed juris. Nec aliter accipiendum hoc ejusdem Ulpiani in *Fragm. Tit.* 12. *in fin. Præterea dat curatorem etiam ei qui nuper pubes factus, idonee negotia sua tueri non potest.* Et est hoc idem ei quod scribit Justinianus *pr. Inst. de curatoribus* his verbis. *Masculi quidem puberes & fœminæ viripotentes, usque ad vicesimum quintum annum completum, curatores accipiunt:* id est, ut ego explico, de jure debent accipere ex Constitutione D. Marci. & est optima Imperatoris ratio: *Quia licet puberes sint, adbuc tamen ejus ætatis sunt, ut sua negotia tueri non possint:* id est, passim tueri non possint. Nec turbat me §. 2. *Inst. eod. tit.* cum locis quibusdam aliis: ut ad sequentem Titulum demonstrabo. Interea cavebo, ne quem vexet Dion Cassius *lib.* 52. *pag.* 546. jam ejus juris cujus auctorem laudavi Divum Marcum, mentionem faciens in vita Augusti: quando Mecænatem ita inducit loquentem: *In equestrem statum allegendi octodecim annos ætatis habere debent; hac enim ætate potissimum & corporum firma affectio & ingenium conspicitur. In Senatum vero adscribendi annos viginti & quinque. quomodo enim non fit turpe ac damnosum, quum nemini ante id ætatis suorum bonorum administrationem concedat is iis, qui eamdem nondum attigerint, rempublicam vos credere.* Sic Dion. Sed putemus, eum quod ait, Mecænati adscribere per errorem, vel anticipationem: & quod sua ætate obtinebat ex D. Marci Constitutione, retrahere ad principatum Augusti: sub quo id erat incognitum. Quod non oportuit factum: non enim convenit officio Historici, a quo verum exspectatur. Potuit suo nomine dicere Dion quod sciebat suo tempore: sed Mecænatis nomine dicere quod ei erat incognitum, non debuit. Dixi hoc eo confidentius: quia sic prævivit Vellejus Paterculus *lib.* 1. *c.* 3. consimilia ad hanc formam in monumentis Veterum & annotans & reprehendens: sicut ne Virgilio quidem pepercit hac in parte Higynus apud A. Gellium *lib.* 10. *Noct. Attic. c.* 16.

TITULUS VI.

Qui petant tutores vel curatores & ubi petantur.

Superiore Titulo exposui, qui tutores curatoresve dare, darive possint. Hoc dicam, qui petant tutores vel curatores, & ubi petantur. Sed primum, qui petant. qua in parte erit necesse, præmittere, quid sit tutores vel curatores petere: quoniam eo verbo non infinita, aut informis continetur tutoris curatorisve alicujus petitio; sed petitio tutoris certi & designati. videlicet tutores curatoresve petere, non est petere aliquos de medio, Prætoris arbitrio eligendos: sed nominatim petere tutorem vel curatorem Lucium Titium, verbi gratia. ita tutores vel curatores petere est, Prætori nominare futuros tutores vel curatores; sive Prætori dare nomina, dare electa nomina eorum, quos petas, ab eo tutores vel curatores constitui. Rem dedi: exspectas testimonia. extant in *l.* 2. §. 2. *D. & l.* 2. *C. h. t. l.* 24. *D. de tutor. dat. ab his. l.* 1. §. 3. *D. de Magistrat. conven. l.* 2. §. 23. *D. Ad Senatusc. Tertull.* inde tutores nominati pro da-

datis & creatis *l.* 18. *C. de excus. tut.* & alibi. Nec alio pergit hoc *l.* 6. *C. h. t.* *Matris pietas instruere te potest, quos tutores filio tuo petere debes.* Fuit hoc disputanti, qui petant tutores, notandum: ut intelligatur statim, pupillum ipsum sibi tutorem petere non posse. certe observat Gajus *l. ult. D. de manumiss. vindict.* curiose causatus, perabsurdum fore, in eligendo tutore firmum videri esse pupilli judicium cujus in omnibus rebus ut infirmum judicium tutore auctore regitur. Sed rationis est, de nominando & petendo tutore non quæri consilium & voluntatem pupilli. nec dubito, quin idcirco tutor dicatur pupillis dari invitis & ignorantibus *l.* 5. *&* 6. *D. de tutor. dat. ab his.* sic certo, non esse in pupilli potestate non dicam an habeat, sed ne quidem quem habeat, tutorem. Igitur pupilli ipsi (sic tandem concludo) non petunt sibi tutorem: sed iis tutorem petunt alii.

Qui? Modestinus *l.* 2. *h. t.* ait, quosdam ex voluntate petere: aliis necesse esse, petere. Ex voluntate autem petere cognatos, qualis amita *l.* 5. *C. d. t.* item patruus *l.* 10. *C. d. t.* Præterea ait, ex volutate tutores petere qui secundum affinitatem sunt familiares parentum masculorum & fœminarum. etiam posse, inquit, amicos parentum, (quorum meminit quoque *l.* 44. *D. de negot. gestis.*) & educatores ipsorum puerorum petere. An & creditor, futura ei lite cum pupillo? Modestinus *d. l.* 2. §. 3. *h. t.* sic finit: Si aliquis vel creditor, vel legatarius, vel alius, necessariam habeat adversus pupillum persecutionem: ipse quidem non petet tutorem pupillo, sed eos qui petere possunt, rogabit petere, (puto, pupilli nomine) vel si hi neglexerint petere, tunc accedens ad Præsidem, hoc ipsum dicet; ut constituto more legitimo (Antonius Augustinus *lib. sing. Ad Modestinum* mavult, *constituto tutore legitimo*) ea adversus pupillum moveatur persecutio. Sensus est, si necessarii neglexerint, pupillo tutorem petere; postquam admoniti sunt, ut petant; deinde quod necesse est, adibit Prætorem creditor, & dicet, rogatos a se esse necessarios, ut pupillo tutorem peterent ad litem: & quia id neglexerunt, aut recusarunt idcirco se petere; ut L. Titius pupillo ad litem detur tutor. Hoc: si pupillus habeat necessarios. quid, si non habeat? hunc articulum non attingit Modestinus. Verum Imp. Antoninus *l.* 4. *C. h. t.* de eo consultus a Domino quodam, ei sic rescribit: *Si filiis debitoris tui non sunt necessarii, qui tutores petant, potes & ipse curare, ut accipiant, per quos legitime defendantur.* Præter hanc formam, est & alia scitu digna, quam suppeditat Ulpianus *l.* 3. §. 2. *D. de tutelis:* si tutori futura sit lis cum suo pupillo; aut vice versa pupillo cum suo tutore: hos enim ponit casus. Verba autem Ulpiani, si quis requirat, talia sunt: *Si pupillus pupillave cum justo tutore, tutorve cum eorum quo litem agere vult, & curator in eam rem petitur: utrum ipsis poscentibus datur, an vero & adversario? Et sciendum est, sive agant, sive conveniantur, dari hunc curatorem posse: sed non alias, quam si ipse petat, cui dari eum oportet. denique Cassius lib. 6. scripsit, talem curatorem neminem dari posse, nisi præsentem: neque cuique, nisi præsenti & postulanti. itaque infanti non potest dari. idem Cassius ait, si pupillus curatorem poscere non vult, quo minus cum eo agatur, cogi eum a Prætore debuisse.* Quod est observandum; atque eo magis: quia inde apparet, pupillum in proposito videri quoque volentem petere curatorem; quum, ut velit, a Prætore cogitur petere. Huic observationi etiam alia accedit: quod Tribonianus in *d. l.* 3. §. 2. pro *tutore* qui pupillo ad litem olim erat necessarius, ex jure novo subjecit *curatorem*. eamque conjecturam ipse juvat Ulpianus in *Fragm. Tit.* XI. §. 24. *Moribus*, inquiens, *tutor datur mulieri pupillove qui cum tutore suo lege aut legitimo judicio agere vult, ut auctore eo agat.* Quid si ex hoc Fragmento possit præterea in *d.* §. 2. *l.* 3. alicui suspectum fieri hoc, *litem agere:* existimanti, Ulpianum scripsisse, *lege agere*, aut *legitimo judicio agere.* Sequens locus est, qui ex necessitate petant tutores. Tales ait Modestinus, esse matrem & libertos. hos jure obsequii *l.* 2. *C. h. t.* illam officio pietatis *l.* 6. *l.* 8. *&* 9. *C. eod. tit.* Primum nominat matrem; eique si non petat filiis tutores, pœnam denunciat ex Epistola D. Severi: cujus hæc sunt verba *l.* 2. §. 2. *D. h. t.* *Divus Severus Cuspio Rufino. Omnem me rationem adhibere subveniendis pupillis, cum ad curam publicam pertineat, liquere omnibus volo: & ideo quæ mater vel non petierit tutores idoneos filiis suis vel prioribus excusatis rejectisve non confestim aliorum nomina dederit, jus non habeat vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum.* Hæc Severi Epistola in *l.* 4. *pr.* §. 2. *&* 4. *h. t. & l.* 2. §. 23. *D. Ad Senatusc. Tertull.* generali vocabulo placiti Principalis Constitutio indigitatur, & in *l.* 10. *C. de legitim. heredib.* Lex, & in *l. unic. Cod. Theod.* prisca Lex. Intererit, singula Epistolæ verba examinare.

Principio ait: *Quæ mater non petierit tutores idoneos filiis suis.* Epistola pœnam soli minatur matri, tutores filiis non petenti. sola igitur, si non petierit tutores, severitate Epistolæ coërcetur. Ita ex verbis Epistolæ: sed contemplatio pietatis movit Jureconsultos, ut sub matris appellatione etiam aviam quasi ex mente Epistolæ comprehenderent *l.* 2. §. 28. *D. Ad Senatusc. Tertull.* Ad avum eam extendere ausi non fuere: credo, intercedente dignitate sexus; ne fœminino vocabulo mas designatus videretur: quod Veteres noluisse pluribus exemplis evici, supra sub Titulo, *De testamentaria tutela.* Cæterum Principes, e re publica esse intelligentes, longius porrigi providentiam pupillorum, quod de matre constituit Epistola, non ad aviam tantum, sed ad avum quoque transtulere. *l. unic. Cod. Theod. h. t.* imo idem onus tandem imposuere omnibus qui ad pupilli successionem vel ab intestato vel ex substitutione vocantur *l.* 10. *C. de legitim. heredib.*

Tenes, qui debeant pupillis tutores petere. nondum a quo eos peti oporteat. Ulpianus *d. l.* 2. §. 23. ait Constitutionem loqui quidem de Prætore; ut puta scriptam ad Cuspium Rufinum, quem Prætorem fuisse, conjicio: sed se putare, etiam locum habere in provinciis. videlicet, quia omnia provincialia desideria quæ Romæ varios judices habent, ad officium Præsidum pertinent *l.* 10. 11. *&* 12. *D. de offic. Præsid. l.* 7. §. 2. *l.* 8. *&* 9. *D. de offic. Procons.* Ulpianus tamen de Præsidibus in *d. l.* 2. §. 23. nihil manifeste exprimit: sine dubio, quia his Oratione Divi Marci directo jus erat dandi tutores, idque constabat omnibus. verum ait matrem puniri, etiamsi a Magistratibus municipalibus non petat tutores: & præfatur, quoniam & Magistratibus municipalibus dandi necessitas injungitur, eadem videlicet D. Marci Oratione: non directo quidem; sed demum si a Præsidibus jussi sint, cum non sunt magnæ pupilli facultates.

Incidit igitur mater in pœnam; si filiis suis impuberibus non petierit tutores. nec essem sollicitus, utros intelligi oporteret, legitimos, an naturales, matre utrisque ex Senatusconsulto Ter-

Tertulliano peræque succedente §. *ult. Inst. De Senatusc. Tertull.* nisi a Zenone ad Dioscorum, Præfectum Prætorio, hoc modo reperirem scriptum *l. ult. C. h. t. Matres naturalibus etiam filiis ad similitudinem eorum qui ex justis ac legitimis nuptiis sunt procreati, petendorum tutorum necessitati subjaceant.* Punitur igitur mater filiis sive legitimis, sive naturalibus, non petendo tutores. An & filiabus? has non attingit Constitutio. idem tamen in filiabus admittit interpretatio ex usu sermonis *l.* 195. *D. de verb. sign.* & postulante officio pietatis. Quid, si nepotibus? Ulpianus *d. l.* 2. §. 28. ait, non petendo æque puniri. recte: licet enim aliter sonet filius, aliter nepos, verbi proprietatem retinentibus: egregie tamen scribit Julianus *l.* 201. *D. de verb. signif.* justa interpretatione recipi, ut filii appellatione sicuti filiafamilias continetur sæpe, ita & nepos videatur comprehendi.

Vult igitur Epistola, a matre tutores peti filiis impuberibus. An & curatores? Ulpianus *d. l.* 2. §. 29. Verba, inquit, deficiunt: sed dicendum est, si impuberibus non petiit, eamdem esse rationem: si puberibus, cessare debere. nempe, quia his alii non petunt curatores: sed ipsi petunt sibi: ut post dicetur. Similiter putat Ulpianus §. 30. *d. l.* matrem, si cum prægnans esset, curatorem bonis non petiit, in sententiam incidere. Et mox subjicit: Nam & si impuberem apud hostes habet, idem erit dicendum. Ab eadem causa fuit quæsitum, quid juris sit, si furioso tutorem vel curatorem non petiit? Et hic ait Ulpianus §. 31. magis esse, ut incidat.

Punitur igitur mater quæ non petierit tutores filiis suis. petere vero tutores quid sit, hic subjicere, nihil attinet: in antecessum jam demonstrato, tutores petere non esse in genere aliquos petere Prætoris arbitrio eligendos: sed eligere & nominare certos quos ab eo dari petas. Illud non silebo, Epistolam tutores a matre peti jubentem, non esse verbis contentam, petitione (ut ait Modestinus *l.* 2. §. 1. *h. t.*) puritatis gratia facta, sive (ut Ulpianus *d. l.* 2. §. 32. *D. Ad Senatusc. Tertull.*) defunctorie: sed indigitare petitionem seriam & effectum habituram. id satis evincit tenor & contextus Epistolæ. sed fuit etiam Rescripto declaratum, ut *d.* §. refert Ulpianus. ideoque valde probo hoc ejusdem Ulpiani §. 42. *Quid, si non compulit eos miscere se tutelæ? Et cum plenum officium a matre desideremus, & hæc ei curanda sunt, ne in hereditate ei obstent.* Ab eadem causa sic Tryphoninus *l.* 4. *D. h. t. Credendum est, & eam matrem Constitutione contineri quæ a patre non legitime tutores testamento vel codicillis datos filiis impuberibus non postulavit decreto confirmari.* Ab eodem etiam fonte est, quod mater dicitur puniri, non solum quæ non petiit, sed & quæ petiit vel privilegio munitum, vel oneratum tribus tutelis: maxime, si id fecerit data opera. sic enim est dolus malus: quem impunitum esse non oportet. quid ergo, si tales petiit, & hi susceperunt nihilominus, vel detenti sunt? excusata erit mater: puto, quia adhuc exitum habuit petitio: quod unice intendit Constitutio. Quid, si indignos, id est, minus habiles ad tutelam petiit, quoniam sciebat, Prætorem eos non daturum? certum est, si non dedit eos Prætor; non videri petitos. quid tamen si dedit, matris petitionem secutus? ait Ulpianus §. 34. jam quidem Prætoris delictum esse, sed & matris consilium puniri. Ergo (sic infert §. 36.) sive non petierit, sive idoneos non petierit, punietur, etiamsi dati fuerint minus idonei, Prætore errante. Idoneos autem, ut hoc addam, utrum facultatibus, an & moribus petere debeat, dubitationis esse posse, Ulpianus ait: sed se putare, facile ei ignosci, si locupletes sint hi, quos petit §. 37. &, ut mihi videtur, optime. nam mores æstimare, non est cujusvis; modum certe muliebris infirmitatis egreditur: ut post dicetur. Cæterum quæ dixi vera sunt: cum impuberes liberi nullos habent tutores, sed finge, habere: verum suspecto tutore pupilli accusato, decretum esse, ei alios adjungi: an eos quoque petere debet? silent Constitutionis verba: sed æquitatis est, idem servari. ita visum Tryphonino; &, si non petat mater, incidere in sententiam Constitutionis *l.* 4. §. 2. *h. t.* Superiori quæstioni affinis est sequens: an quæ petere debuit tutorem, etiam suspectum facere debeat? Negat Tryphoninus *d. l.* 4. §. 4. Quæ, inquiens, suspectum tutorem non fecit, nec verbis, nec sententia Constitutionis in pœnam incidit. Et rationem addit Tryphoninus, quæ est pulchra, quamquam obscurius posita: quod hujusmodi facta dijudicare & æstimare, virilis animi est. contra fœmina pro imbecillitate sexus etiam potest delicta ignorare, id est, non utique potest discernere. quare satis est, eam petiisse talem, qui inquisitione per Prætorem habita idoneus apparuit. idque ulterius sic decretorie firmat: & ideo nec judicium ejus sufficit ad eligendos tutores, sed inquisitio fit, etiam si maxime in bona propria liberis suis testamento tutores dederit.

Pergit Epistola: *Vel prioribus excusatis rejectisve, non confestim aliorum nomina dederit.* Non igitur sufficit Epistolæ, matrem, ut libera sit a pœna, tutores petiisse. plus jubet, eam, si petierit aliquos, & hi fuerint aut excusati aut rejecti; adhuc aliorum nomina edere; id est, in eorum locum petere alios: & si vel hoc neglexerit, puniri. Sit ita: si quidem omnes fuerint excusati rejective: sed quid, si non omnes sint excusati aut rejecti? adhuc putat Ulpianus, ei imputandum *d. l.* 2. §. 39. Vult igitur Epistola, tutoribus rejectis aut excusatis, alios in eorum locum peti. Sed quid, si decesserint quidam? Hic quidem verba deficiunt: sed fit paritate rationis; ut sententiæ locum faciat Ulpianus §. 40. Potest hic esse & alia inspectio: quod enim diximus, *Rejecti*, utrum sic accipimus, a Prætore non dati: an & si suspecti fuerint remoti vel ob negligentiam, vel ignaviam repulsi? etiam hos quis rejectos recte dicet. Ergo & si latitent. sed longum est. nam nec hoc ei imputetur, cur suspectos non fecerit. alioquin & si latitarent, potuit Edicto desiderare, ut eos adesse Prætor juberet, & suspectos eos removeret, si deessent.

Vult igitur Epistola, matrem, si petierit tutores, iique excusati aut rejecti fuerint, alios petere in eorum locum: sed confestim. Ulpianus *l.* 2. §. 35. *D. Ad Senatusc. Tertull.* ait, sine mora. Et in §. 43. id sic accipit, ubi primum potuit, id est Prætoris copiam habuit, huic rei sedentis. addit temperamentum: nisi forte infirmitate impedita est, vel alia magna causa quæ etiam mandare eam ad petendos tutores impediret: ita tamen, ut nullo modo annale tempus excederet. Igitur quod est confestim in Epistola, Theodosius *l.* 10. *C. de legitim. heredib.* & Justinianus §. *ult. Inst. De Senatusc. Tertull.* simpliciter reddunt, intra annum.

Postremo ait Epistola: *Jus non habeat vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum.* Hisce verbis continetur pœna matris: negligentis tutores, ut oportet, petere filiis impuberibus. ea pœna est: quod matri denegatur petitio, here-

ditatis filii inteſtati mortui. id vero indigitat: quod privatur legitima filii hereditate. adempta enim petitione ſive vindicatione hereditatis; quid reſtat, niſi ut ipſa hereditas adempta intelligatur? Commode Modeſtinus *l.* 52. *D. de adq. rer. dom.* quæ eſt ex lib. 7. Regularum, *Rem in bonis noſtris habere intelligimur, quotiens poſſidentes exceptionem; aut amittentes ad reciperandam eam actionem habemus.* Res certa; & ut Epiſtola non vult, matrem habere jus vindicandorum ſibi bonorum inteſtatorum filiorum: ſic in *l.* 10. *C. de legitim. hered. & l.* 2. *C. Si adverſ. delict.* dicitur ei denegandam eſſe omnem filii ſucceſſionem, ſi impubes moriatur. Imp. Juſtinianus §. *ult. Inſt. de Senatusc. Tertull.* dicit, eam ab impuberum morientium ſucceſſione repelli. Illud videndum eſſe putat Ulpianus *l.* 2. §. *ult. D. eod. tit.* matre prohibita jus ſuum vindicare, utrum cæteros admittamus, atque ſi mater non eſſet? Sed, inquit, denegamus ei actiones, & invenimus reſcriptum ab Imperatore noſtro Antonino Auguſto & D. Patre ejus Mammiæ Maximinæ: matre remota eos admitti qui venirent, ſi mater non fuiſſet. ergo & adgnati cæterique ſuccedent, aut ſi nemo ſit, bona vacabunt. Quæ dixi vera ſunt, ſi impuberes mortui ſint filii *d. l.* 10. Sed quid, ſi puberes facti decedant? Non oberit matri, impuberibus non petiiſſe tutores *l.* 3. *C. De Senatusc. Tertull.* tamquam matris culpam deleverit pietas filii qui pubes factus, non facto teſtamento, cum liceret facere, matrem quaſi tacito judicio ab injuria abſolviſſe benigne intelligitur.

Privatur igitur mater, filio impubere mortuo, ejus ſucceſſione ab inteſtato. Quid ſi maritus ipſi a filio reliquerit fideicommiſſum ſub conditione, ſi ſine liberis deceſſerit, vel ſi inteſtatus mortuus ſit filius? Tryphoninus *l.* 4. §. 3. *D. h. t.* non eſt perempta, inquit, fideicommiſſi petitio. Quam ob rem? cauſatur, quod ex alieno judicio deſcendit. Epiſtola autem tantum loquitur de amiſſione bonorum inteſtati filii. Si tamen filio impuberi ſubſtituta fuerit mater: placuit, etiam ſucceſſionem jure ſubſtitutionis ei denegari. Verum id non debetur Epiſtolæ D. Severi de qua agimus: ſed novæ Conſtitutioni Theodoſii & Valentiniani *l.* 10. *C. de legitim. hered. & l.* 6. *C. Ad Senatusc. Tertull.*

Expoſita ſeveritate Conſtitutionis, age nunc cogitemus de ea temperanda. id enim quo minus fiat non reſiſtit mens Conſtitutionis. Erit pretium operæ, id exemplis paucis demonſtrare. eſt elegans in *l.* 8. *C. h. t.* Proponitur ibi procurator a matre miſſus ad petendum a Præſide tutorem, in itinere a latronibus eſſe interfectus; & hac fatali cauſa petitio non eſſe ſecuta. Quæritur, deinde mortuo filio, an repellenda mater ſit ab hereditatis petitione. erat dubitatio propter verba Conſtitutionis: quæ huc ferunt. Sed Impp. Diocletianus & Maximianus a Muſico conſulti per Libellum, ei reſcribunt, durum eſſe, matrem cujus nullum vitium ſit, a filii ſucceſſione repelli; propter verba Conſtitutionis: nam ejus mentem a matre nihil exigere, præter ſedulum petendi tutoris officium: moram autem quam neceſſitas in propoſito injecit petitioni, pro caſu fortuito haberi oportere. Aliud exemplum eſt in *l.* 9. *C. d. t.* Ecce: mater non petiit filio tutorem, non quod negligeret impuberem: ſed quod ei jam impetratus erat ab alio. an incidit mater in Conſtitutionem? negant Imperatores. Atqui ipſa non petiit tutorem: quod volebat Conſtitutio. Non inficior: ſed videamus; ne hæc voluerit, a matre tutorem peti filio, non habenti tutorem. ille vero habebat tutorem: & habenti eum alius dari non poteſt adverſus regulam juris. Igitur quid eſt? Imperatores conſulti ab Aſclepiodoto ita reſcribunt; *Cum jure habenti tutorem tutor dari non poſſit: intelligis matrem non officium pietatis in petendo tutore deſeruiſſe, ſed jure munitam, merito filio ſuo tutorem non poſtulare.* Non minor æquitas excuſandæ matris eſt; ſi ceſſaverit tutores petere, lapſa lubrico ætatis minoris. poteſt enim hic, ut alias, favore ætatis in integrum reſtitui. At enim deliquit. Quid refert? ſi delictum non ex animo venit, ſed extra: ut ut alioquin pœnæ cauſa ex eo pecuniæ damnum irrogetur *l.* 1. *C. Si adverſ. delict.* Sed clare Diocletianus & Maximianus *l.* 2. *C. d. t. Licet*, inquiunt, *in delictis ætate neminem excuſari conſtet: matri tamen quæ filiis tutorem ætatis lubrico lapſa non petiit, eorum minime denegari ſucceſſionem convenit: cum hoc in majoribus matribus tantum obtineat.* Longum eſſet; ſi vellem omnes cauſas excuſandæ matris exponere. plures enim adducit Ulpianus *l.* 2. §. 25. 26. & 46. *D. Ad Senatusc. Tertull.* Non tamen prætermittam illam quæ eſt in §. 44. & 45. quia eſt bella ipſius judicio Ulpiani. Fac: aliquis pupillo reliquit amplum legatum ſub conditione, Si tutores non habuerit: & propterea ei mater non petiit, ne conditione deficeretur. An Conſtitutio ceſſet, quæritur. Ulpianus, allatis dubitandi cauſis, putat, ceſſare Conſtitutionem; ſi damnum pupilli minus ſit cumulo legati. mea opinione, belle. verba licet reclament. noluit enim filio nocere mater. contra voluit, prodeſſe; & profuit. non ſervavit igitur verba Conſtitutionis. at non peccavit adverſus mentem: hac clare confitente *l.* 2. §. 2. *D. h. t.* omnem ſe rationem adhibere ſubveniendis pupillis. Adeo aptari hic poteſt hoc Modeſtini *l.* 25. *D. de legibus:* Nulla juris ratio aut æquitatis benignitas patitur, ut quæ ſalubriter pro utilitate hominum introducuntur, eas nos duriore interpretatione contra ipſorum commodum producamus ad ſeveritatem. Incurrit hic & illa deliberatio: quid juris ſit, ſi dicatur mater tutores non petiiſſe ignorantia juris? Hac matrem non excuſari, certum *l. ult. C. h. t.* ſed ratio quæritur. ſunt qui cauſantur, quod officium petendi tutoris matri ſuggerit pietas naturalis: cujus ignorantia ne in mulieribus quidem probabilis ſit. Sed non placet ea ratio: quippe cum hoc matris delictum extra veniat, non ex animo: & alioquin ne minor quidem mulier a pœna excuſaretur privilegio ætatis. Mihi verior videtur ſequens ratio: quod filii hereditas ſicut eſt, ita habetur, emolumentum ſucceſſionis *l. unic. Cod. Theod. h. t.* ea igitur cum privatur mater; creditur magis carere lucro, quam damno affici: in lucro vero ne mulieribus quidem prodeſt juris ignorantia *l.* 6. *C. Qui admitt. ad bonor. poſſeſſ. l.* 7. & 8. *D. de jur. & fact. ignor.*

Præter matrem, habent & liberti neceſſe, tutores petere impuberibus patronorum filiis: ceſſantes autem fiunt rei deſerti obſequii *l.* 2. *C. h. t.* eoque nomine accuſati apud Præſidem puniuntur, ut emendentur: ſi apparuerit, vel propter negligentiam, vel propter malitiam, non petiiſſe *l.* 2. §. 1. *D. d. t.* Puniuntur igitur corporali pœna. An etiam rediguntur in ſervitutem? id nuſquam proditum. At enim in *l.* 2. *C. de libert. & eor. liber.* dicitur libertus in ſervitutem redigi levi ex cauſa. Sed id ita eſt: ſi quid fecerit adverſus patronum: non ſi obſequium deſeruerit *l.* 30. *C. de liberali cauſa.*

Satis de tutoribus pupillorum. venio ad curatores minorum. Hos alius non petit ipſis: ſed eos

eos ipsi petunt sibi; præsentes per se; absentes per procuratorem *l.* 2. §. 4. *&* 5. *D. h. t.* quid si nullos petant? nempe a Prætore cogentur mulctæ dictione & pignoris captione: exemplo pupilli litem cum suo tutore habituri: de quo est in *l.* 3. §. 2. *D. de tutelis.* Aliquis dicat: *Inviti adolescentes curatores non accipiunt, præterquam in litem.* Sed id me non turbat; quamvis sciam, ita locutum esse Justinianum §. 2. *Inst. De curatoribus.* sunt enim prudenter accipienda ejus verba. & aut omnia me fallunt, aut ea minores comparant cum prodigis & furiosis. Quo modo? attende: dicam clare, ut res elegans & parum intellecta meretur. Placuit D. Marco, omnibus minoribus, sola contemplatione minoris ætatis, non redditis causis, curatores dari: cum ex Lege Lætoria ante nullis darentur, nisi ob furorem aut luxuriam. id pro sua providentia credidit sapientissimus Imperator, humanitati convenire; ne curatores minoribus darentur exemplo prodigorum aut furiosorum. pepercit igitur honori & verecundiæ minorum; volens quidem illis, propter ætatem, curatores dari, sed non aliter, quam postulantibus: cum furiosis & prodigis ex Lege Lætoria darentur curatores, non ipsis, sed aliis, illos ob furorem aut luxuriam petentibus, probato furore aut luxuria. Sic apparet, per furiosos aut lascivos adolescentes non stetisse, non modo utrum curatores haberent, sed ne quidem quos acciperent, & hac ratione invitos accepisse: minores contra invitos non accepisse curatores; etsi aliquem habere eos oporteret. nimirum, quia his non dabantur curatores eis petiti oblative ab aliis; sed hi tantum quos ipsi petendo nominassent; ut dixi, laudabili Principis humanitate; ne minori datus curator ob ætatem, gravis esset existimationi ejus: quasi furioso aut prodigo datus. Hæc regula. a qua exceptum, *Præterquam in litem d.* §. 2. sive enim ipsi agant minores; sive cum iis agatur: datur ipsis curator, etiam invitis. Quam ob rem? quia jam non modo ipsis poscentibus curator a Prætore datur; sed etiam postulante adversario. is certe intelligens, minorem quocum futura ei lis erit, non habere curatorem, nec interim habere personam standi in judicio, potest eum monere, ut aliquem sibi petat curatorem: ac, si admonitus cesset petere; jam permittitur adversario, in jure adire Prætorem, ibique nominare aliquem & petere eum minori curatorem dari *l.* 1. *l.* 7. *C. h. t. l.* 7. §. 2. *D. de minoribus.* Non resistit: quod minores sine curatoribus reperiuntur in *l.* 3. *C. de in integr. rest. minor. d. l.* 7. §. 2. *D. de minorib. & alibi.* Nam & pupillus, & venter, & furiosus, sine tutoribus reperiuntur *l.* 5. §. 20. *D. Ut in possess. legat. l.* 2. *D. Ne de stat. defunct. l.* 1. §. 24. *D. de vent. in possess. mittend. l.* 17. §. 3. *D. de usur. l.* 3. *D. de tutelis. l.* 5. *pr. &* §. 1. *D. Ex quib. caus. in possess. eat.* Nemo tamen dixerit, utique sapiens & juris intelligens, fuisse in horum arbitrio, utrum tutorem curatoremve haberent, an non: quando id quod est facti, non potest habere juris consequentiam. putemus igitur, hoc si contingat, non alia fieri causa, quam quia plerumque aut non petitur, aut tardius petitur, aut serius datur. ita de curatore ventris traditum in *d. l.* 1. §. 24. etsi ejus petendi necessitas matri æque incumbat, ac petendi tutorem suo pupillo *l.* 2. §. 38. *D. Ad Senatusc. Tertyll.* Non magis terret me, quod in *l.* 6. *C. h. t.* dicitur, Minores annis viginti quinque ipsos sibi curatores petere, si res eorum exigat. Nam id sic accipiendum est, quasi debeant minores petere curatorem: nisi adeo egeni sint, ut non indigeant curatore: nihil habentes quod a curatore administretur. quomodo responsum in matre quæ tutorem suo pupillo non petiit *d. l.* 2. §. 26. *&* 45.

Altera Rubricæ pars est, *Ubi tutores petantur:* qua de parte est *l. unic. C. h. t. lib.* 5. *tit.* 32. cum qua conjungenda *l.* 21. §. 2. *D. de excusat. & l.* 27. *D. de tutor. dat. ab his.*

TITULUS VII.

De administratione & periculo Tutorum & Curatorum qui gesserint vel non. & de agentibus vel conveniendis uno vel pluribus.

Superioribus Titulis actum est de modis deferendæ tutelæ & curæ. præsens spectat ad effectum delatæ & susceptæ. partes ejus tres sunt. prima est de administratione tutorum & curatorum. in qua tamen observanda quædam sunt ante, quam ad ipsam deveniatur. In his prima erit Prætoris cura; ut tutor, qualiscumque sit, nisi suscipiat administrationem, extra ordinem cogatur tutelam gerere *l.* 1. *D. h. t.* remediis Prætoriis: id est, mulctæ dictione & pignoris captione *l.* 9. *D. de munerib. & honorib.* Quod si gerere cœperit; cessant partes ejus qui solet cessantes cogere; & tutelæ actioni & suspecti accusationi locus fit *l.* 5. §. 2. *&* 3. *D. h. t.* Quid autem sit gerere, apparet ex *d. l.* 5. §. 1. *&* 3. Altera Prætoris cura est; ut, si plures sint tutores, tutela potius per unum, quam per plures, administretur. eaque de re etiam Edicto fuisse cautum, Ulpianus auctor est *l.* 3. §. 1. *h. t.* Non adfero, neque explico id: quia quale fuerit, & quid observandum in eo sit, in *d.* § 1. *& sequentibus omnibus*, itemque *l.* 2. tam clare, quam eleganter exposuit Ulpianus: nec pluribus opus.

Tertia Prætoris cura erit, ut tutores & curatores satisdent rem pupilli salvam fore: nempe, ne alioquin pupillorum, & eorum qui in curatione sunt, negotia ab his consumantur vel minuantur. nec tamen id est perpetuum: siquidem tutores testamento dati, satisdare non coguntur; quasi eorum fides & diligentia a testatore approbata sit. item ex inquisitione tutores vel curatores dati, satisdatione non onerantur: quia fides inquisitionis cedit pro vinculo satisdationis *pr. Inst. de satisd. tut. vel curat.* & tamen vel hos quod directo facere non tenentur, per consequentiam facere oportet §. 1. *d. t.* ut demonstratum sub Titulo, *De testament. tutel.* Præter hæc observare debet tutor; ut statim faciat inventarium omnium rerum pupillarium; neque quidquam gerat ante, quam confecerit, alioquin dolo fecisse videtur, & infamis fit: nisi si necessaria & justa causa intervenerit, aut pater inventarium confici prohibuerit, aut res non ferat dilationem *l.* 7. *D. h. t. l. ult.* §. 1. *C. Arbitr. tut.* Tenetur igitur tutor statim facere inventarium. Qua forma? ea quæ præscripta in *l.* 24. *C. h. t.* compilata ex *l. ult. Cod. Theod. eod.* Inventarii autem confecti effectus præsertim duo sunt. prior. ut inventarium, quantum ad pupillum & tutorem attinet, sufficiat ad probationem quantitatis rerum pupillarium *d. l. ult. C. Arbitr. tutel.* alter ef-

effectus est; ut incendio exustis pupilli chirographis, ejus debitores vel ex inventario conveniri possint *l.* 57. *D. h. t.*

Confecto porro inventario, debet tutor res pupilli mobiles, præter aurum & argentum; & quod præterea servari nequit, item animalia supervacua, statim distrahere. alioquin suum periculum facturus *l.* 7. §. 1. *D. & l.* 24. *C. h. t.* Ex pecunia inde collecta, addita reliqua quæ apud pupillum reperiatur, debet, si summa patietur, prædia comparare, & ei rei pecuniam deponere *l.* 5. *D. & l.* 24. *C. h. t.* si cessat, a Prætore cogitur; &, si vilis sit, etiam coërcetur vinculis publicis *l.* 3. §. 16. *D. de suspect. tut.* non minus poterit conveniri in usuras: nisi si per eum non est factum, quo minus compararet *l.* 7. §. 3. *h. t.* Usuras porro intelligo hac in specie gravissimas quæ appellantur legitimæ, in primis si comminatio præcessit *l.* 7. § 7. & 10. *h. t.* Quod si summa ad prædia non sufficiet: pecuniam fœnori collocabit *d. l.* 24. *C. h. t.* & quidem intra sex primos menses. si non collocabit; convenietur ipse in usuras ejus pecuniæ *l.* 15. *h. t.* Dixi, Intra sex primos menses: nam quod ad reliquam attinet pecuniam, deinde conficiendam; ei deponendæ tribuitur spatium duorum mensium: uti ex collatione *l.* 7. §. 11. *h. t.* observat V. CL. Jacobus Cujacius, *lib.* 5. *Observ. c.* 12. Sed ea fœnerandi necessitas curatoribus remissa *Novell.* 72. *c.* 6. plane, si quis pecuniam malo more in usus suos convertit, is neque spatio temporis utetur; & in gravissimas usuras convenietur *l.* 7. §. 11. *h. t.*

Huc usque exposui administrationis quasi præambula. Nunc ipsam attingam. in ea talis comprobatur regula, Tutor, quatenus attinet providentiam pupillarem, pro domino habetur *l.* 27. *D. h. t.* Ea autem providentia vel ad exhibendam pupilli personam, vel ad administrandas ejus res, pertinet. Sed pars officii prima ad pupilli personam spectat: ac continet integram ejus exhibitionem; id est, locum in quo debeat morari atque educari: tum alimenta, id est, victum, vestimenta, præterea famulos ei necessarios, & postremo disciplinam. scilicet, quia tutor non minus pupilli moribus, quam rebus præest *l.* 12 §. 3. *D. h. t.* ibique Gothofredus: & ideo præcipitur; ut statuat impensas pro facultatibus & dignitate pupilli, non utique quas minimas potest *l.* 13. *d. t.* ac fuerit prudentiæ, ut advocatis pupilli cognatis amicisque curet, a Prætore definiri, quantum pro pupillo erogare debeat; ne alioquin ei necesse sit, impensis factis, judicis arbitrio permittere, quantas reputationes eo nomine eum facere oporteat *l.* 3. *l. ult. & tot. tit. Ubi pupill. educ. deb.* Hæc ad pupilli exhibitionem. de qua paulo plura *libro sequente tit.* 2.

In rerum administrationem veniunt actiones, solutiones, erogationes, alienationes. Familiam ducent actiones. & observandum, quod jure civili nulli licet alieno experiri nomine. & tamen tutorio nomine ut liceret experiri, fuit vel necessitate inductum; ita placuit, ut quemadmodum alibi, sic in actionibus, tutor domini loco haberetur, & quod pupillo deberetur, jure peteret *l.* 15. *l.* 22. *D. h. t.* atque hoc in tantum verum est; ut ne tutor quidem cogatur cavere, pupillum ratam rem habiturum; quasi rem in judicium deducat *l.* 23. *D. & l.* 13. *C. h. t.* nisi si dubitetur, an tutor sit, vel an duret tutor, vel an gestus ei commissus sit: æquum enim est, adversarium non decipi. idemque in curatore jus est *d. l.* 23. Cæterum quod pro domino habetur tutor, quantum ad actiones attinet: tum demum observatur; si ipse experiatur: nam procuratorem ex sua persona in rem pupilli vel adolescentis facere non potest. Pupillus autem vel adultus, tutore seu curatore interveniente, procuratorem ordinare potest. ipsi etiam tutores & curatores post litis contestationem a se factam, non prohibentur procuratores dare, exemplo procuratorum qui litem contestati, ejus domini effecti sunt *l.* 11. *C. de procuratorib.* Quod si diffusa sunt pupilli negotia, aut dignitas, ætas, valetudo tutoris, eum distringant, & nondum fari pupillus possit, aut absens sit, ut non possit procuratorem facere ex auctoritate tutoris: solet periculo tutoris actor a Prætore constitui. Sic Paulus *l.* 24. *D. h. t.* addit in §. 1. si eadem tutela pluribus simul gerenda permissa est vel a parente, vel a contutoribus, vel a Magistratu: hic benigne etiam uni agere permissum: nempe, quia duo simul agere, id est, simul æque commode, agere non possunt. Et notandum: quod Paulus ait, benigne permitti agere: quia si ad verba deflectamus, non possunt, nisi duo agere: sed benignius est, etiam uni concedi, agere: quia unus tutor facilius expeditiusque actiones & exercet & excipit; ne alioquin tutela per multos spargatur *l.* 3. §. 6. *D. h. t.* Uni, inquam: & maxime huic qui diligentior erit, & prior agere occupavit arg. *l.* 32. *D. de procuratoribus.* Hæc si agat pupillus.

Quid, si conveniatur? etiam tueri eum debet tutor *l.* 30. *D. h. t.* sed utrum tutorem ipsum oportet judicium suscipere; an pupillum, tutore auctore? Ulpianus *l.* 1. §. 2. *D. h. t.* ait, esse tutori licentiam; utrum ipse malit judicium suscipere; an pupillum exhibere, ut judicium, ipso auctore, suscipiatur. ita tamen, ut pro his qui fari non possint, vel absint, ipsi tutores judicium suscipiant: pro his autem qui supra septimum annum sint, & præsto fuerint, auctoritatem præstent. addit Ulpianus *d.* §. 2. quod tutores neutro casu teneantur cavere, more aliorum defensorum. Sic in pupillis. Quid in caussis adultorum? erit, inquit Ulpianus, licentia agentibus vel ipsum adultum præsentem in judicium vocare, ut curatoris consensu conveniatur; vel contra curatorem agere, ut ipse litem suscipiat. In absentibus autem adultis omnimodo contra curatorem agendum *d. l.* 1. §. 3. Plane, ut pupillum defendere teneatur tutor: tamen observare eum oportet; ut ubique bonam adgnoscat fidem tam sibi, quam aliis; & si justum esse debitum comperiat, sponte solvat, non utique per Judicem *l.* 9. §. 5. & *seqq. D. h. t.* itaque generaliter Ulpianus *l.* 10. *d. t.* Quotiescumque, inquit, pupilli nomine non fit, quod quivis paterfamilias idoneus facit, non videtur defendi: scilicet, quia non defenditur, ut oportet, boni viri arbitratu. sive igitur tutor solutionem, sive judicium, sive stipulationem, detrectet: defendi non videtur pupillus *d. l.* 10. Liceat mihi adjicere: quod tutor judicio victus, si habeat caussam bonam; debet appellare, & solemnia complere *l.* 11. *C. h. t.* etsi aliud sit in procuratore *l.* 17. *C. de procuratorib.* Vidimus, quid tutorem in actionibus facere oporteat. videamus judicii effectum. est autem hic: ut sive agat, sive conveniatur: sententia prosit, aut noceat pupillo, non tutori *l.* 2. *D. h. t.* excepta specie *l.* 6. *C. h. t.*

Transeo ad solutiones. hæ factæ tutori, tutelam gerenti, (de quo sequente Titulo plenius) debitorem liberant ipso jure *l.* 46. §. 5. & *ult. junct. l.* 47. *D. h. t.* sive alii solvant, sive ipse solvat quod pupillo debet *l.* 9. §. 3. & *seqq. d. t.* Hæc vetere jure. at novo Justinianus huic parti di-

diligentius prospexit in *l.* 25. *& l.* 27. *C. h. t.* ad quas respicit §. *ult. Inst. Quib. alien. lic. vel non.*

Sequuntur erogationes: nam & hæ permissæ tutori sunt ad providentiam pupilli; cum hactenus pro domino habeatur tutor *l.* 27. *D. h. t.* Potest igitur tutor solvere pupilli debitum; &, si liqueat, non tenetur expectare; ut primum judicio conveniatur. contra ei fas est, ultro agnoscere bonam fidem: ut ante dixi ex *d. l.* 9. §. 5. *& seqq. h. t.*

Foret hic quærendi locus, an tutori jus sit, de rebus pupilli transigere, aut jusjurandum deferre: nisi de his esset supra actum sub propriis Titulis. Remissiones certe gratuitæ, donationesque a tutore factæ, pupillo non nocent *l.* 22. *D. h. t.* quia magis ad perditionem accedunt, quam ad administrationem. Missurum tamen pupilli parentibus cognatisque solemnia munera, Paulus ait *l.* 12. §. 3. *D. h. t.* sed negat, daturum dotem sorori, alio patre natæ: præfatus, id etsi honeste, tamen ex liberalitate fieri, pupilli arbitrio servanda. sed de hac accuratius dixi ad Titulum, *De jure dotium.* Illud non prætermittam, quod similiter ait Gajus *l.* 13. §. 2. *D. h. t.* tutorem ne nuptiale quidem munus missurum pupilli matri aut sorori: etsi ad victum ei necessaria non male præstet; si ipsa se sustinere non possit: & hanc adfert causam Gajus: quod non perquam necessaria ei hæc remuneratio est *l.* 1. §. 5. *D. de tutel. & rat. distrab.* quale interim sit hoc nuptiale munus, & quæ sint solemnia munera parentibus cognatisque dari solita, tractant Viri Clarissimi, Jacobus Rævardus *lib.* 3. *Conjectan. c.* 4. *&* 11. & Barnabas Brissonius *lib.* 4. *Select. antiq. c.* 3.

Ad administrationem postremo spectant alienationes: sed de his ex professo agetur *Titulo penultimo lib* 27.

Discedam a prima Rubricæ parte, ubi addidero, quod apud Ulpianum *l.* 5. §. 8. *D. h. t.* monet Papinianus, si pater tutelam filiorum mandavit geri consilio matris, & tutores eo nomine liberavit: non idcirco minus integrum fore tutorum officium; tametsi viris bonis conveniat, salubre matris consilium admittere. sic vero fieri; ut neque liberatio tutoris, neque voluntas patris, aut intercessio matris, tutoris officium infringat. Hoc Papinianus in §. 8. *d. l.* 5. & in §. 9. subjicit Ulpianus: usque adeo licere tutoribus patris præceptum negligere; ut si pater caverit, Ne quid rei suæ distraheretur; vel, Ne mancipia distrahantur; vel ne vestis, vel ne domus, vel ne aliæ res periculo subjectæ; liceat eis contemnere hanc patris voluntatem. Postremo ait Ulpianus *d. l.* 5. §. 5. tutorem sacris Constitutionibus juberi, pupillum suum puberem factum, admonere; ut sibi curatores petat: & si non admonuerit; teneri tutelæ judicio: quasi hoc, quamvis post pubertatem admittatur, tutelæ officio sit connexum.

Altera Rubricæ pars est De periculo tutorum & curatorum. ac consistit hoc in eo: ut tutor, verbi gratia, non observatis quæ dixi, ex illo tempore quo ei innotuit, se tutorem datum, tutelæ judicio teneatur *l.* 1. §. 1. *D. h. t.* Innotescere autem qualiter qualiter sufficit, non utique testato eum conveniri oportet. nam etsi citra testationem, scilicet undecumque cognovit, nulla dubitatio est, quin debeat periculum ad ipsum respicere *l.* 5. §. 10. *h. t.* Hoc autem quod cognovit tutor, pupillus probare debebit *l.* 6. *d. t.* Facile igitur intelligitur, esse tutoris periculum, sive commisit, sive omisit aliquid, quod sit officio tutelæ contrarium: in quo arguatur ejus dolus aut culpa lata vel levis *l.* 1. *D. de tutel. & ration. distrab.* quid, si ex his nihil liqueat? nullum est ejus periculum *l.* 4. *C. Arbitr. tutel.* adeo non modo ob casus fortuitos non tenetur *l.* 4. *C. de peric. tutor.* sed ne ob levissimam quidem culpam *l.* 7. *C. Arbitr. tutel.* ab hac eum excusante muneris necessitate. Est tamen casus singularis, in quo tutor etiam de levissima culpa tenetur: is casus est in *l.* 53. §. 3. *D. de furtis.* Est etiam casus in quo tutor tantum ad dolum, & culpam latam adstringitur *l.* 2. *C. Arbitr. tutel.* item alius *l.* 7. §. 2. *D. h. t.* atque hunc esse singularem apparet ex his ejus verbis, *In hac parte.* sed nec ignotum est, generi per speciem derogari *l.* 80. *D. de reg. jur.* Pertinet igitur periculum ad tutorem: quatenus actione tutelæ tenetur & rationem & reliqua præstare. Et si plures sint tutores, omnes in solidum jure stricto tenentur *l.* 55. *D. h. t.* nec tamen desunt exceptiones quibus ex æquo & bono adjuvantur. una est ordinis *l.* 3. §. 2. *D. h. t.* altera divisionis *l.* 1. §. 11. *&* 12. *D. de tutel. & rat. distrab.* tertia cedendarum actionum *d. l.* 1. §. 13.

Tertia pars Rubricæ est, De agentibus vel conveniendis uno vel pluribus. ad quam consule, si placet, scripta a Viro Clarissimo, Giphanio, ad *l.* 2. *C. De divid. tutel. pag.* 463. *& seqq.*

TITULUS VIII.

De auctoritate & consensu tutorum & curatorum.

Hic Titulus in Pandectis & Codice est diversus a Titulo, de administratione tutorum, cum possit ejus pars videri. Sed Veteres auctoritatem separasse ab administratione negotiorum, indicio est sequens Ulpiani locus ex *Tit.* XI. §. 25. *Pupillorum pupillarumque tutores & negotia gerunt, & auctoritatem interponunt. Mulierum autem tutores auctoritatem dumtaxat interponunt.* Tenebantur tamen tutores de auctoritate æque ac de administratione. Auctoritas porro in Rubrica a consensu distinguitur. & est auctoritas tutoris: consensus curatoris. auctoritas solemnitatem habet: consensus nullam. *l.* 1. §. 13. *D. Ad Senatusconsult. Trebell. l.* 19. *D. h. t.* De cætero ait Paulus *l.* 3. *D. h. t.* tutorem fieri auctorem: cum dicit, se probare id quod agitur. Est igitur tutoris auctoritas, expressa approbatio ejus, quod pupillus gerit. Justinianus *l.* 4. *C. de auct. præst.* dicit *suasionem perfectissimam.* Verum alia est suasio, alia auctoritas, proprietatem sectantibus. Suetonius, *Tiberio c.* 27. *Alium dicentem, sacras ejus occupationes, & rursus alium, se auctore eo Senatum adiisse, verba mutare, & pro auctore suasorem, pro sacris laboriosas dicere coëgit.* Ipse Justinianus, *Proœm. Instit.* §. 3. *Mandavimus specialiter, ut ipsi nostra* auctoritate, *nostrisque* suasionibus *Institutiones componerent.* Sed proprietatem non ubique servant Veteres: *Auctorem* pro suasore, & *auctoritatem* pro suasione, sæpius ponentes. exempla dedit Freinshemius, *Indice ad Florum.* Pupillum hic præsertim dicimus eum qui fari potest; nam infans non ex auctoritate tutoris, verum per tutorem, gerere atque agere dicitur *l.* 1. §. 2. *D. de admin. tutor.*

l. 9.

l. 9. *D. de adq. hered.* Imo nec ille pupillus tutoris auctoritatem semper desiderat. est quidem ei necessaria, quoties suam conditionem facit deteriorem. at non est necessaria, ubi facit meliorem: ut si ab alio stipuletur *pr. Inst. l.* 9. *D. h. t.* aut ei donetur, seu remittatur, aliquid *l.* 2. *D. de acceptilat.* contra, si agat quo obligari possit, aut jus suum amittat, imminuat, alienetve, non valet; nec pupillum tenet, licet is qui cum pupillo contraxit, ei teneatur *d. pr. Inst. h. t.* & *d. l.* 9. *pr.* §. 1. & 2. *D. h. t. l.* 13. §. 19. *D. de act. empt.* Eadem ratione pupillus ne hereditatem quidem adire sine tutoris auctoritate potest *l.* 8. *D. de adq. hered.* etsi lucrosa sit: ne ullum damnum accipiat §. 1. *Inst.* & *d. l.* 9. §. 4. *D. h. t.* Potest igitur pupillus, infante major, æque ac pubertati proximus, (nam in utroque idem placuit §. 10. *Inst. de inutilib. stipul.*) ex auctoritate tutoris & naturaliter & civiliter obligari *l.* 5. *D. h. t.* at sine ea tantum naturaliter, non etiam civiliter. imo ne naturaliter quidem, quoties naturalis obligatio adversus eum dirigitur: etsi contra tertium sustinetur. nempe Jurisconsulti magis ad juris effectum, quam ad inanem subtilitatem respicientes, negant, esse obligationem, aut jus aliud, cujus effectus non sit, ac secundum hæc suadeam accipi *l.* 59. *D. de obligat.* & *act.* & *l.* 41. *D. de condict. indeb.* Postremo si contrahendo pupillus sit locupletior factus, ut ut alias jure civili non teneatur sine tutoris auctoritate: est tamen receptum ex Rescripto D. Pii, ut possit utili actione conveniri *d. l.* 5. §. 1. *D. h. t.*

Sed apparet, quando necessaria pupillo sit tutoris auctoritas, item quis sit adhibitæ aut neglectæ effectus. Quæris, an tutor a Prætore cogi possit, nolens eam interponere? Sed non putat Paulus *l.* 17. *D. h. t.* primum, quia iniquum est eum, etiamsi non expedit pupillo, auctoritatem interponere. deinde consequitur pupillus, id est, potest consequi, hanc jacturam, si quæ sit, tutelæ judicio. nisi tutor per valetudinem vel absentiam vel aliam justam causam non potuit auctor fieri; tum enim eo nomine non tenetur *l.* 10. *D. h. t.*

Sequens locus erit, quomodo auctoritatem a tutore interponi oporteat: nulla plane differentia; utrum non interveniat, an perperam adhibeatur *l.* 2. *D. h. t.* Fac: plures sunt tutores. sufficitne auctoritas unius; an omnium intervenire debet? ante Justinianum intererat inter tutores. nam in legitimis necessaria putabatur omnium auctoritas. in testamentariis unius sufficiebat. auctor Ulpianus a Cujacio emendatus *Notis ad Tit.* xi. §. 29. idem erat in dativis ex inquisitione: quos ut non attingat Ulpianus, refert Justinianus *l. ult. C. de auct. præst.* simul mutans jus vetus. sancit enim, si plures tutores fuerint ordinati, sive in testamento paterno, sive ex lege vocati, sive a Judice vel ex inquisitione, vel simpliciter dati, unius auctoritatem pro omnibus tutoribus sufficere: nondum divisa administratione vel pro regionibus, vel pro substantiæ partibus. & præfatur: quod ibi necesse est, singulos pro suis partibus vel regionibus pupillo auctoritatem præstare. utique, si res quæ agitur, non faciat tutelæ solutionem: alioquin, sive testamentarii, sive per inquisitionem dati, sive legitimi, sive simpliciter creati, sint; jubet, omnes suam auctoritatem interponere. Eademque omnia etiam in curatoribus observari.

Sed apparet, ubi plures sunt tutores, etiam unius auctoritatem sufficere. Utrum tamen hujus qui tutelam gerit: an ejus quoque qui non gerit? hanc quæstionem finit Africanus *l.* 49. *D. de adquirenda hereditate*, his verbis: *Pupillum etiam eo tutore auctore qui* tutelam non gerat, *hereditatem adeundo obligari*, *ait.* Sed Pomponius *l.* 4. *D. h. t.* contra scribit, & quod mireris, verbis plane iisdem: *Etsi pluribus datis tutoribus*, *unius auctoritas sufficiat*, *tamen si tutor auctoretur*, *cui* administratio tutelæ concessa non est, *id ratum haberi a Prætore non debet. Et ideo puto verius esse quod Ofilio placebat*, *si eo tutore auctore*, *qui* tutelam non gerat, *emam a pupillo*, *sciens alium ejus tutelam gerere*, *dominum me non posse fieri. Item si eo auctore emam*, *qui a* tutela fuerit remotus; *nec enim id ratum haberi.* Ut discutiantur tenebræ, dividamus tutorem qui non gerat tutelam. primum sit aliquis qui potest gerere, sed honoris gratia non cogitur gerere, eoque honorarius appellatur tutor *l.* 3. §. 2. *D. de admin. tutor.* de tali accipiendus est Africanus *d. l.* 49. Sit alius qui non gerit tutelam, quia prohibitus est eam gerere. hoc evenit ei qui postulatus tamquam suspectus, ante quam finiatur cognitio, id est, ante quam a tutela removeatur, interim vetatur eam administrare §. 7. *Inst. de suspect. tutor.* de hoc tutore suadeam exaudiri Pomponium *d. l.* 4. & de tali ab eo dici, cui *administratio tutelæ concessa non est*, pro, cui interdicta est tutelæ administratio. est enim λιτότης figura per quam minus dicitur, plus significatur: ut in illo Virgilii *lib.* x. *Æneid. vers.* 907.

Juguloque haud inscius accipit ensem.

Ubi sic notat Servius. *Liptotes figura est. non enim dixit non ignarus*, *sed expectans omnibus votis:* ut Munera nec sperno: *id est*, *libenter accipio. In hac autem figura plus cogitatur*, *quam dicitur.* Sic censeo: & res claret ex *l.* 14. §. 1. & 2. *D. de solutionibus.* Est vero hoc eo magis notandum: quia mihi videor exemplum ejus figuræ etiam deprehendisse in his verbis Ulpiani *l.* 15. §. 2. *D. de testam. militis*, *Testamentum ante militiam factum a milite*, *si in militia decesserit*, *jure militari valere*, si militis voluntas contraria non sit, *Divus Pius rescripsit.* Sensus Ulpiani est: Si manifesta est nova militis voluntas. nam hoc rescripsit D. Pius *l.* 9. §. 1. *D. eod. tit.* ut ibi conjicio ex his verbis. *Nam hoc quoque jure militari incipiet valere*, Si hoc maluit *miles.* & alioquin apparet ex *l.* 25. *D. eod. tit.*

Quod attinet ad res de quibus interponatur auctoritas: nulla differentia est: usque adeo, ut velit Justinianus *l.* 4. *C. de auctor. præst.* tutores & curatores pupillis ac minoribus adesse cum in civilibus, tum in criminalibus causis. tantum cavendum tutori; ne pupillo auctor fiat in rem propriam. nam hoc regula juris prohiberi, Ulpianus monet *l.* 1. & *l.* 7. *D. h. t.* ac ponit exemplum: cum tutor, aut ejus servus, aut filius, a pupillo stipulatur. Ex eadem causa ait Ulpianus *l.* 5. *D. h. t.* Item ipse tutor & emptoris & venditoris officio fungi non potest. Cæterum ut non possit tutor directo auctor fieri in rem suam: ait tamen Ulpianus, per consequentiam eum auctorem fieri, regulam juris non prohibere. Et est ei exemplum in *d. l.* 1. si tutor proprii sui debitoris hereditatem adeunti pupillo auctoritatem accommodet, quamvis per hoc fiat ejus debitor. prima enim, inquit, ratio auctoritatis ea est, ut heres fiat: per consequentiam, ut debitum subeat. Plane, si plures sint tutores quorum unius auctoritas sufficit; (de quibus in antecessum dixi) ait Ulpianus, altero auctore posse eum obligari; sive mutuam pecuniam ei det, sive ab eo stipuletur: idemque esse in emptione *l.* 5. *pr.* & §. 2. *D. h. t.*

Ad

Ad formam interponendæ auctoritatis pertinet: ut tutor eam interponat pure, non sub conditione; etsi conditionalis sit contractus *l.* 8. *D. h. t.* præterea vult Gajus *l.* 9. §. 5. *D. eod. tit.* eum observare, ut statim in ipso negotio præsens auctor fiat: & addit: post tempus aut per epistolam interpositam ejus auctoritatem nihil agere. primum igitur oportet tutorem esse præsentem: talem autem Julianus *l.* 14. *D. h. t.* non minus animo, quam corpore, æstimat. non enim multum interest, utrum abfuerit tutor, cum negotium contraheretur; an præsens ignoraverit, quale esset. Non magis valet quod agitur: si invitus retentus sit per vim, aut si somno aut morbo comitiali occupatus, tacuerit *l.* 1. §. 1. *D. h. t.* Cœcus tamen tutor, si pupillo præsens sit, auctor fieri potest *l.* 16. *D. h. t.* Illud ad formam interponendæ auctoritatis non pertinet; ut tutoris auctoritatem exaudiat qui cum pupillo contraxit, forte emptione aut simili contractu qui etiam inter absentes perficitur per epistolam. sufficit enim, tutorem pupillo præsentem fuisse, & hunc tutoris auctoritate consensisse *l.* 9. §. *ult. D. h. t.* Quid, si stipulatio contrahatur? ait Paulus, etiamsi non interrogatus tutor auctor fiat, ejus auctoritatem valere; cum dicit, se probare id quod agitur: hoc enim esse, auctorem fieri *l.* 3. *D. d. t.* Similiter quæsitum fuit, an tutorem, ut videatur auctor fieri, adsignare, hoc est, subscribere, oporteat: cum in scriptis facta est inter pupillos paternæ hereditatis divisio? ea quæstio proponitur *l.* 20. *D. h. t.* & respondet Scævola, si tutor auctor fuisset, non minus standum esse divisioni, quod non adsignasset, id est, quod non adscripsisset, vel non subscripsisset: ut optime hic interpretatur, & suis locis probat Theodorus Marcilius *ad Persii sat.* 5. *vers.* 81. *Adsigna Marce tabellas. in Notis p.* 142. Sed redeo ad Gajum. is, præter superiora, adhuc requirit, ut auctoritas interponatur statim in ipso negotio. Quid autem sit statim, declarat Donatus ad Terentium, *Phormion. act.* 5. *sc.* 3. *v.* 7. sic enim scribit. *Statim, perpetuo, æqualiter, & quasi uno statu.* Nonius: *Statim*, inquit, *producta prima syllaba, a stando perseveranter & æqualiter significat.* Quo sensu etiam Cicero, *Orat. De Aruspic. responsis, Haud potest gravioribus a me verbis vulnerari: quam est statim in facto ipso ab illo confectus & trucidatus.* Sed hoc olim & pulchre observavit Franciscus Robortellus *lib.* 2. *Annotat. c.* 18. Nec obstat: quod Ulpianus *l.* 25. §. 4. *D. de adq. hered.* ait, Tutoris auctoritatem interponi *perfecto negotio.* Nam, si rem spectes, non potest a tutore approbari negotium, nisi perfectum. ita sufficit, probari statim in ipso negotio, vel in facto ipso, æqualiter, & perseveranter. Ulpianus in fine *l.* 1. *D. de solutionibus* sic exprimit, *In re præsenti, hoc est, statim atque solutum est.*

Titulus. IX.

Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possint.

Hic Titulus est quodammodo sequela Tituli, De administratione tutorum & curatorum. docet enim, quando minores (quo nomine pupillum etiam contineri, indicat tutorum & curatorum conjunctio: ut *in l.* 3. *& l.* 4. *C. h. t.*) ex facto, id est, ex administratione, tutorum vel curatorum, finita tutela vel cura, agere vel conveniri possint. Ita non quærit, quemadmodum minor ex contractu quem ipse celebrarit auctoritate aut consensu tutoris curatorisve, agere vel conveniri possit finita tutela vel cura. nam cum ipse hoc modo creditori sit obligatus jure civili, & vice versa debitorem sibi obligatum teneat: non est dubium, quin ipse possit directa actione agere & conveniri. Sed alio exit Titulus. quærit quippe; an pupillus minorve finita tutela aut cura agere aut conveniri possit ex facto gestoque a tutore aut curatore ipso. Movet, quod a Paulo traditum *l.* 11. *D. de oblig. & act.* quæcumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumunt, inanem actum nostrum efficere; & ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine agat, nos posse. Porro Ulpianus *l.* 11. §. 6. *D. de pign. act.* per liberam, inquit, personam pignoris obligationem nobis non semper adquiri. & hoc adeo procedere; ut ne per tutorem quidem aut procuratorem plerumque adquiratur: & ideo ipse actione pigneratitia conveniatur. Una exceptio in mutuo. nam quamvis per regulas juris non recte contrahamus alteri, tamen pecunia mutuo data alterius nomine vel nostra vel ejus, ei condictionem adquirimus *l.* 9. §. 8. *D. de reb. cred. l.* 126. § 2. *D. de verb. oblig.* etiam actionem hypothecariam, quasi genere quodam accessionis ex nova Justiniani Constitutione in *l.* 2. *C. Per quas person.* Apparet igitur, pupillo aut minori per tutorem curatoremve secundum juris regulam non adquiri actionem. Nihilominus certis ex caussis actionem illis quæri, Onesimæ cuidam rescribunt Diocletianus & Maximianus *l. ult. C. h. t.* Certis, inquam, ex caussis: id est, ut Accursius exponit, cum in rem pupilli contrahit tutor, non in suam. At ne sic quidem ei directa quæritur actio: ne fiat contra regulas juris: sed utilis. Sic: si tutor vel curator mutua data ejus pecunia cujus negotia administrat, ipse stipulatus fuerit, vel in nomen suum emerit prædia; placet Ulpiano *l.* 2. *D. h. t.* ei cujus pecunia fuit, utilem dari actionem ad rem vindicandam vel mutuam pecuniam exigendam. idemque confirmat Alexander *l.* 2. *C. d. t.* Similiter scribit Ulpianus *l.* 5. §. 9. *D. de pecun. constit.* se putare, Si tutori pupilli vel curatori furiosi vel adolescentis ita constituatur, solvi pupillo vel furioso vel adolescenti: utilitatis gratia dandam pupillo, vel furioso vel adolescenti utilem actionem. Eodem modo rescriptum *l.* 4. *C. h. t.* minorem ex locatione prædiorum suorum, quam tutor aut curator fecit, posse agere, sed, ut dixi, actione utili ex eorum contractu.

E diverso transferuntur quoque in pupillum finita tutela actiones: si tutor bona fide contraxerit. exempli gratia, si in rem minoris profecta sit pecunia, ejus nomine tutori vel curatori mutua data; ait Alexander, merito dandam in minorem esse personalem actionem *l.* 3. *C. h. t.* Similiter scribit Ulpianus *l.* 4. §. 1. *D. de evict.* Si impuberis nomine tutor vendiderit, evictione secuta, Papinianus lib. 3. Responsorum ait, dari in eum cujus tutela gesta sit, utilem actionem. & adjicit, in id demum, quod rationibus ejus acceptolatum est. Sed ea sententia Ulpiano displicet: existimanti, magis teneri in totum, si tutor solvendo non sit: hac addita ratio-

tione, *neque enim male contrahitur cum tutoribus.*

Potest igitur pupillus aut minor ex facto tutoris agere aut conveniri. Sit ita: si tutor egit bona fide. sed finge, egisse dolo malo. Papinianus *l.* 3. *D. h. t.* sic scribit: *Dolus tutorum puero neque nocere, neque prodesse debet.* primum negat pupillo prodesse tutoris dolum: & convenienter sequenti regulæ, *Alterius circumventio alteri non præbet actionem.* Attulit hanc Ulpianus *l.* 49. *D. de reg. jur.* eamque huic articulo adcommodavit: nam de dolo tutoris in administratione admisso, cogitasse indicio est Inscriptio, præferens Ulpiani lib. 35. ad Edictum: cum ex eo libro sint etiam *l.* 1. 3. 5. 7. *D. de admin. tut.* Unum addendum, quod cum ait, alterius circumventionem alteri non præbere actionem, ad effectum respexisse intelligi debet: quando in *l.* 15. *D. de dolo malo* ipse sic scribit: *Ex dolo tutoris si factus est locupletior, puto in eum dandam actionem: sicut exceptio datur.* Fac, ut exemplo res liqueat: promissor, pupillo stipulante, deceptus est tutoris dolo. pupillus est factus locupletior; putat Ulpianus, dandam in eum de dolo actionem, ut restituat, quod ad eum pervenit. quid si ex stipulatu agat? jam putat, dandam quidem pupillo esse actionem: sed ne ei sic prosit tutoris dolus, per exceptionem repelli. quo casu perinde erit, ac si non esset data *l.* 112. *D. de reg. jur.* Contra possit quis putare, esse tutoris officium, providere & favere rebus pupilli: quippe domini loco haberi *l.* 27. *D. de admin. tut.* Sed non est juris nostri, improbitati indulgere in alicujus injuriam: ac cum pupillum commendavit tutoris providentiæ; non voluit, ei consuli malo exemplo; imo non aliam cogitavit administrationem, quam bona fide & more licito exercendam. Sic Callistratus *l.* 33. *d. t.* & optime Ulpianus *l.* 4. §. 23. *D. de except. doli mali.*

At quemadmodum non prodest pupillo tutoris dolus: ita non nocet. Hoc Papiniano placet *d. l.* 3. quando? si extrinsecus quid tutor dolo admiserit. sic Ulpianus *l.* 4. *h. t.* & putat, extrinsecus fieri, quod admittitur extra rationes pupilli. Papinianus *d. l.* 3. dicit, id tunc verum esse, cum ex illius fraude locupletior factus non est. Pone ex *l. pen. D. de tab. exhibend.* testamenti tabulas apud pupillum esse, & dolo tutoris esse desiisse. ait Paulus, in ipsum tutorem competere actionem: arbitratus, tutoris delictum videri, & æquum esse, ipsum ex delicto suo teneri, non pupillum; cum videlicet non est eo locupletior factus. Eadem ratione putat Ulpianus, si vel tutor vel curator jus dicenti non obtemperaverit, ipsum puniri, non pupillum *l. unic.* §. 2. *D. Si quis jus dicent. non obtemp.* Similiter Alexander *l.* 6. *C. de admin. tut.* *Non est ignotum*, inquit, *tutores vel curatores* [*adolescentum*,] *si nomine pupillorum vel adultorum scientes calumniosas instituant actiones, eo nomine condemnari oportere: ne sub prætextu nominis eorum propter suas simultates secure lites suas exercere posse existiment.* Quid multa? Javolenus *l.* 198. *D. de reg. juris.* hoc generale esse existimat: ideoque in cæteris quoque causis tutoris dolum pupillo nocere non oportere. & probo, quod addit, ita jus esse, sive solvendo est tutor, sive non est. Atqui potest pupillus ex tutoris dolo conventus, ubi solvendo ille est, quod solverit, recipere. Intelligo: sed ejus interest, potius non solvere, quam solvere, & solutum repetere: propter rationes alibi adductas *l.* 6. *D. de minorib.* & *l.* 51. *D. de pecul.* Hæc Papinianus *d. l.* 3. *h. t.* si pupillus non est locupletior tutoris dolo factus. Sed quid si id sit? jam putat, pupillo nocere dolum; eoque nomine eum recte conveniri; quatenus locupletior factus est. ac ne deessent exempla, adfert tria: primum dicit, pupillum teneri actione tributoria; si per iniquam, id est, dolo malo factam, distributionem favit, hoc est, profuit, rationibus pupilli. alterum exemplum ponit in actione depositi, si res deposita tutoris dolo perierit, consumpta verbi gratia; eoque modo locupletatus sit pupillus. tertium exemplum est in petitione hereditatis, si pupillus ex hereditate quam possidet, desierit possidere tutoris dolo; ita ut ejus rationibus inde illatum probetur aliquid. Cæterum quod Papiniano, idem visum fuit Ulpiano: non uno in loco, neque una ratione. prima est, quod non divinat is qui cum tutore contrahit *l.* 4. §. 23. *D. de except. dol. mal.* altera est, quod foret pupillo inutile, si tutorum administratio non servetur: nemine scilicet emente *l.* 12. §. 1. *D. de admin. tutor.* Nihil præter rem fecerim; addens, Papinianum, ubi in pupillum dat actionem, quatenus locupletior sit dolo tutoris factus, non distinguere, utrum solvendo sit tutor, an non sit: igitur voluisse a tali distinctione abstineri. atque in ea sententia etiam suffragatorem habuisse Ulpianum, liquet dictis locis.

Alio tamen ivisse aliquos, indicat Ulpianus *d. l.* 4. §. 23. fuitque ex his Pomponius, Aristonem sequutus. ait certe *l.* 1. *h. t.* illi visum aliquando fuisse, pupillum possessorem, si ob tutoris dolum vel culpam (puto, latam: quam suadet adjecta mentio jurisjurandi in litem) res petita restitui nequeat, esse condemnandum: sed ut ipse temperat, saltem in veram litis æstimationem; non quanti actor in litem juraret: & tamen ita esse perhibet, si rem a tutore servare possit pupillus. Voluit igitur, pupillum teneri ex dolo tutoris, sive eo locupletior factus sit, sive non sit: modo solvendo sit tutor; ab eoque solutum possit recipi: hoc plus censet, si non sit solvendo tutor; adhuc pupillum conveniri ex dolo tutoris, sed conventum posse defungi cessione actionum quas habet contra tutorem. Sic Pomponius *l. ult. D. de admin. tutor.* ac vereor; ne non obtinuerit ejus sententia: refutata a Papiniano *l.* 3. *h. t.* nec minus Ulpiano *d. l.* 4. §. 23. *D. de except. dol. mal.* ab utroque modeste, & tecto Pomponii nomine. imo Ulpianus *l.* 3. §. 1. *D. de tribut. act.* eo expresso, pari verecundia eam interpretatione lenit; cum posset improbare. intererit, hoc demonstrasse. Species: Servus pupilli vel furiosi, sciente tutore vel curatore negotiatus est in merce peculiari. is servus est pupilli, domini sui, debitor. quædam præterea debet creditoribus mercium. his petentibus quod sibi debetur, tutor pupilli, id est, domini nomine, facturus, uti moris est, inter creditores distributionem mercis peculiaris, in ea versatus est dolo malo. quæritur, utrum adversus tutorem, an adversus pupillum, competat tributoria actio, iniquitatem distributionis emendatura. ait Ulpianus, dolum quidem tutoris vel curatoris non debere pupillo vel furioso nocere: ac nec lucrosum esse oportere. & ideo infert, hactenus eum ex dolo tutoris tributoria teneri, si quid ad eum pervenerit. injiciebat moram, quod Pomponius lib. 8. Epistolarum scripsit, si solvendo tutor sit, pupillum ex ejus dolo teneri. Sed non idcirco transit in diversam partem Ulpianus, deserta sua. simulat tamen, a Pomponio dictum in suam sententiam quodammodo trahi posse: modo ita accipiatur, quasi voluerit, pupil-

pillum, cum non est solvendo tutor, saltem hactenus ex dolo tutoris teneri, ut actionem quam contra tutorem habet, præstet. Si verum quærimus; illa non fuit Pomponii sententia: nam (ut apparet ex *d. l. ult. D. de admin. tutor.*) clare docuit pupillum, si solvendo sit tutor, posse in litis æstimationem conveniri: & si non sit solvendo, tum demum defungi cessione actionis quam habet contra tutorem. Ulpianus tamen specie excusantis loquendi obscuritatem, Pomponium perinde interpretatur, ac si intenderet id quod dictum. idemque observavit in *l.* 21. §. 1. *D. de peculio*, quæ aliter explicari nequit. Sic mihi persuadeo, & similem notavi refutandi verecundiam Veterum supra sub Titulo *De receptis* in *l.* 19. §. 2. *ibidem*, & *lib. sing. De pact. & transact. c.* 24. in *l.* 17. §. 3. *D. de pact.* ac nescio, an vel inde lumen petere debeat quod ab eodem Ulpiano traditum in *l.* 1. §. 6. *D. Ne vis fiat ei.*

Titulus X.

De suspectis tutoribus & curatoribus.

Expositis modis quibus tutela constituatur, tempestivum est, subjicere, quibus finiatur. Hi sunt duplices: vel enim ipso jure finitur tutela, vel facto Magistratus esse definunt tutores. primum ipso jure finitur tutela: & est exemplum in pubertate & viripotentia. meminit Justinianus *pr. Inst. Quib. mod. tutel. finit.* & addit, pubertatem in masculis post annum decimum quartum completum illico incipere, & viripotentiam in fœminis post duodecim annos completos: ita ex sua Constitutione obtinuisse; cum ante variarent Veteres. Sed de hoc supra sub Titulo, *De ritu nuptiarum.* Præterea refert Justinianus, tutelam finiri morte pupilli vel tutoris. item tutoris capitis deminutione per quam libertas vel civitas amittitur, omnem tutelam perire: minima autem capitis deminutione tutoris, veluti si se in adoptionem dederit, legitimam tantum perire, cæteras non perire. sed pupilli & pupillæ capitis deminutione, licet minima sit, omnes tutelas tolli. Postremo ait, eos qui ad certum tempus testamento dantur tutores, eo finito, tutelas deponere *d. t. Quib. mod. tutel. fin.*

At tutela non tantum ipso jure finitur: verum etiam definunt esse tutores, qui vel removentur a tutela ob id quod suspecti visi sunt: vel qui ex justa causa se excusant, & onus administrandæ tutelæ deponunt. §. *ult. Inst. d. t.* ad illos spectat præsens Titulus: ad hos sequens.

Suspectum tutorem definit Ulpianus eum qui moribus talis est, ut suspectus sit. enimvero tutor, quamvis pauper est, fidelis tamen & diligens, removendus non est quasi suspectus *l.* 8. *D. h. t.* Recte: siquidem (ut Ulpianus infit *l.* 31. §. 1. *D. de reb. auct. judic. possid.*) tutorem non facultates, sed fraudulenta in rebus pupillaribus, sed callida conversatio suspectum commendat. proinde in *l.* 5. *d. t.* suspectus, inquit, fieri is quoque qui satisdederit, vel nunc offerat, potest. duplice ratione: una est ipsius; quod expedit pupillo (*magis:* hoc subaudiendum verbum, ut alibi sæpe) rem suam salvam fore, quam tabulas rem salvam fore cautionis habere. altera ratio est Callistrati, quod satisdatio propositum tutoris malevolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem præstat *l.* 6. *d. t.* Suspectus igitur est qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo sit: ut Julianus quoque scripsit. sed & ante, quam incipiat tutelam gerere tutor, posse eum quasi suspectum removeri, idem Julianus scripsit §. 5. *Inst. d. t.* Et exemplum *l.* 2. & 3. *C.* & *l.* 4. §. 4. *D. d. t.* Simile, si nolit satisdare dolo malo: nam si inopia hoc faciat, removetur quidem, sed sine infamia *l.* 1. *C. de tut. vel cur. qui sat. non dat.*

De suspectis igitur tutoribus & curatoribus disputaturi, ex præcepto Ulpiani *l.* 1. §. 1. *h. t.* primum tractemus, unde descendat suspecti crimen, & apud quos postulari quis possit suspectus tutor vel curator: tum quis & a quo, & ex quibus causis removeatur: deque pœna suspecti. Primum sciendum esse, inquit Ulpianus, *suspecti crimen* (id est, suspecti criminationem sive accusationem, ut bene interpretatur Theophilus, & suis exemplis confirmat Brissonius *De verb. signif.* in verbo, *crimen*) *e Lege Duodecim Tabularum descendere.* Ejusque Legis etiam meminit Cicero *De offic. lib.* 3.

Proxima Ulpiani cura est, apud quos postulari possit suspectus tutor aut curator. sic vero opinatur *d. l.* 1. §. 3. *Damus autem jus removendi suspectos tutores Romæ Prætoribus: in provinciis Præsidibus earum.* Est hæc locutio privati Jurisconsulti, præ se ferens formam Legis: more ei non insolito. nam & in *l.* 19. *D. de reb. auct. judic. possid.* similiter, *Dabimusque*, inquit, *ex his causis ipsi mulieri privilegium.* Non est Jurisconsulti, dare privilegium, sed Principis. datum privilegium docendo explicare, hoc vero Jurisconsulti est. Res certa; & commode Græci *Basilic. lib.* 9. *tit.* 7. *p.* 540. *tom.* 1. sic transferunt: *Habet igitur & ipsa privilegium.* Similiter non est Jurisconsulti: dare jurisdictionem aut imperium: sed datum interpretari. Sunt hæ locutiones diligenter notandæ: ne si quandoque occurrant, Triboniano temere imputentur: ut factum ab Antonio Fabro V. Cl. *lib.* 16. *Conject. c.* 12. *ad fin.* qui non observata hac loquendi forma apud Veteres, interpolatum a Triboniano esse putat Ulpianum *l.* 34. §. 8. *D. de jurejurando:* ut sub illo Titulo observavi. Oportet igitur (hoc enim agendum) & in *d. l.* 1. §. 3. Ulpianum perinde accipi, ac si diceret, cognitionem de suspectis tutoribus, ejus opinione, competere majoribus Magistratibus, qualis Romæ Prætor & in provinciis Præses: municipalibus vero Magistratibus non competere: atque evidente ratione: quod cognitio suspecti tutoris non exercetur alibi, quam pro tribunali: eamque, ut est magis imperii, quam jurisdictionis, habent quidem Prætor, & similes majores Magistratus; sed municipales Magistratus non habent. Hoc sensu Paulus *l.* 105. *D. de reg. jur.* quæ est ex lib. 1. Ad Edictum, *Ubicumque causæ cognitio est, ibi Prætor desideratur.* id est, ibi non sufficit Magistratus municipalis: ut ex Inscriptione docui *lib.* 1. *De jurisd. & imper. c.* 3. Illud quæstionis est: utrum Prætor aut Proconsul quorum est suspecti tutoris cognitio, eam debeat per se tantum exercere; an etiam aliis mandare possit? Hoc magis puto: nimirum, quia ea cognitio illis jure proprio, sive jure Magistratus sui competit: ac quæ ejus generis sunt, mandari possunt *l.* 1. *D. de offic. ejus cui.* maxime vero id procedit, specialiter mandata suspecti cognitione. imo Macer *l.* 4. *D. eod. tit.* ait, propter uti-

utilitatem pupillorum fieri, ut ex mandata generali jurisdictione, vel ipsa mandata intelligatur; itaque constitutum esse. quod & Ulpianus confirmat *l.* 1. §. 4. *D. h. t.* At enim Marcianus *l.* 1. §. 11. *D. Ad Senatusc. Turpil.* scribit in hæc verba: *Suspecti tutoris accusatio pro tribunali tantum examinari potest: & nullus alius de hujusmodi quæstione, quam Præses pronunciare potest.* Sed, ut demonstravi *lib.* 2. *De jurisd. & imper. c.* 9. Marcianus Præsidem quidem opponit Magistratibus municipalibus quibus non erat jus cognoscendi de his quæ pro tribunali decernebantur: sed mandatariis jurisdictionis qui ex mandato Præsidis ejus vice & partibus fungentes, jus pro tribunali cognoscendi habebant, Præsidem non opponit.

Ostendimus, qui possunt de suspecto cognoscere. nunc videamus, qui suspecti fieri possunt. Ulpianus *l.* 1. §. 5. *h. t.* ait, *Omnes tutores posse.* igitur omnes sine discrimine, *sive testamentarii sint, sive non sint, sed alterius generis tutores:* verbi gratia, a Magistratu dati. an & legitimi? ex superioribus sic infert Ulpianus: *Quare & si legitimus sit tutor, accusari poterit. quid si patronus? adhuc idem erit dicendum.* Sic Ulpianus: etsi non sine temperamento, & in utroque, cum legitimo, tum patrono quoque: nam ita exaudio hoc sequens ex Ulpiano, *Modo ut meminerimus, patrono parcendum:* patiente loquendi forma, observata alibi *lib. sing. Ad Edict. De pactis & transact.* tum usu juris, ut mox apparebit ex Modestino *l.* 9. *D. h. t.* Interim non prætermittam, ex *d. l.* 1. §. 5. quæ est Ulpiani §. 2. *Inst. h. t.* ita non ex vero repræsentari a Justiniano. *Quare & si legitimus sit tutor, accusari poterit. quid si patronus? adhuc idem erit dicendum, dummodo meminerimus, famæ patroni parcendum esse, licet ut suspectus remotus fuerit.* Postrema verba, *Licet ut suspectus remotus fuerit*, jure suspecta fuere Amico meo, Henrico Brenkmano, Erudito & Ingenioso Viro, *Diatrib. De Eurematic. c.* 6. desunt enim in *d. l.* 1. §. 5. præterea suadent quidem Veteres, pupilli agnato, affini, aut patrono, si ob dolum removendi sint, parci reverentia necessitudinis aut patronatus, ideoque eis adjungi potius curatorem, quam eos notata fide removeri. verum remotos, ut suspectos, id est, ob dolum, ubi excusant ab infamia? nusquam. quid, si melius & circumspectius Modestinus *l.* 9. *D. h. t. Si tutor*, inquit, *aliquo vinculo necessitudinis vel adfinitatis pupillo conjunctus sit, vel si patronus pupilli liberti tutelam gerit, & quis eorum a tutela removendus videatur, optimum factum est, curatorem ei potius adjungi, quam eumdem cum notata fide & existimatione removeri.* Rem dedi veram & claram: nisi si quis, excusandæ receptæ lectionis gratia, malit, *remotus* a Justiniano in *d.* §. 2. per Enallagen temporis dici pro *removendus;* aut alioquin id verbum accipere sine effectu; ut hujusmodi locutiones in *pr. Inst. de emptione venditione* & alibi notavi supra sub Titulo, *De contrab. empt.* Sed mihi in proposito magis placet conjectura Domini Brenkmani: præterea observantis id quod res est, ex Modestini verbis, *Optimum factum est*, itemque ex ejus Inscriptione, lib. singularem *De Eurematicis* præferente, non spectare ad rigorem juris: sed esse consilii & suasionis adversus juris rigorem, ut hujusmodi consilia & suasiones Euremata a Modestino appellari, olim animadvertit Dominus Cujacius *lib.* 12. *Observ. cap.* 32.

Consequens est, ut videamus, qui possunt suspectos postulare. Et ait Ulpianus *l.* 1. §. 6. *h. t.* quasi publicam esse hanc accusationem: puto, quia descendit ex Lege Duodecim Tabularum *d. l.* 1. §. 2. cum publica judicia veniant ex Lege aliqua publicorum judiciorum *l.* 1. *D. de public. judic.* ita non est vere publica, tamen est quasi publica; scilicet, quia omnibus patet exemplo publicorum judiciorum: in quibus executio, hoc est, ut alibi explicui, accusatio, cuivis ex populo plerumque datur §. 1. *Inst. De public. judic.* Admittuntur igitur ad suspecti tutoris accusationem omnes qui volent agere: ut in popularibus actionibus. & tamen interest, quod popularis actio tantum integræ personæ permittitur: id est, cui per Edictum postulare licet *l.* 4. *D. de popul. act.* sed hoc plus est in præsente accusatione: quod etiam potest tutor suspectus remotus contutores suos suspectos facere: ut Ulpianus *l.* 3. *D. h. t.* observat. Liberti quoque pupillorum, inquit, §. 1. *d. l.* 3. grate facient, si tutores vel curatores eorum male gerentes rem patronorum, vel liberorum patronorum, suspectos fecerint. Sed si patronum suum, ut suspectum in tutela facere velint; melius est, libertos ab accusatione repelli, ne in ipsa cognitione gravius aliquid emergat: cum hoc aliis omnibus pateat. Cum ait, *Melius est;* apparet, ipsum quoque id ex Eurematicis esse: ut optime observavit modo laudatus Dominus Brenkman.

Admittuntur igitur ad suspecti tutoris accusationem sine distinctione omnes mares. An & fœminæ? admittuntur: sed hæ solæ quæ pietate necessitudinis ductæ, ad hoc procedunt: ut puta, mater, nutrix quoque & avia. potest & soror, & si qua alia mulier fuerit cujus Prætor perpensam pietatem intellexerit, non sexus verecundiam egredientis, sed pietate productam, non continere injuriam pupillorum, admittet eam ad accusationem *l.* 1. §. 7. *h. t.* De impuberibus quæritur? & Ulpianus *l.* 7. *h. t.* Impuberibus quidem, inquit, non permittitur suspectos facere: adolescentibus plane permittitur volentibus suspectos facere curatores suos, dummodo ex consilio necessariorum id faciant. Præterea videndum, an & sine accusatione possit suspectus repelli? & magis esse putat Ulpianus, ut repelli debeat, si Prætori liqueat ex apertissimis rerum argumentis, suspectum eum esse: idque favore pupillorum recipiendum esse *l.* 3. §. 4. *D. h. t.*

Nunc age tractemus, ex quibus caussis suspecti removeantur. Ait autem Ulpianus *d. l.* 3. §. 5. ob dolum in tutela admissum suspectum licere postulare: si forte grassatus in tutela est, aut sordide egit, vel perniciose pupillo, vel aliquid intercepit ex rebus pupillaribus jam tutor. Similiter ait Ulpianus *d. l.* 3. §. 12. Si tutor inimicus pupillo parentibusve ejus sit, & generaliter, si qua justa caussa Prætorem moverit, cur non debeat in ea tutela versari, rejici eum a Prætore oportere.

Hæc ita Ulpianus, si quidem admissum aliquid dolo malo a tutore sit in tutela, sive cum jam est tutor. nam si ante admisit, quam tutor esset, quamvis in bonis pupilli, vel in tutela; contra placet Ulpiano *d. l.* 3. §. 5. non posse suspectum tutorem postulari: quia delictum tutelam præcessit. proinde si pupilli substantiam expilavit, sed antequam tutor esset: putat, accusari debere expilatæ hereditatis: si minus furti. E diverso quoque quæri potest, si tutor fuerit pupilli, idemque sit curator confirmatus adolescenti, an possit ex delictis tutelæ suspectus postulari? Et cum possit tutelæ a concuratoribus conveniri; consequens erit dicere, cessare suspecti accusationem. ita Ulpianus §. 6. *d. l.* optima ratione, quia ut tutelæ agi possit finita tutela, instituitur suspecti postulatio. in præsentia au-

autem deposito officio & alio sumpto, finita tutela est, & potest tutelæ agi: non igitur est opus accusatione & remotione suspecti tutoris. Idem esse quærendum ait §. 7. si proponas aliquem desiisse esse tutorem, & rursum cœpisse, (utputa usque ad tempus vel ad conditionem erat datus, deinde iterum, vel superveniente conditione testamentaria, vel etiam a Prætore datus est) an suspectus postulari possit? Et ait, quia duæ tutelæ sunt, si est, qui cum tutelæ judicio conveniat, æquissimum erit dicere, cessare crimen suspecti. Quid, si ipse tutor est solus, numquid quia tutelæ cessat, removendus sit ab hac administratione, quasi in hac suspectus ex eo, quod in alia male versatus sit? Hæc quæstio sic proponitur in §. 8. nec sequitur responsio. ex more tamen disputandi Veterum interrogationi inclusa affirmatio videri debet: atque inde explicandum quoque quod ibidem sequitur: Ergo & in eo qui curator solus post finitam tutelam confirmatus est, idem dici potest. Sunt & alia hujus generis complura §. 9. 10. & 11. sed ex superioribus intellectu non difficilia. Illud non prætermittam; nam ab eodem fonte profluit, quod in §. 8. *Inst. h. t.* ait Justinianus: Si suspecti cognitio suscepta fuerit, posteaquam tutor vel curator decesserit, extinguitur suspecti cognitio.

Reliquum est, ut de effectu postulati tutoris suspecti, deque remoti pœna, deliberemus. effectum institutæ postulationis proponit Imp. Justinianus §. 7. *Inst. h. t.* his verbis: *Si quis suspectus postulatur, quoad cognitio finiatur, interdicitur ei administratio, ut Papiniano visum est.* Idemque confirmat Ulpianus *l.* 14. §. 1. *D. de solutionib.* Gordianus *l.* 7. *C. h. t.* addit, alium, puta curatorem, interea in locum ejus in administratione rerum ordinandum esse. Est vero hoc jus singulare, introductum in favorem pupillorum: ideoque non trahendum ad consequentiam; judicio ab executione non facile inchoando *l.* 1. *C. de execut. rei judic.* sane in aliis reis criminis postulatis, simile quid nusquam proditum: etsi placeat, eos novos honores appetere non debere, antequam purgaverint innocentiam suam *l. unic. C. de reis postulat. lib.* 10. *tit.* 58. Dixi de effectu institutæ postulationis suspecti tutoris, exspectas effectum probatæ. Est is; ut tutor esse desinat, facto Magistratus a tutela remotus §. *ult. Inst. Quib. mod. tut. fin. l.* 14. §. 2. *D. de solut.* & alius in ejus locum constituatur *l.* 6. *C. h. t.* ipso tamen jure est tutor: & optime Papinianus *l.* 10. *D. h. t. Decreto Prætoris ut suspectus remotus, periculum futuri temporis non timet: iniquum enim videtur, removeri quidem a tutela vel cura, in futurum autem non esse securum.*

Pœna porro remoti tutoris suspecti majore premitur difficultate, & cura opus habet diligentissima, cum propter alia, tum propter hæc Imp. Justiniani §. 6. *Inst. h. t.* verba: *Suspectus remotus, si quidem ob dolum; famosus est: si ob culpam, non æque.* Quod de dolo dicit, est omnium consensu verum. At quam intelligit culpam: utrum latam, an levem? Plerique omnes levem existimant. sed, spero, ignoscent mihi, latam interpretanti. Utique si rem putemus sine affectu atque ambitione quam simplicissime, ut oportet; patitur quidem juris providentia tutorem, etsi bonum & sanctum, ob culpam latam, id est, quia nescit quod omnes sciunt *l.* 213. §. 2. *D. de verb. signif.* tamquam socordem, eoque ad administrandum ineptum atque inutilem, a tutela removeri: tutorem vero honestum & probum, insuper ad administrationem aptum atque idoneum, ob quam levem culpam, id est, ob quem levem errorem, a tutela removeri, quæ patitur naturalis aut civilis ratio? Non me fugit, eum ob levem culpam, si qua pupillo nocuerit, ei teneri actione tutelæ. Verum de hac demum quæritur, finita tutela §. *ult. Inst. De Atilian. tut.* præsens autem deliberatio est de accusatione & remotione suspecti, tantum locum constante tutela habente §. 8. *Inst. h. t.* Igitur quid laboramus? si enim ob levem culpam non convenitur durante tutela tutor *l.* 8. *D. h. t.* nec ob eam a tutela umquam removetur: nonne furiosi sit, in *d.* §. 6. quærere; an ob levem culpam remotus, infamis fiat? Contra, si tutor, quamquam vir bonus & probus, a tutela optimo jure removetur ob culpam latam, id est, quia apparet, eum ad administrationem non esse idoneum: aut fallit me animus, aut in *d.* §. 6. fuit causa admonendi, tutorem ob culpam latam, id est, ne pupillo noceat simplicitate, an stultitia, a tutela quidem removeri, sed salva existimatione. Prorsus convenienter huic Ulpiani *l.* 3. §. *ult. D. h. t. Qui ob segnitiem, vel rusticitatem, inertiam, simplicitatem, vel ineptiam remotus sit, in hac causa est, ut integra existimatione tutela vel cura abeat.* Per segnitiem, rusticitatem, inertiam, simplicitatem, ineptiam, indigitari socordiam, id est, ut Jurisconsulti loquuntur, culpam latam, multis demonstravi *lib.* 1. *Probabil. c. ult.* Proinde cum Ulpiano infamis non habetur tutor, ob segnitiem, rusticitatem, inertiam, simplicitatem, vel ineptiam, remotus: quid restat, nisi, ut ei infamis non habeatur tutor, ob latam culpam remotus? quamquam ob dolum tutela abire jussus, infamis reputetur. Sed refert; quod alter, dum sciens & volens improbe fraudat hominem, hunc impuberem, & per ætatem se non valentem defendere, ideoque ejus tutelæ ac fidei commissum, pessimo exemplo abrumpit vincula humanæ societatis ad tuendam communem infirmitatem comparatæ, optimo jure sceleratus, turpis ac nefarius habetur. Alter contra, si forte nocet pupillo; non ut ille volens & sciens peccat improbe: magis ignorans & nolens ei nocet, utique non calliditate consilii, sed stultitia atque errore, sed infirmitate naturæ ei parum faventis, ideoque ab infamia omni humano jure excusandus. Non dubito, quin huc spectet quoque sequens Ulpiani diligentia *l.* 4. §. 1. & 2. *D. h. t. Decreto igitur debebit causa removendi significari, ut appareat de existimatione.* Ut exemplo liqueat Ulpiani observatio, apponam formulam decreti duplicem. prior talis sit: Quoniam apparet, Sejum tutelam Mævii, ob ineptiam & simplicitatem administrare non posse; idcirco eum a tutela abire, placet. In hac formula inserta a Prætore causa non infamante, Sejus a tutela abibit integra existimatione. Aliter ac si sic decernatur: Quando apparet, Sejum tutelam Mævii gessisse dolo malo; idcirco eum a tutela abire jubeo. In hac formula ob dolum remotus a Prætore tutor, procul dubio infamis erit. *Quid ergo?* (sic pergit *d. loc.* Ulpianus) *si non significaverit causam remotionis decreto suo? Papinianus ait, debuisse dici, hunc integræ esse famæ.* Videlicet, quia in decreto non expressa remotionis causa, potest videri non ob dolum malum remotus tamquam improbus & flagitiosus: sed ob latam culpam tamquam ineptus aut segnis: etsi alioquin fidelis & probus. Non omittenda quoque est sequens Ulpiani moderatio *l.* 3. §. *ult. d. t. Quod si quis ob fraudem non removebit aliquem, sed ei adjunxit* (curatorem) *non erit famosus.* qua ratione? *quia*

 non

non est abire tutela jussus. Exempla dedi supra ex *l.* 1. §. 5. *& l.* 9. *d. t.* simul indicavi, esse ex Eurematicis Modestini, indicio Inscriptionis *d. l.* 9. Eo modo accipiendum etiam hoc Justiniani §. 5. *Inst. de curatoribus*: *Interdum & pupilli curatores accipiunt, ut puta si legitimus tutor non sit idoneus* (nempe moribus) *quoniam habenti tutorem tutor dari non potest. item si testamento datus tutor, vel a Prætore aut Præside, idoneus non sit ad administrationem, nec tamen fraudulenter negotia administret: solet ei curator adjungi.* Sit igitur Justiniano in *d.* §. 6. infamis tutor remotus ob dolum: ob culpam latam non æque. At culpa lata pro dolo habetur *l.* 226. *D. de verb. signif.* & clare Ulpianus *l.* 7. §. 1. *D. h. t.* sic scribit: *Si fraus non sit admissa, sed lata negligentia, quia ista prope fraudem accedit, removeri hunc quasi suspectum oportet.* Sed hæc, & quæ præterea possint morari meam sententiam, ex professo discussi *lib.* 1. *Probabilium c. ult.* Non minus juvabit, addidisse, a me scripta sub Titulo *Depositi* ad difficilem & obscurum Celsi locum qui est in *l.* 32. *D. Depositi vel contra*, & quod scio, a nullo adhuc bene expositus Docto Viro.

Præter infamiam qua afficitur tutor remotus ob dolum, sunt & aliæ pœnæ quibus eum gravari, placuit. talis est missio in possessionem bonorum §. 9. *Inst. h. t.* sunt & vincula publica *l.* 3. §. 16. *D. d. t.* Ne hoc quidem fine subsistit Prætor: arbitratus, atrocitatem sceleris aliquando vel corporali pœna esse vindicandam. eoque casu, quia ipse tantum habet mixtum imperium, solet tutorem graviter puniendum mittere ad Præfectum Urbi: cujus in Urbe est merum imperium. exempla sunt in §. 10. *&* 11. *Inst. & l.* 3. §. 15. *D. h. t.*

LIBER VIGESIMUS SEPTIMUS.

TITULUS. I.

De excusationibus.

ALTER modus quo tutores facto Magistratus esse desinunt, excusatio appellatur §. *ult. Inst. Quib. mod. tutel. finit.* estque allegatio vacationis vel immunitatis quam quis habet ex privilegio vel ex justa causa. Ea excusatio est tutori tutelam recusanti idcirco necessaria: quod tutela annumeratur civilibus muneribus personalibus *l.* 1. §. *ult. D. de munerib.* ad quæ subeunda potest unusquisque a Prætore cogi mulctæ dictione & pignoris captione *l.* 9. *D. d. tit.* Hoc sensu Ulpianus *l.* 1. *D. de admin. tut.* Gerere, inquit, atque administrare tutelam extra ordinem cogi tutor solet. Extra ordinem autem est, per Prætorem ejus remediis: non ordinario jure per Judicem actione tutelæ. Hoc donec tutor cœperit tutelam gerere: deinde cessant partes Prætoris, sive (ut ait Ulpianus *l.* 5. §. 2. *&* 3. *d. tit.*) ejus qui solet cessantes cogere, & est actioni tutelæ locus.

Cæterum in excusatione (ad hanc enim veniam) observanda sunt tria: primum tempus, deinde forma, postremo causa aut privilegium. Quod attinet ad tempus: placuit Oratione D. Marci, eos qui in Urbe, id est, Romæ, habitant, vel intra centesimum ab ea lapidem, id est, intra centesimum milliare, se excusare intra quinquaginta dies continuos ex quo cognoverint, manifestatione vel ad faciem vel ad domum facta (sic loquitur Modestinus *l.* 13. §. 1. *h. t.*) se esse tutores datos, cujuscumque generis sint, id est, qualitercumque dati. quod si ultra centesimum milliare habitant, fieri dinumerationem viginti millium diurnorum, & amplius triginta dierum. Occurrebat quidem in hoc articulo aliqua in verbis Constitutionis difficultas. sed hanc ex ejus mente sustulit Cerbidius Scævola: dicens, eam dinumerationem ita observari oportere, ne pauciores sint dies quam quinquaginta, ut refert Modestinus *d. l.* 13. §. 2. & Imp. Justinianus §. 16. *Inst. h. t.* Hoc tempus si observarit tutor, bene est: alioquin ejus quod non fecerit, periculum subit *d. l.* 13. §. 1. posita utili tutelæ actione *l.* 4. §. 3. *D. Rem pupil. vel adolesc. salv. for.* nec deinde admittetur ejus excusatio quasi temporis præscriptione summota *d. l.* 13. §. 1. *D. & l.* 11. *C. h. t.* Ne hoc quidem præteribo (quod monet Paulus *l.* 38. *D. d. t.*) quinquaginta dierum spatium de quo dixi, tantummodo ad contestandas excusationum causas pertinere: peragendo autem negotio ex die nominationis continuos quatuor menses esse constitutos. Et tamen si cum ipse instituerет, ut proferret excusationem, mora contradictionis impeditus est, quo minus decreto liberaretur, putat Tryphoninus *l.* 39. *D. h. t.* recte adhuc probari excusationem. eademque adhibenda æquitas est; si quæ vis major inciderit *d. l.* 13. §. 7. *h. t.* Dixi de tempore.

Transeo ad formam. primum fit excusatio vel in partem vel in totum *d. l.* 13. §. 3. hoc modo passim; illo, si diffusum sit pupilli patrimonium longe lateque. ut sunt talia exempla apud Senecam *Epist.* 60. *&* 89. & potest eo casu in urbe tutor datus se excusare, ne ultra centesimum lapidem administret. cæteris vero bonis quæ ultra eum lapidem sunt, alius erit tutor dandus. Ita Marcianus *l.* 21. §. 2. *D. h. t.* verba ejus, uti eduntur, apposui. *Licet datus tutor ad universum patrimonium datus est, tamen excusare se potest, ne ultra centesimum lapidem tutelam gerat: nisi in eadem provincia pupilli patrimonium sit, & ideo illarum rerum dabunt tutores in provincia Præsides ejus.* Verba Marciani sunt corrupta meo judicio, atque ita restituenda: *Licet datus tutor ad universum patrimonium datus est, tamen excusare se potest, ne ultra centesimum lapidem tutelam gerat: & ideo illarum rerum dabunt tutores in provincia Præsides ejus.* Expunxi verba, *nisi in eadem provincia pupilli patrimonium sit*: quia sunt Interpretis manifeste: certe nihil efficiunt. contra vacant; quin conturbant sensum alioquin optimum & plenum.

Sed redeo ad formam excusationis. in ea aliud placuit olim, aliud postea obtinuit. olim oportuit tutorem a datione statim appellare: sicut oportebat statim appellari a delatione cæterorum munerum. sed hoc mutavit D. Marcus, quantum at-

attinet ad tutelam. ita in cæteris muneribus, & honoribus adhuc obtinet; ut, si cui deferantur, is non aliter possit causas suæ immunitatis allegare, quam interjecta ante appellatione: sed si quis tutor datus fuerit vel testamento, vel a quo alio qui jus dandi habeat, eum non oporteat a datione provocare; sed intra tempora præstituta allegandam habeat excusationem; & si pulsa fuerit, tunc demum appellare debeat, ante frustra appellet. Ad hunc modum fere Ulpianus *l.* 1. §. 1. & 2. *D. Quand. appelland.* & quia clare: nolim, quod a multis fit, in *l.* 13. *h. t.* captari Modestini verba facto a contrario argumento: sed secundum hoc exponi. idemque suadeam observari circa cætera loca quæ insuper solent a Viris Doctis objici: ut est pulchre a Domino Vinnio observatum ad §. 16. *Inst. h. t.* Cæterum quod de tutoribus datis dixi, hoc & in curatoribus, similitudine rationis ex mente Constitutionis recipit Modestinus *d. l.* 13. §. 1.

Dicitur igitur excusare se tutor aut curator; cum ad hanc formam allegat causam aut privilegium; cur non debeat cogi ad suscipiendam tutelam vel curam: modo id faciat pro tribunali. nam excusatio ibi, non de plano, examinatur. Eo sensu Ulpianus *l.* 25. *h. t.* Excusare, inquit, se tutor per libellos non poterit. nimirum, quia excusatio decretum & causæ cognitionem desiderat. Interrumpendæ tamen præscriptionis gratia quo minus per Libellum fiat contestatio, nihil impedit. itaque rescriptum esse, refert Modestinus *d. l.* 13. §. 10. *h. t.* Sunt hæc vera & necessaria: præsertim in his qui jure dati sunt tutores: in cæteris autem qui non sunt jure dati, hæc observari nihil opus esse, idem monet Modestinus *d. l.* 13. §. 11. & 12.

Superest, ut tractemus de causis & privilegiis, vacationi & immunitati a tutela aut cura locum facientibus. Est autem utilis hac in parte Modestini observatio *l.* 15. §. 12. *D. h. t.* docentis, quod qui habet immunitatem a civilibus vel publicis muneribus, non idcirco a tutela vel cura excusatur. contra habet tutela ac cura suas proprias excusationes ac propria privilegia: alia frustra allegantur. Intererit illa quæ sint, intelligi. Late enumerantur hoc Titulo Institutionum, Pandectarum, & Codicis: ac quia fere inspectione & lectione liquere possunt: interpretatione non egent.

Tantum addam, quod si unam quis habet causam, aut privilegium unum; potest eo uti quod habet: si habet causas plures, aut plura privilegia, potest omnibus uti intra tempora constituta *l.* 21. §. 1. *D. h. t.* nam excusatio est species defensionis, nec quis prohibetur, plures habens defensiones, etiam alia uti, nisi Lex impedit *l.* 43. *D. de reg. jur.* Unum desideratur, ut pluribus uti volens excusationibus omnes intra tempora constituta nominet apud Judicem: alioquin similem esse ei qui nequaquam accessit, aut accessit quidem, justam autem remissionis causam non nominavit, Modestinus ait *l.* 13. §. 8. *D. h. t.* Superiori observationi accedit altera: quod omnes causæ debent esse perfectæ: nam imperfectæ, etsi plures, ne conjunctæ quidem ad excusationem prosunt. non adfero exempla: extant in *l.* 15. §. 11. *d. t.*

Titulus II.

Ubi pupillus educari vel morari debeat: & de alimentis ei præstandis.

Supra dixi sub Titulo, *De administratione tutorum*, tutorem, quantum ad providentiam pupillarem, domini loco haberi *l.* 27. *d. t.* eamque providentiam redire ad duo summa capita: vel enim ad curandas pupilli res, vel ad exhibendam ejus personam, pertinere. prius illic executus sum; posterius huic Titulo reservavi. is igitur continet integram pupilli exhibitionem: cujus duæ sunt partes. una est, ubi pupillus educari vel morari debeat. altera finit alimenta ei præstanda.

Quod attinet ad locum, ubi educari vel morari debeat pupillus: ait Ulpianus *l.* 1. *h. t.* Prætorem, quod fit frequentissime, aditum, ut constituat, ubi vel alantur vel morentur pupilli vel posthumi vel alii, solere ex persona, ex conditione, & ex tempore statuere, ubi potius alendus sit pupillus. Indicio vero *d. l.* 1. §. 2. videtur etiam Edicto promisisse, de eo se esse decreturum causa cognita. nec dubito, quin ante omnia consideraret voluntatem patris. quam etiam Lex Duodecim Tabularum pro Lege observari jussit: de ejus pietate erga liberos suos optime sperans. & tamen ait Ulpianus, Prætorem justa ex causa a voluntate patris aliquando recessurum. fac: (hoc ponit exemplum) quidam testamento suo cavit, ut filius apud substitutum educetur. ex spe successionis potest pupillo a tutore metui *l.* 2. *C. h. t.* igitur rescripsit, inquit, Imperator Severus, Prætorem, præsentibus cæteris propinquis liberorum agere oportere, ut sine maligna suspicione alatur partus. Similiter ait Ulpianus *l.* 5. *h. t.* evitandos in causæ cognitione esse qui pudicitiæ impuberis insidiari possint. Quod si pater non designavit, ubi morari aut educari debeat pupillus; rationis esse putant Diocletianus & Maximianus *l.* 1. *C. d. t.* educationem nulli magis committi, quam matri: tamen sub hoc temperamento; nisi vitricum ei induxerit. At enim in *l. ult. C. de contrar. judic. tutel.* reperitur vitricus privigni sui tutor. Novi: sed confingendus casus ex *l.* 2. *C. de interdict. matrim. int. pupill. & tut.* in qua dicitur tutor uxorem duxisse pupilli sui matrem: quod ei licere, alibi observavimus. Cæterum est & illa hac in parte inspectio, quid juris sit, si Prætor causa cognita elegerit aliquem, apud quem jubeat pupillum educari vel morari; isque recuset? Silet hic Edictum. sed Ulpianus *d. l.* 1. §. 2. & 3. *D. h. t.* sic scribit: *Quamvis Prætor recusantem apud se educari non polliceatur se coacturum, attamen quæstionis est, an debeat etiam invitum cogere: utputa libertum, parentem, vel quem alium de adfinibus cognatisve? & magis est, ut interdum debeat id facere. Certe non male dicetur, si legatarius vel heres educationem recuset testamento sibi injunctam, denegari ei actiones debere: exemplo tutoris testamento dati. quod ita demum placuit, si idcirco sit relictum. cæterum, si esset relicturus, etiamsi educationem recusaturum sciret, non denegabitur ei actio. & ita D. Severus sæpissime rescripsit.*

Altera Tituli pars occupatur circa alimenta pupillo præstanda. Alimentorum autem appellatio (Paulo interprete *l.* 12. §. 3. *D. de admin. tutor.*) hic complectitur alimenta tam animi, quam corporis: id est, victum, vestimenta, tectum, item famulos necessarios, & postremo mercedes præ-

præceptorum. Apud Ulpianum *l.* 3. §. 2. *D. b. t.* fic extat: *Ante oculos habere debet* [Prætor] *in decernendo & mancipia quæ pupillis deferviunt*, *& mercedes pupillorum*, *& veftem & tectum pupilli.* Nullo fenfu; etfi aliquem facere conatus eft Dionyfius Gothofredus. conftabit fenfus, fi pro *mercedes pupillorum* fcribatur, *mercedes præceptorum.* Quod bene animadvertit Elbertus Leoninus V. CL. *lib.* 3. *Emendat. c.* XI. *n.* 7. & convenit *d. l.* 12. §. 3. *& l.* 4. *D. b. t.*

In hæc alimenta quo jure tutor debeat impenfas facere, fi quæratur; ait Antoninus *l.* 3. *C. de admin. tut.* ei licere, fuo arbitrio facere, etiam fine decreto Prætoris. easque fic fieri, aliquando pupillo utile effe, ne fecreta patrimonii, & fufpectum æs alienum pandatur, obfervat Alexander *l.* 2. *C. de alim. pupill. præft.* proinde quæ vir bonus arbitratur, merito effe erogata ad exhibitionem educationis, minifteria, ftudiaque, ea tutori accepto ferri oportere *d. l.* 3. refcribit Antoninus: & caufatur, quod a tutoribus five curatoribus bona fide erogatur, potius juftitia, quam aliena auctoritate firmari. quin Alexander *d. l.* 2. negat, effe ferendum juvenem qui cum præfens effet, ftudiisque eruditus & alitus, fi ea per alium fe confecutum non probet, fumptus recufet, quafi vento vixerit, aut nullo liberi hominis ftudio imbui meruerit. Eodem modo & fenfu Ulpianus *l.* 2. *D. b. t.* Congruit, inquit, officio judicis qui tutelæ, id eft, de actione tutelæ, cognofcit, reputationes tutoris non improbas admittere: ut puta, fi dicat, impendiffe in alimenta pupilli vel difciplinas. Cum dicit *reputationes non improbas*, non oportet intelligi, quas minimas poterit: fed pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium *l.* 12. §. 3. *D. de admin. tutor.* &, ut dictum modo, quæ vir bonus arbitratur, merito effe erogata.

Fuerit tamen tutori tutius, ne ejus reputationibus aliquando moveatur controverfia, curare, uti modus impenfarum terminetur decreto Prætoris *d. l.* 2. *C. de alim. pupil. præft.* is enim fervari debet. nifi ftatuit ultra vires facultatum: nec fuggeffit Prætori tutor de ftatu facultatum. tum enim non debet ratio alimentorum haberi: quia fi fuggeffiffet, aut minuerentur jam decreta, aut non tanta decernerentur *d. l.* 2. §. 2. Modum igitur patrimonii fpectare debet Prætor; nec minus ætatem pupilli, aut pupillæ, aut adulefcentis, vel earum quæ intra vigefimum annum conftitutæ funt: tam puellis, quam pueris artibus liberalibus inftitui folitis *l.* 15. *C. de negot. geft.* usque ad annum vigefimum: ut intelligitur ex *l.* 3. §. 5. *D. b. t.* Exempla eruditarum virginum, mulierumque, non appono. attulit complura & pulchra V. CL. Radulphus Fornerius *lib.* 5. *Rer. quotid. c.* 21. Illud hic fileri non finit ratio, (eft enim fummæ prudentiæ, tueri volentis rem familiarem) quod monet Ulpianus *d. l.* 3. §. 1. Prætorem non tantum modum patrimonii fpectare debere, cum alimenta decernit, fed in primis debere ftatuere tam moderate, ut non univerfum reditum patrimonii in alimenta decernat, fed femper fit, ut aliquid ex reditu fuperfit. Apud Ariftotelem *lib.* 2. *Oeconomic.* reperio hoc quod fequitur: *Extra quoque ifta, quiddam omnium adminiftrationis domefticæ generum commune, & in illis præcipue, atque hoc in primis confiderandum eft: Ne impendia fint majora, quam fructus.* Sed melius Ulpianus: volens, quotannis aliquid fupereffe, quod fit præfidium adverfus damna fatalia, incendium, inundationem, vim hoftium, mortes fervorum aut animalium, & fimilia alia. his certe ingruentibus, fi non fit ante bonis temporibus aliquid fepofitum; aut fœnori fumenda pecunia eft, aut prædia vendenda funt: quod non eft boni & prudentis patrisfamilias. Optime Proculus apud Celfum *l.* 79. §. 1. *D. de legat. lib.* 3. audiffe fe, rufticos fenes ita dicentes, pecuniam fine peculio fragilem effe: peculium appellantes quod præfidii caufa feponeretur. Dixi quid in modicis patrimoniis obfervare debeat Prætor, alimenta pupillo terminaturus. at in amplis ait Ulpianus *d. l.* 3. §. 3. non cumulum patrimonii modum alimentis daturum, fed quod exhibitioni frugaliter fufficit.

Hæc, fi conftet, quis modus facultatum fit. qui fi non conftet: Prætor (ex fententia Ulpiani *d. l.* 3. §. 4.) inter tutorem & eum qui alimenta defiderat, fufcipere debet cognitionem, nec temere alimenta decernere, ne in alterutram partem delinquat. prius tamen exigere debet, ut profiteatur tutor, quæ fit penes fe fumma: & comminari graviores ei infligi ufuras ejus quod fupra profeffionem apud eum fuerit comprehenfum.

Quæ dixi tum obtinent maxime; cum tutor ultro paratus eft, alimenta præftare? quid fi id non fit? ait Antoninus *l.* 1. *C. de alim. pupil. præft.* oportere pupillum adire Præfidem: qui ne in alimentorum præftatione mora fiat, partibus fuis fungetur. Sic: fi præfens fit tutor. fed finge, abfentem effe. jam quid obfervari debeat, diligenter tradit Tryphoninus *l. ult. D. b. t.*

Plane, fi egeni funt pupilli, de fuo eos alere tutor non compellitur: & fi forte poft decreta alimenta ad egeftatem fuerit pupillus perductus, deminui debent quæ decreta funt, quemadmodum folent augeri, fi quid patrimonio acceflerit *l.* 3. §. *ult. D. b. t.*

TITULUS III.

De tutelæ & rationibus diftrahendis, & utili curationis caufa actione.

Explicitis modis quibus conftituitur & finitur tutela ac cura, itemque his quæ ad utriusque adminiftrationem & cætera pertinent: nihil reftat præter actiones ad eorum executionem comparatas. Sunt autem plures, ex quibus Rubrica prodit tres. una eft tutelæ, altera de rationibus diftrahendis, tertia utilis curationis caufa actio. Initium expofitionis fumam ab actione tutelæ: quæ eft directa vel contraria. hanc attingit fequens Titulus: præfens illam quam vocat tutelæ, per excellentiam; quia eft principalis: ficut directa commodati, item directa depofiti, quia funt principales actiones, fimpliciter commodati & depofiti appellantur: ut in loco monui. His addam, quod tutelæ actio, ut eft bonæ fidei §. 28. *Inft. de actionib.* in Titulo 51. lib. 6. Codicis dicitur arbitrium tutelæ: exemplo cæterarum actionum bonæ fidei; quæ in fpecie arbitria nuncupantur: quia in his officium Judicis non includitur certis finibus; ut in actionibus ftricti juris: fed habet liberam arbitrandi facultatem; quantum cuique ex fide bona præftari oporteat: ut olim tradidi *lib.* I. *De jurisdict. & imper. c.* 13.

De

De actione tutelæ quam dixi esse directam & contrariam, propositum a Prætore fuisse Edictum, apparet ex *l.* 1. *D. de contrar. tutel.* verba tamen nusquam extant. mentem sic confingit V. CL. Gulielmus Ranchinus; *Eum qui tutelam gessit, rationem eo nomine reddere cogam.* Invita plane Jurisprudentia: quæ actionem tutelæ numquam putavit esse cognitionis extraordinariæ, sed juris ordinarii. itaque Edictum sic concipi suadeam: *Quod a tutore gestum esse dicetur, de eo finita tutela, judicium dabo.* Ratio proponendi Edicti fuit summa: erat enim æquum, tutorem finita tutela pupillo reddere rationem administratæ tutelæ §. *ult. Inst. de Atil. tut.* nec tamen erat proprie ex contractu obligatus: quando nullum negotium inter tutorem & pupillum contrahitur. quin plerumque invitus ad tutelam accedit tutor. at nec poterat ex maleficio obligatus videri. quippe honestum factum erat tutelæ administratio. igitur cum oporteret eo nomine conveniri tutorem, nec occurreret alia obligandi causa; optime placuit, eum teneri quasi ex contractu §. 2. *Inst. de oblig. quæ quas. ex contract. nasc.*

Nec est dubium, quin actio tutelæ, pro fundamento habens obligationem, sit in personam §. 1. *Inst. de act.* ideoque ex hoc Edicto pupillo & ejus heredi competat adversus tutorem ejusque heredem *l.* 1. §. 16. *D. h. t. l.* 12. *C. Arbitr. tutel.*

Sed quando? convenienter Edicto Paulus *l.* 4. *h. t.* Nisi, inquit, finita tutela sit, tutelæ agi non potest. Quid igitur si adhuc impubes tutelæ agat? ait Paulus §. 2. *d. l.* nihil consumi. Sensus Pauli obscurus est; sed vult, quia durat tutela impuberis, interim frustra agi, nondum nata actione; ideoque cum erit nata, adhuc recte agi: ut in simili observatur *l.* 13. §. 5. *D. de pign.* Sed & si tutori curator sit adjunctus, quamvis suspecto postulato, non cogetur tutelæ judicium tutor suscipere: quia tutor maneret *l.* 9. §. 5. *D. h. t.* Est igitur generaliter traditum, pupillum cum tutore suo non posse agere tutelæ: idque hactenus verum esse Ulpianus ait *d. l.* 9. §. 4. si eadem tutela sit. & præfatur, absurdum fore, a tutore rationem administrationis negotiorum pupilli reposci, in qua adhuc perseveraret: in qua autem desinit tutor, & iterum cœpit esse; contra confitetur, sic ex pristina administratione tutelæ debitorem esse pupillo, quomodo si pecuniam creditam a patre ejus accepisset. Ac ne quis hoc frustra dici putet; ait, esse ejus sententiæ effectum: quod si solus tutor est, utique ipse secum non aget: sed vel per specialem curatorem conveniendus est; vel pone, eum contutorem habere qui possit Judicem adversus eum accipere ex qua causa cum eo tutelæ agi potest. Quin imo addit Ulpianus, si medio tempore solvendo esse desierit tutor, imputabitur contutoribus, cur non egerint cum eo. Hoc in tutelæ actione. De cæteris sic scribit Ulpianus *d. l.* 9. §. *ult. Cæteræ actiones, præter tutelæ, adversus tutorem competunt, etsi adhuc tutelam administrant, veluti furti, damni, injuriæ, condictio.* Sed observandum, quod mox ex Paulo subjicitur *l.* 10. *Sed non dantur pupillo, dum tutor tutelam gerit.* Sensus Pauli, cæteras omnes actiones, præter tutelæ actionem, nasci quidem & competere, durante tutela, etsi interim non possint institui aut dari. quid ergo, si moriatur tutor, durante tutela? an quæ institui non possunt adversus heredem, interim morientur cum injuria pupilli? Hoc æquitas non sinat. quid ergo est? Hanc difficultatem sic solvit Paulus: *quamvis enim morte tutoris intereant; tamen pupillus cum herede ejus actionem habet: quia sibi solvere debuit.* Pulchre: sed quo spectant hæc, *Quamvis enim morte tutoris intereant*? an, ut furti, injuriæ, damni, id est, Legis Aquiliæ, actio, ita condictio furtiva, extinguitur morte tutoris? Absit. atqui in præcedentibus omnes peræque attigit Ulpianus. sed Pauli verba non sunt referenda ad omnes actiones, ab Ulpiano ante allatas: sed ad plerasque. Nec id novum; quin sæpe evenit apud Veteres, ut posteriora cum prioribus comparata, non ad omnia usque quaque respiciant. Estque id hoc in loco eo certius: quia excerpta sunt hæc Fragmenta, non dicam ex diversis locis, sed ex diversis auctoribus, Ulpiano & Paulo.

Dixi, quando detur tutelæ actio. videamus, de quo detur. ait Prætor, *Quod a tutore gestum erit, de eo judicium dabo.* In hunc sensum conceptum fuisse Edictum, ex sequentibus fiet probabilius. Datur igitur tutelæ actio de eo quod gestum erit a tutore: id vero sic accipio, quod tum fuit gestum, cum esset tutor. Enimvero si post pubertatem, aliquid sit ab eo gestum; non est a tutore gestum, quod est finita tutela gestum: ideoque in judicium tutelæ venire, negat Ulpianus *l.* 13. *h. t.* nisi sit sine quo administratio tutelæ expediri non potest. & est tale exemplum *l.* 5. §. 5. *D. de admin. tut.* Tutor pupillum suum puberem factum non admonuit, ut sibi curatores peteret: sacris enim Constitutionibus hoc facere jubetur qui tutelam administravit. ea re læsus est minor. quæritur, an tutelæ teneatur qui fuit tutor? Ulpianus putat, sufficere tutelæ judicium. & rationem hanc adfert: quasi connexum sit hoc tutelæ officio, quamvis post pubertatem admittatur. Longe aliter censet *d. l.* 13. si post pubertatem pupilli is qui ejus tutor fuerat, ejus fundos vendiderit, mancipia, prædia comparaverit: jam enim neque venditionis hujus, neque emptionis rationem judicio tutelæ contineri. Sed verum esse inquit, ea quæ connexa sunt, id est, sola hæc, etsi inciderint, post finitam tutelam, in tutelæ judicium venire. Addit, & illud esse verum, si tutor cœperit negotia administrare post tutelam finitam, judicium tutelæ devolvi in negotiorum gestorum actionem: & causatur, oportuisse eum a semetipso tutelam exigere. Hoc Ulpianus *d. l.* 13. & mox subjicitur ex Gajo *l.* 14. Si post pubertatem tempore aliquo, licet brevissimo, intermiserit administrationem tutor, deinde cœperit gerere: sine ulla dubitatione tam tutelæ, quam negotiorum gestorum judicio cum eo agendum est. Sensus Gaji, esse tutelæ agendum de eo quod est gestum ante pubertatem: negotiorum vero gestorum de eo quod post pubertatem gestum est: si intervenerit tempus aliquod, licet brevissimum.

Igitur quod gestum, id est, administratum, curatum, servatum erit, de eo datur a Prætore directa tutelæ actio. de aliis non datur; si spectemus Edicti verba. quid, si mentem? sub gesto videtur Prætor etiam non gestum esse complexus: pari loquendi forma quam ad Terentium, *Adelph.* 1. 2. 25. in his verbis, *Quod tu fecisti inopia*, observat Donatus: *Nota*, inquiens, *fecisti in eo quod signat non fecisti.* Competit igitur ex Edicti verbis directa tutelæ actio de eo quod gestum est; ex mente autem & sententia utilis de eo quod non est gestum. ita accipio Ulpianum *l.* 4. §. 3. *D. Rem pupil. vel adolesc. salv. fer.* ac ne deessent exem-

exempla, appofui *l.* 5. *l.* 10. *l.* 13. *D. h. t. l.* 13. §. 1. *D. de excufat.* nec opus explicatione. fufficerit formula actionis bonæ fidei, folita concipi de eo quod alterum alteri ex fide bona præftare, æquum eft. ita quod dubium, oportere tutorem pupillo hac actione reddere rationem adminiftrationis §. *ult. Inft. de Atil. tut.* duas habituram partes: una eft, ut pupillo reftituat quidquid ex adminiftratione retinet: altera, ut ei reparet damnum, fi quod ei committendo aut omittendo dederit. nam hæc bona fides poftulat. Primum oportet tutorem pupillo ex fide bona reftituere quidquid ex adminiftratione retinet; ideoque non in folle. id enim belle negat Calliftratus *l.* 82. *D. de cond. & demonftr.* & contra Ulpianus *l.* 1. §. 3. *D. h. t.* officio, inquit, tutoris incumbit, conficere tabulas feu codices actus fui, & finita tutela, inventaria exhibere. quod fi non faciat, aut non exhibeat, hoc nomine tenetur judicio tutelæ. addit, de fervis quoque interrogationes & quæftiones habendas, & hoc officio Judicis convenire. adeo rationem reddere non eft nudi facti: fed (ut optime Calliftratus *d. l.* 82.) eft, dare rationem legendam primum, deinde computandam: ut explorari poffit, imputationes probe, an improbe referantur, accepta recte relata, an non recte fint. Hac providentia obtinetur, ut juftis probationibus liqueat veritas: nec opus fit, bonorum quantitatem conjici ex eo quod teftamento fuo dixerat pater, forte plus fperans de fuis facultatibus; nec ex eo quod alibi dixerit tutor, pupilli fortunam in ejus honorem ultra modum jactans: fed ex eo quod ipfe in inventario publice a fe facto confeffus fit *l.* 1. *l. ult. C. Arbitr. tut.* Summa huc exit: ut reftituat pupillo tutor quæ ex ejus bonis retinet. atque ita (quod obfervat Calliftratus *d. l.* 82.) incipit quidem res a facto: pervenit autem ad pecuniam. Nec alio fenfu jubent Diocletianus & Maximianus *l.* 9. *C. Arbitr. tut.* tutorem quondam conveniri; ut tam reddat rationem, quam fi quid reliquorum nomine debeat.

Altera pars reddendæ rationis confiftit in eo: ut tutor pupillo reparet damnum quod ei dederit vel committendo vel omittendo. pone: imminuit bona quæ accepit; aut non adquifivit quæ potuit adquirere: quia fecit quæ facere non debuit; aut omifit quæ debuit facere, ait Ulpianus *l.* 1. *D. h. t. In omnibus quæ fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quæ non fecit, rationem reddet hoc judicio: præftando dolum, culpam, & quantam in rebus fuis diligentiam.* Exemplum ejus quod facere non debuit, & fecit, fi quis requirat, eft in §. 1. & 2. *d. l.* 1. ejus quod facere debuit, & non fecit, in *l.* 1. §. 1. *l.* 5. §. 10. *D. de admin. tut.* optime igitur Alexandro cuidam fic refcribunt Diocletianus & Maximianus *l.* 7. *C. Arbitr. tut. Quidquid tutoris dolo, vel lata culpa, aut levi, feu curatoris, minores amiferint, vel cum poffent, non adquifierint: hoc in tutelæ feu negotiorum geftorum utile judicium venire, non eft incerti juris.* Sed apparet, tutorem, five quid omittendo læferit pupillum, five committendo, teneri de dolo, culpa lata, & levi. Poterat quis putare, tutorem etiam de leviffima culpa teneri oportere, exemplo procuratoris & geftoris negotiorum. Sed aliter placuit Veteribus: exiftimantibus, intereffe: quod hi ad aliena negotia volentes accedunt: ille invitus venit neceffitate muneris publici. Vice verfa, poffit quis exiftimare, fufficere, tutorem tantum teneri de dolo & culpa lata: cum nulla fit ejus ex tutela utilitas; non magis, quam depofitarii ex depofito. Nec male: nifi utilitas confervandi pupilli qui nec fe, nec fua, tueri poteft, fuaderet, a tutore etiam levem culpam præftari. Recte igitur tenetur pupillo tutor hac actione de dolo & culpa lata ac levi. Id tamen aliquando fallere, obfervavi fupra fub Titulo, *De admin. tutor.* nec jam agam actum.

Dixi, ad quid teneatur tutor: nondum quatenus. non autem dubito, quin in folidum teneatur: obligatus pupillo quafi ex contractu. Hac mente dixit Prætor fimpliciter atque infinite, daturum fe judicium de eo quod a tutore geftum erit. atque æquiffime: fi quidem unus tutor fit. fed quid, fi plures fint? & fi omnes tutelam adminiftraverint pro indivifo, in folidum tenentur finguli, quafi individua hac in fpecie tutelæ caufa *l.* 55. *D. De admin. tutor.* quod fi divifa inter eos fit tutela a teftatore, aut a Magiftratu, Præfide, verbi gratia; poteft quidem pro fua quisque adminiftratione conveniri; pro alterius autem adminiftratione non poteft: nifi per dolum aut culpam fufpectum non removerit, vel tarde fufpicionis rationem moverit: cum alter eorum non folvendo effectus fit, vel fufpicionis caufam agendo fua fponte jura pupilli prodiderit. Non ita eft; fi divifa fit tutela, non a teftatore ejus teftamento, nec decreto Magiftratus, fed conventione tutorum: tum enim perinde habetur, ac fi non effet divifa *l.* 2. *C. de divid. tutel.* fcilicet, ne privata conventione pupillo noceatur, dividua facta tutela quæ regulis juris eft individua. placet igitur, vel hoc cafu in folidum teneri fingulos.

Dixi quid velit juris rigor. porro accipe temperamentum ex æquo & bono receptum; & quidem triplex: puta exceptionem ordinis, divifionis, & cedendarum actionum. Prima exceptio eft ordinis: nam fi non omnes gefferunt tutelam, quia unus fuit ordinarius, alter honorarius; benigne obtinuit, primum conveniri ordinarium: & fi contra fiat, jus effe honorario, fe tueri exceptione ordinis *l.* 3. §. 2. *D. de admin. tut. l.* 1. & 2. *C. Si tut. vel curat. non geffer. l.* 3. *C. de divid. tutel.* Altera exceptio eft divifionis, competens uni tutori in folidum convento, cum reliqui funt folvendo. æquiffimum enim effe creditum eft, actionem inter eos dividi pro portionibus virilibus, exemplo fidejufforum *l.* 1. §. 11. *D. h. t.* quod fi non omnes folvendo funt, fed aliqui: adhuc inter eos qui folvendo fint, dividitur actio, & poterunt illi, prout quisque folvendo eft, conveniri §. 12. *d. l.* Tertia exceptio eft cedendarum actionum, fere habens locum, tutore qui non eft ufus exceptione divifionis, in folidum condemnato, tum enim poteft, fi velit, ante folutionem a pupillo petere, fibi cedi actiones quas habet adverfus contutores; ac, fi ceffet, eum repellere exceptione cedendarum actionum *l.* 2. *C. de divid. tutel.* Juftisfime: nam ubi non intereft pupilli, aliter fieri; quid ni profit tutori, cum poteft fine incommodo fuo? Hoc plus obfervat Ulpianus *d. l.* 1. §. 13. *D. h. t.* fi forte quis condemnatus ex alterius tutoris facto, vel ex communi geftu, jam præftiterit, nec ei mandatæ fint actiones, conftitutum effe a D. Pio, & ab Imp. Antonino Caracalla & D. Patre ejus, utilem actionem tutori adverfus contutores dandam. atque hanc effe fingulari jure indultam hac in fpecie, nec ad alios fidejuffores porrigendam, præ-

præclare observavit D. Giphanius ad *l.* 2. *C. de divid. tutel. pag.* 465. optima ratione quæ potest ibi videri. Plane, si ex dolo communi conventus præstiterit tutor; ait Ulpianus §. 14. aliter observari: nam neque mandandas esse actiones, neque utiles competere. qua ratione? hanc dat justissimam: quia proprii delicti pœnam subit; eaque res indignum eum fecit, ut a cæteris quid consequatur doli participibus: non sinente jure, ut ulla sit societas maleficiorum, vel communicatio justa damni ex maleficio. Sit ita inter eos: sed nihil hoc ad pupillum. cur enim, cum inter eos societas delicti non sit, unius solutio aliis a pupillo liberationem parit? fuisse hanc interrogationem Calocyri didici ex Scholiaste Græco, *Basilic. lib.* 38. *tit.* 3. *lit. E. pag.* 82. *& seq. tom.* 5. subjicitur autem hæc responsio: Si merum est delictum quod originem non capiat ex contractu, singuli in solidum condemnantur, ut in furto & injuria: nec enim ab initio in hanc rem coiri societas potuit. sed si præcesserit contractus, vel quasi, ut in his qui communiter tutelam administrant, vel depositum aut commodatum accipiunt, unius solutio liberat alium. nam harum personarum societas legitima est.

Altera Rubricæ pars complectitur actionem de rationibus distrahendis. cujus originem ex Lege Duodecim Tabularum petit Tryphoninus *l.* 55. *D. de admin. tutor.* confessus, tutores, si pecuniam pupilli interceperint, nec rationibus intulerint, ea in duplum teneri. videtur igitur hæc actio dicta de rationibus distrahendis: quia ea agitur, ut distrahatur, id est, rescindatur, & mutetur, perperam concepta ratio. Tenentur autem, ut Ulpianus ait, hac actione tutores qui legitimi fuerunt: non tamen soli, sed omnes qui jure tutores sunt, & gerunt tutelam *l.* 1. §. 19. *D. h. t.* Plenius Paulus *l.* 2 *Actione*, inquit, [*de*] *rationibus distrahendis nemo tenetur, nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit.* Ne hoc quidem omittendum putat Ulpianus, quod non statim datur hæc actio, sed exemplo actionis tutelæ competit tunc, cum & tutelæ actio, hoc est, finita tutela *l.* 1. §. *ult. h. t.* Datur vero, ut dixi, in duplum: quasi coërcens furti speciem. quamquam aliquatenus a furto distinguitur hoc tutoris factum: nisi manifestus fuerit furandi animus. quo casu etiam furti teneri tutorem, Paulus observat *d. l.* 2. §. 1. *h. t.* Interim distinguitur a furti actione actio de rationibus distrahendis, tamquam mitior a severiore *l.* 55. §. 1. *D. de admin. tut.* etenim actio furti tota pœnalis est §. *ult. Inst. De oblig. quæ ex delict. nasc.* in hac vero non tota dupli pœna est; sed in simplo rei persecutio continetur *d. l.* 2. §. *ult.* præterea duplatur in actione furti id quod interest *l.* 52. §. 28. *l.* 50. *l.* 80. §. 1. *D. de furt.* quod in hac nostra non est: nam in ea id quod interest non venit; sed rei tantum æstimatio *l.* 1. §. 20. *h. t.* Vix opus admoneri, hanc actionem pupillo similibusque personis dari ex eo quod vivo pupillo captum est: sed in heredem cæterosque successores non dari, quia pœnalis est. dicitur tamen esse perpetuam *d. l.* 1. §. 23. quia venit ex Lege Duodecim Tabularum; ita non est Prætoria, sed civilis actio.

Tertia hujus Tituli pars est De actione utili curationis causa. est vero hæc auctore *Paulo l.* 4. §. *ult. D. h. t.* non tutelæ, sed negotiorum gestorum, actio: quam etiam adversus curatoris successores ponunt Diocletianus & Maximianus *l.* 17. *C. de negot. gest.* Dicitur vero hæc actio negotiorum gestorum utilis: quia directa a Prætore proposita fuit adversus eum qui ad alterius negotia gerenda sponte venit contemplatione amicitiæ: cum minoris aut furiosi curator ad eorum negotia veniat necessitate muneris publici. Si tamen per curatorem utiliter gesta sint minoris aut furiosi negotia; quia non ostenditur alia qua agatur, actio; & interim æquum est, dari aliquam: placuit, in curatoris quoque personam recipere actionem negotiorum gestorum, non directam, sed utilem; perinde ac si sua sponte ad aliena negotia venisset: ut indicavi supra sub Titulo, *De negotiis gestis.* Plane hæc actio utilis, ut non sit tutelæ, abusive tutelæ dicitur *l.* 3. *C. Arbitr. tut.* ubi eam imitatur: sane sicut in actionem tutelæ venit tutoris dolus, & culpa lata ac levis: ita in utilem actionem negotiorum gestorum venire curatoris dolum, item culpam latam ac levem, intelligitur *l.* 7. *C. d. t.* cum alioquin in actionem negotiorum gestorum etiam veniat culpa levissima: ut suo loco demonstratum. De cætero est quoque, ubi distat utraque actio. id observat Paulus *l.* 4. §. 3. *D. h. t.* verbis sequentibus: *Cum furiosi curatore non tutelæ, sed negotiorum gestorum actio est: quæ competit etiam dum negotia gerit: quia non idem in hac actione quod in tutelæ actione, dum impubes est is cujus tutela geritur, constitutum est.* Hic Pauli locus aliter accipiendus, quam prima facie videtur. possit enim quis existimare, Paulum propter indefinitam loquendi formam voluisse, hoc interesse inter actionem tutelæ & utilem curationis causa negotiorum gestorum actionem: quod hæc potest semper institui tam durante, quam finita tutela: illa finita demum tutela potest, durante numquam. Sed talis interpretatio a vero aliena est: monstrante *l.* 14. *C. de admin. tut.* in qua Clementi cuidam ita rescribitur: *Rationes curæ administratæ ante impletum quintum & vicesimum annum, durante officio, posci jure non posse, manifestum est.* Igitur putemus, Paulum velle *d. l.* 4. §. 3. *h. t.* tutorem durante tutela a pupillo neque generali tutelæ actione ad reddendas rationes, neque speciali furti, injuriæ, ex Lege Aquilia, aut simili conveniri: sed curatorem ab adulto, quamvis manente administratione, posse conveniri speciali actione furti, vel injuriæ vel damni injuria dati ex Lege Aquilia, vel alia simili: sed utili curationis causa actione, quæ est generalis, & pro rationum redditione competit, eum perseverante administratione conveniri nullo modo posse. Res clara & certa ex *l.* 5. §. 6. *D. de admin. tutel.* clarior tamen & certior erit, exposita hac loquendi forma indefinita, *Quæ competit etiam, dum negotia gerit.* est vero sic accipienda, quasi dicat Paulus, Quæ competere etiam potest, dum negotia gerit: vel quæ aliquando etiam competit, dum negotia gerit. Hunc usum atque hanc vim indefinitæ hujusmodi locutionis alibi jam observavi sub Titulo, *De his qui not. infam.* ex *l.* 13. §. *ult.* & *lib. sing. De form. emend. dol. mal. c.* 12. ex *l.* 41. *D. de pign. act.* præeunte Apulejo *lib.* 3. *De philosophia p.* 404. Ac secundum hæc explicanda quoque *l.* 1. §. 3. *D. de contrar. tut. act.* & *l.* 26. *D. de admin. tut.*

TITULUS IV.

De contraria tutelæ & utili actione.

Præter actionem de rationibus distrahendis, exposita superiore Titulo est directa tutelæ actio. hanc sequitur contraria, sic appellata quia contra, id est, vicissim datur: ut alibi monui. De ea Ranchinus tale composuit Edicti caput: *Si quid ex administratione bonorum pupilli debeatur, eo nomine in eum contrariam actionem dabo.* Sed errat. numquam Prætor contrariam actionem proposuit speciali Edicti capite. id potest ex Edictis de negotiis gestis, de commodato, aliisque suis locis expositis intelligi. Meo judicio, profecta contraria tutelæ actio ex interpretatione Edicti superiore Titulo allati. Eo cum Prætor diceret, *judicium eo nomine dabo*, agere creditus est; ut tam tutori, quam pupillo, præstetur quidquid ex tutela gesta aut neglecta hinc inde præstari oportet ex fide bona. Eo sensu accipio quæ ab Ulpiano *l.* 1. *h. t.* dicta pro utilitate receptæ contrariæ actionis. Itaque est: sicut actio pupillo adversus tutorem datur quasi ex contractu: eo modo contraria datur tutori adversus pupillum: nec minus heredi & adversus heredem, cæterosque successores. Adde, quod ut illa, sic hæc, perpetua dicitur *l.* 3. §. *ult. h. t.* Præterea sicut illa, sic ista, competit demum finito officio: cæterum quamdiu durat, nondum competit *l.* 1. §. 3. *d. t.* Quid igitur si remotus a tutela sit tutor? Julianus *l.* 4. *d. t.* sic scribit: A tutela remotus eo loco haberi debet, quo esset finita tutela, & sicut actiones patitur, perinde ac si pupillus pubes factus esset: ita contrario judicio, si quid ei aberit, persequi debebit. nihil enim prohibet suspectum tutorem esse, quamvis complura impenderit quæ eum amittere non oportet.

Causa igitur contrariæ actionis est; ut tutor finita tutela, a pupillo recipiat quod ei propter tutelam absit. fac: impensas fecit in rem pupilli *l.* 1. *h. t.* quid si agat ad hoc, ut tutelæ judicio liberetur? cessat hæc actio: quia ei nihil abest *l.* 3. §. 1. *d. t.* & solum petit hac actione tutor, si quid ei abest. imo si tutor pro pupillo se obligavit; habet contrariam actionem, & antequam solvit *l. ult. d. t.* modo (ut observat Cujacius *lib.* 26. *Observ. c.* 20.) non simpliciter fidejussione se obligarit pro pupillo, sed pro eo expromiserit facta novatione: nam quia is finita tutela statim potest conveniri tamquam reus principalis: potest etiam statim agere contraria actione, ut liberetur: exemplo curatoris reipublicæ: de quo simile traditum *l.* 3. §. 2. *D. de admin. rer. ad civit. pertin.* Sed plerumque petit hac actione tutor quod impendit. nec multum refert, utrum bonum eventum, an adversum habeat quod gestum est: sufficit enim tutori, bene & diligenter negotium gessisse *d. l.* 3. §. 7. quod & in contraria negotiorum gestione tradidi sub Titulo *De negot. gest.* Quid ergo, si in pupillum plus impendit tutor, quam est in facultatibus, an potest hoc consequi? Labeo affirmat. sed Ulpianus *d. l.* 3. *pr.* id sic accipit; si expedit pupillo, ita tutelam administrari: cæterum, si non expedit; putat, absolvi pupillum oportere: & hac utitur ratione quæ est optima: quod non in hoc administrantur tutelæ, ut merganturpupilli. Judex igitur qui in contrario judicio cognoscit, utilitatem pupilli spectabit, & an tutor ex officio sumptus fecerit. Postremo observat Callistratus *l.* 33. §. *ult. D. de admin. tut.* quod Principalibus Constitutionibus declaratur, sumptuum qui bona fide in tutelam, non qui in ipsos tutores fiunt, ratio haberi solet: nisi ab eo qui eum dat, certum solatium ei constitutum est.

Illud non inutiliter hic quæratur, qua forma repetat tutor id quod expendit? duplicem reperio: una est per modum exceptionis, si directo judicio agat pupillus: altera est per modum actionis, si non agat. hujus meminit Ulpianus *l.* 1. §. *ult.* utriusque §. 4. Inde sunt consequentia quæ ab Ulpiano traduntur *d. l.* 1. §. 5. 6. & 7. sane pulchra: sed quia liquent, abstinebo interpretatione supervacua. Petit igitur hac actione tutor sumptus, & impensas quas pro pupillo fecit bona fide, ita quod ei abest, propter tutelam. An & usuras? & hoc convenit officio Judicis: patiente actione bonæ fidei: ut dixi *De fœnore & usuris.* sed quas & quando? de hoc Ulpianus *d. l.* 3. §. 1. & *seqq.* plene & clare.

Altera Rubricæ pars est, De utili actione, id est, de utili curationis causa actione. quam superiore Titulo indicavi esse utilem negotiorum gestorum actionem: de qua Ulpianus *l.* 1. §. 2. & 3. *h. t.*

TITULUS V.

De eo qui pro tutore, prove curatore negotia gessit.

Edictum quod sub hoc Titulo fuit, sic concipio: *Si quis pupilli negotia pro tutore gessit, judicium eo nomine dabo.* Ratio proponendi hujus Edicti est in *l.* 1. *pr. h. t.* Sensus ex eodem loco & toto Titulo ultro intelligitur.

TITULUS VI.

Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur.

Hunc Titulum a Triboniano esse translatum in alium locum, quam quo eum esse voluit Prætor, non est, quod dubites. ad hunc certe non pertinet: nam in præsente quærimus actiones quibus ex gesta aut omissa tutela pupillo, aut tutori consulatur. alius ille neque pupillo, neque tutori providet: sed majori annis viginti quinque qui cum pupillo aliquid gessit auctore eo, qui non erat tutor. quo in casu securus est pupillus, quippe sine vero tutore non obligatus. sed per errorem læsus est qui cum pupillo gessit aliquid; ignorans, fal-

sum esse tutorem quo auctore gestum est negotium. quemadmodum autem illi subveniendum sit, propositum a Prætore fuit Edictum sub Titulo, *De in integrum restitutionibus.* ac si consideremus Inscriptiones Legum hujus Tituli quæ sunt ex Ulpiani & Pauli lib. 12. Ad Edictum; tum verba Edicti in *l.* 1. §. 1. *&* §. *ult.* apparet, illo tractari unam ex sex causis in integrum restitutionis, in Edicto perpetuo a Prætore propositis sub Titulo, *De in integrum restitutionibus.* Sed hæc jam demonstravi supra Titulo 1. libri IV. Nunc quod placuit Imperatori, etsi extra propositam materiam, ipsum Edictum attingam. Ejus capita sunt duo. prius ex *d. l.* 1. §. 1. *& ult.* hoc modo restituendum: *Quod eo auctore qui tutor non fuerit*, cum pupillo gestum erit, *si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem.* Hujus Edicti æquitas Ulpiano *l.* 1. *h. t.* non videtur ambigua. est vero hæc ne contrahentes decipiantur, dum falsus tutor adhibetur: id est, dum adhibetur is qui non fuerit tutor. Sic enim ait Prætor. *Quod eo auctore qui tutor non fuerit, gestum erit.* Verbis autem Edicti multa deesse, observat Ulpianus *d. l.* 1. §. 1. *& seqq.* nec abs re erit, exempla repræsentare. primum est tale in §. 2. Edictum loquitur de eo qui fuit auctor factus, cum non esset tutor: sed non loquitur de eo qui fuit quidem tutor, verum auctoritatem accommodare non potuit, puta furiosus vel ad aliam regionem datus: ita perinde est, ac si non esset tutor. deest igitur hoc Edicti verbis. Alius defectus observatur in §. 3. ecce: duo tutores contrahenti pupillo fiunt auctores: alter est verus, alter falsus. valet contractus, etsi celebratus falso tutore auctore; quia sufficit, unum verum esse, licet alter falsus sit. nec hic casus continetur Edicti verbis. Rursus pone §. 4. plures intervenere qui non erant tutores: non fuit locutus in plurali numero Prætor. in singulari dixit, Quod eo tutore auctore, qui tutor non fuerit, gestum erit. deest igitur vel hoc Edicti verbis. Postremo in §. 5. ait Ulpianus, si pro tutore negotia gerens, auctoritatem accommodaverit; nihilominus hoc Edictum locum habere: quantumvis non attingat casum, ubi quis pro tutore auctor pupillo est factus. Excipit Ulpianus: Nisi forte Prætor decrevit, ratum se habiturum id quod his auctoribus gestum est: tunc enim valebit per Prætoris tuitionem, non ipso jure.

Deinde ait Prætor, *Si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem.* Ulpianus *l.* 1. §. *ult. h. t.* Scienti, inquit, non subvenit, id est, in integrum restitutionem non dat Prætor illi qui sciens, falsum tutorem esse a quo interponitur auctoritas, nihilominus cum pupillo contraxit, aliudve gessit. Et addit Ulpianus, merito: causatus, quod non est deceptus, sed ipse se decepit. Promittit igitur Prætor in integrum restitutionem; si id actor ignoravit. Plus ait Paulus *l.* 2. Labeonem scribere, & si dictum sit ei, & bona fide non crediderit. Quid, si is sit, qui auxilio non indiget? plane negat Ulpianus *l.* 3 ei nocere scientiam. cedo exemplum, ut puta, si pupillus cum pupillo egit. qua ratione? hanc subjicit, Nam cum nihil actum sit, scientia non nocet. Quid si sit minor viginti quinque annis? certum est, hunc teneri jure civili: sed lapsum lubrico ætatis in integrum restitui. succurretur igitur ei, etsi scierit, auctore Paulo *l.* 4. at non ex hoc Edicto: sed ex generali Edicto de minoribus. Non subsistit ad hæc Ulpianus *l.* 5. Verum interdum inquit, & si scientia noceat, id est, etsi alias soleat nocere scientia; tamen restitutio facienda erit. & ponit exemplum, si a Prætore compulsus est ad judicium accipiendum. quod habet rationem; & est similis excusatio *l.* 6. § 3. *D. de his qui not. infam.* Si igitur quis cum pupillo aliquid gessit, auctore eo quem ignorabat esse falsum tutorem, parata læso propter ignorantiam est in integrum restitutio: si vero scivit, falsum tutorem esse, nocet ei scientia. Nec tamen hoc semper est sine difficultate: cum possit aliquando quæri, cujus scientia computanda sit: utrum pupilli, an tutoris. finge, ut res exemplo intelligatur: pupillus auctore tutore suo quid gessit cum alio pupillo, interveniente auctoritate falsi tutoris, qui est casus *l.* 3. *h. t.* utrius scientia computanda est, pupilli, an tutoris? eam quæstionem tractat Paulus *l.* 6. *h. t.* sed obscure, ut solet, brevitate sermonis. Principio sic loquitur: *Pupilli scientia computanda non est.* nempe, ne ex hoc Edicto accipiat in integrum restitutionem. cujus igitur? sic ait: *Scientia tutoris ejus computanda est.* sensus Pauli: Si tutor scivit, falsum tutorem esse eum cujus intervenit auctoritas, potest pupillus agere adversus tutorem suum. hoc ei suffecerit: maxime, si ei sit cautum satisdatione rem salvam fore: nam tum potest securus videri. In hunc modum opinor Paulum esse initio accipiendum: sed hanc sententiam deinde corrigi verbis sequentibus: *Utique* [*&*] *si pupillo cautum sit, melius dicetur rem suam restitui pupillo, quam incertum cautionis eventum* [*eum*] *spectare.* Sensus Pauli, Licet permittatur pupillo, cui est satisdatione cautum, agere non modo adversus tutorem, sed etiam adversus ejus fidejussores, omissa ex hoc Edicto restitutione in integrum: tamen melius, id est, utilius, æquius, dicetur, pupillo rem suam, sive jus suum, restitui ex hoc Edicto per in integrum restitutionem; quam eum agere adversus fidejussorem ex satisdatione, tam incerto ejus eventu. addit Paulus, & Julianum, si alias circumventus sit pupillus, hoc respondisse, quamquam incognitum non sit, pupillum hoc in casu habere electionem *l.* 1. *l.* 3. *l.* 5. *C. Si tutor vel curator intervenerit.*

Alterum Edicti caput ita proditur *l.* 7. *h. t.* *In eum qui cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicitur, judicium dabo, ut quanti ea res erit, in tantam pecuniam condemnetur.* In hoc capite proponitur actio in factum, si quid sit cum pupillo gestum, auctore tutore falso: & quia non distinguitur pupillus, nihil refert, qualis sit cui falsus ille tutor auctor factus sit. Ita Ulpianus *l.* 11. *D. h. t.* Verba Ulpiani. *Falsus tutor qui in contrahendo auctor minori duodecim vel quatuordecim annis fuerit, tenebitur in factum actione, propter dolum malum: cujuscumque conditionis fuerit vel sui juris vel alieni.* Non hoc subsistit fine Ulpianus. plus addit. §. 1. *Sed & si quis filiæfamilias auctor factus sit ad contrahendum, tenetur. Idemque juris est si ancillæ quis tutore auctore credidisset. Nam omnibus istis modis propter tutorem decipitur is qui contraxit, qui aliter cum impubere contracturus non fuit, quam si tutoris auctoritas intercessisset.* Hæc ego sic obiter & leviter. cum cura executus ea belle Jacobus Cujacius *lib.* 22. *Observ. c.* 20. tu vide: & juvabit vidisse. Proponitur igitur hoc capite (eo enim redeo) actio in factum, si aliquid sit cum pupillo falso tutore auctore gestum. non tamen alias, quam si pupillo sit auc-

ctor dolo malo factus. sic enim observat Ulpianus *d. l.* 7. §. 1 *h. t.* Verba Ulpiani: *Non semper tutor convenitur; nec sufficit, si sciens auctor fuit, verum ita demum si dolo malo auctor fuit. Quid, si compulsus, aut metu, ne compelleretur, auctoritatem adcommodaverit?* Interrogatio sine responsione facta, perinde accipienda, quasi subjecta esset responsio: ut alias saepe.

Datur porro haec actio ei qui laesus est dolo malo ejus qui auctor factus est, cum non esset tutor.

Adversus quem? adversus eum qui auctoritatem dolo malo adcommodavit *l.* 11. §. 1. *h. t.* An etiam adversus pupillum? possit alicui videri propter *l.* 10. *d. t.* sed non placet Jacobo Cujacio *lib.* 22. *Observ. c.* 19. eum locum more suo erudite interpretanti. Caeterum hujus actionis exemplo Pomponius apud Ulpianum *l.* 9. *d. t.* scribit, dandam actionem adversus eum qui dolum malum adhibuit, ut alius auctoraretur inscius *l.* 9. *h. t.*

Superest, ad quid detur haec in factum actio. Praetor sic ait, *Quanti ea res erit.* His autem verbis utrum poenam designat, an veritatem? Ulpianus *l.* 7. §. 2. Magis puto, inquit, non poenam, sed veritatem his verbis contineri. Pomponius autem apud Ulpianum *d. l.* 7. §. 3. addit, etiam sumptuum in hoc judicio rationem haberi quos facturus sit actor restitutionis judicio. Est igitur haec actio non poenalis, sed rei persecutoria, utique ex parte actoris, §. 2. *d. l.* 7. enimvero ex parte rei quo minus poenalis sit, id non obstat: & ideo heredibus quidem datur, sed adversus heredes non datur. Optime Ulpianus *l.* 9 §. 1. *h. t. Has in factum actiones heredibus quidem competere caeterisque successoribus, in eos vero non reddi Labeo scribit: nec in ipsum post annum: quoniam & factum puniunt, & in dolum concipiuntur: & adversus eas personas quae alieno juri subjectae sunt, noxales erunt.* Notavi similia ad Titulum *De eo per quem factum erit.*

TITULUS VII.

De fidejussoribus & nominatoribus & heredibus tutorum & curatorum.

Partes Rubricae duae sunt: una de fidejussoribus & nominatoribus tutorum: altera de eorum heredibus. prior pars indicat, actionem pupillo dari non modo adversus tutorem de quo dictum supra, sed etiam adversus ejus fidejussores. fuitque horum specialiter facienda mentio: occurrente in his singulari jure, quod in aliis fidejussoribus non obtinet. nam cum caeteri fidejussores jure civili non teneantur, nisi interveniente stipulatione: in tutorum fidejussoribus nihil refert; utrum stipulatione sint obligati, an nudo consensu. utique, si a tutoribus nominati praesentes fuerint, & non contradixerint, & nomina sua in acta publica referri passi sint; perinde tenentur, atque si stipulatio jure legitimo interposita fuisset. Eadem causa videtur adfirmatorum: qui scilicet, cum idoneos esse tutores adfirmaverint, fidejussorum vicem sustinent *l.* 4. §. 3. *D. h. t.*

Vim hujus fidejussionis quaerentibus: ait Ulpianus *l.* 4. §. 6. *D. Rem pupilli salv. fore*, generaliter esse sciendum, ex quibus causis diximus tutelae agi non posse, ex iisdem causis nec ex stipulatu rem salvam fore agi posse, dicendum esse. Et est ratio optima: quod cum fidejussore non agitur ex persona sua, sed ex persona tutoris pro quo fidejussit *l.* 6. *h. t.* Inde non male Paulus *l.* 5. *D. h. t.* quod si cum fidejussoribus tutoris ex stipulatione rem salvam fore agetur, easdem habebunt reputationes quas tutor. Ab eodem fonte scribit Ulpianus *l.* 3. *D. h. t.* constare, etiam fidejussorem & heredes fidejussoris esse revocandos ad eamdem usurarum rationem ad quam & tutor revocatur. Africanus *l.* 10. *D. Rem pupill. salv. for.* idem de fructibus censet. De caetero respondit Paulus *l.* 46. §. 4. *D. de admin. & peric. tutor.* propter ea quae post pubertatem, nulla necessitate cogente, sed ex voluntate sua tutor administravit, fidejussorem qui salvam rem fore cavit, non teneri. Illud nec ego praeteribo: quod si unus tutor plures dederit fidejussores, licet omnes solvendo sint; inter eos cessat beneficium divisionis, alioquin solitum pluribus ejusdem debitoris confidejussoribus ex Epistola D. Hadriani concedi. quamquam sicut placuit hoc in uno in solidum observari: ita visum est, huic sic convento a pupillo cedi actiones adversus reliquos ejus confidejussores: ut quod ultra suam portionem solvit, ab illis recipiat. Profecto juste. Non tamen sine difficultate quam ita proponit, & dissolvit Papinianus *l. ult. D. Rem pupill. salv. fore.* verba Papiniani: *Si plures fidejussores a tutore pupillo dati sunt, non esse eum distringendum, sed in unum dandam actionem: ita ut ei qui conveniretur, actiones praestarentur. nec quisquam putaverit ab jure discessum: postquam pro ea parte placuit tutores condemnari, quam administraverunt: & ita demum in solidum, si res a caeteris non servetur, & idonea culpa detegatur, quod suspectum facere supersederit. nam aequitas arbitri atque officium viri boni videtur eam formam juris desiderasse. Caeterum fidejussores civiliter in solidum obligati, caeteris quidem agentibus, ut dividatur actio, impetrare possunt: pupillo vero agente, qui non ipse contraxit, sed in tutorem incidit, & ignorat omnia, beneficium dividendae actionis injuriam habere visum est; ne ex una tutelae causa plures ac variae quaestiones apud diversos judices constituerentur.* Pupillo dati sunt ab uno tutore plures fidejussores. quid juris pupillo adversus eos finita tutela acturo? Papiniani sententia est, unum ex pluribus a pupillo conveniri posse in solidum, & conventum in solidum condemnari; nempe quia inter eos cessat beneficium divisionis ex Epistola D. Hadriani. Video, inquis. at qui potest: postquam placuit, tutores tantum pro hac condemnari parte, quam administrarunt: & ita demum in solidum, si res a caeteris servari nequeat: & tutoris idonei (Florentiae legitur, *idonea:* sed sensus postulat, *idonei:* idque etiam suadent Graeci *Basilic. lib.* 38. *tit.* XI. *tom.* 5. *p.* 177. transferentes, *idoneorum*) &, inquam, tutoris idonei culpa detegatur; quod suspectum facere supersederit. Sic obtinuisse, praeter Papinianum in hoc loco etiam docui ipse supra sub Titulo, *De tutel. & rat. distrab.* Id vero postquam est in tutoribus receptum: quomodo potest inde recedi in fidejussoribus? qui non debent accipi in duriorem causam, quam ipsi tenentur tutores. Sed observate respondet Papinia-

nianus, æquitatem arbitri atque officium viri boni, volente quodammodo necessitate, eam juris formam desiderasse: si unus proponatur tutor, ut in præsenti, ipse in solidum obligatus, & plures dedisse fidejussores. nam ut sit regulariter justum, fidejussores civiliter aliis scientibus & volentibus stipulatione obligatos, his agentibus impetrare, ut dividatur actio, cum reliqui solvendo sunt tempore litis contestatæ: tamen quod in cæteris æquum est: pupillo agente, qui non ipse contraxit volens & sciens: verum obligatione quasi ex contractu in tutorem incidit, ac per eum in fidejussores, & ignorat omnia, beneficium dividendæ actionis injuriam habere: eo magis; quia ex una tutelæ causa quæ apud unum Judicem uno tutelæ judicio expediretur in solidum: beneficio divisionis admisso in favorem conventi fidejussoris, plures quæstiones apud diversos Judices constituerentur: quando non, ut plures tutores in *l.* 2. *D. de quib. reb. ad eumd. Judic. eat.* & *l.* 5. *C. Arbitr. tutel.* ita plures fidejussores ad eumdem Judicem mittuntur.

Ne igitur distringatur pupillus; est hoc juris, datis ab uno tutore pluribus fidejussoribus. Sed fac: plures esse tutores; pluresque ab his datos fidejussores, a singulis singulos: quid dicemus? jam aliud esse, quia si plures tutores, inter quos locum habeat beneficium divisionis, singuli singulos dederunt fidejussores: oportet unumquemque fidejussorem conventum, ut solet, ex persona tutoris, habere divisionis beneficium: sicut hoc ipsi haberent tutores a pupillo conventi: nempe, quia non suo conveniuntur nomine, sed, ut dixi, ex persona tutorum; nec adeo debet fidejussor in deteriorem causam esse acceptus, quam tutor, reus principalis. quod jura non ferunt. Huc me ducunt sequentia verba *l.* 6. *h. t. Pupillus contra tutores, eorumque fidejussores, judicem accepit: judice defuncto, prius quam ad eum iretur, contra solos fidejussores alter judex datus est: officio cognoscentis conveniet, si tutores solvendo sint, & administratio non dispar, sed communis fuit, portionum virilium admittere rationem ex persona tutorum.* Species: Pupillus finita tutela a Prætore petiit Judicem partim contra tutores; partim contra fidejussores. Sic potuit fieri ante *Novell.* 4. post eam non potest pupillus a fidejussoribus incipere, ne pro parte quidem. sed prius debet reum principalem excutere; eoque excusso demum venire adversus fidejussores. sed ante hanc Novellam aliter fuit. nam tum potuit creditor, prout vellet, initium facere vel a tutoribus, vel a fidejussoribus in solidum: vel adversus hos & illos pro parte: ut est videre in *l.* 1. *C. h. t. l.* 3. §. 1. *D. de duob. reis*, & sic factum in *d. l.* 6. cæterum petito constitutoque a Prætore judicio, mortuus est, antequam adiretur, Judex: & cum de more alius esset a Prætore substituendus, ne liti fieret impedimentum *l. pen. C. de pedan. judic.* pupillus Judicem jam non ut ante petiit partim adversus tutores, partim adversus fidejussores; sed omissis tutoribus, adversus fidejussores solos. id quidem post litem contestatam facta novatione non licebat aliis; nisi ex decreto Prætoris causa cognita: ut ostendi sub Titulo, *De edendo.* sed facilius pupillo permissum fuit: sicut licet illi propter ætatem jura ignorare, ut sub Titulo *De jur. & fact. ignor.* traditum. Omissis igitur tutoribus, pupillus petiit a Prætore Judicem adversus solos fidejussores. Quid inde? convenit officio cognoscentis, id est, dati Judicis, si tutores solvendo sunt, & administratio non dispar, sed communis fuit, in personis fidejussorum admittere rationem portionum virilium: sicut eam admitteret, si ipsi conventi essent tutores. sed jam dixi, quod fidejussores non proprio nomine conveniuntur, verum ex persona tutorum; nec debent, quamquam diversis actionibus conventi, in duriorem causam obligati censeri *l.* 6. & 7. *h. t.*

In posteriore Rubricæ parte, quæ est de heredibus tutorum & curatorum, duplex venit consideratio: una, quomodo heres ex facto proprio teneatur actione tutelæ. & est ratio ejus quæstionis: quod ut tutoris heres non fit tutor; debent tamen per defunctum inchoata per heredem legitimæ ætatis & masculum explicari; ac si ea gerere perseveraverit, in his potest ejus dolus admitti: nec iniquum est, eum suo nomine de dolo suo teneri: de culpa vero non alia, quam lata quæ est dolo proxima *l.* 1. *l.* 4. *pr. D. h. t.* sic enim accipio hoc Ulpiani *ibidem* §. 1. *Negligentia plane propria heredi non imputabitur:* nam sensus indefinitæ locutionis est, negligentiam plane propriam heredi non omnem imputari: eumque etiam observavi Titulo sequente in *l.* 4. Habet autem, quod in præsenti ait Ulpianus, rationem: propterea, quod dolum, ut est delictum a sciente admissum, a pœna vacuum esse non oportet. cæterum culpa sive negligentia est error: qui veniam hic eo justius invenit; quod heres plerumque putat quæ agit, esse sua; in quibus illi negligentem esse licet §. 5. *l.* 24. *D. Soluto matrimonio.*

Altera quæstio est: quomodo heres de tutoris facto teneatur? præbet quæstioni causam, quod Ulpianus *l.* 1. §. 16. *D. de tut. & rat. distr.* ait, constare, actionem tutelæ etiam dari adversus heredem tutoris. tutor autem hac actione tenetur de dolo, ac culpa lata & levi. videtur igitur ejus heres quoque ea de dolo, culpa lata & levi teneri: maxime cum ea actio sit rei persecutoria quasi ex contractu, in quo heres defunctum repræsentat certo jure. Sed si id placet: quid opus fuit proprio Titulo, De heredibus tutorum & curatorum. Melius igitur videatur, & in hac parte dici pro causa novi Tituli: quod aliud in tutore, aliud in ejus herede, observatur. atque ita est: tutor ipse tam de levi, quam de lata, culpa tenetur: sed heres tantum de ejus culpa lata; non etiam de levi tenetur. nimirum, ut ipse tutor æque de levi ac de lata culpa teneatur: unus & providus suasit pupilli favor: qui si non intercederet, ne tutor quidem deberet ex sua administratione, ad solius pupilli utilitatem respiciente, aliter quam de dolo & lata culpa obligari: hoc magis, quod ad eam venit invitus & coactus necessitate muneris publici. At e diverso fuit æquitatis; ne heres tutoris de ejus levi culpa teneatur. primum quia pleraque ignorat. deinde est ad heredem ex defuncti administratione nihil lucri perventurum. Atqui heres in aliis contractibus ex defuncti levi culpa tenetur. Nempe, quia plerique habent propositum lucri: certe omnes sunt voluntarii. sola invito defertur tutela & cura. etiam hæc, ut dixi, constat administratione, nullam habente utilitatis contemplationem. Est igitur alia tutoris, alia heredis ratio. ille tenetur de dolo, culpa lata & levi. hic tantum de illius dolo,

lo, & culpa lata *l.* 4. *D. de magistratibus conveniendis.* Hac ratione posset & de dolo ac lata culpa dubitari. Sed apud Paulum *l.* 49. *D. de obligationibus & actionibus* est certa juris regula, *Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur: veluti cum tutor in tutela gerenda dolo fecerit.* Eodem modo Pomponius *l.* 12. *D. eod. tit. Ex depositi*, inquit, *& mandati, & commodati, & tutelæ, & negotiorum gestorum, ob dolum malum defuncti heres in solidum tenetur.* Non auderem regulæ adjicere exceptionem, infinito utriusque sermone: nisi ipse testaretur Paulus *l. ult.* §. 1. *D. h. t.* esse circa tutoris dolum cui lata comparatur culpa, heredis ignorantiæ Principum Constitutionibus subventum. Non nominat eas Paulus: sed probabile est, indigitare Constitutionem Severi & Antonini quæ in *l.* 1. *C. de heredib. tutor.* legitur hoc modo. *Heredes tutorum ob negligentiam quæ non latæ culpæ comparari possit, condemnari non oportet, si non contra tutorem lis incboata est, neque ex damno pupilli lucrum captatum, aut gratia præstitum sit.* Sic editur: sed Græci *lib.* 38. *Basilic. tit.* 7. *tom.* 5. *pag.* 104. suadent restitui, *Heredes tutorum ob negligentiam quæ latæ culpæ comparari possit, condemnari non oportet, si*, & reliqua. Sensus: Quod tutoris heres ob negligentiam quæ possit latæ culpæ comparari, ante quidem solitus fuit condemnari ex regula juris: sed visum est Imperatoribus, eum non oportere ob talem culpam condemnari: præterquam in tribus casibus. Primus est, si lis est contra tutorem inchoata. Paulus *d. l. ult.* §. 1. sic exprimit. *Hoc tamen tunc observandum est, cum post mortem tutoris heres conveniatur, non si lite contestata tutor decesserit.* & pro ratione subjicit: Nam *litis contestatione & pœnales actiones transmittuntur ab utraque parte, & temporales perpetuantur.* Alter casus est, Si ex damno pupilli lucrum captatum sit. æque juste, quia tale lucrum heredi merito extorquetur *l.* 38. *D. de regulis juris.* Postremus casus est, Si gratia præstitum sit. id est, si amico suo tutor ex pupilli rebus aliquid donaverit: nam & sic quodammodo locupletior factus intelligitur *l.* 54. §. 1. *D. de furtis.*

TITULUS VIII.

De Magistratibus conveniendis.

Superioribus Titulis indicavi remedia quibus ad suum perveniant minores a tutoribus aut curatoribus læsi. quæ si non sufficiant, eis hoc Titulo subvenitur actione subsidiaria: sic vocata, quia minoribus ultimum adfert præsidium §. 2. *Inst. de satisd. tut.* est alioquin eadem quæ competit in tutorem *l. ult. D. h. t.* id est, tutelæ: sed utilis *l.* 1. *pr. D. l.* 1. *l.* 5. *C. h. t.* tenet enim Magistratum municipalem: non quod tutelam attigit, aut neglexit; sed quod a tutoribus quos dedit, non petiit idoneos fidejussores, rem pupilli salvam fore; ideoque actione tutelæ directa quæ de ea re non loquitur, conveniri non potest. cum tamen æquum esset, pupillo etiam hac in specie consuli aliqua actione, nec ostenderetur alia: placuit Senatui, auctore D. Trajano, exemplo directæ tutelæ actionis indulgere utilem *l.* 2. *D. & l.* 5. *C. h. t.*

Est autem ei, ut cœpi dicere, locus: si Magistratus municipalis, cum daret tutorem aut curatorem, non exegerit fidejussores, aut exegerit quidem, sed non idoneos *d.* §. 2. *Inst.* Quid, si ab initio tutorem dedit idoneum, & non satis exegit? negat Ulpianus sufficere *l.* 1. §. 11. *D. h. t.* nempe, quia non, ut debuit, exegit satis: & tutor qui nunc est idoneus, cras potest desinere talis esse; tam incertis rebus humanis. Contra finge, eum, cum tutores daret, satis exegisse, & idonëe, sed postea facultatibus lapsos esse tutores vel fidejussores. nihil est quod imputetur ei qui tutorem dedit; & functus, ut debuit, officio suo. sane non est rationis, Magistratus futuros casus & fortunam pupillo præstare *d. l.* 1. §. 11. Æque dicemus, si satis non exegit Magistratus, verum tutor eo tempore, quo tutelæ agi potest, id est, finita tutela, fuerit idoneus, & hoc sufficere *d. l.* 1. §. 12. videlicet, quia non fuit causa actionis, ubi integra fuit pupilli causa, & in nulla parte læsa. secuta vero curatorum cessatio Magistratui obesse non debet *l.* 53. *D. de admin. tutor.* Interim quærentibus, cui incumbat probatio, si dubitetur, utrum idoneus fuerit tutor aut fidejussor; an non? Ulpianus *d. l.* 1. §. 13. sic respondet: *Probatio non pupillo incumbit, ut doceat, fidejussores solvendo non fuisse, cum acciperentur: sed Magistratibus, ut doceant, eos solvendo fuisse.* Et recte: quando probatio non incumbit ei qui negat, sed qui dicit: ut observatum sub Titulo *De probationibus.* Introducta igitur subsidiaria actio a Senatu est; si Magistratus qui tutorem dedit, non exegerit idoneam satisdationem. quomodo autem exigere eam debeat, docet Ulpianus *l.* 1. §. 15. & 16. *D. h. t. & l.* 2. 3. 4. *D. Rem pupill. vel adolesc. salv. for.*

Postquam dixi, quando competat actio subsidiaria: quæris, cui danda sit? & apparet, dari pupillo: cujus causa est a Senatu inventa *l.* 2. *D. h. t.* Datur tamen & heredibus ejus *l.* 1. §. 4. *d. t.* quia, ut dixi, datur exemplo actionis tutelæ directæ, æque heredibus, ac pupillo competentis. De tutore videamus. fac: tutor pro contutore solvit solidum: hic inops decessit. Paulus *l.* 2. *D. h. t.* respondit, cum pupillo a tutore sit satis factum, neque pupillum ad Magistratus redire posse, neque tutorem: & addit porro, quod numquam tutor adversus Magistratum habet actionem: causatur vero, Senatusconsultum pupillo subvenire, id est, tantum de pupillo loqui: & esse serviendum Senatusconsulto; præsertim cum est, quod tutori imputetur, quod satis a contutore non accepit, vel suspectum non fecit, si scit, Magistratibus eum non cavisse. Quid, si tutor ab hac parte culpa vacet? Senatusconsultum spectantibus, idem foret dicendum. sed Julianus *l.* 3. *D. h. t.* ait, non fore iniquum, adversus Magistratus actionem ei dari. Similis quæstio est in *l.* 5. *D. h. t.* Proponuntur ibi duo tutores partiti inter se esse administrationem tutelæ. alter sine herede decessit. quæsitum esse dicit Julianus in Magistratum qui non curasset, ut caveretur, an in alterum tuto-

torem actio pupillo dari deberet? ipse vero respondit, æquius esse, in alterum tutorem dari, quam in Magistratum: debuisse enim eum, cum sciret, pupillo cautum non esse, universa negotia curare. & in ea parte, quam alteri tutori commisisset, similem esse ei qui ad administrationem quorumdam negotiorum pupilli non accessisset. nam etsi aliquam partem negotiorum pupilli administraverit, teneri etiam ob rem quam non gessit, cum gerere deberet.

Intellecto, cui detur subsidiaria a Senatu actio: primum est scire, adversus quem detur. fuit autem Senatui consilium, eam dare adversus Magistratum: qui cum tutorem daret, non exegit satisdationem, rem pupilli salvam fore, aut exegit aliquam, sed non idoneam. is vero Magistratus est municipalis. Prætor certe aut quis alius cui tutoris dandi jus est, id est, cui directo tutoris dandi jus est, si tutorem dedit, hac actione non tenebitur *l.* 1. §. 1. *D. h. t.* §. *ult. Inst. de satisd. tutor.* quia tutorem suo jure dat ex inquisitione: ac, cum ejus fides cedat pro vinculo satisdationis, idoneum dedisse videtur: datus vero satisdatione non oneratur *pr. Inst. d. t.* Contra est in Magistratu municipali: nam hic tutorem dat, non directo, sed demum à Prætore jussus, & solet cautionem exigere §. *ult. Inst. d. t.* quia tutorem dat sine inquisitione. Datur igitur a Senatu subsidiaria actio adversus municipalem Magistratum qui tutorem dedit, aut non exacta satisdatione, aut non idonea. Inde quæsitum fuit, quid juris sit; si Magistratus municipalis non dedit tutorem, sed Præses provinciæ eum Magistratum tantum voluit de facultatibus tutorum denunciare, ut ipse daret? potuit dubitari: & commode Ulpianus *d. l.* 1. §. 2. ait, extare D. Marci Rescriptum quo voluit, eos qui Præsidi renunciant, non perinde teneri, atque si ipsi dedissent: nisi si deceperunt Prætorem, gratia forte aut pecunia falsa renunciantes. plane addit Ulpianus, si Præses provinciæ satis eos exigere jussit; teneri eos, etiamsi Præses dederit. Similia occurrunt in §. 3. & 5. *d. l.* 1. quæ non excutio, quia ex superioribus facile intelliguntur. Potius dicam, quod plus observat Ulpianus §. 6. Magistratibus etiam imputari, si omnino datus non sit tutor vel curator: sed ita demum, si moniti non dederint: nec ambigi, quin damnum quod impuberes vel adulescentes medio tempore passi sunt, ad eos pertineat Magistratus, qui munere mandato non paruerunt. Similiter sciendum esse ait Ulpianus §. 7. si Magistratus municipales data opera tutelam distulerint in successores suos, vel si satisdationem data opera traxerint, quoad successores accipiant, nihil eis prodesse. Postremo ait Ulpianus §. 8. D. Hadrianum rescripsisse, etiam in eum qui electus est ad æstimandas tutorum satisdationes actionem dandam.

At subsidiaria actio sicut adversus Magistratum, sic adversus heredes quoque ejus datur: quamquam non eodem plane modo quo ipsi tenentur. nam nec heres tutoris, ut ipse tutor, tenetur. tutor enim de dolo, & culpa lata ac levi tenetur: at heres tutoris non tenetur negligentiæ nomine, id est, cujuscumque negligentiæ, sive non levis negligentiæ, nomine. similiter succedit quidem Magistratus in omne periculum quod subit tutor: sed heres ipsius dolo proximæ culpæ succedaneus est *l.* 4. *D. h. t.* ita quod ad heredem Magistratus attinet, ait Ulpianus *l.* 6. *D. h. t.* extare D. Pii Rescriptum, causa cognita debere dari actionem: & cum quæri posset, quid in causæ cognitione versetur; subjicit, Magistratum, si tanta fuit ejus negligentia, ut omnem cautionem omitteret, æquum esse, haberi eum loco fidejussoris, ut & heres ejus teneatur: si vero cavit, & tunc idonei fuerunt, & postea desierunt, sicut [&] ipse Magistratus probe recusaret hanc actionem, ita & heredem multo justius. Novissime ait, non alias in heredem dandam hanc actionem, quam si evidenter Magistratus cum minus idoneis fidejussoribus contrahunt.

Incidit hic & illa inspectio: si filiusfamilias fuit Magistratus, & caveri pupillo non curaverit, aut non idonëe cautum sit culpa ejus: an & quatenus in patrem ejus actio danda sit. Primum ait Ulpianus, Julianum sequutus *l.* 1. §. *ult. D. h. t.* in patrem dandam de peculio actionem: sive voluntate ejus filius Decurio factus sit, sive non. Deinde hanc subjicit rationem: Nam & si voluntate patris Magistratum administravit, attamen non oportere patrem ultra quam de peculio conveniri: quasi rempublicam salvam solam fore promittat qui dat voluntatem, ut ut filius Decurio fiat. Sic hic Ulpianus: in eumque sensum etiam ex sententia Papiniani alibi respondit *l.* 3 §. *ult. D. de pecul.* Obstat tamen *l.* 1. *C. Quod cum eo qui in alien. potest.* Sed huic occurrit D. Cujacius *lib.* 13. *Observ. c.* 34.

Similis labor est, an in Ordinem Decurionum danda sit subsidiaria actio. Et Ulpianus *l.* 1. *D. h. t.* ita scribit: In Ordinem subsidiaria actio non dabitur, sed in Magistratus. An in fidejussores eorum dabitur? Et hoc negat Ulpianus *d. l.* præfatus, quod hi rempublicam salvam fore promittunt, non pupilli. Proinde (sic pergit) nec nominatores Magistratuum ex hac causa tenebuntur, sed soli Magistratus, puto, quia de his solis locutus fuit Senatus. Quid, si Ordo receperit in se periculum? hic placet Ulpiano, æquum esse, teneri eos qui præsentes fuerunt: qua ratione? quia parvi refert, nominaverint vel fidejusserint, an in se periculum receperint. Ait ergo, utilem in eos actionem competere. cæterum si a Magistratibus tutor datus sit, non videri per Ordinem electum.

Reliquum est, ut tractemus, quid petat subsidiaria actio? Et cum dictum sit in antecessum, eam competere exemplo actionis tutelæ directæ, & re vera esse utilem tutelæ actionem: verius est, ad id dari, ad quod actionem tutelæ dari, supra diximus: hoc est, ad præstationem ejus quod pupillo ex tutelæ administratione debetur: huc enim exit tutelæ actio. ita quatenus attinet ad sortem. sed de usuris quid dicemus: videtur enim de his fuisse dubitatum; eo quod est constitutum, pœnarum usuras peti non posse. Sed Ulpianus *l. ult. D. h. t.* rescriptum est, inquit, a D. Severo & Antonino, & usuras peti posse: hac adjecta ratione, quoniam eadem in Magistratibus actio datur quæ competit in tutores.

Tenetur igitur Magistratus eo modo quo tenetur tutor, id est, in solidum. si quidem unus sit. sed quid si plures sint? jam omnes tenentur. utrum pro virili portione, an est optio ejus qui pupillus fuit, cum quo potissimum agat? Celsus *l.* 7. *D. h. t.* sic respondit,

Si dolo fecerunt Magistratus, ut minus pupillo caveretur, in quem vult, actio ei danda in solidum est: sin culpa dumtaxat eorum, neque dolo malo id factum est, æquius esse existimo, pro portione in quemque eorum actionem dari, dum pupillo salva res sit.

Ostendi, quemadmodum exercenda a pupillo sit subsidiaria tutelæ actio, & quis sit ejus exitus. adhuc quæritur, an privilegium quod habet pupillus in bonis tutoris, ei quoque competat in bonis Magistratus? Sed negat Ulpianus *l.* 1. §. 14. *h. t.* Privilegium, inquiens, in bonis Magistratus pupillus non habet, sed cum cæteris creditoribus partem habiturus est.

TITULUS IX.

De rebus eorum qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis.

Ratio connectendi hujus Tituli cum superioribus est: quod post varias actiones, pupillis & adultis adversus tutores & curatores aliosque concessas, hic postremo eis permittitur actio adversus emptores, res eorum perperam sine decreto alienatas possidentes. id ut intelligatur, sciendum est, placuisse D. Severo Oratione in Senatu habita, mox secuto Senatusconsulto, (unde ea Oratio & Senatusconsultum dicitur *l.* 15. *C. h. t.*) tutorem vel curatorem, post confectum inventarium bonorum & instrumentorum pupilli vel adolescentis, omnia auctionari eorum bona: exceptis prædiis & mancipiis rusticis vel suburbanis: quæ sine decreto Prætoris vel Præsidis ab eis alienari prohibentur *l.* 22. *C. de administr. tutor.* cæteris vero venditis; pecuniam inde redactam deponere ad prædiorum comparationem, vel fœnori collocare; salva ubique voluntate parentis qui bona reliquit. Pars Orationis quæ huc facit, hoc modo refertur apud Ulpianum *l.* 1. *pr.* §. 1. & 2. *D. h. t.* Imperatoris Severi Oratione prohibiti sunt tutores & curatores prædia rustica vel suburbana distrahere. quæ Oratio in Senatû recitatâ est, Tertyllo & Clemente Consulibus, (quorum etiam mentio apud Gruterum *Inscriptione* 4. *pag.* 1027.) Idibus Juniis. Et sunt verba ejus hujusmodi: *Præterea, Patres Conscripti, interdicam tutoribus & curatoribus, ne prædia rustica vel suburbana distrahant: nisi ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint. Quod si forte æs alienum tantum erit, ut ex rebus cæteris non possit exsolvi: tunc Prætor Urbanus Vir Clarissimus adeatur, qui pro sua religione æstimet quæ possint alienari obligarive debeant: manente pupillo actione, si postea potuerit probari, obreptum esse Prætori. Si communis res erit, & socius ad divisionem provocet, aut si creditor qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, jus exequetur, nihil novandum censeo.*

Ait Oratio. *Interdicam tutoribus & curatoribus.* Ante hanc Orationem habebat tutor & curator jus vendendi omnes pupilli aut minoris res, cum mobiles, tum immobiles; & valebat facta venditio *l.* 8. §. 1. *D. h. t.* idcirco quod tutor & curator, quatenus ad providentiam pupillarem, domini loco habetur *l.* 27. *D. de administr. tutor.* Sed cum infinita illa alienandi facultas minoribus esset periculosa, recte & ordine existimavit D. Severus, id quod hac in parte non videbatur e re pupilli aut minoris esse, tutoribus & curatoribus hac Oratione esse interdicendum: & si quid contra factum sit, hoc pro nullo haberi oportere: ut post dicetur. Sed Oratio cum alienationem interdicit *tutoribus & curatoribus*: non distinguit tutores & curatores. proinde non refert ejus quales sint: nec absurde dicemus, alienationem tutoribus & curatoribus omnibus sine discrimine interdicere. Quid, si pater aut parens sit liberis emancipatis tutor? (is est casus *l.* 3. *C. h. t.*) vel ab eo, si velit obligare, adiri Prætorem oportet: sub hoc tamen temperamento, ut pronior sit Prætor ad consentiendum patri *l.* 7. §. 2. *D. h. t.* Plane Oratio, etsi indistincte nominat tutores & curatores; visa tamen, verba spectantibus, proprie quidem minorum curatores intelligere: quasi id sit conjunctioni tutorum & curatorum consequens: sed nihilominus, quod est eadem ratio in furiosorum & prodigorum curatoribus quæ est in curatoribus minorum: credidit Ulpianus, quod Orationi deest, ejus sententia suppleri *l.* 8. §. 1. & *l.* 11. *D. h. t.* Cæterum qui neque tutores neque curatores sunt ipso jure, sed pro tutore negotia gerunt, vel pro curatore, eos non posse distrahere res pupillorum vel adolescentium, nulla dubitatio est *d. l.* 8. *D. h. t.*

Deinde addit Oratio, se interdicturam tutoribus & curatoribus, *Ne prædia rustica vel suburbana distrabant.* Sermo omnis est de prædiis rusticis & suburbanis. de urbanis nullus. servat igitur Oratio in his jus vetus: nec est dubium, quo minus ista adhuc post hanc Orationem vendi possint *l.* 11. §. 5. *D. de minoribus.* optima, ut tum videbatur, ratione differentiæ: ea ratio erat; quod rustica prædia habent plerumque majores ac certiores reditus, quam urbana. præterea non sunt tot casibus ac sumptibus obnoxia. Quæ porro Oratio dicat rustica, quæque urbana, prædia, definit Ulpianus *l.* 198. *D. de verbor. signific.* est enim ex ejus lib. 2. De omnibus tribunalibus: ex quo etiam *l.* 6. & *l.* 8. hujus Tituli. Putat autem Ulpianus, urbana & rustica prædia non loco distingui, sed materia: id est, utendi genere *l.* 166. *D. eod. tit.* vel qualitate: sic dicitur *l.* 16. *C. de præd. min. sin. decret. non alien.* ac pro iisdem sumuntur materia & qualitas *l.* 11. *l.* 14. *D. de contrab. empt.* potest igitur urbanum prædium ruri, & rusticum in urbe, reperiri: ut horti, stabuli, & meritoriorum exemplo observat Ulpianus. Scio, esse aliquibus molestum, quod apud Neratium *l.* 4. §. 1. *D. In quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* stabula & cætera quæ non sunt in continentibus ædificiis, magis rustica dicuntur, quam urbana. nec forte immerito primo adspectu. Sed me liberat necessitate solvendi difficultatem; quod apparet, ipsum quidem primum a loco sumpsisse causam dubitandi: sed interim a materia & genere mox definitionem petiisse.

Ve-

Vetat igitur Oratio, distrahi prædium rusticum vel suburbanum, præsertim utile & fœcundum. sed finge, esse infructuosum, aut sterile, saxosum, aut pestilens. Forsan dices, cessare Orationem; & hoc exigere pupilli & minoris utilitatem. certe apud Columellam, *De re rustica*, *lib.* 1. *c.* 3. *Porcius Cato censebat, in emendo agro præcipue duo esse consideranda, salubritatem cœli & ubertatem loci: quorum si alterum deesset, ac nihilominus quis vellet incolere, mente esse captum, atque eum ad agnatos & gentiles esse deducendum.* Imperator tamen Antoninus & D. Pater ejus *l.* 13. *D. h. t.* contra rescripserunt: eo quod fundus talis utique pro fructuum modo pretium inventurus sit. Me præterea movet: quod si aliter censeamus, erit inventa alienationi via. quod noluit Oratio: ac nescio, an hoc indigitet Ulpianus *l.* 5. §. 14. *D. h. t.* cum ait, si æs alienum non interveniat, tutores tamen allegent; expedire hæc prædia vendere, & vel alia comparare, vel certe istis carere: magis esse, ne Prætor possit alienationem permittere. & pro ratione addit: quod Prætori non est datum liberum arbitrium distrahendi res pupillares; sed ita demum, si æs alienum immineat. Proxima deliberatio est apud Ulpianum *l.* 5. §. *ult. D. h. t.* quid juris sit; si lapidicinas, vel quæ alia metalla (generale est hoc vocabulum omnium quæ e terræ visceribus eruuntur: ut notum) pupillus habuit, stypteriæ, id est, aluminis, vel cujus alterius materiæ, vel si cretifodinas, (de hoc verbo Turnebus *lib.* 30. *Adversar. c.* 35.) vel quid aliud huic simile, quod tamen (ut Paulus temperat *l.* 4. *D. h. t.*) privatis licet possidere. Dubitatio hæc fuit non inelegans: quod ea metalla proprie (sic censet Varro *lib.* 1. *De re rustica c.* 4.) ad agriculturam non spectant: & rursus idem Varro ait; quod bonus rusticus hæc, si possit exercere, propterea non negligit. Sed quid est? probanda omnino est interpretatio Ulpiani *l.* 5. *D. h. t.* curiose observantis, deficere Orationis verba, sed ex sententia impediri alienationem. idemque esse; si salinas habeat *d. l.* 5. §. 1. Non minus quæritur. si pupillus in prædio habeat jus ἐμφυτευτικὸν vel ἐμβατευτικὸν, (de his verbis vide sis Turnebum *lib.* 30. *Advers. c.* 35.) an a tutoribus distrahi possit? Causa quæstionis est: quod emphyteusis non est prædium cujus alienatio Oratione prohibetur: magis est jus prædii, de quo nihil dicit Oratio. Interim, propter emphyteusin, habet emphyteuta in prædio jus dominio proximum; eaque gratia appellatur fundi dominus *l.* 12. *C. de fund. patrimon. lib.* 11. *tit.* 61. & habet utilem in rem actionem *l.* 1. §. 1. *D. Si ager vectigalis.* verius igitur dicetur, a tutore non recte distrahi prædium emphyteuticum *l.* 3. §. 4. *D. h. t.* Idem de usufructu traditum *d. l.* 3. §. 5. Atqui de usufructu silet Oratio, & ususfructus non est pars prædii, seu dominii, sed servitutis, ut via & iter *l.* 25. *D. de verbor. signif.* contra movet, quod habet emolumentum prædii *l.* 66. § 6. *D. de legat. lib.* 2. *l.* 70. §. 2. *D. de fidejussorib.* præterea est jus in re, & ut continet ejus emolumentum; sic præstat dominii effectum; & in multis casibus pro parte dominii habetur *l.* 4. *D. de usufr. d. l.* 66. §. 6. & *l.* 76. §. 2. *D. de legat. lib.* 2. placet igitur Ulpiano *d. l.* 3. §. 5. sive ususfructus solus debetur pupillo, sive cum proprietate conjunctus, ejus neque alienationem, neque remissionem, tutori competere. Patitur etiam Ulpianus §. 5. *d. l.* 3. simili modo dici, nec servitutem imponi posse fundo pupilli vel adolescentis, nec servitutem remitti. hoc eo securius: quia simile placuit in fundo dotali: quem Lex Julia de fundo dotali vetuit a marito alienari, invita muliere: & (quod idem observat Ulpianus *l.* 5. *D. de fundo dotali* quæ est ex *lib.* 2. *De omnibus tribunalibus*, atque adeo hujus loci) Julianus lib. 16. Digestorum scripsit, neque servitutes fundo debitas posse maritum amittere, neque ei alias imponere. Ita igitur in emphyteusi, in usufructu, & servitutibus jus est. Quid, si fundus sit pupillo oppignoratus? Ulpianus *l.* 5. §. 3. *D. h. t.* ait, Orationem hic cessare: hunc enim quasi alienum, non quasi pupillarem, vendi. Si tamen pupillus, aut ejus pater, sicut moris est, a Principe impetraverit, ut jure dominii possideant: jam esse pupillare prædium ait, & ideo non posse distrahi: vetante Oratione. idemque esse, si ex causa damni infecti jussus sit possidere.

At non tantum prædia rustica & suburbana vetantur a tutoribus & curatoribus alienari: sed (ut intelligimus ex Constantino *l.* 22. *C. de administr. tutor.*) Lex (sic vocat Severi Orationem, ut & Paulus *l.* 16. *D. de pign. act.*) idem statuit de mancipiis rusticis. nempe quod erant instrumenta, sine quibus prædia rustica non satis commode poterant exerceri. At quemadmodum prædia & mancipia rustica sola vetabantur sine decreto alienari: ita contra ait Constantinus *d. l.* 22. quod eadem Lege, sive Oratione, tutores & curatores necessitate adstringebantur alienare, & ad nummos redigere, aurum, argentum, gemmas, vestes, cæteraque mobilia pretiosa, urbana etiam mancipia, domos, balnea, horrea, atque omnia quæ intra civitatem sunt: & quod ea Lex, sive Oratio, multum minorum utilitati adversa est. itaque præcipit novo suo Edicto (est enim *d. l.* 22. ut ex Inscriptione intelligitur, *Ad Populum*) ut hæc omnia nulli tutorum curatorumve liceat vendere: nisi forte hac necessitate & lege qua rusticum prædium atque mancipium vendere, vel pignerare, vel in donationem propter nuptias in præteritum licebat: scilicet per inquisitionem Judicis, & probationem causæ, interpositionemque decreti, ut fraudi locus non sit. Dumtaxat excipit Constantinus vestes quæ detritæ usu seu corruptæ, servando servari non potuerunt; & animalia supervacua. Atque ea, meo quidem judicio, est causa, cur Titulus hic in Pandectis late sit conceptus hunc ad modum: *De rebus eorum qui sub tutela vel cura sunt.* In eadem Rubrica non minus digna observari verba sequentia, *sine decreto non alienandis vel supponendis.* non enim, ait Oratio, *Ne alienent neve supponant.* ait, *Ne distrahant.* Igitur si ad Orationis verba reflectamus; non prohibetur alienatio, aut pigneratio, quam indigitat Titulus: sed distractio, id est, venditio sola. Suasit tamen utilitas inhibendi hac in parte tutores ac curatores: ut sub *distractione* etiam alienatio & pigneratio ex sententia Orationis comprehenderetur: eo minore periculo; quia in sequentibus Orationis verbis, jubetur Prætor, pro sua religione æstimare, quæ *alienari obligarive* possint. sic enim apparet, esse mentem Orationis, pupillis ac minoribus omni ratione consulentis, omnem tutoribus ac curatoribus interdicere alienationem: sive venditione, sive transactione, sive permutatione, sive

five donatione, five alio modo fiat *l.* 4. *C. de prædiis & al. reb. min.* ut pignore. Fac tamen, (qui eft cafus *l.* 1. §. *ult. D. h. t.*) minor annis viginti quinque emit prædia: ea lege; ut, quoad pretium folveret, venditori effent pignori obligata. an valet pignus? Non putat Ulpianus: & pro ratione addit; quod ubi dominium quæfitum eft minori, (ante non poteft conftitui pignus) cœpit non poffe obligari. In eadem fententia eft Paulus *l.* 2. *D. h. t.* etfi in contrarium movet fcrupulum his verbis, *Sed hic videtur illud movere, quod cum dominio pignus quæfitum eft, & ab initio obligatio inhæfit.* Ita eft; ut dixi: Paulus hunc movet fcrupulum: fed eo non utitur pro argumento finiendæ quæftionis. fatis enim intelligitur ex fequentibus ejus verbis, quid privato, quid fifco venditore, fentiat: cum fic porro fcribit: *Quod fi a fifco emerit, nec dubitatio eft, quin jus pignoris falvum fit. Si igitur talis fpecies in privato venditore inciderit, Imperiali beneficio opus eft, ut ex Refcripto pignus confirmetur.* Fuit igitur Oratio, ut ut dicat, *Ne diftrahat*, fic accepta, quafi dicat, *Ne alienet.* inde quæfitum fuit; liceatne pupillo fundum legatum repudiare fine Prætoris auctoritate? erat dubitatio, an legati repudiatio poffit alienatio appellari: non fatis certo, utrum legatum de bonis fuis dimittat; an non adquirat. Hoc vifum Ulpiano in interpretatione Edicti de Pauliana actione *l.* 3. §. 2. & *l.* 6. *pr.* §. 2. & 4. *D. Quæ in fraud. creditor.* Sed in propofito fic fcribit *l.* 5. §. 8. *D. h. t. Fundum legatum pupillus fine Prætoris auctoritate repudiare non poteft*: & caufatur, *effe enim & hanc alienationem, cum res fit pupilli, neminem dubitare.* Similis quæftio eft: fi minor, cum aliud deberet, poffit creditori rufticum prædium fine decreto dare in folutum? Sed negant Diocletianus & Maximianus *l.* 15. *C. h. t.* Senatusconfulti auctoritatem hoc permittere: manifefta alienatione. Superiori affinis eft hæc quæftio apud Ulpianum *l.* 5. §. 4. *D. h. t.* fi fundus Sejo legatus, vel per fideicommiffum relictus, fit a pupillo herede inftituto: poffintne tutores hunc reftituere fine Prætoris auctoritate? Ulpianus diftinguit: arbitratus, fi quidem rem fuam legavit teftator, ceffare Orationem: fin de re pupilli difpofuit, Orationi locum effe; nec inconfulto Prætore tutores poffe alienare. Rurfus quæfitum fuit, fi ftipulanti fpoponderit pupillus; an folvere poffit fine Prætoris auctoritate? Non placet Ulpiano: hac optima ratione, quod alioquin inventa erit alienandi ratio *d. l.* 5. §. 5. Sed fi pater ftipulanti fundum fpoponderit, fuccefferitque pupillus in ftipulatum: (fic loquutos fuiffe Veteres, alibi notavi) fortius dicetur, inquit Ulpianus *d. l.* 5. §. 5. poffe eum reddere fine Prætoris auctoritate. idemque & fi jure hereditario fuccefferit alii qui erat obligatus. Eadem ratione, & fi parens fundum vendidit, vel quis alius cui pupillus fuccefferit, poteft pupillus cætera venditionis inconfulto Prætore perficere *d. l.* 5. §. 7. nempe, quia in his neceffaria eft alienatio, non pendens a voluntate tutorum: ad quam non pertingit Oratio: voluit ea occurrere nequitiis & fraudibus tutorum ac curatorum. vetat igitur, eos fua fponte atque arbitrio facere alienationes: fed non vetat, a Magiftratibus fieri alienationes neceffarias juris exequendi gratia: ne ad fuum veniant creditores deftituti legum remediis. quod ne utile quidem foret pupillis aut minoribus: & interim negotiis recte contractis difficultatem injecturum. Sed hoc fuis exemplis traditum ab Ulpiano *l.* 3. §. 1. 2. & 3. *D. h. t.*

Hactenus oftendi: quo fenfu Oratio tutoribus & curatoribus interdicat; ne diftrahant prædia ruftica & fuburbana, aut mancipia ruftica, pupillorum aut minorum. Deinceps videbo, an femper atque indiftincte interdicat. Habet autem Oratio duas exceptiones. una continetur his ejus verbis: *Nifi ut id fieret, parentes teftamento vel codicillis caverint.* Secundum hæc licita tutoribus & curatoribus fine decreto eft alienatio prædiorum rufticorum aut fuburbanorum: cum pater eam ab his in teftamento aut codicillis fieri juffit. quid, fi pater de his in teftamento aut codicillis nil cavit; fed cum viveret, ea habuit venalia? ait Ulpianus *l.* 1. §. 3. *D. h. t.* abftinendum erit venditioni: (pro venditione, ut alibi fæpius) & caufatur Ulpianus, quod non utique qui ipfe voluerit vendere, idem etiam poftea diftrahenda putavit. Poteft igitur tutor prædia alienare: fi pupilli pater id fieri, in teftamento aut codicillis permifit. Impp. Diocletianus & Maximianus *l.* 3. *C. Quand. decret. op. non eft*, idem effe dicunt; fi teftator ex cujus bonis prædium rufticum vel fuburbanum ad minorem pervenit, fuper alienando eo aliquid mandaffe deprehendatur. Hæc fi firmum fit teftamentum. imo Paulus refpondit *l. ult. D. h. t.* etfi teftamentum patris poftea irritum effe apparuit, tamen tutores pupilli, five curatores filii, nihil contra Orationem Divorum Principum feciffe videri: fi fecundum voluntatem defuncti teftamento fcriptam prædium rufticum pupillare vendiderunt. Tantum de priore Orationis exceptione.

Altera talis eft. *Quod fi forte æs alienum tantum erit, ut ex rebus cæteris non poffit exfolvi: tunc Prætor Urbanus Vir Clariffimus adeatur, qui pro fua religione æftimet, quæ poffint alienari, obligarive debeant.* Oratio permittit tutoribus & curatoribus, ex decreto Prætoris Urbani, alienare pupilli aut minoris prædia ruftica aut fuburbana, fi urgeat æs alienum. Quid, fi alia adferatur caufa? finge: (quæ fpecies tractatur *l.* 5. §. 14. *D. h. t.*) nullum intervenit æs alienum. tutores tamen allegant, expedire prædia, vendere, & alia comparare, vel certe iftis carere. an Prætor debet alienationem concedere, ob fpem majoris commodi quod prætexitur? minime. non eft enim permiffum Prætori, paffim diftrahi jubere: fed ita demum, fi urgeat æs alienum. Sic Ulpianus: ferviens Orationis verbis; cum folus adhibetur color majoris commodi: puto; quia fpes, ut ait alibi Seneca, eft incerti boni nomen: & ne feneftra aperiatur nequitiis. Non tamen poteft negari, fuiffe receptum ex fententia Orationis; ut, præter æs alienum, liceret Prætori, alienationem indulgere ob dotem aut donationem propter nuptias. videlicet, ne inventum pro falute pupilli, in ejus incommodum convertatur. Sed hoc certum; & teftatur Conftantinus *l.* 22. *C. de adminiftr. tutor.* & ante Terentius Clemens *l.* 61. §. 1. *D. de jur. dot.* Atqui in *l.* 12. *C. h. t.* fic extat. *Ob æs alienum tantum caufa cognita Præfidali decreto prædium rufticum minoris provinciale diftrahi pemittitur.* Sed duplex eft refponfio, utraque elegans & probabilis. prior Ludovici Ruffardi, quod de ære alieno traditum, effe refcriptum ab Imperatoribus in fa-

cto

cto de ære alieno consultis. altera est Andreæ Alciati *lib.* 4. *Dispunct. c.* 5. *d. l.* ita ingeniose interpungentis: *Ob æs alienum, tantum causa cognita Præsidali decreto prædium rusticum minoris provinciale distrahi permittitur.* Alciato consentiunt Græci *lib.* 38. *Basilic. tit.* 9. *pag* 141. *tom.* 5. sic transferentes: *Ob immiuens æs alienum, vendi res pupillaris potest cum decreto.* Nugæ. palam Constantinus *l. ult. C. h. t.* (atque eodem modo in *d. l.* 12. Imperatores) *Si minores vel ex patris nomine vel ex suo debitis dumtaxat fiscalibus urgentibus, vel ex privatis contractibus reperiantur obnoxii; decreti interpositio a Constantiniano Prætore celebranda est, probatis examinatisque causis: ut patefacta rerum fide, firma venditio perseveret.* Sed non turbat me hic vox, *dumtaxat*, quam urgeat forte aliquis. est enim supervacua: certé nihil significat ex usu hujus vocis illis temporibus. probavit eum pridem suis exemplis Salmasius, *Notis ad Vopiscum, in vita Probi, c.* 16. *pag. mihi* 667. Quod eo lubentius moneo: ut sic quoque lucem præbeam Imp. Justiniano *l.* 8. §. 5. *versic. Filiis autem familias C. de bonis quæ liberis*: cujus hæc sunt verba. *Filiis autem familias in his, dumtaxat casibus in quibus ususfructus apud parentes constitutus est, donec parentes vivunt, nec de iisdem rebus testari permittimus.* Non postulas: ut moneam, vel hodie molestam hic esse vocem, *dumtaxat.* id vulgo notum. potius dicam, eam olim vivo adhuc Justiniano, usque adeo fraudi fuisse imprudentibus; ut multis præberet causam eo in loco faciendi argumentum a contrario sensu: quod Imperatori numquam venerat in mentem. nec fallam: si addam, idcirco necessarium fuisse Imperatori; ut errori a calumnia verbi, *dumtaxat*, quod ibi nihil significabat, profecto adversus Legem antiquam XII. Tabularum, nova Constitutione occurreret *l.* 11. *C. Qui testam. fac. poss.* Forsan fui paulo longior. sed res merebatur. itaque nunc revertar ad Orationem.

Præcipit ea, si æs alienum tantum erit, ut ex rebus cæteris non possit exsolvi: tunc adiri Prætorem Urbanum, Virum Clarissimum, pro sua religione æstimaturum quæ possint alienari, obligarive debeant. Non igitur vult Oratio, tutores & curatores pupilli prædia prætextu æris alieni suo arbitrio alienare aut obligare: sed demum ex auctoritate Prætoris Urbani, causa diligenter cognita. Hoc in Urbe. De provinciis silet Oratio. sed rationis est, ibi adiri Proconsulem. cum enim is habeat plenissimam jurisdictionem: consequens est, partes omnium qui Romæ vel quasi Magistratus vel extra ordinem jus dicunt, ad ipsum pertinere: nec quidquam esse in provincia quod non per ipsum expediatur *l.* 7. §. *ult. & l.* 9. *D. de officio Proconsulis.* idemque de Præside traditum *l.* 10. & 11. *D. de officio Præsidis.* ita nil mirum, tam Præsidis, quam Prætoris mentionem fieri *l.* 6. *C. h. t. l.* 2. §. 1. *D. de offic. ejus cui mand. jurisd. est.* & alibi. Præterea si Princeps sit ab aliquo aditus: ait Imp. Aurelianus *l.* 2. *C. Quand. decret. opus non est.* esse requirendum, an adito Principe, specialiter jus venditionis acceperit: & causatur, quod ad instar Præsidialis decreti concessio Principalis accedit.

Sed apparet: quod Oratio cognitionem de alienatione prædiorum pupillarium in Urbe defert Prætori Urbano; ejusque exemplo ea in provinciis competit Præsidi: simul apparet, quod oportet eam solemniter fieri: id est, Prætore aut Præside pro tribunali sedente in Consilio: non per libellum & subscriptionem, id est, non de plano, cum Prætor est domi, aut in balneo, aut procedit in via: sed apud acta, causis probatis. sic enim causæ cognitionem fieri, & decretum interponi, ostendi *lib.* 1. *De jurisd. & imperio c.* 10. *& seq.* atque hoc ideo monendum fuit: ut liqueret, quid velint Carus, Carinus, & Numerianus, cuidam Varo ita rescribentes. *Minorum possessionis venditio per procuratorem delato ad Prætorem vel Præsidem provinciæ libello fieri non potuit; cum ea res confici recte aliter non possit, nisi apud acta causa probatis quæ venditionis necessitatem inferant, decretum solemniter interponatur. l.* 6. *C. h. t.* Accedunt hæc ad certum; si ipse Consilium exercere velit Prætor aut Præses. an & mandata jurisdictione is cui mandatur, Consilium exercere poterit? Minime: scilicet, quia ea cognitio Prætori aut Præsidi non competit jure sui Magistratus; sed speciali delegatione: quo casu eam mandari non posse, explorati juris est *l.* 1. *D. de offic. ejus cui mandat. jurisd. est.* atque huc ire Ulpianum *l.* 2. *pr. &* §. 1. *D. eod. tit.* jam conjeci *lib.* 2. *De jurisd. & imper. c.* 10. ubi si lubet vide: nec pigebit vidisse, quod ab aliis ante non est animadversum.

Unum restat, quid veniat in Prætoris aut Præsidis cognitionem? Sed hoc curate & plene tractavit Ulpianus *l.* 5. §. 9. 10. 11. 12. & 13. *D. h. t.* diligentissime legendus. de verbis, *parendum æri alieno*, in *d.* §. 9. consulendus in transitu Turnebus *lib.* 30. *Adversar. c.* 35.

Porro ait Oratio, *Manente pupillo actione, si postea potuerit probari, obreptum esse Prætori.* Obrepere est, non cogitantem fallere, sive non intelligentem circumvenire. quo sensu Ulpianus *l.* 29. §. 2. *D. Mandati.* Et apud Juvenalem, *Sat.* 9. *vers.* 129. *Obrepit non intellecta senectus.* Eodem sensu Florus *lib.* 4. *c.* 10. *Quasi hoc quoque ex arte ducis esset, obrepere.* Putemus igitur, esse obreptum Prætori, apud quem non fuit dictum quod debuit dici: aut cum falsis allegationibus circumventa est ejus religio. Ita Orationis sensum reddunt Impp. Valerianus & Gallienus *l.* 5. *C. h. t.* & ajunt, quod tum Senatus, sequutus Severi Orationem, reservavit actionem pupillo ejusque heredi. utrum in rem, an in personam? Et ait Ulpianus *l.* 5. §. 15. *D. h. t.* magis esse, ut in rem detur. optime & convenienter Orationis menti; volentis, nullam esse alienationem; cum jubet, pupillo manere veterem actionem: ut post dicetur.

Deinde ait Oratio, *Nihil novandum censeo; si communis res erit, & socius ad divisionem provocet.* Ulpianus *l.* 5. §. *ult. & l.* 6. *D. h. t. Communia*, inquit, *prædia accipere debemus, si pro indiviso communia sint. cæterum, si pro diviso communia sint, cessante Oratione, decreto locus erit. Sed si forte alius proprietatem fundi habeat, alius usumfructum: magis est, ut cesset hæc pars Orationis quæ de divisione loquitur: nulla enim communio est.* Recte; quia nulla est dominii communio. prohibetur igitur minor, cum alio habens communia prædia, ad divisionem provocare. at ipse provocatus, non prohibetur ad divisionem venire. Atqui sic alienat. Nempe ex necessitate, & permittente Oratione. Unde consequens est, ut si uterque minor sit, neuter possit alterum provocare ad divisionem

l. 7. *D. h. t. l.* 17. *C. eod.* Quamquam vel hoc recipit difficultatem ex *l.* 20. *D. de auctor. tutor.* ubi divisio paternæ hereditatis ex tutoris auctoritate sine decreto inter pupillos sustinetur. Sed is locus est Scævolæ: qui vixit ante Severum; nec potuit somniare de hac ejus Oratione, post mortem suam sequutura: sicut nec in *l.* 47. *D. de minoribus;* quæ est ejusdem Scævolæ.

Sed redeo ad Orationem. ex ea, ut dixi, non possunt per divisionem alienari communia minorum prædia. illud quæritur: an obligari possint? Sed negat Ulpianus, obliganda sine decreto. & pro ratione subjicit, quod excepit Oratio, ad hoc tantum pertinere: ut perimatur communio; non ut augeatur difficultas communionis *l.* 8. §. *ult. D. h. t.* Non igitur valet divisio inter minores facta, scriptura interposita, vel sine scriptura: nisi forte ratam fecerint post legitimam ætatem *l.* 1. *C. Si major. fact. rat. hab.*

Postremo ait Oratio, *Aut si creditor pignori agrum a parente pupilli acceperit, jus exequetur.* Rationem exposui in superioribus, simul exempla: quibus adde fis *l.* 1. *&* 2. *C. h. t.*

Fere eram oblitus, quod promisi, tradere effectum alienationis, contra formam Orationis factæ. Est autem hic quem indicat Ulpianus *l.* 3. §. 13. *D. de suspect. tutorib.* Severum, inquiens, & Antoninum rescripsisse Epicurio, *Tutores qui res vetitas sine decreto distraxerunt, nihil egisse.* Nec minus hoc Diocletiani & Maximiani *l.* 11. *C. h. t. Senatusconsulti auctoritas, retento dominio, donandi viam obstruxit.* Est igitur prohibitæ alienationis exitus ex mente Orationis, ut pro nulla sit. ita non habet pupillus aut minor in integrum restitutione Prætoris opus *d. l.* 11. contra potest, tamquam dominus, res alienatas suo jure a quocumque possessore vindicare cum fructibus medii temporis; si non bonæ fidei emptor fuerit *l.* 2. *C. Si quis ignor. rem minor.* etsi restituto cum usuris pretio, quo usque in rem ejus versum sit. quod si non offeratur a pupillo, placet etiam posse a petitore peti exceptione doli mali: per quam & sumptus meliorati prædii repeti jus esse *l.* 16. *l.* 10. *l.* 14. *C. & l.* 13. *D. h. t.*

Est igitur inutilis prædii rustici aut suburbani pupilli aut minoris alienatio sine decreto Prætoris facta: donec perfectæ ætatis facti eam approbaverint. fit autem hæc approbatio duobus modis: vel palam, sive manifesto consensu, vel silentio, sive lapsu temporis *l.* 2. *C. Si major. fact. alien. fact. sin. decret. rat. hab.* primum palam approbata alienatio sine decreto facta, perinde accipitur, ac si ex decreto facta esset. solum enim hoc agit, nec ultra pergit, vis ratihabitionis. ideoque si minor, inconsulto errore lapsus, quod ignoraret verum pretium, venditioni consensit: ait Gordianus *l.* 1. *C. eod. tit.* non abs re esse, si bonam fidem non amplectatur pars diversa, in ejus arbitrio poni, an velit possessionem cum fructibus restituere, ita ut fœnebris pecunia cum competentibus usuris restituatur. At non tantum manifesta ratihabitione confirmatur inutilis alienatio: sed etiam silentio certi temporis: de quo in *l. ult. C. eod. tit.*

TITULUS X.

De curatoribus furioso & aliis extra minores dandis.

Ut intelligatur series & ratio Tituli, obiter meminisse oportet, quod ante dictum, curam esse vim ac potestatem in capite libero ad tuenda bona ejus qui pubes factus, propter minorem ætatem, aut major, ob animi aut corporis vitium, rebus suis superesse non potest. De curatore minori ob ætatem dando, quia dictum suo loco, hunc non attingit præsens Titulus: sed agit de curatoribus aliis extra minores dandis. quales furiosi & prodigi: nam vel tales ut sub cura essent, primum moribus fuisse inductum; eosque mores mox Lege Duodecim Tabularum fuisse confirmatos, Ulpianus ait *l.* 1. *h. t.* cæterum jus Duodecim Tabularum, ut fit, desuetudine obliteratum, postea Lege Lætoria, cujus meminit Capitolinus *in vita M. Antonini Philosophi c.* x. esse renovatum, admodum probabile est. Sunt igitur furiosi & prodigi ex Lege Duodecim Tabularum in cura, & quidem agnatorum, ut ait Ulpianus in *Fragm. tit.* 12. adde, gentilium. ex Cicerone *lib.* 1. *Ad Herennium c.* 13. & Paulo *l.* 53. *D. de verb. signif.* Idem tamen Ulpianus *l.* 1. *h. t.* & post eum Justinianus §. 3. *Inst. de curatorib.* tradidit, tandem usu obtinuisse; ut Romæ Præfectus Urbi & in provinciis Præsides ex inquisitione eis curatores darent plerumque agnatos; nisi hi forte essent inhabiles. hoc voluit, opinor, Gajus *l.* 13. *h. t.* his verbis: *Sæpe ad alium e Lege Duodecim Tabularum curatio furiosi aut prodigi pertinet, alii Prætor administrationem dat: scilicet cum ille legitimus inhabilis ad eam rem habeatur.*

Furorem porro à quo furiosus, Cicero *lib.* 3. *Tuscul. quæst. c.* 5. definit mentis ad omnia cœcitatem. eoque morbo qui laboret, quin mente captus sit, dubitari nequit. quamquam a furioso mente captum distinguit Justinianus §. 4. *d. t.* quomodo Ulpianus *l.* 6. *D. h. t.* furorem a dementia, & Gajus fatuum a furioso *l.* 2. *D. de his qui not. infam.* Nec male: nam omnis furiosus est mente captus; sed non vice versa omnis mente captus est furiosus. alter externa mentis rabie agitatur: alterius mens potest esse in quiete. præterea hujus morbus fere est perpetuus: illius contra est aliquando temporalis.

Sed præter furiosos sub cura sunt prodigi, furiosis non absimiles. Optime sic D. Pius apud Ulpianum *l.* 12. §. 2. *D. de tut. dat. ab his. Non est novum quosdam, etsi mentis suæ videbuntur ex sermonibus compotes esse, tamen sic tractare bona ad se pertinentia, ut nisi subveniatur his deducantur in egestatem: eligendus itaque erit qui eos consilio regat. nam æquum est, nos prospicere etiam eis qui quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum.* Talem esse ait Ulpianus *d. l.* 1. *h. t.* qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando & dissipando profudit. Hunc a liberali sic distinguit Cicero apud Lactantium *lib.* 6. *Divin. Inst. c.* 17. nam hic respicit, opinor, ad illius *lib.* 2. *De officiis: Liberalis est* qui

qui cibum & bene meritis, & cum oportet, & quantum satis est largitur. Prodigus vero qui & non meritis, & cum opus non est, & sine respectu rei familiaris effundit. In hunc sensum satis bene, & sapienter Cicero: a Lactantio stulte reprehensus. Sed, ut hoc agam, is prodigus a Gajo *lib.* 1. *Inst. tit.* 8. eversor dicitur: alibi etiam luxuriosus. Hoc sensu Paulus *l.* 15. *D. h. t. Et mulieri quæ luxuriose vivit, bonis interdici potest.* Cave, putes, meretricem significare. etsi sic visum Cujacio ad Paulum *lib.* 3. *Sentent. tit.* 4. §. 6. luxuria Paulo, est vitium immodicæ liberalitatis. & sensus Pauli, propter vitam prodigam, non maribus tantum, sed mulieribus quoque, bonis interdici. hoc pluribus probavit Gulielmus Fornerius *lib.* 2. *Selection. c.* 5. quem non exscribo. patere tamen ejus diligentiæ, a me addi hoc Tibulli *lib.* 2. *Eleg.* 6. *vers.* 33.

Ut mea luxuria Nemesis fluat, utque per urbem
Incedat donis conspicienda meis.

Cæterum etsi scribat Ulpianus, prodigis & furiosis hodie curatorem etiam a Prætore dari *d. l.* 1. *h. t.* non idcirco finit, eum furiosis passim dari. contra existimat *l.* 6. *d. t.* observare Prætorem oportere, ne cui temere citra causæ cognitionem plenissimam det curatorem. & pro ratione addit, Quoniam plerique vel furorem vel dementiam fingunt: quo magis curatore accepto, onera civilia detrectent.

Simile est animadvertere in prodigis: nam ut quis dicatur sua consumere bona, idque liqueat: non ideo pro prodigo habetur: antequam illi hanc ob causam a Prætore bonis sit interdictum. utique Julianus *l.* 8. *D. Pro emptore, Si quis,* inquit, *cum sciret, venditorem pecuniam statim consumpturum, servos ab eo emisset, plerosque respondisse, eum nihilominus bonæ fidei emptorem esse: idque verius esse.* videlicet, cum venditor idemque dominus, non interdicta rei suæ deminutione, ejus sit moderator & arbiter, quomodo mala fide emit qui a domino emit, cui integrum est jus deminuendi. Excipit Julianus, *Nisi forte & is qui a luxurioso & protinus scorto daturo pecuniam servos emit, non usucapiet.* Sic Julianus: convenienter fini artis: semper (ut demonstravi *lib.* 3. *Probabil. c.* 2.) servientis verecundiæ ad juvandam communem utilitatem exeunti: numquam sceleri, aut stultitiæ ei nociturae. Hoc eo securius dico: quia eadem prudentia Ulpianus *l.* 12. §. 11. *D. Mandati, Si,* inquit, *adolescens luxuriosus mandet tibi, ut pro meretrice fidejubeas: idque tu sciens mandatum, susceperis: non habebis mandati actionem, quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris. Sed & si ulterius directo mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas: non obligabitur mandati: quasi adversus bonam fidem mandatum sit.* Igitur sit absque illa societate nequitiæ stultitiæque: numquam quis, utcumque sua profundat bona, in jure habetur prodigus, antequam ei a Prætore, causa cognita, bonis sit interdictum.

Ejus vero interdictionis si quis petat exemplum; extat, inter alios, apud Valerium Maximum *lib.* 3. *c.* 5. §. 2. & Horatium *lib.* 2. *Serm. sat.* 3. *vers.* 217. Formulam servavit Paulus *d. lib.* 3. *tit.* 4. §. 7 Inde is cui bonis interdictum pro prodigo *l.* 6. *D. de verb. oblig.* Et in §. 2. *Inst. Quib. non est permiss. fac. testam. Prodigus cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest: sed id quod ante fecit, quam interdictio bonorum ei fiat, ratum est.* Ab eadem ratione Ulpianus *l.* 10. *D. h. t. Julianus,* inquit, *scribit, eos quibus per Prætorem bonis interdictum est, nihil transferre posse ad aliquem, quia in bonis non habeant, cum eis deminutio sit interdicta.* Sic omnia exemplaria quæ videre mihi licuit; at non plena locutione. supple & scribe: *quia jus bonorum non habeant, cum eis deminutio sit interdicta,* vel ita, *quia jus in bonis non habeant, cum eis deminutio sit interdicta.* Mendum natum ex Siglis, *quia i. b.* vel, *quia i. in bonis.* &c. altero modo indigitabatur *jus bonorum:* altero *jus in bonis:* quod fugit Librarium. Ut ut erit: firmamentum ei quod intendo, hoc Horatii *l. lib.* 2. *Serm. sat.* 3. *vers.* 217.

—— *Interdicto huic omne adimat jus*
Prætor, & ad sanos abeat tutela propinquos.

Simili sensu de furioso Cicero *lib.* 3. *Tusc. quæst. c.* 5. *Qui,* inquit, *ita sit affectus, eum dominum esse rerum suarum vetant Duodecim Tabulæ.* Non hæc est Ciceronis sententia, Duodecim Tabulis fieri, ne furiosus sit rerum suarum dominus: sed ne possit dominium exercere, sive ne habeat jus rerum suarum, cum ei deminutio sit ablata.

Recederem hic a furiosis & prodigis; nisi Ulpianus *l.* 1. *D. h. t.* vellet addi, ambos fore in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem, vel ille sanos mores receperit: quod si evenerit, ipso jure desinere esse in curatione. Cum ait, ipso jure: non excludit Prætoris decretum. tantum significat, a Prætore id interponi auctoritate Legis Duodecim Tabularum. simili modo quo testamentum dicitur per querelam inofficiosi rescindi ipso jure: postquam de ea cognovit, & pronunciavit Judex *l.* 8. §. 16. *D. de inoffic. testam.* Eodem quoque modo ipso jure rescindi dicitur contractus bonæ fidei; in quo sit dolus malus; quamquam non ante, quam si de eo sit a Judice pronunciatum *l.* 5. *C. de rescind. vendit.*

At curatores non tantum furiosis & prodigis dantur extra ordinem; sed præterea cæteris omnibus qui in ea causa sint, ut rebus suis superesse non possint. *l.* 2. *h. t. l.* 12. *D. de tutor. & curat. dat. ab his.* quales sunt muti & surdi §. 3. *&* 4. *Inst. de curat.* etiam pupilli: hi tamen non passim, nec semper; sed si legitimus tutor non sit idoneus, puta moribus; aut testamentarius non sit idoneus ad administrationem §. 5. *d. t.* etsi alioquin moribus sit idoneus: ut in antecessum alibi est jam observatum. Sunt & aliæ causæ in quibus bonis constitui curator potest quæ enumerantur *l.* 3. *l.* 5. *l.* 8. *& l.* 9. *h. t.*

Quærentibus, quisnam curator dari possit: probabile est, omnes posse, qui non prohibeantur. De filio fuit quæsitum, si patri dandus sit curator. erant enim qui negarent; in quibus Celsus & alii. movebat eos, quasi indecorum sit, patrem a filio regi. attamen D. Pius Justino Celeri, item DD. Fratres, rescripserunt, filium, si sobrie vivat, patri curatorem dandum magis, quam extraneum. sic Ulpianus *l.* 12. §. 1. *D. de tut. & cur. dat. ab his.* & convenienter ei Paulus *l.* 2. *h. t.* ait non dubitaturum hac in parte Prætorem. Ulpianus in *l.* 1. §. 1. *d. t.* sic exprimit: *Extat D. Pii Rescriptum, filio potius curationem permittendam*

in

in patre furioso, *si tam probus sit*. Ait, si tam probus sit, pro valde probus sit. quo sensu *Tam* accipi apud Vellejum, Plinium, & Plautum, *Not. ad Mostellar.* 4. 2. 9. *pag.* 566. *col.* 1. *lit.* C. observat Fridericus Taubmannus, post Ausonium Popmam *De usu antiq. locut. lib.* 2. *c.* 1. Dum hoc de patre dico; nec matrem præterire debeo. de ea sic Ulpianus *l.* 4. *d. t.* *Furiosæ matris curatio ad filium pertinet.* Qua ratione? subjicit hanc pulchram: *Pietas enim parentibus*, *etsi inæqualis est eorum potestas*, *æqua debebitur.* Locutio obscura, & rara. eam notavi & exposui *lib.* 2. *Observ. c.* 15. *& Julio Paulo c.* 7. adducto consimili loquendi forma ex Virgilio *lib.* 12. *Aeneid. vers.* 142. & erudita observatione Servii Honorati, Veteris Grammatici ad eum locum.

Quod attinet ad effectum curationis: eum apud Ciceronem *lib.* 1. *Ad Herennium c.* 13. sic indicat Lex Duodecim Tabularum sine dubio: *Si furiosus existit*, *agnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto.* Inde officium curatoris tradit Julianus *l.* 7. *h. t.* verbis sequentibus: *Consilio & opera curatoris tueri debet non solum patrimonium*, *sed & corpus ac salus furiosi.* Ait, *tueri*; passive: ut in deponentibus verbis sæpe contingere, est ab aliis observatum. Cæterum cum tueri etiam furiosi patrimonium debet: bene animadvertit Gajus *l. ult. h. t.* in eo omnem curatoris potestatem administratione finiri: & ideo si donandi causa alienet, neque traditionem quidquam valere: nisi ex magna utilitate furiosi hoc cognitione Judicis faciat. Hoc & Marcellus *l.* 12. *d. t.* ad quam Emundus Merillius *lib.* 7. *Observ. c.* 19.

F I N I S.



INDEX

INDEX

RERUM ET VERBORUM.

A.

B.

C.

E.

F.

L.

M.

Q.

T.

V.

F I N I S.

INDEX

INDEX LEGUM,

Aliorumque ex Antiquitate Fragmentorum, quæ illustrantur, explicantur, aut emendantur.

Ex Institutionibus.

E Digestis.

E Codice.

l. 1.

F I N I S.

Paginarum differentia priorem inter & pofteriorem Noodtii Editionem.

	Prior Editio.		Pofterior Editio.
Tom. I. Pag.	1. - - - 10.	Pag.	1. - - - 9.
	11. - - - 20.		9. - - - 17.
	21. - - - 30.		17. - - - 25.
	31. - - - 40.		25. - - - 33.
	41. - - - 50.		33. - - - 42.
	51. - - - 60.		42. - - - 51.
	61. - - - 70.		51. - - - 59.
	71. - - - 80.		59. - - - 68.
	81. - - - 90.		68. - - - 76.
	91. - - - 100.		77. - - - 85.
	101. - - - 110.		85. - - - 94.
	111. - - - 120.		94. - - - 102.
	121. - - - 130.		102. - - - 110
	131. - - - 140.		110. - - - 120.
	141. - - - 150.		120. - - - 128.
	151. - - - 160.		128. - - - 136.
	161. - - - 170.		136. - - - 145.
	171. - - - 180.		145. - - - 154.
	181. - - - 190.		154. - - - 162.
	191. - - - 200.		162. - - - 170.
	201. - - - 210.		170. - - - 177.
	211. - - - 220.		178. - - - 186.
	221. - - - 230.		186. - - - 194.
	231. - - - 240.		194. - - - 202.
	241. - - - 250.		202. - - - 210.
	251. - - - 260.		211. - - - 218.
	261. - - - 270.		219. - - - 227.
	271. - - - 280.		227. - - - 235.
	281. - - - 290.		235. - - - 243.
	291. - - - 300.		243. - - - 251.
	301. - - - 310.		251. - - - 260.
	311. - - - 320.		260. - - - 268.
	321. - - - 330.		268. - - - 276.

	Prior Editio.	Pofterior Editio.
Tom. I. Pag.	331. - - - 340.	276. - - - 284.
	341. - - - 350.	284. - - - 292.
	351. - - - 360.	293. - - - 301.
	361. - - - 370.	301. - - - 309.
	371. - - - 380.	309. - - - 317.
	381. - - - 390.	317. - - - 326.
	391. - - - 400.	326. - - - 333.
	401. - - - 410.	333. - - - 342.
	411. - - - 420.	342. - - - 350.
	421. - - - 430.	350. - - - 357.
	431. - - - 440.	357. - - - 365.
	441. - - - 450.	365. - - - 373.
	451. - - - 460.	374. - - - 382.
	461. - - - 470.	382. - - - 389.
	471. - - - 480.	389. - - - 396.
	481. - - - 490.	397. - - - 405.
	491. - - - 500.	405. - - - 413.
	501. - - - 510.	413. - - - 420.
	511. - - - 520.	420. - - - 427.
	521. - - - 530.	427. - - - 436.
	531. - - - 540.	436. - - - 444.
	541. - - - 550.	444. - - - 452.
	551. - - - 560.	452. - - - 459.
	561. - - - 570.	460. - - - 468.
	571. - - - 580.	468. - - - 476.
	581. - - - 590.	476. - - - 484.
	591. - - - 600.	485. - - - 492.
	601. - - - 610.	492. - - - 500.
	611. - - - 621.	500. - - - 507.
	621. - - - 630.	507. - - - 515.
	631. - - - 640.	515. - - - 523.
	641. - - - 648.	523. - - - 529.

Pagi-

Paginarum differentia priorem inter & posteriorem NOODTII Editionem.

	Prior Editio.		Posterior Editio.		Prior Editio.	Posterior Editio.
Tom. II. Pag.	1. - - - 10.	Pag.	1. - - - 8.	Tom. II. Pag.	301. - - - 310.	234. - - - 242.
	11. - - - 20.		9. - - - 16.		311. - - - 320.	242. - - - 250.
	21. - - - 30.		16. - - - 24.		321. - - - 330.	250. - - - 258.
	31. - - - 40.		24. - - - 30.		331. - - - 340.	258. - - - 266.
	41. - - - 50.		32. - - - 40.		341. - - - 350.	266. - - - 274.
	51. - - - 60.		40. - - - 48.		351. - - - 360.	274. - - - 282.
	61. - - - 70.		48. - - - 54.		361. - - - 370.	282. - - - 290.
	71. - - - 80.		55. - - - 63.		371. - - - 380.	290. - - - 298.
	81. - - - 90.		63. - - - 71.		381. - - - 390.	298. - - - 305.
	91. - - - 100.		71. - - - 79.		391. - - - 400.	305. - - - 313.
	101. - - - 110.		79. - - - 87.		401. - - - 410.	313. - - - 321.
	111. - - - 120.		87. - - - 95.		411. - - - 420.	321. - - - 329.
	121. - - - 130.		95. - - - 102.		421. - - - 430.	329. - - - 337.
	131. - - - 140.		103. - - - 110.		431. - - - 440.	337. - - - 345.
	141. - - - 150.		110. - - - 118.		441. - - - 450.	345. - - - 352.
	151. - - - 160.		118. - - - 126.		451. - - - 460.	352. - - - 360.
	161. - - - 170.		126. - - - 134.		461. - - - 470.	360. - - - 368.
	171. - - - 180.		134. - - - 142.		471. - - - 480.	368. - - - 376.
	181. - - - 190.		142. - - - 148.		481. - - - 490.	376. - - - 384.
	191. - - - 200.		148. - - - 157.		491. - - - 500.	384. - - - 391.
	201. - - - 210.		157. - - - 165.		501. - - - 510.	391. - - - 399.
	211. - - - 220.		165. - - - 173.		511. - - - 520.	399. - - - 407.
	221. - - - 230.		173. - - - 180.		521. - - - 530.	407. - - - 415.
	231. - - - 240.		180. - - - 188.		531. - - - 540.	415. - - - 423.
	241. - - - 250.		188. - - - 195.		541. - - - 550.	423. - - - 431.
	251. - - - 260.		196. - - - 203.		551. - - - 560.	431. - - - 439.
	261. - - - 270.		203. - - - 211.		561. - - - 570.	439. - - - 447.
	271. - - - 280.		211. - - - 218.		571. - - - 580.	447. - - - [illegible]
	281. - - - 290.		218. - - - 226.		581. - - - 590.	455. - - - 464.
	291. - - - 300.		226. - - - 234.			

